Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 212
abril a junho de 2010

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diretoria-Geral
Alcides Diniz da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Leide Maria Soares Corrêa Cesar

Seção de Preparo de Publicações
Cíntia Machado Gonçalves Soares

Seção de Padronização e Revisão
Rochelle Quito

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva

Diagramação: Eduardo Franco Dias

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

STF/CDJU
Anexo II, Cobertura
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
rtj@stf.jus.br
Fone: (0xx61) 3217-4766

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003), Presidente
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (25-6-2003), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000)
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
Ministro EROS Roberto GRAU (30-6-2004)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI (23-10-2009)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI

SEGUNDA TURMA

Ministro EROS Roberto GRAU, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro AYRES BRITTO
Ministro JOAQUIM BARBOSA

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro EROS GRAU
Ministro DIAS TOFFOLI

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro EROS GRAU
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

DECISÕES MONOCRÁTICAS 627

ÍNDICE ALFABÉTICO 661

ÍNDICE NUMÉRICO 681

ACÓRDÃOS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.042 — DF
(ADI 1.042-MC na *RTJ* 154/462)

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal

Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei 670, de 2-3-1994, do Distrito Federal. Cobrança de anuidades escolares. Natureza das normas que versam sobre contraprestação de serviços educacionais. Tema próprio de contratos. Direito civil. Usurpação de competência privativa da União. Ofensa ao art. 22, I, da CF. Vício formal caracterizado. Ação julgada procedente. Precedente. É inconstitucional norma do Estado ou do Distrito Federal sobre obrigações ou outros aspectos típicos de contratos de prestação de serviços escolares ou educacionais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito e, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Brasília, 12 de agosto de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República, tendo por objeto a Lei 670, de 2-3-1994, do Distrito Federal, e que dispõe sobre cobrança de anuidades escolares.

O autor aduz que o diploma viola o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, ao legislar sobre "a contraprestação pelo ensino ministrado e prestação de outros serviços conexos" (fl. 8), matéria de direito civil, a cujo respeito a competência legislativa é privativa da União.

Alega, ainda, que o texto impugnado "propõe uma intervenção do estado na economia, e esta só se pode dar nos limites do art. 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal e, como é óbvio, no caso concreto, o projeto de lei não se presta a reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, presta-se apenas a intervir na economia, de forma inconstitucional" (fl. 11).

Sustenta, finalmente, que, ainda quando se pudera entender constitucional a norma, ela deverá eficácia restrita aos contratos firmados após sua promulgação, sob pena de atingir ato jurídico perfeito.

Requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei 670, de 2-3-1994, do Distrito Federal.

2. Foi deferida a liminar (fls. 64-82).

3. Solicitadas informações, prestou-as a Câmara Legislativa do Distrito Federal (fls. 84-106), afirmando ter-se limitado a Lei 670/1994 a dispor sobre educação (arts. 6º, 205 e 206 da CF), assunto para o qual o Distrito Federal possui competência concorrente com a da União (art. 24, inciso IX, da CF), podendo complementar normas já editadas, e que "a tese de que a lei distrital tratou de matéria de direito civil e violou a segurança das relações jurídicas não pode prosperar, pois a mesma [*sic*] visa assegurar a efetividade do direito subjetivo público à educação" (fl. 90).

Assenta, ainda, que a lei se cinge a reproduzir o teor do Decreto-Lei 3.200, de 19-4-1941, recebido pela Constituição Federal, de modo que "resta induvidoso que falta um dos requisitos essenciais para a eficácia dos atos jurídicos invocados como perfeitos (contratos assinados sob a égide da Lei 8.170/1991), pois não observaram a imperatividade dos descontos concedidos como meio eficaz para realização do direito constitucional à educação" (fl. 105).

4. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido, ratificando as alegações da Câmara Legislativa do Distrito Federal (fls. 109-117).

5. A Procuradoria-Geral da República opinou (fls. 119-122) pela procedência do pedido. Aduz que, "no que tange à contraprestação dos serviços prestados (mensalidades, taxas, descontos obrigatórios etc.), a relação entre o estabelecimento de ensino e o usuário deste serviço abrange matéria de direito civil, e não matéria educacional, como que a requerida, porquanto se trata aí de remuneração do estabelecimento de ensino pelos serviços prestados, ao qual se pretende impor um desconto" (fl. 121). Entende, também, "cabível a alegação de afronta ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que os contratos de prestação de serviços celebrados para vigorarem durante o ano letivo de 1994, formalizados em obediência à Lei federal 8.170/1991, assim o foram antes da

vigência da Lei distrital 670/1994, constituindo-se, pois, cada um deles, em ato jurídico perfeito, impassível de subserviência à referida lei" (fl. 121).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. É procedente o pedido.

A questão da natureza das normas que versam sobre contraprestação a serviços educacionais já foi apreciada pela Corte na **ADI 1.007** (Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 24-2-2006), em acórdão assim ementado:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.989/1993 do Estado de Pernambuco. Educação: Serviço público não privativo. Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. Vício de iniciativa.* 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

Na ocasião, este Plenário assentou que normas incidentes sobre contraprestação de serviços de educação são de direito civil, donde lei estadual que, sob pretexto de dispor sobre educação, ou direito do consumidor, trate de tema próprio de contratos, usurpa competência legislativa privativa da União. Eis o que, ao propósito, então afirmei, em voto oral, cujas razões se aplicam, *mutatis mutandis,* a este caso:

> Não há dúvida nenhuma de que se trata de norma que se dirige, com esse caráter geral, a **conteúdo de contrato**, matéria pertencente ao campo do **Direito Civil**. O alcance do caráter geral é que dá a razão por que se distribui competência concorrente nessa matéria, quando a Constituição atribui à União a competência para ditar **normas de caráter geral sobre contratos**. É que a União é que deve ditar normas aplicáveis a todo o país, a fim de que um contrato não tenha particularidade normativa em determinado Estado, outra particularidade em Estado diverso, ou a possibilidade de os Estados estabelecerem normas diferentes sobre o mesmo tipo de contrato. Ou seja, o sistema de produção, que vive em função de contratos, seria, de outro modo, perturbado, porque em cada Estado se teriam normas diferentes. Daí, porque, em todas as matérias de competência concorrente, reserva-se à União a competência para ditar normas de caráter geral. E a Constituição também prevê que, à falta de normas de caráter geral da União (que, no caso, não faltam, porque há normas do Código de Defesa do Consumidor que disciplinam hipóteses de nulidade de prestações, assim como as há quanto à educação, nas regras de diretrizes e bases), os Estados podem legislar. Mas essa competência não guarda caráter absoluto. Por quê? Porque diz bem o § 3º do art. 24:
>
> > "Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades."
>
> Quais peculiaridades? As do Estado. Que peculiaridades há no Estado de Pernambuco que justifiquem devam as mensalidades escolares ser pagas em dias

diferentes dos outros? O que, a respeito, há de particular em Pernambuco, para que o Estado, supondo-se que houvesse lacuna normativa – mas não há –, pudesse legislar sobre mensalidades escolares?

Nítida, portanto, a impossibilidade constitucional de qualquer Estado ou o Distrito Federal editar normas sobre obrigações, contraprestações ou outros aspectos típicos de contratos de prestação de serviços escolares ou educacionais, que isso implica, claramente, legislar em matéria de direito civil, reservada à competência da União (art. 22, I, da Constituição da República).

Quanto ao argumento da Câmara Legislativa, a objeção e o óbice constitucional seriam os mesmos, porque, conquanto se admitisse que o texto impugnado se limitaria a reproduzir e atualizar o disposto no art. 24 do Decreto-Lei 3.200, de 19 de abril de 1941, o qual ainda vigeria, não estaria o Distrito Federal, ainda assim, senão legislando sobre matéria de direito civil, de modo que não escaparia ao vício formal caracterizado.

2. Do exposto, **julgo procedente** a ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital 670, de 2-3-1994.

EXTRATO DA ATA

ADI 1.042/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito e, neste julgamento, o Ministro Eros Grau.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 12 de agosto de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.431 — MA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Autor: Estado do Maranhão — Ré: União

Ação cível originária – Medida liminar – Impedimento à realização de operações de crédito destinadas ao Programa Emergencial de Financiamento aos Estados e ao Distrito Federal (PEF), ao Projeto de Modernização da Administração das Receitas e da Gestão Fiscal, Financeira e Patrimonial das Administrações Estaduais (PMAE) e ao Projeto de Fortalecimento da Gestão Fiscal (PROFIS) – Restrições, que, emanadas da União, incidem sobre o Estado do Maranhão, por alegado descumprimento, por parte de seu Poder Legislativo e de seu Ministério Público, dos limites setoriais que a lei de responsabilidade fiscal impõe a tais órgãos públicos (LC 101/00, art. 20, II, *a*) – Conflito de interesses entre a União e o Estado do Maranhão – Litígio que se submete à esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal – Harmonia e equilíbrio nas relações institucionais entre o Estado do Maranhão e a União Federal – O papel do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação – Pretensão cautelar fundada nas alegações de ofensa ao princípio da intranscendência das medidas restritivas de direitos – Medida cautelar deferida – Decisão do relator referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Conflitos federativos e o papel do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação.

– A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, *f*), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.

Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira.

A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, *f*, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes.

O alto significado da Lei de Responsabilidade Fiscal e a questão de sua aplicabilidade ao Estado do Maranhão: limite global e limites setoriais em tema de despesa com pessoal (Poder Legislativo e Ministério Público).

– O Poder Executivo do Estado do Maranhão não pode sofrer sanções nem expor-se a restrições impostas pela União Federal em tema de realização de operações de crédito, sob a alegação de que o Ministério Público e o Poder Legislativo locais teriam descumprido, cada qual, os limites individuais a eles impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 20, inciso II, *a*), pois o Governo do Estado do Maranhão não tem competência para intervir nas esferas orgânicas do Poder Legislativo e do Ministério Público, por se tratar de órgãos investidos de autonomia institucional, por força e efeito de expressa determinação constitucional. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em referendar a cautelar concedida. Ausentes, licenciados, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Brasília, 16 de setembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em sede de ação cível originária – **e tendo em vista a cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes à plausibilidade jurídica **e** ao "*periculum in mora*" –, **proferi** decisão **concessiva** de medida cautelar **que possui** o seguinte teor (**fls. 111/118**):

> ***Trata-se*** *de "ação cível originária, com pedido de liminar",* ***ajuizada*** *pelo Estado do Maranhão* ***contra*** *a União Federal,* ***que tem por objetivo determinar à ré que*** *"(...)* ***se abstenha****, através de seus Ministérios ou Secretarias,* ***de impedir a realização*** *de operações de crédito* ***destinadas*** *ao Programa Emergencial de Financiamento aos Estados e ao Distrito Federal (PEF), ao Projeto de Modernização da Administração das Receitas e da Gestão Fiscal, Financeira e Patrimonial das Administrações Estaduais (PMAE) e ao Projeto de Fortalecimento da Gestão Fiscal (PROFIS) de que seja titular o Estado* ***com base no art. 20*** *da Lei da Responsabilidade Fiscal" (fl. 40 –* ***grifei****).*
>
> *O autor* ***sustenta****, em síntese,* ***para justificar*** *sua pretensão cautelar,* ***o que se segue*** *(fl.4):*
>
> > *"****Em recente manifestação*** *do Secretário-Adjunto do Tesouro Nacional,* ***por ocasião*** *da análise de três pleitos do Estado do Maranhão,* ***referentes*** *a operações de crédito* ***destinadas ao Programa Emergencial*** *de Financiamento aos Estados e ao Distrito Federal (PEF),* ***ao Projeto de***

Modernização *da Administração das Receitas e da Gestão Fiscal, Financeira e Patrimonial das Administrações Estaduais (PMAE)* ***e ao Projeto de Fortalecimento*** *da Gestão Fiscal (PROFIS),* ***determinou o arquivamento sob o fundamento do descumprimento*** *dos limites de despesa com pessoal* ***na Assembleia Legislativa e no Ministério Público****.*

Na presente ação*, será demonstrado que o Estado encontra-se* ***obediente*** *à Lei de Responsabilidade Fiscal,* ***de acordo*** *com os argumentos adiante aduzidos,* ***que demonstram*** *à saciedade* ***que o parâmetro a ser observado*** *pela Secretaria do Tesouro Nacional* ***é aquele do limite global*** *por Estado-Membro* ***e não por poder****, como pretende a STN.* ***Assim como demonstrar*** *que o Poder Executivo* ***não tem*** *instrumentos* ***para determinar que outros*** *Poderes se submetam." (****Grifei.****)*

Reconheço*, preliminarmente,* ***considerada a norma inscrita*** *no art. 102, I, "****f****", da Constituição da República,* ***que a presente*** *causa* ***inclui-se na esfera*** *de competência originária do Supremo Tribunal Federal.*

Com efeito, ***sabemos*** *que essa regra de competência* ***confere****, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de* ***Tribunal da Federação****, atribuindo,* ***a esta*** *Corte, em tal condição institucional,* ***o poder de dirimir*** *as controvérsias que,* ***ao irromperem*** *no seio do Estado Federal,* ***culminam****,* ***perigosamente****,* ***por antagonizar*** *as unidades que compõem a Federação.*

Essa ***magna*** *função jurídico-institucional da Suprema Corte* ***impõe-lhe o gravíssimo dever*** *de velar* ***pela intangibilidade*** *do vínculo federativo* ***e*** *de zelar* ***pelo equilíbrio harmonioso*** *das relações políticas entre as pessoas estatais* ***que integram*** *a Federação brasileira.*

Cabe assinalar *que o Supremo Tribunal Federal,* ***ao interpretar*** *a norma de competência inscrita no art. 102, I, "****f****", da Carta Política,* ***tem proclamado*** *que "o dispositivo constitucional invocado* ***visa a resguardar*** *o equilíbrio federativo" (****RTJ 81/330-331****, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE –* ***grifei****),* ***advertindo****, por isso mesmo,* ***que não é*** *qualquer causa* ***que legitima*** *a invocação do preceito constitucional referido,* ***mas****,* ***exclusivamente****,* ***aquelas controvérsias de que possam derivar*** *situações* ***caracterizadoras*** *de conflito federativo (****RTJ*** *81/675 –* ***RTJ*** *95/485 –* ***RTJ*** *132/109 –* ***RTJ*** *132/120,* ***v.g****.).*

Esse entendimento jurisprudencial *evidencia que a aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "****f****", da Carta Política* ***restringe-se àqueles litígios*** *– como o de que ora se cuida – cuja potencialidade ofensiva* ***revela-se apta a vulnerar*** *os valores* ***que informam*** *o princípio fundamental* ***que rege****, em nosso ordenamento jurídico,* ***o pacto da Federação****, em ordem a viabilizar* ***a incidência*** *da norma constitucional* ***que atribui****, a esta Suprema Corte,* ***o papel eminente*** *de Tribunal da Federação (****AC 1.700-MC/SE****, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI –* ***AC 2.156-REF-MC/SP****, Rel. Min. CELSO DE MELLO –* ***ACO 597-AgR/SC****, Rel. Min. CELSO DE MELLO –* ***ACO 925-REF-MC/RN****, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***v.g****.).*

Vale referir*, neste ponto,* ***recente*** *julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que esse aspecto da questão* ***foi bem realçado pelo Plenário*** *desta Suprema Corte:*

"***CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO****.*

– A Constituição da República ***confere****, ao Supremo Tribunal Federal,* ***a posição eminente de Tribunal da Federação*** *(****CF****, art. 102, I, '****f****'),* ***atribuindo****, a* ***esta*** *Corte, em tal condição institucional,* ***o poder de dirimir*** *as controvérsias, que,* ***ao irromperem*** *no seio do Estado Federal, culminam,* ***perigosamente****, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.*

*Essa **magna** função jurídico-institucional da Suprema Corte **impõe-lhe o gravíssimo dever** de velar **pela intangibilidade** do vínculo federativo **e** de zelar **pelo equilíbrio harmonioso** das relações políticas entre as pessoas estatais **que integram** a Federação brasileira.*

***A aplicabilidade** da norma **inscrita** no art. 102, I, 'f', da Constituição **estende-se** aos litígios cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que informam** o princípio fundamental **que rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o pacto da Federação**. **Doutrina**. **Precedentes**."*

*(**ACO 1.048-QO/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)*

***Daí a observação** constante do magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 2/219-220, 1992, Saraiva), **cuja lição**, ao ressaltar essa **qualificada** competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **acentua**:*

*"**Reponta** aqui o papel do Supremo Tribunal Federal **como órgão de equilíbrio** do sistema federativo. **Pertencente** embora à estrutura da União, **o Supremo** tem um caráter nacional **que o habilita** a decidir, **com independência e imparcialidade**, as causas **e** conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados." **(Grifei.)***

***Definida**, assim, **a competência originária** deste Tribunal, **passo a analisar a postulação cautelar** deduzida na presente sede processual. **E**, ao fazê-lo, **observo que os elementos** produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, na espécie, **o acolhimento** da pretensão deduzida, **em caráter liminar**, pelo Estado do Maranhão, **eis que concorrem**, segundo vislumbro em juízo **de estrita** delibação, os requisitos **autorizadores** da concessão da medida cautelar ora postulada.*

***A plausibilidade jurídica** da pretensão cautelar formulada na presente sede processual **resulta**, considerado o fundamento invocado pelo autor, da **aparente** violação **ao princípio da intranscendência** (**ou da personalidade**) das sanções **e** das medidas **restritivas** de ordem jurídica, **quando alega que** "(...) não se pode exigir do Poder Executivo, para fins de apuração de sua regularidade fiscal, o adimplemento de obrigação do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou do Tribunal de Contas, pelo simples fato de não haver meio capaz de impor o cumprimento da obrigação inadimplida, bem como por não ser solidário legal com dita obrigação" (fl. 14).*

***É importante assinalar** que o postulado da intranscendência **tem** sido reafirmado por eminentes Ministros desta Suprema Corte (**AC 1.761/AP**, Rel. Min. EROS GRAU – **AC 1.936/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **AC 2.197-REF-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 2.228/DF**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **AC 2.270/ES**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **v.g.**), bem assim **pelo Plenário** (**AC 266-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AC 1.033-AgR-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO 925-REF-MC/RN**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ACO 970-tutela antecipada/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES), os quais, ao **pronunciarem-se** em situações como a que ora se examina, **concederam** tutela cautelar **em favor** de entidades estatais:*

*"**CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO** (**CAUC**) – **AMEAÇA DE INCLUSÃO**, NESSE CADASTRO **FEDERAL**, **DO ESTADO** DO MARANHÃO – **ALEGADO DESCUMPRIMENTO PARCIAL** DE CONVÊNIO **CELEBRADO** ENTRE ESSA UNIDADE DA FEDERAÇÃO **E** A UNIÃO FEDERAL (**CONVÊNIO** Nº 22/95-MPO) – **POSTERIOR CELEBRAÇÃO**, ENTRE ESSE ESTADO-MEMBRO **E** MUNICÍPIOS SITUADOS EM SEU TERRITÓRIO, **DE CONVÊNIOS** DESTINADOS **AO REPASSE** DOS RECURSOS OBTIDOS DA UNIÃO – **INADIMPLÊNCIA** DOS MUNICÍPIOS – **IMINÊNCIA***

DE IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO ESTADO DO MARANHÃO, EM VIRTUDE DO DESCUMPRIMENTO, PELOS MUNICÍPIOS, DAS OBRIGAÇÕES POR ESTES CONTRAÍDAS – POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SANÇÕES E RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA SUPERAREM A DIMENSÃO ESTRITAMENTE PESSOAL DO INFRATOR – LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO – POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CONFLITO FEDERATIVO – PRETENSÃO CAUTELAR FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA – DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO.

*– A Constituição da República **confere**, ao Supremo Tribunal Federal, **a posição eminente de Tribunal da Federação** (**CF**, art. 102, I, '**f**'), **atribuindo**, a **esta** Corte, em tal condição institucional, **o poder de dirimir** controvérsias, que, **ao irromperem** no seio do Estado Federal, **culminam**, **perigosamente**, **por antagonizar** as unidades **que compõem** a Federação.*

*Essa **magna** função jurídico-institucional da Suprema Corte **impõe-lhe o gravíssimo dever** de velar **pela intangibilidade** do vínculo federativo **e** de zelar **pelo equilíbrio harmonioso** das relações políticas entre as pessoas estatais **que integram** a Federação brasileira.*

***A aplicabilidade** da norma **inscrita** no art. 102, I, '**f**', da Constituição **estende-se** aos litígios cuja potencialidade ofensiva **revela-se apta a vulnerar** os valores **que informam** o princípio fundamental **que rege**, em nosso ordenamento jurídico, **o pacto da Federação**. **Doutrina**. **Precedentes**.*

INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) E ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

*– O **postulado** da intranscendência **impede** que sanções **e** restrições de ordem jurídica **superem** a dimensão **estritamente** pessoal do infrator. **Em virtude desse princípio**, o descumprimento de obrigações contraídas por Municípios **não pode atingir** os Estados-membros, **projetando**, sobre estes, **consequências jurídicas** desfavoráveis **e** gravosas, **pois o inadimplemento obrigacional** – por revelar-se **unicamente** imputável **aos entes municipais** vinculados ao respectivo Estado – **só a estes** pode afetar.*" *(**AC 2.317-REF-MC/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Devo salientar** que, em casos **rigorosamente** idênticos ao de que ora se cuida – **e nos quais também se registrava** a ocorrência **de igual** restrição fundada em suposta inobservância **dos limites** estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, **alegadamente** descumpridos por órgãos estatais **dotados** de autonomia administrativa, financeira **e** orçamentária (Tribunal de Justiça, Ministério Público, Tribunal de Contas **e** Assembleia Legislativa **locais**) –, o Supremo Tribunal Federal **deferiu** provimentos cautelares **em favor** de Estados-membros que os haviam requerido.*

Em consequência** da outorga de tais medidas cautelares, **esta** Suprema Corte **determinou** à União Federal, **tal como ora postulado** na presente causa, **que

se abstivesse "*(...) de negar autorização ao Estado (...) para operações de crédito, transferências de recursos federais ou, ainda, a obtenção de garantias (art. 23, § 3º, da LRF), com fundamento no descumprimento, pelo Poder Legislativo do referido Estado, do limite de gastos com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal*" (*AC 1.761/AP, Rel. Min. EROS GRAU – AC 2.094-REF-MC/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AC 2.104-MC/RO, Rel. Min. EROS GRAU – AC 2.197-REF-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. – grifei*).

Vale reproduzir, neste ponto, ante a extrema pertinência de que se reveste, fragmento da decisão monocrática, da lavra do eminente Ministro-Presidente, GILMAR MENDES, proferida no período de férias forenses, com que se concedeu medida liminar, então postulada, para o mesmo fim ora objetivado, na presente sede cautelar, pelo Distrito Federal:

> "*Como afirmei recentemente, em situação análoga (AC-MC 2.094, decisão de 17-7-2008), parece-me plausível o argumento da violação ao princípio da 'intranscendência das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica', bem delineado pelo Ministro Celso de Mello em decisão na AC-AgR-QO 1.033 (DJ 16-6-2006):*
>
> > '*O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros ou o Distrito Federal, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar. – Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas, a eles, as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.).*'
>
> *Não obstante o mencionado precedente se refira apenas à impossibilidade de se imporem sanções e restrições ao ente central em virtude de irregularidades perpetradas por entidades de sua Administração indireta – o que se explica pelo fato de estas entidades possuírem personalidade jurídica distinta da do ente central –, entendo que a 'ratio decidendi' dessa decisão também possa ser estendida para aquelas hipóteses em que ato praticado por um Poder gere consequências gravosas para outro.*
>
> *A despeito do fato de o Ministério Público e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não possuírem personalidade jurídica distinta da do ente federativo do qual fazem parte, a Constituição os dotou de autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Assim, não poderia o Poder Executivo intervir na esfera administrativa dos demais Poderes e do Ministério Público, compelindo-os a cumprir as disposições presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal.*
>
> *Por conseguinte, se o Poder Executivo estadual não pode desfazer ato administrativo omissivo ou comissivo imputado a outro Poder ou órgão autônomo, é razoável entender que ele também não possa ser obrigado a suportar as consequências gravosas desse ato ou omissão. (...)." (AC 2.104-MC/RO, Rel. Min. EROS GRAU – Grifei.)*

***Concorre**, por igual, na espécie ora em exame, situação **concretamente** configuradora do "periculum in mora" (fl. 39).*

***Sendo assim**, em face das razões expostas, **e considerando**, notadamente, **os precedentes específicos** que venho de mencionar, **defiro**, "ad referendum" **do E. Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **o pedido** de medida liminar, **em ordem a determinar**, à "(...) União Federal, **que se abstenha**, através de seus Ministérios ou Secretarias, **de impedir a realização** de operações de crédito **destinadas ao Programa Emergencial** de Financiamento aos Estados e ao Distrito Federal (PEF), **ao Projeto de Modernização** da Administração das Receitas e da Gestão Fiscal, Financeira e Patrimonial das Administrações Estaduais (PMAE) **e ao Projeto de Fortalecimento** da Gestão Fiscal (PROFIS), **de que seja titular** o Estado, **com base** no art. 20 da Lei da Responsabilidade Fiscal" (fl. 40 – **grifei.**).*

***Comunique-se**, com urgência, **para cumprimento imediato**, **o teor da presente decisão**, cuja cópia deverá ser encaminhada ao Senhor Advogado-Geral da União **e** ao Senhor Secretário do Tesouro Nacional.*

*2. **Feito o lançamento** desta decisão pela Secretaria, **voltem-me os autos conclusos**, **para os fins** a que se refere o art. 21, V, do RISTF.*

(...)

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Para os fins a que se refere o art. 21, **inciso V**, do RISTF, submeto ao referendo **do E. Plenário** desta Suprema Corte a decisão em causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, por seus próprios fundamentos, **a decisão** que proferi às fls. 111/118.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ACO 1.431-REF-MC/MA — Relator: Ministro Celso de Mello. Autor: Estado do Maranhão (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Maranhão). Ré: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a cautelar concedida. Ausentes, licenciados, os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 16 de setembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.876 — RO

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Governador do Estado de Rondônia — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia

Ação direta de inconstitucionalidade. Administrativo. Interrupção de bem ou serviço público sem aviso prévio ao consumidor. Controle de legalidade e não de constitucionalidade da Lei rondoniense 1.126/2002. Ação direta não conhecida.

1. O poder constituinte dos Estados-membros limita-se pelos princípios da Constituição da República. Autonomia dos entes federados definida pelos princípios constitucionais.

2. Ausência de afronta às regras de competência privativa da União.

3. Lei rondoniense 1.126/2002 coerente com o previsto na Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

4. Inviabilidade do exame de constitucionalidade da Lei rondoniense: questão posta para cotejar a Lei rondoniense 1.126/2002 com a Lei nacional 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Exame de legalidade que não viabiliza o controle abstrato da lei estadual por meio da ação direta. Precedentes.

5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer da ação. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto.

Brasília, 21 de outubro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia, em 11-4-2003, contra a Lei estadual 1.126, de 26-11-2002, que "(...) impede que concessionária de serviços públicos interrompa o fornecimento do bem ou do serviço sem aviso prévio ao consumidor (...)" (fl. 3).

2. Estabelece a Lei impugnada:

> Art. 1º Fica vedado às empresas concessionárias de serviços públicos interromper a prestação dos serviços públicos ou o fornecimento de bens, por qualquer motivo, sem aviso prévio por escrito ao consumidor, com 5 (cinco) dias de antecedência.
>
> § 1º O não cumprimento do disposto no *caput* deste artigo implicará na imediata retomada da prestação do serviço ou fornecimento do bem, bem como no pagamento de multa de 1.000 UFIR a 10.000 UFIR.
>
> § 2º Na fixação da multa referida no parágrafo anterior serão levadas em consideração como circunstâncias agravantes, ser o infrator reincidente, trazer a infração consequências danosas à saúde ou a segurança do consumidor, deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitá-lo, ter o infrator agido com dolo ou má-fé.
>
> § 3º A multa referida no § 1º deste artigo será aplicada pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, mediante provocação do interessado, respeitando o procedimento legal, e será distribuída na forma prevista nos artigos 24 e 27 do Decreto federal 861/1993.
>
> (Fls. 3-4.)

3. O autor argumenta que a norma estadual seria formalmente inconstitucional, por contrariar regra estabelecida no art. 84 da Constituição da República, pois "(...) o legislador rondoniense disciplinou acerca do funcionamento da administração federal (bem como estadual e municipal), na execução direta ou indireta dos serviços públicos sob sua responsabilidade (...)" (fl. 5).

Assevera que "(...) a Assembleia Legislativa de Rondônia, além de violar o processo legislativo federal, [teria contrariado] as regras atinentes ao princípio federativo, localizados nos arts. 1º e 18 da Constituição" da República (fl. 5).

Segundo ele, a lei estadual aqui questionada foi promulgada "(...) quando vigente a Lei federal 8.078/1990 (Código do Consumidor), que assegura a prestação, pelos órgãos públicos, de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ademais, estabelece as consequências advindas do descumprimento da regra (...)" (fl. 6).

Conclui que a lei rondoniense disciplina "(...) matéria de forma contrária à lei federal anterior [Lei 8.078/1990], inserida no âmbito das competências concorrentes tratadas no art. 24 da Constituição (...)" (fl. 7).

Requer a concessão de medida cautelar, "(...) para suspender, *ex nunc*, os efeitos da Lei 1.126, de 26 de novembro de 2002 (...)" e, no mérito, pede a declaração da inconstitucionalidade da Lei do Estado de Rondônia 1.126, de 26 de novembro de 2002 (fl. 8).

4. Em 14 de abril de 2003, a Ministra Ellen Gracie, então Relatora, adotou o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1998 (fl. 20).

5. Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia contesta as alegações expendidas pelo autor, ao argumento de que a Lei estadual 1.126/2002 foi editada "(...) nos moldes do estatuído pela Constituição da República e pela (...) Constituição do Estado de Rondônia (...)", a qual dispõe:

> Art. 19. Incumbe ao Poder Público assegurar, na prestação direta ou indireta dos serviços públicos, a efetividade:
>
> I – dos requisitos, entre outros, de eficiência, segurança e continuidade dos serviços públicos e de preço, em tarifa justa e compensável.
>
> (...)
>
> Art. 30. Cabe à Assembleia Legislativa de Rondônia, com a sanção do Governador do Estado, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:
>
> (...)
>
> IV – normas gerais para exploração ou concessão, bem como para a fixação de tarifas ou preços dos serviços públicos (...)
>
> (Fls. 25-26.)

Afirma, ainda, que não haveria contrariedade ao art. 84 da Constituição da República, porque a Lei estadual 1.126/2002 não dispõe "(...) sobre organização ou funcionamento da administração federal. Pelo contrário, a grande parte das empresas alcançadas pela norma são empresas públicas estaduais ou privatizadas (...)" (fl. 27).

6. O Advogado-Geral da União opina no sentido que "(...) a exigência de aviso prévio por parte de concessionárias de serviços públicos, tal como preconizado na atacada lei rondoniense, está em conformidade com a vigente ordem constitucional brasileira (...)", concluindo pela constitucionalidade da Lei 1.126/2002 (fls. 38-39).

7. O Procurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento da presente ação.

8. Em 24 de junho de 2006, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei 9.868/1999 c/c art. 87, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1**. Como relatado, nesta ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia se questiona a validade constitucional da Lei rondoniense 1.126/2002, ao argumento de que ela afrontaria aos arts. 24, inciso XVIII, e 84 da Constituição da República.

2. Assevera o autor, basicamente, que teria havido: *a)* afronta às regras da competência privativa do Presidente da República para iniciar o processo legislativo quanto à organização e ao funcionamento da administração federal; *b)* não observância das regras de competência concorrente, com edição de lei estadual de forma contrária à lei federal.

3. Examino, primeiramente, a alegada afronta ao art. 84, incisos III e VI, da Constituição da República.

Nos termos do que sustenta o autor, teria havido afronta ao art. 84, inciso III, ao argumento de que a Assembleia Legislativa não poderia iniciar o processo legislativo, por ser matéria correlacionada ao disposto no art. 61, § 1º, que confere ao Presidente da República a iniciativa das leis.

Quanto ao inciso VI do art. 84, por ocasião do ajuizamento da presente ação, a Constituição da República previa:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.

A EC 32/2001 deu nova redação àquele dispositivo, disciplinando que:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> VI – dispor, mediante decreto, sobre:
> a) organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Quer seja na norma anterior à EC 32/2001, quer seja naquela que nela se contém e pela qual o Presidente da República dispõe sobre "organização e funcionamento da administração federal" mediante decreto, não houve afronta a esse dispositivo, porque, como bem pontuou o Advogado-Geral da União,

> "(...) o termo organização ali empregado diz respeito à própria estrutura dos órgãos da administração federal, e a expressão funcionamento refere-se à fixação de suas atribuições. Enfim, ambos os termos estão intimamente relacionados à ideia de autonomia das pessoas jurídicas de direito público, dentre as quais (...) figuram os Estados federados (...)"
> (Fl. 34.)

4. Como se contém naquela ponderação, não se sustenta a argumentação do autor, sob pena de não se conhecer da autonomia dos entes federados, do que se conclui não haver vício formal na lei impugnada.

Segundo Raul Machado Horta, a Constituição da República

> (...) conferiu autonomia à legislação concorrente partilhada pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal. Autonomia formal, sob o aspecto de nova modalidade introduzida na repartição de competências, e autonomia material, indicando os temas que poderão constituir objeto da legislação concorrente. Enriqueceu a autonomia formal, dispondo que a competência da União consistirá no estabelecimento de normas gerais, isto é, normas não exaustivas, e a competência dos Estados se exercerá no domínio da legislação (art. 24, § 1º e § 2º). A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A Lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais.
> (*Direito Constitucional.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 357.)

5. Assim, se é certo que o Estado-membro pode legislar sobre matéria que lhe foi atribuída competência pela própria Constituição da República, desde que não divirja do quanto disposto na lei nacional, ou seja, desde que compatível com a norma constitucional, no que diz respeito à alegada inconstitucionalidade material, a lei rondoniense em nada diverge do quanto prescrito na Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> (...)
>
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
>
> I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
>
> II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Tem-se, no caso, que a norma estadual repetiu o disposto na Lei 8.987/1995, do que decorre não haver qualquer inconstitucionalidade formal.

Também não procede o argumento do autor no sentido de que, no exercício de sua competência legislativa concorrente (art. 24, inciso VIII, da Constituição da República), a lei rondoniense teria tratado a questão de forma diferente do quanto disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor. Na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se que a ação direta de inconstitucionalidade não é a via apropriada quando, para a análise de constitucionalidade de uma norma, há que se fazer um cotejo com norma infraconstitucional, não se admitindo a declaração de inconstitucionalidade pela via reflexa.

A matéria posta nos autos não é nova no Supremo Tribunal Federal.

6. Na assentada de 23-11-2000, no julgamento da ADI 2.344-QO/SP, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu ser

> (...) **incabível** a ação direta de inconstitucionalidade, **se**, para o **específico** efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por **parte** de qualquer Estado-membro, tornar-se **necessário** o **confronto prévio** entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: **a legislação nacional** de princípios ou de normas gerais, de um lado ([Constituição da República], art. 24, § 1º), **e as leis estaduais** de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro, ([Constituição da República], art. 24, § 2º) (...) É que, **tratando-se** de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade **há** de transparecer **de modo imediato**, derivando, o eu reconhecimento, do confronto **direto** que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República (...)
>
> (*DJ* de 2-8-2002, grifos no original.)

Na mencionada questão de ordem, debateu-se o fato de ser, ou não, invasão de competência legislativa federal a edição de lei paulista que dispunha sobre o recuo nos trechos rodoviários que atravessassem perímetros urbanos, ao argumento de tratar-se de norma de direito urbanístico.

Naquela assentada, o Ministro Celso de Mello reconheceu

> (...) que a controvérsia instaurada na presente sede processual diz respeito à típica hipótese de antagonismo entre legislação estadual, de um lado, ([Constituição da República,] art. 24, § 1º), e determinada lei nacional, de outro, a **refletir**, quando muito, a existência de situação configuradora de inconstitucionalidade meramente reflexa, **insuscetível** de exame em sede de controle normativo abstrato ([ADI] 2.207/AL, Rel. Min. Celso de Mello).
>
> **Vê-se**, a partir da **própria** fundamentação exposta pelo **autor** da presente ação direta [de inconstitucionalidade], que este, para demonstrar a alegada situação de ilegitimidade constitucional, necessitou confrontar o texto do diploma legislativo estadual com o que prescreve o art. 4º, [inciso] III, da Lei 6.766/1979, que, editada pela União Federal, dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências (...)
>
> (*DJ* de 2-8-2002, grifos no original.)

Para o Ministro Celso de Mello,

> Esse exercício de análise comparativa, caso pudesse ser admitido em sede de controle normativo abstrato – cujo objeto **único** é a verificação, em tese, da ocorrência de situação de **litigiosidade constitucional direta e imediata** com o texto da Carta Política – **levaria** esta Corte a proceder **contra** a sua própria orientação jurisprudencial, que, por mais de uma vez (**ADI** 613/DF – **ADI** 842/DF), **já advertiu** que, em sede de ação direta, "a inconstitucionalidade **deve** transparecer **diretamente** do texto do ato estatal impugnado", **pois** a formulação desse juízo de desvalor **não pode** e **nem deve** depender da **análise prévia** de outras espécies jurídicas **infraconstitucionais**, para, em função desse exame precedente **e** em desdobramento exegético ulterior, concluir-se, eventualmente, **sempre, porém, de modo reflexo**, pela ilegitimidade constitucional do ato impugnado (...)
>
> (ADI 2.344/SP.)

Da mesma forma, no julgamento da ADI 252, o Ministro Moreira Alves obtemperou:

> (...) no caso, tendo em vista o maior âmbito de competência concorrente e comum que os arts. 23 e 24 da atual Constituição deram aos Estados-membros no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas, às leis sobre não só sobre produção e consumo, mas também sobre proteção e defesa da saúde, para se verificar se a lei estadual em causa é, ou não, inconstitucional por invasão de competência da legislação federal, é mister que se faça o confronto entre essas legislações infraconstitucionais, o que não dá margem ao cabimento da ação direta (...)
>
> (*DJ* de 21-2-2003.)

Nesse mesmo sentido: ADI 1.540/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16-11-2001; ADI 1.692/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 28-11-1997; e ADI 842/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 14-5-1993.

7. Os requisitos objetivos para análise da questão da inconstitucionalidade foram expostos por Canotilho, segundo o qual:

> A questão suscitada perante o juiz da causa (...) tem de ser uma questão de inconstitucionalidade, isto é, tem de colocar-se o problema da conformidade ou desconformidade de uma norma com a Constituição. Esta questão de inconstitucionalidade deve configurar-se da seguinte forma: (1) é uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, deve tratar-se da questão da desconformidade constitucional de um ato normativo a aplicar num caso submetido a decisão perante o juiz *a quo*; (...) (3) é uma questão de inconstitucionalidade, isto é, pressupõe um juízo de conformidade ou desconformidade de um ato normativo com normas ou princípios dotados de estalão constitucional (= forma e valor constitucional) ou, no caso de ilegalidade, de valor legal reforçado (legalidade qualificada), excluindo-se as questões de natureza contencioso-administrativa (legalidade ou ilegalidade de regulamentos, de atos administrativos), as questões de mérito da causa (...)
> (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 985.)

Não se está, portanto, diante de lei estadual pela qual se possa, de maneira direta e imediata, analisar sua constitucionalidade, sem confronto anterior com norma legal.

7. Pelo exposto, **não conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade**.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, trata-se de examinar a constitucionalidade de uma lei, pela via reflexa, na ação direta, o que é impossível. Pretende-se saber se a lei estadual desbordou dos limites do Código do Consumidor. Apenas isso.

Portanto, acompanho a eminente Relatora não conhecendo da ação.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.876/RO — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Governador do Estado de Rondônia (Advogado: PGE/RO – Renato Condeli). Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, não conheceu da ação. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 21 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.980 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessada: Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal – ANACEN

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal 9.688/1998. Servidor público. Cargo de censor federal. Extinção. Enquadramento dos ocupantes em cargos doutras carreiras. Norma de caráter ou efeito concreto exaurido. Impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade. Pedido não conhecido. Votos vencidos. Lei ou norma de caráter ou efeito concreto já exaurido não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello. Votou, em assentada anterior, o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Cezar Peluso. Não votou o Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Ministro Carlos Velloso, que já proferira voto.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009 — Cezar Peluso, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Procurador-Geral da República argui o conflito da Lei 9.688/1998 com a previsão de acesso a cargo público mediante concurso – art. 37, inciso II, da Lei Maior. Com o citado diploma legal, declararam-se extintos os cargos de Censor Federal referidos na Lei 9.266/1996, dispondo-se sobre o aproveitamento dos ocupantes – após concluírem cursos específicos organizados pelo Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça – em cargos de Perito Criminal Federal e de Delegado de Polícia Federal, exigindo-se, relativamente a estes últimos, o título de bacharel em Direito. Estenderam-se aos aposentados em cargos de Censor Federal os benefícios próprios a tal enquadramento. Esclarece o requerente que o ajuizamento da ação decorreu de solicitação do Procurador da República Dr. Alexandre Espinosa Bravo Barbosa. Eis a íntegra do diploma atacado:

> Art. 1º São extintos os cargos de Censor Federal a que se refere a Lei 9.266, de 15 de março de 1996, e seus atuais ocupantes serão enquadrados em cargos de

Perito Criminal Federal e de Delegado de Polícia Federal da Carreira Policial Federal, observada a respectiva classe, após conclusão de curso específico organizado pelo Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Para o enquadramento em cargo de Delegado de Polícia Federal será exigido, adicionalmente, diploma de Bacharel em Direito.

Art. 2º São garantidos aos servidores aposentados em cargos de Censor Federal, bem como aos beneficiários de instituidores de pensão que também ocupavam o referido cargo, os direitos, vantagens e nomenclaturas inerentes aos cargos de Perito Criminal Federal e de Delegado de Polícia Federal da carreira de Policial Federal.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Ministério Público busca demonstrar, a partir de precedente desta Corte – ADI 362-3/AL, relatada pelo Ministro Célio Borja, cujo acórdão consta da *Revista Trimestral de Jurisprudência* 133, à página 1049 –, o desrespeito à exigência constitucional de concurso público, a ensejar a oportunidade de acesso aos cidadãos em geral. Assevera que a situação versada na lei não guarda sintonia com o que decidido na ADI 2.713-1/DF, relativamente à transformação de cargos de Assistente Jurídico em cargos de Advogado da União, tampouco com o pronunciamento decorrente da ADI 1.591-5/RS, quando envolvidos os cargos de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais e a investidura dos titulares no cargo de Agente Fiscal do Tesouro – questionamento decorrente de disciplina existente no Estado do Rio Grande do Sul. Ressalta a inexistência de atribuições iguais, registrando que, relativamente à ocupação do cargo de Delegado de Polícia Federal, a lei exigiu, escancarando tal fato, apresentação de diploma de bacharel em Direito, qualificação não requerida no tocante ao cargo extinto – de Censor. Sobre os vencimentos, consigna que o Censor Fiscal perceberia trezentos e setenta e oito reais e oitenta e um centavos, enquanto o Perito Criminal quatrocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e seis centavos, e o Delegado de Polícia quinhentos e vinte e quatro reais e trinta centavos. Afirma não verificada a compatibilidade fixada no art. 23 do ADCT, mencionando que a constitucionalidade do diploma vem sendo questionada em instâncias diversas, estando em curso, no Supremo, as Rcl 1.519-0/CE e 1.503-3/DF. Pleiteou o Fiscal da Lei a concessão de medida acauteladora para, alfim, vir-se a declarar inconstitucional a lei citada. Anexou à inicial os documentos de fls. 9 a 16.

À fl. 19, acionei o preceito do art. 12 da Lei 9.868/1999, almejando, com isso, a racionalização dos trabalhos na Corte.

Ao processo juntaram-se as informações de fls. 28 a 125, nas quais são evocadas as seguintes preliminares:

a) Da legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Discorre–se sobre a confecção da inicial não pelo Procurador-Geral da República, mas por Subprocurador, considerada provocação do Procurador Alexandre Espinosa Bravo Barbosa.

b) Da preclusão e segurança jurídica.

Sob o ângulo de preliminar, diz-se da circunstância de os interessados terem sido enquadrados há mais de cinco anos, isso no ano de 2003. Articula-se

com o teor do art. 54 da Lei 9.784/1999, aludindo-se a pronunciamentos acerca da necessidade de se balizar no tempo o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ter-se-ia a preclusão do ato.

c) Eficácia exaurida.

Aponta-se que a lei atacada já alcançou a eficácia pretendida. Os enquadramentos teriam sido implementados, mostrando-se impróprio o controle concentrado de constitucionalidade contra ato normativo que já haja perdido a eficácia.

d) Do polo passivo da ação direta de inconstitucionalidade.

A inicial não conteria a menção ao autor do ato atacado. Cita-se a lição de Clèmerson Merlin Clève e o que decidido na ADI 807-2/RS.

e) Do risco de se manter com eficácia o quadro.

Procura-se demonstrar a inexistência, isso para efeito de concessão de medida acauteladora, o que foi suplantado com o acionamento da norma do art. 12 da Lei 9.868/1999. No mérito, afirma-se que a Lei 9.688/1998 foi editada à luz do art. 23 do ADCT, não cabendo a exigência do concurso público. Remete-se ao que decidido na ADI 889-7/DF, salientando-se que o Texto Maior refere-se não a funções similares, mas, em face do aproveitamento, a funções compatíveis, sendo o mesmo critério percebido na Lei 8.112/1990, no que versa sobre a disponibilidade. Quando da Constituinte, teria prevalecido a opção não pela destituição ou aposentadoria dos servidores, não pela disponibilidade, mas pelo aproveitamento, guardada a dignidade do patamar atingido pelos servidores.

De acordo com as informações do Congresso Nacional, a inicial não contém pedido específico de declaração de inconstitucionalidade, havendo sido inobservado o Código de Processo Civil. No mérito, conclui-se pela perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade pelo exaurimento dos efeitos da lei (fls. 127 a 135).

A Advocacia-Geral da União pronunciou-se no sentido da harmonia da lei atacada com o art. 23 do ADCT, aduzindo que o cargo de Censor integrava o quadro permanente do Departamento de Polícia Federal. Daí a disciplina visando a aproveitar os respectivos ocupantes nos cargos mencionados em lei. A exigência do concurso público não teria cabimento em se tratando de extinção de cargo público e aproveitamento de ocupantes. Haveria a compatibilidade entre os cargos, prevendo-se, quanto ao de Delegado Federal, a necessidade do diploma de bacharel em Direito (fls. 138 a 144).

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls. 146 a 156, assim sintetizado:

> Ação direta na qual se impugna disposição federal que aproveita os servidores ocupantes dos extintos cargos de censor federal na carreira de delegado e perito da polícia federal. Detectadas infrações de ordem formal, pois a legislação tem origem em projeto de lei de iniciativa parlamentar, em descumprimento ao art. 61, § 1º, II, *a* e *c*, da CF/1988; e material, visto que os antigos censores não podem ser elevados a um cargo que não possuem (*sic*) funções afinadas com suas originais atribuições, em ofensa ao art. 37, II, da Lei Maior, e ao próprio art. 23, parágrafo único,

do ADCT. Os censores devem ser aproveitados em cargos que tenham funções de classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, a teor do art. 21, XVI, do corpo permanente, c/c art. 23, parágrafo único, do ADCT, restando sua vinculação ao Departamento de Polícia Federal como um preceito precário a ser substituído no futuro.

Parecer pela procedência da ação.

Na peça, refuta-se a atribuição, a terceiro, do ajuizamento da ação, remetendo-se à origem do que articulado na inicial, elaborada por Subprocurador-Geral da República, autoridade regularmente designada para atuar no Supremo, conforme disposto nos arts. 47 e 66, § 1º, da LC 75/1993. A ratificação procedida, no sentido da aprovação do conteúdo da peça, estaria em consonância com o que decidido na ADI 1.977-5/PB. Quanto ao exaurimento do ato atacado, informa-se a insubsistência do que sustentado, dada a circunstância de servidores estarem auferindo as vantagens previstas na lei. Sob o ângulo da iniciativa da norma, diz-se da irrelevância de se repetir a proposição do Poder Executivo considerado o Projeto 4.604/1998. O art. 37, inciso II, da Constituição Federal, versaria mais do que a exigência de identidade entre os cargos. Alude-se à observação feita, quando da discussão do projeto de lei, pelo deputado Luiz Eduardo Greenhalgh, segundo a qual melhor seria o aproveitamento dos servidores no campo da classificação indicativa de diversões públicas e de programas de rádio e televisão prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição Federal.

A Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal (ANACEN) foi admitida como terceira interessada no processo (fl. 176).

À fl. 205, está o termo de conclusão, datado de 22 de abril de 2005, justificando-se a preferência dada a este processo, em detrimento de outros, ante insistentes pedidos por parte daquela associação.

É relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):

Das preliminares

Relativamente ao defeito da inicial, considerada a necessidade de propositura da ação pelo Procurador-Geral da República, tem-se o desdobramento. Em primeiro lugar, verifica-se a confecção de peça não pelo legitimado, mas por Subprocurador-Geral da República. Admita-se que o Vice-Procurador-Geral da República possa fazer as vezes do Procurador-Geral, vindo este a aprovar a peça. Todavia, admitir-se que Subprocurador o faça é passo demasiadamente largo que implica o desvirtuamento da regra constitucional referente à legitimação não de integrantes do Ministério Público Federal, mas tão somente do Procurador-Geral da República. A peça inicial – contendo item a revelar que o ajuizamento resultou de solicitação do Procurador da República Dr. Alexandre Espinosa Bravo Barbosa – restou assinada, em termos de razões e pedido, pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, que, iniludivelmente, não contava à época, como não

conta na atualidade, com a legitimação para a propositura da ação. O instituto da aprovação não satisfaz a exigência constitucional, nem o introito da petição inicial. A exigência constitucional acerca da legitimidade está ligada ao fundo, e não simplesmente à forma, devendo ser observado o princípio da realidade.

Ante o quadro, acolho a preliminar evocada em peça que veio com a mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, prestando informações.

Da preclusão

Quanto à preclusão e segurança jurídica, a passagem de mais de cinco anos do enquadramento dos interessados, afasta-se a possibilidade de incidência da norma do art. 54 da Lei 9.784/1999. Há de se distinguir o direito de a Administração anular os atos administrativos do ajuizamento, pelo legitimado, de ação direta de inconstitucionalidade, visando a fulminar a lei que ensejou a prática pela Administração. Inexiste preceito a implicar a preclusão, no processo objetivo de constitucionalidade, em face da passagem do tempo.

Também não cabe acolher a impropriedade da ação ante o exaurimento de efeitos da lei. Estes, a rigor, continuam a repercutir no cenário jurídico, tendo em conta os benefícios auferidos pelo pessoal da ativa e inativos.

Não vinga, ademais, o que asseverado quanto ao silêncio da inicial no tocante ao polo passivo. O ajuizamento da ação fez-se direcionado a concluir-se pelo conflito de lei federal, evidentemente emanada das duas Casas Legislativas, com a Carta da República. Caminhar-se para o fetichismo da forma, para o abandono das peculiaridades da ação direta de inconstitucionalidade, nas quais não se têm partes propriamente ditas, é passo demasiadamente largo. Todo o raciocínio desenvolvido está voltado à conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei, não prejudicando a peça inicial a circunstância de se haver explicitado o pleito de concessão de cautelar e lançado, quanto ao pedido final, o seguinte:

> Em face do exposto, requer o Autor que, deferida a medida cautelar, colhidas as informações necessárias e ouvido o Advogado-Geral da União, na forma do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, seja-lhe dada vista dos autos para manifestação acerca do mérito da controvérsia proposta em face da Lei Federal 9.688, de 6 de julho de 1988, pedindo, ao final, que seja julgado procedente o pedido.

Em síntese, a peça encerra, por si mesma, o pedido de conclusão sobre a procedência da pecha de inconstitucionalidade quanto à Lei 9.688/1988, pouco importando o requerimento de nova vista do processo, formulado na inicial para manifestação acerca do mérito do tema.

Vencidas as preliminares, afasta-se a sobreposição com a ADI 889-7/DF. Nesta, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, o Plenário assentou a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto objetivando a regulamentação do art. 23 do ADCT. Eis a ementa do acórdão prolatado, publicado no *DJ* de 22 de abril de 1994:

> *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Parágrafo único do art. 23 do ADCT – Censores federais*. A existência de lei versando sobre a

> regulamentação prevista no inciso XVI do art. 21 da Carta Federal, sem a disciplina do aproveitamento dos censores federais, apenas confirma a omissão do Poder Executivo no encaminhamento de projeto com o qual se almeje imprimir eficácia à norma do parágrafo único do art. 23 do Diploma Maior.

Então, passo ao exame desta ação direta de inconstitucionalidade quanto à matéria de fundo.

Sobre o vício formal, o silêncio da inicial não prejudica a análise cabível. É que a causa de pedir na ação direta de inconstitucionalidade é aberta, cumprindo ter presente a Constituição Federal no seu todo. Assim, a circunstância de, somente no parecer, o Procurador-Geral da República haver aludido ao defeito formal, no que a disciplina teria resultado de iniciativa parlamentar, não é obstáculo a que o Tribunal se pronuncie a respeito.

Na aprovação, em si, do projeto de lei, não houve modificação substancial, considerados os Projetos 4.604/1998 e 4.570/1998, respectivamente do Chefe do Poder Executivo e do Deputado Benedito Domingos. Permaneceu inalterado o art. 1º, gerador desta ação, acerca da assunção aos cargos de Perito Criminal e de Delegado de Polícia da carreira policial federal, observada a respectiva classe, mediante aprovação em curso específico organizado pelo Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça. O próprio Ministério Público, no parecer emitido, reconhece a identidade dos projetos. O que se nota é que, simplesmente, suprimiu-se, na Câmara dos Deputados, o que previsto nos § 2º e § 3º do art. 1º do projeto do Executivo, sobre o conteúdo do curso a ser feito e a referência à estreita relação com as atribuições do cargo no qual se teria o enquadramento do servidor, bem como norma disciplinando-o, no tocante ao servidor que já tivesse concluído o curso, considerado suficiente pelo Departamento de Polícia Federal. Assim, não se pode concluir pelo vício formal, no que não houve alteração da disciplina atacada nesta ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, ligada ao aproveitamento dos antigos censores nos cargos de Perito Criminal e de Delegado de Polícia Federal.

No que tange ao vício material, o legislador constituinte de 1988 dispôs, a um só tempo, sobre a exigibilidade do concurso público, fazendo-o de forma linear e a extravasar a primeira investidura – art. 37, inciso II –, como também quanto ao aproveitamento da mão de obra dos ocupantes do cargo de Censor Federal – art. 23 do ADCT, que tem o seguinte teor:

> Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais.
>
> Parágrafo único. A lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais, nos termos deste artigo.

O exame do art. 21, inciso XVI, do corpo permanente da Carta, referido no art. 23 do ADCT, revela competir à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão. Pois bem,

a disciplina da matéria prevista neste inciso XVI fez-se mediante o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, presentes os arts. 74 a 80. Então, não houve a regência da atuação dos censores federais, o que levou a Corte a concluir, no julgamento da ADI 889-7/DF, da qual fui Relator, pela omissão do Poder Executivo.

Perceba-se, no entanto, o alcance do art. 23 do ADCT. O texto versa sobre os ocupantes do cargo de Censor Federal e o exercício de funções, com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, atendidas as disposições constitucionais. Já o parágrafo único concerne ao aproveitamento, pela lei decorrente do art. 21, inciso XVI, da Constituição Federal, dos censores federais. O que se tem, em última análise, é a previsão de deslocamento da atividade desenvolvida, afastada a de Censor Federal, mediante, em um primeiro passo, o exercício, no Departamento de Polícia Federal, de funções compatíveis e, em um segundo passo, das funções referidas no art. 21, inciso XVI, da Carta, ou seja, de classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão. Então, cumpre assentar algumas premissas:

a) o Censor Federal exercia atividade técnica;

b) os novos ares constitucionais não se mostraram harmônicos com a continuidade do serviço de Censor propriamente dito;

c) a sinalização de aproveitamento versado no parágrafo único do art. 23 do ADCT, ou seja, o definitivo, fez-se considerada estreita relação com atividade própria à eficácia do inciso XVI do art. 21 do corpo da Carta de 1988, de classificação de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, a exigir conhecimentos específicos, ligados a certo domínio e que guardam ligação com aqueles que eram exigidos anteriormente no exercício do cargo de Censor Federal;

d) o art. 23 do ADCT não implicou, por si mesmo, a extinção do cargo de Censor Federal, o que somente ocorreu com a lei atacada nesta ação direta de inconstitucionalidade. O artigo em questão cuida do aproveitamento da mão de obra, estando no parágrafo único a previsão segundo a qual a lei que viesse a dispor sobre a classificação indicativa de programas – art. 21, inciso XVI, da Constituição Federal – trataria do aproveitamento dos censores federais.

Ora, o que se nota é que a lei em análise acabou por versar, sem qualquer referência ao objetivo estabelecido no art. 23 do ADCT – o aproveitamento dos censores federais na classificação de programas –, sobre a ocupação, sem concurso público, de cargos diversos, ou seja, de Perito Criminal e Delegado. A discrepância do que previsto na Constituição é total, não se podendo conceber o enquadramento – que acabou se dando mediante portarias do Ministro de Estado da Justiça – dos censores que contavam com o título de bacharel em Direito como delegados da Polícia Federal e os demais, como peritos criminais federais, implicando, dada a ordem natural das coisas, as consequências emprestadas à citada lei, um *plus* que não foi previsto pela norma do art. 23 do ADCT. Foram enquadrados no cargo de Delegado de Polícia Federal 41 censores; no cargo de Perito Criminal Federal, 38 censores; no cargo de Delegado de Polícia Federal, 83 censores aposentados e no cargo de Perito Criminal Federal, 84 censores aposentados.

Esclareço que, segundo dados colhidos no Departamento de Polícia Federal, hoje estão na ativa doze censores enquadrados como Delegados da Polícia Federal e quatorze censores enquadrados como Peritos Criminais Federais. Ao todo foram beneficiados, sem concurso público específico, com o enquadramento em cargos diversos do ocupado, presente a dualidade – Perito Criminal Federal e Delegado da Polícia Federal – 246 servidores. Eis a séria situação retratada neste processo. A mesclagem verificada, galgando os censores cargos sem o precedente concurso público, discrepa das balizas constitucionais. Repita-se, mais uma vez, que o art. 23 do ADCT não extinguiu sequer os cargos. O teor da norma revelou que os ocupantes do cargo de Censor Federal continuariam exercendo funções com este compatíveis, ou seja, compatíveis com o cargo de Censor, no Departamento de Polícia Federal, determinando-se a observância das disposições constitucionais, ou seja, a interrupção da atividade de Censor, sendo que a lei relativa à classificação das programações deveria, sem modificação substancial dos cargos, como ocorre em se tratando dos de Perito Criminal e de Delegado, versar a respeito. Em síntese, o que se previu, ficando afastada a disponibilidade, foi o aproveitamento, em si, da mão de obra dos antigos técnicos da Censura, e não a ocupação de cargos, no Departamento da Polícia Federal, estranhos aos afazeres até então implementados. Voto no sentido da inconstitucionalidade da Lei 9.688/1998.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, peço vênia ao ilustre Relator para divergir.

Admito a peça. Entendo que o "aprovo" do Procurador-Geral da República ao texto do Subprocurador-Geral supre largamente as exigências constitucionais. A presença do Procurador-Geral da República é inequívoca, no caso.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também tendo a compreender que a aprovação pelo Procurador-Geral da República de uma peça técnica elaborada pelo Subprocurador-Geral significa a sua assunção, a sua investidura na autoria da peça para fins extroversos, para fins externos.

Nessa medida, peço vênia ao Ministro Relator para acompanhar a divergência.

DEBATE

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): Ministros, eu gostaria de fazer uma observação: recordo-me bem desse debate quando se elaborou o art. 144 da Constituição, em relação à competência da Polícia Federal. Pela EC 19 e pela Constituição do Brasil de 1967, preceituava que:

Art. 8º Compete à União:
(...)
VII – organizar e manter a polícia federal com a finalidade de (...)[1]

Daí vinham as alíneas *a*, *b*, *c*, e a alínea *d*, que estabelecia prover a "censura de diversões públicas". Este dispositivo não foi reproduzido pelo art. 144. Daí por que se entendeu, à época – isso foi uma discussão grande –, que se estaria tirando a censura – função desempenhada pelos censores – da atividade da Polícia Federal, a qual ficou, fundamentalmente, com a "apuração de infrações penais contra a ordem política e social".

Essa expressão "ordem política e social", nas Constituições anteriores, era "infrações penais contra a segurança nacional". À "ordem política e social" suprimiu-se a expressão "segurança nacional" e suprimiu-se, também, essa alínea *d*: "a censura das diversões públicas". Daí a lógica do texto do art. 37, porque se entendia, com isso, que estava desaparecendo a função de Censor desempenhada por esse personagem; e, aí, determinou-se o aproveitamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Surgindo a classificação indicativa de programas, atividade que ficou no âmbito do Ministério da Justiça.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): Que saiu da Polícia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É interessante – apenas um comentário à margem e que, talvez, haja decorrido do estigma que persegue esses servidores: eles não foram aproveitados na classificação.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): Naquela condição. Então, só para motivo de esclarecimento: a censura desaparece como função da Polícia Federal, esses funcionários eram da Polícia Federal e não foram deslocados para as funções que aparecem na parte relativa à cultura, ou coisa assim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Porque o art. 23 do ADCT realmente previu que, enquanto não se tivesse a regulamentação do inciso XVI do art. 21 da Constituição Federal, alusivo à classificação, eles continuariam no Departamento de Polícia Federal; então, com a regulamentação, seriam deslocados para a classificação. Em vez de a lei promover esse deslocamento, partiram os legisladores para o enquadramento em cargos, para mim, diversos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: De fato, eles continuaram a exercer funções típicas da Polícia Federal, quer dizer, aproveitados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Sim, em termos, com peculiaridades; não só consideradas as atribuições do cargo de Perito Criminal Federal, como também as atribuições do cargo de Delegado.

---

[1] "VII – organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover:
a) os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras;
b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;
c) a apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como de outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
d) a censura de diversões públicas;"

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): O fato, também, é que uma coisa parece certa, Ministro Marco Aurélio: para os censores – dando eficácia ao art. 23 –, não é admissível a disponibilidade, porque foi determinação constitucional do aproveitamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, devo confessar que fiquei tranquilo quando, da tribuna, o ilustre representante da associação – Dr. Arthur Castilho – asseverou, com todas as letras, que não houve melhoria alguma e, portanto, não haverá prejuízo com a procedência do pedido formulado na ação: melhoria de vencimentos.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, Vossa Excelência trouxe à baila um dado histórico importantíssimo.

Realmente, a atividade de censura, com aquela conotação pejorativa toda que conhecemos, processava-se no âmbito das atividades da Polícia Federal. A atual Constituição excluiu completamente a atividade de censura não só do âmbito da Polícia Federal, como no de qualquer outra atividade pública. Não há mais censura.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Criou algo mais palatável – a classificação indicativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exato.

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Presidente): Foi no inciso XVI do art. 21.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O art. 220 da Constituição Federal dispõe exatamente isso, a propósito de comunicação social:

> Art. 220 (...)
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A evidenciar que o cargo de censor não mais tem razão de ser. Agora, se for chamado de classificador, para fins indicativos, de acordo com determinadas faixas etárias, de espetáculos públicos etc., tudo bem. Esta a razão de ser do art. 23, conforme o Ministro Marco Aurélio tão bem explicou.

Daí por que, sem nenhum incômodo de ordem intelectual, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, vou pedir vênia. Tenho que o caso é de lei dita de efeito concreto.

Na verdade, trata-se de lei – não vou discutir sua qualificação – que disciplina uma relação jurídico-substancial subjetiva e historicamente determinada, que, como tal, é irreprodutível, isto é, a situação dos ocupantes certos do cargo

de Censor à data da Constituição, e, pois, destinatários absolutamente individualizados, e que por isso não se aplica a nenhum outro destinatário. Corresponde, portanto, à classificação – seja lá o nome que se dê –, de norma a que faltam generalidade e abstração.

Com a devida vênia, extingo o processo, sem julgamento de mérito.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A lei realmente não nomeou, ou não nominou, os censores que seriam beneficiários, mas ela continua a surtir efeitos abrangentes quanto a todos aqueles apanhados à época, inclusive aos aposentados e, quem sabe, aos pensionistas de servidores.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que não vejo aqui, de fato, é inconstitucionalidade, porque o texto é claro no sentido do aproveitamento. Quer dizer, abre ensanchas, portanto, para que o legislador o faça.

E, neste caso – fazendo uma consideração de índole política –, fê-lo bem, pois, em vez de encaminhar para a classificação gente que vinha com este ranço, esse viés de eventualmente praticar a censura, embora talvez fossem mais civilizados do que alguns do Governo Médici, parece-me que é até razoável que não tenham feito o aproveitamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A rigor, o art. 23 previu duas etapas: a primeira, o aproveitamento no âmbito da Polícia Federal. A segunda, para aquele serviço, colocando em plano secundário o ranço, o estigma, referente ao serviço de classificação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A Constituição dispõe no art. 23 do ADCT "funções com este" – ou seja, com o cargo de Censor – "compatíveis".

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): E a classificação o é, desde que não se exagere.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Como era também função compatível com a atividade de Polícia Federal, cargo de nível superior. De modo que não vejo aqui inconstitucionalidade.

Não seguiria a referência do Ministro Cezar Peluso, até porque, hoje, quase que repudio essa ideia do ato de efeito concreto quando se materializa em lei. A meu ver, deveríamos prosseguir sempre no sentido de controle de constitucionalidade.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas o parágrafo único do art. 23 do ADCT simplesmente determina que, para efeito desse aproveitamento, precisa da aquiescência do Legislativo. Não significa que seja lei que, como historicamente é, serviria para ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas respeitada a Constituição, e esta exige o concurso público na primeira e também nas movimentações para cargos diversos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: É uma classe determinada de pessoas. Ela não se reproduz em nenhuma outra situação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Salvo se houvesse afinidade funcional de desempenho de função.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, mudança de cargo não. Não abriu a exceção.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas aqui é aproveitamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Aproveitamento da mão de obra para o servidor não ficar em disponibilidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Podemos até discutir isso no contexto da Constituição de 1988, mas a afinidade com a atividade de Polícia Federal havia.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, se fossem dois ocupantes apenas, e a lei nominasse os dois ocupantes, seria a mesma coisa. Simplesmente a lei omitiu o nome dos ocupantes. Eles são determinadíssimos.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A lei dirige-se a uma categoria de censores.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, categoria significa que outras pessoas podem ocupar essa classe.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Nós vamos, então, reconhecer caráter concreto de qualquer lei que conceda aumento a servidor público, que se refere a servidor público. Isto, evidentemente, não seria adequado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A generalidade da lei prevê como tipo, isto é, como universal, situação dentro da qual pessoas indeterminadas podem vir a ocupar uma posição. Isso é que é a generalidade da lei. Qualquer pessoa pode entrar naquela classe. Agora, quando se trate de classe já fechada, com uma, duas, três, ou dez pessoas, a situação é irreprodutível, porque é classe fechada. Não há aí generalidade nenhuma. São pessoas certas, determinadas. Se fosse um ou dois ocupantes e estivessem nominados na chamada lei, ninguém negaria a tal lei a categoria de lei de efeitos concretos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A lei passou a disciplinar uma relação jurídica continuada e de forma permanente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A situação jurídica de que se trata aqui é de quem ocupa aquele cargo. É simplesmente isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas com repercussões no tempo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Repercussões são apenas repercussões.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O efeito da lei se esgotou com relação a cada sujeito ou – como diziam os clássicos – a cada destinatário da norma com um fato único: o seu aproveitamento. Depois que foi aproveitado como delegado de polícia, que perceba como delegado de polícia é mera consequência.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, em relação ao não conhecimento, tenho feito essa consideração no sentido de examinar sempre que se tratar pelo menos de lei, independentemente da aplicação a situações concretas ou não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Então Vossa Excelência está agora mudando de posição, porque me recordo de um trecho, não sei se é de acórdão ou de um dos muitos belíssimos trabalhos doutrinários de Vossa Excelência, no qual dizia que, "de acordo com toda história da ação direta de constitucionalidade, essa lei só pode ser entendida como lei de caráter"...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Pode ser que tenha tido uma evolução.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Nós temos casos similares, lembro a ADI 767 e a ADI 842. Eram normas sobre a situação de funcionários determinados, que se esgotavam na regulação de uma conduta única. Tem-se considerado tais casos como atos de efeito concreto, insusceptíveis de ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O problema desse tipo de impulso, inclusive, é que também não vamos encerrar esse debate.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas quem vai propor mandado de segurança? Quem vai reclamar contra essa situação?

Isso atende às preocupações de Vossa Excelência. Ninguém vai reclamar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Em vez de dirimirmos a problemática em um único processo, vamos aguardar outros 252.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Ou ação popular.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Nossos cartórios e secretarias têm número diminuto de processo...

O Sr. Ministro Carlos Britto: De efeito concreto na lei é a extinção dos cargos de Censor, no art. 1º. Aí não há dúvida que é de efeito concreto; tudo o mais aí vejo como irradiante no tempo, inclusive falando de direitos, vantagens, de aposentados, de pensionistas. O âmbito pessoal de incidência da lei é muito abrangente. Não se limita aos censores.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Mas o âmbito material são fatos únicos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E que por isso não são passíveis de reprodução. Não é lei no sentido de que qualquer pessoa possa encontrar-se futuramente na mesma situação típica prevista, coisa impossível, porque se cuida de situação concreta e individualizada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mesmo o âmbito material é plúrimo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vou, então, fazer ressalva das minhas posições e seguir o Ministro Cezar Peluso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, também eu, pedindo vênia, acompanho a divergência.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.980/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessada: Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal – ANACEN (Advogados: Arthur de Castilho Neto e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar sobre a falta de legitimação ativa, vencido o Ministro Relator. E, por unanimidade, também rejeitou as demais preliminares suscitadas. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo da ação e julgando-a procedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, e dos votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, não conhecendo da ação, pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie. O Ministro Carlos Velloso também conhecia da ação e, quanto ao mérito, aguardará o voto-vista. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Falou pela Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal (ANACEN) o Dr. Arthur de Castilho Neto.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 8 de setembro de 2005 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Srs. Ministros, peço licença para retomarmos, na presente sessão plenária, o julgamento da ADI 2.980, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, na qual se impugna a Lei federal 9.688, de 6-7-1998, que extinguiu os cargos de Censor Federal e enquadrou seus ocupantes nos cargos de Perito Criminal Federal e de Delegado de Polícia Federal, ambos exercidos no âmbito do Departamento de Polícia Federal.

Na sessão de 8-9-2005, este Plenário, ao iniciar o julgamento do feito, rejeitou as preliminares arguidas, tendo o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, em seu douto voto, reconhecido a inconstitucionalidade material do diploma legal atacado por ofensa ao princípio do concurso público (art. 37, II, da CF) e ao art. 23 do ADCT, que determinou o aproveitamento dos censores federais, após a edição de legislação específica, na realização da atividade prevista no art. 21, XVI, da Constituição Federal (classificação indicativa de diversões públicas e de programas de rádio e televisão). Colho do voto do ilustre Relator, Ministro

Marco Aurélio, duas passagens nucleares que bem sintetizam as conclusões alcançadas por Sua Excelência, *verbis*:

> Ora, o que se nota é que a lei em análise acabou por versar, sem qualquer referência ao objetivo estabelecido no art. 23 do ADCT – o aproveitamento dos censores federais na classificação de programas –, sobre a ocupação, sem concurso público, de cargos diversos, ou seja, de Perito Criminal e Delegado. A discrepância do que previsto na Constituição é total, não se podendo conceber o enquadramento – que acabou se dando mediante portarias do Ministro de Estado da Justiça – dos censores que contavam com o título de bacharel em Direito como delegados da Polícia Federal e os demais, como peritos criminais, implicando, dada a ordem natural das coisas, as consequências emprestadas à citada lei, um *plus* que não foi previsto pela norma do art. 23 do ADCT.
>
> (...)
>
> A mesclagem verificada, galgando os censores cargos sem o precedente concurso público, discrepa das balizas constitucionais. Repita-se, mais uma vez, que o art. 23 do ADCT não extinguiu sequer os cargos. O teor da norma revelou que os ocupantes do cargo de Censor Federal continuariam exercendo funções com este compatíveis, ou seja, compatíveis com o cargo de Censor, no Departamento de Polícia Federal, determinando-se a observância das disposições constitucionais, ou seja, a interrupção da atividade de Censor, sendo que a lei relativa à classificação das programações deveria, sem modificação substancial dos cargos, como ocorre em se tratando dos de Perito Criminal e de Delegado, versar a respeito. Em síntese, o que se previu, ficando afastada a disponibilidade, foi o aproveitamento, em si, da mão de obra dos antigos técnicos da Censura, e não a ocupação de cargos, no Departamento da Polícia Federal, estranhos aos afazeres até então implementados.

Após terem acompanhado o Relator, quanto ao acolhimento do pedido principal, os eminentes Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, o eminente Ministro Cezar Peluso levantou, naquela mesma assentada, questão preliminar de conhecimento da ação direta, relativa à feição concreta e específica do ato ora contestado, circunstância que o descaracterizaria como norma passível de controle abstrato de constitucionalidade.

Abriu-se, a partir daquele momento, discussão a respeito da existência de um mínimo de abstração e generalidade no objeto da presente ação direta, tendo o eminente Ministro Cezar Peluso asseverado, ao defender a completa ausência desses elementos, que o comando atacado disciplinou "uma relação jurídico-substancial subjetiva e historicamente determinada, que, como tal, é irreprodutível, isto é, a situação dos ocupantes certos do cargo de Censor à data da Constituição, e, pois, destinatários absolutamente individualizados, e que por isso não se aplica a nenhum outro destinatário". Acompanhou Sua Excelência, para não conhecer da ação, o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Ao discordar desse posicionamento, ressaltou o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, que da lei ora analisada emanaram reflexos desde sua edição, como a remuneração continuada dos servidores por ela alcançados, inclusive aposentados e pensionistas. Além do Relator, reafirmaram, desse modo, o conhecimento da ação direta, os eminentes Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Carlos Velloso.

Pedi, então, vista dos autos para o estudo de todas as questões envolvidas no presente caso. Devolvi o feito à Mesa em 23-6-2008.

2. Inicialmente, ressalto que tenho como inevitável a constatação de que, passadas duas décadas da promulgação da atual Carta da República, o Estado brasileiro fracassou irremediavelmente em dar cumprimento a um *comando específico de transição de regimes* fixado pelo legislador constituinte originário, qual seja, o art. 23 do ADCT, de 5-10-1988.

A censura de diversões públicas foi, na ordem constitucional pretérita, atividade estatal de competência da União executada pela Polícia Federal (art. 8º, VIII, *d*, da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda 1, de 1969). Felizmente, inaugurado o novo regime, ficou expressamente vedada "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística" (art. 220, § 2º, da Constituição Federal de 1988), cabendo à União tão somente, a partir de então, "exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão" (art. 21, XVI, da Constituição Federal de 1988).

O conteúdo do art. 23 do ADCT/1988 foi fruto da vontade de Assembleia Nacional Constituinte legitimamente instaurada neste País. Optou ela pelo aproveitamento do *know-how* dos censores federais então existentes para a realização da novel incumbência estatal prevista no art. 21, XVI, da CF/1988.

Com a extirpação da censura pela nova ordem instaurada, o constituinte originário poderia ter decidido pela imediata disponibilidade dos profissionais que realizavam aquela odiosa atividade. Todavia, optou soberanamente por mantê-los na ativa, por meio do exercício de alguma função no próprio Departamento de Polícia Federal até que fosse editada lei ordinária que, *ao mesmo tempo*, **(1)** disciplinasse a classificação indicativa de diversões públicas e programas de rádio e televisão e **(2)** regulamentasse o aproveitamento dos censores federais no desempenho dessa função. É a interpretação que extraio da leitura do art. 23 do ADCT, *verbis*:

> Art. 23. **Até que se edite a regulamentação do art. 21, XVI, da Constituição**, os atuais ocupantes do cargo de censor federal continuarão exercendo funções com este compatíveis, no Departamento de Polícia Federal, observadas as disposições constitucionais.
>
> Parágrafo único. **A lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais**, nos termos deste artigo.

A justificativa exposta na apresentação, em 12-1-1988, da emenda que inspirou o art. 23 do ADCT, da lavra do Deputado Federal João de Deus Antunes, não deixa dúvidas sobre a real vontade do legislador constituinte originário. O texto revela que a proposta inicial (não adotada no texto final) pretendia dar aos censores o direito de optar entre a permanência na Carreira Policial Federal ou a integração "ao novo órgão federal de classificação de diversões públicas". Esse é o teor da referida justificativa, *verbis*:

> Justifica-se a inclusão dos dispositivos em tela, com o objetivo maior de impedir a ausência de critérios que orientem, em fase de transição, a operacionalização das atividades de classificação de diversões públicas. Com a retirada da alçada da Polícia

> Federal, esta atividade, inscrita na competência da União, necessitará de novos delineamentos normativos e administrativos para a sua execução. Até que se delimitem tais parâmetros de atuação, não deve haver solução de continuidade que impeça o cumprimento dos princípios constitucionais fixados para as diversões públicas.
>
> Por último, em acordo com a praxe vinculada à matéria, asseguram-se os direitos de servidores públicos que ingressaram numa carreira de natureza policial com curso de formação específico nessa área. Assim, aos atuais integrantes do quadro, garante-se o direito de opção pela permanência no Departamento de Polícia Federal ou pela integração ao novo órgão federal de classificação de diversões públicas.

Extinta, definitivamente, a atividade de censura e imposta, pela norma do ADCT/1988, a permanência do respectivo pessoal na ativa em "funções compatíveis", a Administração Pública logo deslocou essa força de trabalho para o desempenho de atribuições inerentes a outros cargos da Carreira Policial Federal, mantendo-se, inclusive, porque idêntica, a mesma estrutura remuneratória.

Em 1990, o Poder Público teve a primeira oportunidade de dar fiel cumprimento à regra do ADCT ora examinada, especificamente quando da edição da Lei 8.069, de 13-7-1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Esse importante diploma estabeleceu, de forma pioneira, normas relativas às diversões e espetáculos públicos, determinando, por exemplo, a obrigatoriedade da divulgação de informações sobre natureza, faixa etária, locais e horários de exibição de espetáculos e programas, tudo conforme o art. 220, § 3º, I, da Constituição Federal.

Contudo, não houve, com o advento do referido Estatuto, a regulamentação do aproveitamento do Quadro de Censores Federais na realização do serviço de classificação indicativa, conforme reclamava o citado art. 23 do ADCT.

Com a permanência da inércia legislativa, o Procurador-Geral da República, que também é autor do presente feito, ajuizou, em 18-6-1993, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI 889), de que foi Relator o eminente Ministro Marco Aurélio. Naqueles autos, o chefe do Ministério Público Federal alegou que a mencionada Lei 8.069/1990 (ECA), bem como a Portaria 773, de 19-10-1990, do Ministério da Justiça, embora tenham estabelecido os parâmetros indicativos para a classificação das diversões públicas e dos programas de rádio e televisão, "deixaram de cumprir a regra do parágrafo único do art. 23 do ADCT, por força do qual a legislação referida deveria *necessariamente* dispor sobre o aproveitamento dos Censores Federais" (trecho da petição inicial da ADI 889, da lavra do então Procurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga).

O Plenário, ao julgar a causa em 16-3-1994, acompanhou, por unanimidade, o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, tendo, assim, declarado a omissão do Poder Executivo no encaminhamento ao Congresso Nacional de projeto de lei que pudesse dar plena eficácia ao disposto no art. 23, parágrafo único, do ADCT. Da manifestação do Ministro Marco Aurélio, transcrevo o seguinte trecho, *verbis*:

> Silente a lei, incumbia ao Executivo o encaminhamento de projeto objetivando dar cumprimento ao preceito transitório. A existência da lei regulamentadora

> do inciso XVI do art. 21 e o silêncio quanto aos servidores apenas confirmam a omissão que, com esta ação direta de inconstitucionalidade, almeja-se ver declarada. Vale registrar que nas informações prestadas há notícia de encaminhamento, à Presidência da República, de exposição de motivos e anteprojeto de lei dispondo sobre o aproveitamento dos servidores – de número 91. Após o exame pela Secretaria da Administração Federal em 12 de março de 1991, veio à balha pronunciamento do Consultor Jurídico no sentido de não ser oportuno nem conveniente o curso do anteprojeto antes da definição desta Corte na ADI 722, no que versa sobre formas de investidura que não seriam compatíveis com o inciso II do art. 37 do Diploma Maior. O argumento não procede, de vez que, na espécie, a própria Carta, mediante o parágrafo único do art. 23 do ADCT, excepcionou a necessidade do concurso público para simples aproveitamento dos censores federais que se encontravam em exercício.

Mesmo após o expresso reconhecimento, por esta Suprema Corte, da situação de inércia legislativa desrespeitosa ao comando do art. 23 do ADCT, passaram-se mais quatro anos até que fosse editada a Lei 9.688/1998, objeto da presente ação direta.

Todavia, uma vez mais o Poder Público não cumpriu o que pretendera, dez anos antes, o legislador constituinte originário. Em outras palavras, surge, em julho de 1998, um novo diploma que, apesar de tratar do Quadro de Censores Federais, nada dispôs sobre o aproveitamento desse específico e individualizado grupo de servidores públicos na atividade de classificação indicativa. O legislador ordinário optou por enquadrá-los em cargos da própria Carreira Polícia Federal, ou seja, de Perito Criminal e de Delegado, sob a justificativa de que "o exercício satisfatório de atribuições afetas à Carreira Policial Federal recomenda que esses servidores sejam realmente melhor aproveitados, haja vista a mencionada extinção das atribuições que lhes eram afetas, permitindo ao Departamento de Polícia Federal organizar e implementar essa força de trabalho devidamente qualificada em benefício da sociedade" (Mensagem 708, de 10-6-1998, remetida pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional – fl. 73).

Logo depois da edição do diploma ora examinado, tornaram-se definitivamente Delegados de Polícia Federal, por enquadramento, **43** censores federais, para os quais a lei atacada exigiu o diploma de bacharel em Direito. Outros **47** censores tornaram-se Peritos Criminais. Além disso, a **159** censores federais já aposentados foram garantidos os direitos e vantagens referentes aos cargos de Delegado e Perito Criminal. Declaração, de 4-4-2005, da Coordenação de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Federal, trazida em anexo ao memorial apresentado pela Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal, atesta que "os ex-Censores percebem antes e depois do enquadramento de que trata a Lei 9.688, de 06 de julho de 1998, valores isonômicos aos Delegados de Polícia Federal e Peritos Criminais", e também que "não houve qualquer alteração de vencimentos, ou seja, os ex-Censores (...) não tiveram qualquer alteração de vencimentos em decorrência do enquadramento mencionado".

Do tempo em que ocorrida essa inovação normativa, passaram-se mais cinco anos completos até o ajuizamento, nesta Casa, da presente ADI 2.980,

ocorrido em 2-9-2003. No voto proferido pelo eminente Relator em 26-10-2005, consta a informação de que naquele exato momento estavam na ativa **12** censores federais enquadrados como Delegados e **14** outros enquadrados como Peritos Criminais. Informação que solicitei recentemente à Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal dá conta de que esses números baixaram, no presente momento, para **11** Delegados e **7** Peritos Criminais.

Volto, Senhor Presidente, depois de delinear esse quadro histórico, à conclusão inicialmente lançada de que não me parece fazer mais sentido algum acreditar na efetividade do cumprimento, mediante a edição de lei emanada do Congresso Nacional, do que disposto na norma transitória contida no 23 do ADCT. Novo esforço pela regulamentação do aproveitamento pretendido pelo constituinte originário, além de improvável, de pouco valeria, considerado o reduzidíssimo número de dezoito antigos ex-censores federais que ainda permanecem em atividade na carreira policial e já caminham para os últimos anos de permanência no serviço público. Exigir, a esta altura, a regulamentação da execução de uma atividade estatal por uma específica e não renovável categoria de servidores que já conta com quase cem por cento de seus integrantes na aposentadoria (ou próximo a ela) é fechar demasiadamente os olhos à realidade.

3. Retomando, propriamente, o julgamento da ação direta, peço todas as vênias ao eminente Ministro Relator e aos colegas que o acompanharam para entender que, pelas extravagantes peculiaridades do caso concreto, o ato ora em análise não se amolda ao controle abstrato de constitucionalidade, pois, com o enquadramento por ele perpetrado (que somente veio aperfeiçoar situação que a Administração Pública já havia efetivado desde 1988), nada mais restou a ser regulamentado. É norma de eficácia completamente exaurida, pois não ocorreram e não mais ocorrerão quaisquer outras situações no mundo dos fatos que possam subsumir-se à previsão nela contida. Ela só serviu para dar fim a uma situação concreta relativa a um grupo insubstituível de indivíduos.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, embora não tenha votado formalmente na sessão em que iniciado o julgamento do feito, manifestou-se nessa mesma direção ao asseverar que "o efeito da lei se esgotou com relação a cada sujeito ou – como diziam os clássicos – a cada destinatário da norma com um fato único: o seu aproveitamento. Depois foi aproveitado como delegado de polícia – que se perceba como delegado de polícia é consequência."

A ação direta é, por Excelência, instrumento de controle concentrado de constitucionalidade qualificado por ter como objeto norma dotada de pleno potencial de geração de efeitos decorrentes das sucessivas reedições, ao longo do tempo, dos fatos nela abstratamente previstos. Por não enxergar tal característica no ato ora examinado, cujos efeitos, como já dito, esgotaram-se, em instante único, com a extinção do cargo de Censor e o enquadramento de seus ocupantes – **certos e determinados** – nos cargos de Perito Criminal e Delegado de Polícia Federal, é que acompanho, com a devida vênia, a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Cezar Peluso para **não conhecer** da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Por último, considero relevante registrar que afasto qualquer semelhança entre o presente caso e as situações descritas na ADI 1.591, de relatoria de meu eminente antecessor, Ministro Octavio Gallotti, *DJ* de 30-6-2000, e na ADI 2.713, da qual fui Relatora, *DJ* de 7-3-2003. É que a unificação de *carreiras* e a transformação de *cargos* ocorridas, respectivamente, nesses dois precedentes citados tiveram como principal motivação a identidade substancial de atribuições entre os cargos originários então existentes. Já na presente ADI 2.980, as atividades desempenhadas pelos ocupantes dos cargos de Censor Federal foram expressamente banidas pela Carta de 1988; previsto o aproveitamento daquele *específico e insubstituível quadro de pessoal* por excepcional imperativo da norma constitucional transitória. São situações completamente distintas que não podem ser superficialmente comparadas.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.980/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessada: Associação Nacional dos Censores da Polícia Federal – ANACEN (Advogados: Arthur de Castilho Neto e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Nelson Jobim. Plenário, 26-10-2005.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, não conheceu da ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello. Votou, em assentada anterior, o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Cezar Peluso. Não votou o Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Ministro Carlos Velloso, que já proferira voto.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

PETIÇÃO 3.388 — RR
(Pet 3.388-AgR na *RTJ* 200/1111)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto — Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e Espólio de Joaquim Ribeiro Peres — Requerida: União — Assistentes: Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai

Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da CF, bem como da Lei 6.001/1973 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da Portaria 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Revelação do regime constitucional de demarcação das terras indígenas. A Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. A demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão.

1. Ação não conhecida em parte. Ação não conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. Inexistência de vícios processuais na ação popular. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a

ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do art. 5º da CF), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto 1.775/1996, já declaradas constitucionais pelo STF no MS 24.045, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecida qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos 22/1991 e 1.775/1996). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força autoexecutória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O significado do substantivo "índios" na Constituição Federal. O substantivo "índios" é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estádio de habitantes da selva.

5. As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela CF de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial.

6. Necessária liderança institucional da União, sempre que os Estados e Municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos "povo", "país", "território", "pátria" ou "nação" indígena. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não

política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A demarcação como competência do poder executivo da União. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da CF.

9. A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas,

assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da CF). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os arts. 231 e 232 da CF constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. Direitos "originários". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou *"clusters"*, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A conciliação entre terras indígenas e a visita de não índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não índios, bem assim com

a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A demarcação necessariamente endógena ou intraétnica. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígines venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condivisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. Compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não governamentais

estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. Fundamentos jurídicos e salvaguardas institucionais que se complementam. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em:

I) preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado em que se encontra. Presidência do Ministro Gilmar Mendes, em 27-8-2008;

II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos

existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da CF) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (Funai); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à Funai; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígines, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da Funai, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela Funai e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios, respeitado o disposto na letra *l*, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, CF, c/c art. 18, *caput,* Lei 6.001/1973);

p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, CF, c/c art. 18, § 1º, Lei 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no art. 49, XVI, e art. 231, § 3º, da CR/1988, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/1988); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea *r*, a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na AC 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o TRF da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.

Brasília, 19 de março de 2009 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. Ação da autoria do Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, portador do título eleitoral 5019026-58. Assistido ele, autor popular, pelo também Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, identificado pelo título de eleitor 1892226-74 (fls. 287-290).

2. De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15-4-2005, este do Presidente da República. **No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria**.

3. Para atingir seu objetivo, o autor popular junta cópia de um laudo pericial já constante de uma outra ação popular, ajuizada perante a Justiça Federal de Roraima. Refiro-me ao Processo 1999.42.00.000014-7, extinto sem apreciação do mérito, por efeito do julgamento da Rcl 2.833. Como faz a juntada, por aditamento à petição inicial, de cópia do "Relatório parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre demarcações de terras indígenas". Relatório elaborado em 2004.

4. É assim, baseado nesses documentos, que o requerente sustenta que a portaria em tela mantém os vícios daquela que a antecedeu (a de número

820/1998). Vícios que remontam ao processo administrativo de demarcação, que não teria respeitado as normas dos Decretos 22/1991 e 1.775/1996. Alega, nesse ponto, que não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia, e que o laudo antropológico sobre a área em questão foi assinado por apenas um profissional (Dra. Maria Guiomar Melo), o que seria prova de uma presumida parcialidade. Tese que é robustecida com a alegação de fraudes e insuficiências múltiplas nos trabalhos que redundaram na demarcação em causa.

5. A título de novo reforço argumentativo, foi arguido que a reserva em área contínua traria consequências desastrosas para o Estado roraimense, sob os aspectos comercial, econômico e social. Quanto aos interesses do País, haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais. Tudo a prejudicar legítimos interesses dos "não índios", pessoas que habitam a região há muitos anos, tornando-a produtiva no curso de muitas gerações.

6. Por último, argumenta o autor que haveria desequilíbrio no concerto federativo, visto que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte significativa do território do Estado. Sobremais, ofenderia o princípio da razoabilidade, ao privilegiar a tutela do índio em detrimento, por exemplo, da livre iniciativa.

7. Prossigo nesse reavivar dos fatos para dizer que a ação foi proposta neste STF por motivo do julgamento proferido na Rcl 2.833. Ocasião em que ficou decidido competir "a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena" (Raposa Serra do Sol).

8. Dito isso, averbo que indeferi a liminar. Decisão que foi confirmada no julgamento do subsequente agravo regimental.

9. Na sequência, a União apresentou sua defesa (fls. 309-328, vol. 2), rebatendo – um a um – os fundamentos articulados na inicial. Antes, porém, a ré fez um levantamento histórico da ocupação indígena em toda a região, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia.

10. Para além de tudo isso, a contestante, dizendo-se respaldada pelo art. 231 e parágrafos da Carta Magna, arrematou o seu raciocínio com o juízo de que "não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um *habitat* indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais". Donde o seguinte acréscimo de ideias: a) não há lesão ao patrimônio público; b) o autor não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial; c) a diferença de 68.664 hectares, detectada entre a área da Portaria 820/1998 e a da Portaria 534/2005, "é perfeitamente comum e previsível nas demarcações".

11. Anoto, agora, que as partes não requereram outras provas (fls. 361-362) e somente a União ofereceu razões finais de fls. 368-387.

12. Ato contínuo, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, de cuja análise retornou em 28-4-2008 e com parecer pela improcedência da ação (fls. 390-406). Parecer cujos fundamentos estão sintetizados na seguinte ementa:

Petição. Ação popular. Ato de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e respectiva homologação. Delineamento do modelo constitucional atual em relação aos índios. Necessidade de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas, como a de que tratam os autos, para a preservação de sua tradição e cultura. Distinção entre o conceito de posse indígena e aquela do Direito Civil. Legitimidade do procedimento administrativo de que decorreram os autos questionados, regido por decreto específico. Estudo antropológico realizado por profissional habilitado para tanto. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Risco à soberania nacional que, se existente não possui imediata implicação com o modelo de respeito ao direito de posse dos indígenas, no que diz com o elemento geográfico, havendo de ser avaliado e, se for o caso, eliminado por mecanismos outros de proteção. Abalo à autonomia do Estado de Roraima elidida pelo caráter originário e anterior do direito dos indígenas. Processo natural em território que sempre contou com a presença de numerosos grupos indígenas. Parecer pela improcedência do pleito.

13. Acresce que, **somente em 5-5-2008, quando já encerrada a instrução do processo**, **compareceu a Fundação Nacional do Índio (Funai) para requerer "seu ingresso no feito na qualidade de juridicamente interessada"** (petição 62.154). Para o que anexou, por meio da petição 66.162, cópias de numerosos documentos (processos administrativos, fotografias, mapas e relatórios), pugnando, em nada menos que 35 (trinta e cinco) laudas, pela improcedência do pedido inicial. Oportunidade em que perfilhou o entendimento da União, revitalizando-lhe os fundamentos. No conjunto, os documentos apresentados pela Funai compuseram os volumes 2 a 19, fls. 412/4939 e 4942/5136.

14. **Dois dias depois (7-5-2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo** (petição 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu "seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário (...), possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio" (fls. 5138/9063, volumes 20/36). Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, **de forma contínua**, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.

15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: **a)** inconstitucionalidade do Decreto 22/1991; **b)** nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; **c)** impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; **d)** ofensa ao princípio da proporcionalidade; **e)** necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; **f)** impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.

16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assestados novos pedidos, aplicáveis a "qualquer demarcação de terras indígenas", a saber: **a)** adoção da forma descontínua, ou "em ilhas"*;* **b)** exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; **c)** exclusão da área de 150 Km, referente à faixa de fronteira; **d)** exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a

1934 e de terras tituladas pelo Incra antes de 1988; **e)** exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstivesse "de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc."

18. Passo a averbar que, **nos dias 13, 14 e 16 do mês de maio do fluente ano, também acorreram ao processo Lawrence Manly Harte e outros (petição 67.733), a Comunidade Indígena Barro e outras (petição 68.192) e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó** (petição 70.151). Os primeiros, com a finalidade de integrar o polo ativo da ação (fls. 9607/9730, vol. 38-39). Já as comunidades indígenas, o que elas pretendem é se colocar no polo passivo da demanda (fls. 9066/9604, vol. 36/38 e fls. 9732/9769, vol. 39). Todos eles requerentes, louvados em fundamentos que, de uma forma ou de outra, já constavam dos autos.

19. Seja como for, o certo é que, no tocante a esses novos pedidos de ingresso no feito, determinei abertura de vista às partes originárias do processo, sobrevindo o pronunciamento apenas da União (fls. 9783/9971, vol. 39). Pronunciamento no sentido de admitir o ingresso da Funai e das comunidades indígenas há pouco referidas, nada dizendo, contudo, sobre o pedido de Lawrence Manly Harte e outros.

20. Já no que toca ao requerimento do Estado de Roraima, a União entende que ele é de ser desentranhado dos autos, juntamente com os respectivos documentos, por veicular pedidos e causas de pedir não oportunamente submetidos ao contraditório, o que significa descabida inovação da lide. Haveria, portanto, a "impossibilidade do ingresso do Estado ao processo como litisconsorte ativo necessário". Mesmo porque, se isso acontecesse, o feito teria de voltar à "estaca zero", com a abertura de novo prazo para defesa.

21. Quando muito – já num segundo momento –, a União assente com a admissão do Estado de Roraima, contanto que "na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo na fase em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena, repita-se, de nulidade do processo."

22. Como ponto de arremate, a União repisa os fundamentos que aportou em sua contestação e razões finais.

23. Registro, agora, que, nos termos do art. 232 da CF, abri vista ao Ministério Público Federal de todos os pedidos de ingresso na lide. Do que resultou a manifestação de fls. 9975/9977 (vol. 39), **no sentido de acatar os fundamentos dos requerentes e, consequentemente, reconhecer seu interesse jurídico no desfecho da causa**.

24. Muito bem. Sob esse dilargado histórico dos autos, o que se tem como derradeira constatação é o surgimento de múltiplas questões processuais **quando**

já encerrada a instrução do feito. Refiro-me aos pedidos de ingresso na lide, formalizados a partir de 5-5-2008. Data em que já se encontrava suficientemente *maduro* o processo para julgamento por este Plenário, o que me levou a considerar como temerária a atuação solitária do relator para decidir sobre tantos e tão subitâneos pedidos. Decisão solitária que, seguramente, ensejaria a interposição de recurso pelas partes que se sentissem prejudicadas, de modo a retardar, ainda mais, uma definitiva prestação jurisdicional em causa de grande envergadura constitucional e sabidamente urgente. Por isso que, antes mesmo da apreciação do mérito da ação, encaminho ao Plenário, **em questão de ordem**, o exame de todo esse entrecruzar de pedidos de ingresso no feito. Exame que servirá, além do mais, para a definição daqueles atores que poderão fazer sustentação oral.

É o relatório.

VOTO
(Questão de ordem)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): 26. Conforme exposto no relatório, abre-se a presente questão de ordem para que o Plenário decida sobre os pedidos de admissão à lide, subscritos pela Fundação Nacional do Índio (Funai) (petição 62.154), Estado de Roraima (petição 64.182), Lawrence Manly Harte (petição 67.733), Comunidade Indígena Barro e outras (petição 68.192) e Comunidade Indígena Socó (petição 70.151).

27. Com este propósito, **devo relembrar que tais pedidos só vieram aos autos após o encerramento da instrução**. *Sendo relevante, ainda, rememorar que, efetivamente, a reabri. E o fiz, como demonstram os seguidos despachos que proferi nos autos (fls. 4940, 9064, 9605 e 9973), para que os relevantes documentos juntados pelos peticionantes fossem objeto de contradita*. Demais disso, os requerentes já figuram em outros processos, pendentes de julgamento, nos quais também se discute a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Como ainda devo lembrar que a inicial já tratara, em boa medida, dos interesses do Estado de Roraima e dos não índios que ocupavam as terras sob disputa, ao sustentar que a demarcação em área contínua traria consequências desastrosas para o primeiro, sob os aspectos comercial, econômico e social. Prejuízo que se estenderia aos agricultores e outras pessoas naturais que tornavam a região produtiva há muitos anos. Sendo certo que os pedidos e as causas de pedir do autor popular foram reproduzidos, em larga medida, pelos novos pretendentes à condição de assistentes processuais ativos.

28. O que intento dizer com estas anotações é que seria inoportuna, totalmente prescindível ou mesmo imprópria, a formação de litisconsórcio ativo necessário nesta fase processual, devido a que este nosso Plenário já dispõe de perfeitas condições para julgar a controvérsia em sua totalidade. *Dizer o direito*, portanto, segundo as balizas fincadas pelas partes originárias do feito e após a respectiva fase probatória (art. 130 do CPC).

29. Sem embargo, tenho que o pedido dos retardatários é passível de acolhimento, desde que na moldura menor da assistência, **apanhando eles a causa**

no estado em que ela se encontra. Logo, sem novos fundamentos, pedidos inéditos, tentativas de reabertura da instrução, sem prejuízo, é lógico, da análise das questões de ordem pública trazidas por qualquer deles. Até para evitar desnecessário alongamento no perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente repercussão político-social e elevada estatura constitucional, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça.

30. Isto assentado, e para embasar o encaminhamento que já principio a fazer para o julgamento da questão de ordem em si, trago à ribalta o precedente que nos vem do Superior Tribunal de Justiça (REsp 681.768, da relatoria do Ministro Ari Pargendler), assim ementado:

> *Processo civil. Assistência*. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra (CPC, art. 50, parágrafo único), já não podendo requerer a produção de provas se, encerrada a instrução, os autos estão conclusos à sentença. Recurso especial conhecido e provido.

31. Nesse contexto, acrescento que a Funai tem a seu favor o enunciado do art. 35 da Lei 6.001/1973, segundo o qual "cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas". De seu turno, as comunidades indígenas – que já contam com a assistência da própria Funai – têm o respaldo maior do art. 232 da CF, assim escrito:

> Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

32. No extremo oposto, anoto que o § 5º do art. 6º da Lei 4.717/1965 faculta a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor na ação popular. Ação que "obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil" (art. 7º).

33. Nessa linha de orientação é que dispõe o art. 50 do CPC, *literis*:

> Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

34. Pois bem, diante de todo esse complexo quadro factual, e considerando o centrado objeto da ação popular, acedo ao reconhecimento de que todos os peticionários têm interesse jurídico em que a decisão final beneficie uma das partes, e, por extensão, a eles próprios.

35. É o quanto me basta para deferir os multicitados pedidos de ingresso na lide, fazendo-o, porém, nos seguintes termos: **a)** o Estado de Roraima (petição 64.182) e Lawrence Manly Harte e outros (petição 67.733), **na condição de assistentes do autor popular**; **b)** a Fundação Nacional do Índio (Funai) (petição 62.154), a Comunidade Indígena Socó (petição 70.151) e a Comunidade Indígena Barro e outras (petição 68.192), **na posição de assistentes da ré**, que, no caso, é a União. Todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra.

36. É como resolvo a presente questão de ordem.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, solicito apenas um esclarecimento do Relator.

Recebendo documento nessa condição de assistentes litisconsorciais, no estado em que se encontra, já findo o processo nos termos do relatório de Vossa Excelência, queria apenas que ficasse bem clara a posição dos documentos carreados por eles. Digo isso porque, entre as dezenas de memoriais que recebemos, recebemos um dizendo que o laudo no qual se basearam os órgãos do Executivo para elaborar portaria e, posteriormente, o decreto presidencial, objeto da questão, teria sido trazido aos autos apenas pela Funai. E, no relatório de Vossa Excelência, à fl. 2, Vossa Excelência afirma que o autor trouxe apenas o laudo pericial constante de uma outra ação popular, que é aquela contra a própria. Ou seja, o laudo inicial questionado estaria no processo trazido por um desses assistentes? Vossa Excelência pode esclarecer?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pela própria União, o laudo e o parecer; a União ré.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, os documentos trazidos aos autos pelos assistentes contam-se apenas para reafirmar o que já instruído?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Na verdade, as toneladas de documentos juntados, após 05/05, praticamente não inovaram substancialmente a lide.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A minha preocupação era só com o laudo. Então, se o laudo já estava pela União...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Tanto o laudo como o parecer, porque é um laudo antropológico e um parecer antropológico.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, nos termos expostos.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, apenas para esclarecer que nas circunstâncias fica assegurada a sustentação oral também a estes litisconsortes, que deverão naturalmente dividir o tempo, na forma regimental.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a decisão a ser proferida pelo Supremo terá eficácia linear. Daí a conveniência de admitirem-se seguimentos diversos no processo.

A lei regedora da ação popular é clara ao dispor sobre a admissibilidade de litisconsorte no processo e também de assistentes. Ressaltou o Relator que os

pedidos formulados vieram à balha quando já aparelhado o processo para julgamento e, evidentemente, não se tem, a esta altura, até mesmo porque se exige uma definição da Corte quanto à matéria de fundo, como retornar ao *statu quo ante* e, evidentemente, cogitar-se da admissão dessas pessoas jurídicas e também pessoas naturais, quer como litisconsortes ativos ou passivos na ação popular. A forma, a meu ver, engendrada pelo relator é a mais consentânea com a ordem natural das coisas, com a dinâmica do processo, com a organização do processo, admitindo-os, portanto, como assistentes, conforme previsto na lei relativa à ação popular.

Subscrevo as colocações do relator, inclusive quanto à importância deste julgamento.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Gostaria** de formular uma indagação ao eminente Relator, **considerado** o fato de que o Código de Processo Civil, **ao dispor** sobre o instituto da *assistência*, **prevê** duas modalidades distintas – a *intervenção adesiva simples* (**CPC**, art. 50) **e** a *assistência litisconsorcial qualificada* (**CPC**, art. 54) –, **havendo**, entre elas, como se sabe, consequências processuais expressivas.

O motivo de tal indagação **prende-se** ao fato de que o eminente Relator invoca, **no item n. 32** de seu douto voto, **o art. 50** do CPC, **que cuida** da *assistência simples*, **para**, em seguida, **no item n. 34**, admitir, **na condição** *de assistentes litisconsorciais*, o Senhor Lawrence Manly Hart e outros, além das comunidades indígenas que intervieram na presente relação processual.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Tenho a impressão, pela leitura do voto do Ministro Relator, e até pela delimitação das consequências no campo processual, de que Sua Excelência fincou a admissão no art. 50 e não no art. 54.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Cuida-se**, portanto, de intervenção aditiva simples **e não** de assistência litisconsorcial qualificada?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Sim, de intervenção aditiva simples. Porque senão ele não poderia dar as consequências processuais que deu em seu voto. Ele deu as consequências processuais do art. 50, que foi o fundamento para admissão da assistência simples.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Com base no art. 50. Exato. Perfeito.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Estou de pleno acordo com o eminente Ministro Relator, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu citei o 50.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Mas, **no item n. 34**, de seu douto voto, Vossa Excelência admitiu-os como assistentes litisconsorciais qualificados.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está certo. Farei a retificação.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): 37. Resolvida a questão de ordem, imperioso é confirmar a incomum relevância político-social desta causa, toda ela a suscitar investigações teóricas e apreciações empíricas da mais forte compleição constitucional. Por isso que principio por remarcar o seguinte: a competência originária desta Suprema Corte para o caso vertente foi reconhecida quando do julgamento da Rcl 2.833. Ocasião em que ficou assentada a natureza federativa do conflito entre partes, de modo a deflagrar a incidência da alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF.

38. Isto remarcado, o que se me impõe é ajuizar que a demarcação de qualquer terra indígena se faz no bojo de um processo administrativo que tem suas fases disciplinadas a partir da Constituição e passando tanto pela Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) quanto pelo Decreto 1.775/1996, que alterou o Decreto 22/1991. Fases processuais que assim se desdobram: a) identificação e delimitação antropológica da área; b) declaração da posse permanente, por meio de portaria do Ministro de Estado da Justiça; c) demarcação propriamente dita**;** ou seja, assentamento físico dos limites, com a utilização dos pertinentes marcos geodésicos e placas sinalizadoras; d) homologação mediante decreto do Presidente da República; e) registro, a ser realizado no Cartório de Imóveis da comarca de situação das terras indígenas e na Secretaria do Patrimônio da União.

39. Feita essa *tomada de cena procedimental*, afunilo o retrospecto da causa para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Isto para anotar que o primeiro documento merecedor de observação é a Portaria 820, de 11-12-1998, do Ministro de Estado da Justiça. Deram-lhe suporte o Despacho 9/1993, do Presidente da Funai, bem como o Despacho 50/1998, do mesmo órgão ministerial, **que julgou improcedentes todas as contestações opostas à identificação e à delimitação da área sob comento, então com superfície aproximada de 1.678.800 hectares**.

40. Sete anos depois, foi publicada a Portaria 534/2005, que ratificou, com ressalvas, a de número 820/1998. **Agora com a superfície fixada em 1.743.089 hectares**, a abranger os municípios de **Normandia, Pacaraima** e **Uiramutã.** Tal declaração de posse permanente favorece as etnias indígenas **Ingarikó**, **Makuxi**, **Patamona**, **Taurepang** e **Wapixana,** e alcança, ao norte, o marco "localizado sobre o Monte Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana". Portaria que, dado seu conteúdo, corretamente afasta o conhecimento da ação quanto a questões que já não antagonizam as causas de pedir dos acionantes e os termos do ato editado pelo Ministro da Justiça. Refiro-me à pretensão autoral de excluir da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã (a sede do município de Normandia já estava do lado de fora da demarcação desde a Portaria 820/1998), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, mais as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais que também existem nos dias presentes. Como tais pretensões já se encontram atendidas, não conheço do pedido, no ponto. É como dizer: sinto-me

desobrigado de entrar na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa *varrer do mapa* qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o Município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo **anterior à reclamada extrusão**, os índios somavam 90% da população local. E quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", nada tendo a ver, portanto, com a presente demanda.

41. Avanço ainda um tanto na elucidação do feito para assentar que, pelo art. 3º da Portaria 534/2005, a terra indígena, "situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição". Ela se estende por uma área "considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei". Peculiaridade cujo exame retomarei mais à frente, já em condições de me aprofundar pelos domínios do Direito Constitucional, no tema.

42. Por ora, o que me parece de todo recomendável é *passar em revista* os precedentes deste nosso STF em matéria de demarcação de terra indígena. Sendo certo que, neste ponto, *minha lente de observação* também se movimenta do geral para o particular. Quero dizer: após resgatar alguns julgados sobre casos similares, farei remissão à ADI 1.512 e ao MS 25.483, que, em certa medida, trataram especificamente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Após o que, afastados os questionamentos periféricos, terei o ensejo de submeter as matérias de fundo àquilo que se me afigurar como **coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade**.

43. Esta a razão pela qual inicio com a invocação do RE 183.188, da relatoria do Ministro Celso de Mello, que dizia respeito à Comunidade Indígena de Jaguapiré, do Mato Grosso do Sul. Já nesse precedente, de 10-12-1996, ficou assentado que "a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil." Reconheceu-se, ainda, que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é "ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade".

44. Bem mais tarde, mais exatamente em 28-4-2005, ao julgar o MS 24.045, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do STF consignou que, "ao estabelecer procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa". Tal mandado de segurança referia-se às terras indígenas da Tribo Xucuru, em Pernambuco.

45. Fechando ainda mais o ângulo visual da pesquisa sobre os nossos julgados internos, deparo-me com o caso mais emblemático de todos, porque inaugural da discussão sobre a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol e antecipador das

controvérsias que adviriam da respectiva demarcação. Refiro-me à ADI 1.512, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, **por meio da qual o Procurador-Geral da República impugnou as Leis 96 e 98, do Estado de Roraima, ambas de 1995, que instituíram os Municípios de Pacaraima e Uiramutã**. A impugnação ficou adstrita à parte em que se determinou que as sedes dos Municípios então criados seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes. Vilas localizadas, respectivamente, na Terra Indígena São Marcos e na Raposa Serra do Sol.

46. Certo que a mencionada ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida pelo Tribunal, **em função da impropriedade do processo objetivo para a solução da lide**, que exigia "a apuração de um estado de fato concreto e contraditório". Entretanto, esse julgamento teve a grande virtude de levantar os antecedentes antropológicos que bem ilustram a história da região, evidenciando o trabalho desenvolvido por **Joaquim Nabuco**, nos idos de 1903 a 1904, e pelo **Marechal Cândido Rondon**, no ano de 1927, na defesa das fronteiras brasileiras e no estudo dos povos indígenas.

47. Registre-se, agora, que o eminente Relator, no seu minucioso voto, retrocedeu aos idos de 1768 para retratar os fatos relacionados com a ocupação das áreas do atual Estado de Roraima, concluindo que é muito antigo o debate em torno da forma de demarcação da citada reserva: **se contínua, ou insular**. No ponto, entendo que a preocupação do Ministro Maurício Corrêa com a inevitabilidade de um "grande contencioso" para deslindar o caso guarda conformidade com os receios que vocalizei ao relatar o MS 25.483, afinal denegado, na parte em que foi conhecido.

48. Pronto! Aplainado o terreno para o enfrentamento das questões propriamente jurídicas da causa, passo ao núcleo do meu voto. O que faço pela nominação de tópicos ou segmentos temáticos, para um mais facilitado acompanhamento da incursão que passo a empreender pelos domínios cognitivos da Constituição Federal. Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de autoimposição de *carga ao mar* com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área indígena Raposa Serra do Sol – sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONGs e igrejas. Razão de sobra para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País.

Os índios como tema de matriz constitucional

49. Pois bem, com este declarado propósito investigativo, devo ajuizar que os índios brasileiros têm na Constituição Federal de 1988 uma copiosa referência. Referência tão copiosa quanto qualificada, ajunte-se, a ponto de se traduzir na abertura de todo um capítulo constitucional exclusivamente para eles, **sob o mais decidido intuito de favorecê-los.** Cuida-se do "Capítulo VIII" do título também de número VIII, dedicado este à "Ordem Social".

50. O capítulo em causa é denominado, por direta enunciação vernacular, "Dos Índios". Vai do art. 231 ao art. 232, o primeiro deles a se decompor em sete (7) parágrafos. Logo, estamos a lidar com um bloco normativo-constitucional que abarca nada menos que nove (9) dispositivos ou preceitos. Confira-se:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
>
> § 3º 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.
>
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
>
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
>
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.
>
> § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.
>
> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo[1].

51. De parelha com esses 9 (nove) centrados dispositivos, a Constituição aporta outros 9 (nove) comandos esparsos sobre o mesmo tema dos índios

---

[1] Eis o que dizem o § 3º e o § 4º do art. 174 da Constituição acerca das atividades de garimpo, *proibidas em terras indígenas*: "O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros"; "As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei". Quanto ao motivo em si da proibição do garimpo em terras indígenas, é por se tratar, inicialmente, de atividade significativamente degradante do meio ambiente, sobretudo pelo despejo de mercúrio em águas correntes. Sobremais, o convívio com os garimpeiros tem acarretado para os índios, historicamente, um sem número de vícios e doenças extremamente danosos à sua reprodução física e cultural.

brasileiros, como teremos o ensejo de identificar e sobre todos eles discorrer ao longo do presente voto. Comandos esparsos que ora excepcionam, ora complementam o focado Capítulo VIII, como também demonstraremos no curso desta nossa empreitada de interpretação/aplicação de Direito Constitucional. Tudo a exigir, portanto, compreensão rigorosamente sistêmica ou contextual da nossa Lei Republicana sobre o tema de que nos ocupamos.

O significado do substantivo "índios"

52. Diga-se em continuidade que o substantivo plural "índios" foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o "indígena da América" (*Enciclopédia e Dicionário Koogan Houaiss da Língua Portuguesa*, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o "nativo", o "aborígine", o "autóctone", na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos advindos de outros países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão de obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.

53. Acrescente-se que, versado assim por modo invariavelmente plural, o substantivo "índios" é usado **para exprimir a diferenciação dos nossos aborígines por numerosas etnias.** Compreendendo-se por etnia todo "grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres linguísticos, somáticos e culturais" (conforme *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, ano de 1983). No caso brasileiro, etnias aborígines que se estruturam, geograficamente, sob a forma de aldeias e, mais abrangentemente, vilarejos. Aldeias e vilarejos em cujo interior se constroem suas habitações (por vezes chamadas de "ocas") e se relacionam tribos, comunidades, populações. Não sendo por outra razão que o art. 231 fala de "línguas indígenas" (esse primeiro traço de identidade de cada etnia) e o art. 232 saca de expressões como "os índios e suas comunidades e organizações". Isso de parelha com o fraseado "ouvidas as comunidades afetadas", constante do § 3º do art. 231, revelador do propósito constitucional de retratar uma diversidade aborígine que antes de ser *interétnica* é, sobretudo, *intraétnica*.

Os índios como parte essencial da realidade política e cultural brasileira

54. É cada qual dessas etnias indígenas e suas particularizadas formas de organização social que se põem como alvo dos citados arts. 231 a 232, sem prejuízo da ideia central de que todas elas reunidas compõem um segmento ainda maior; um verdadeiro macroconjunto populacional-aborígine que se vem somar àqueles constitutivos dos afrodescendentes e dos egressos de outros países ou continentes (a Europa portuguesa à frente). Dando-se que todos esses grandes conjuntos ou grupos humanos maiores **são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira.** Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, **a abarcar principalmente os três elementares grupos**

étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra. É o que se infere dos seguintes dizeres constitucionais:

> I – o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional [§ 1º do art. 215];
>
> II – a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes grupos étnicos nacionais [§ 2º do art. 215];
>
> III – constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...) [art. 216, cabeça];
>
> IV – o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro [§ 1º do art. 242].

55. Esses e outros dispositivos constitucionais, adiante indicados, são as âncoras normativas de que nos valemos para adjetivar de **brasileiros** os índios a que se reportam os arts. 231 e 232 da Constituição. Não índios **estrangeiros**, "residentes no País", porque para todo e qualquer estrangeiro residente no Brasil já existe a genérica proteção da cabeça do art. 5º da nossa Lei Maior ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)". Assumindo tal qualificação de pessoas naturais brasileiras, ressalte-se, decisivas consequências hermenêuticas para a compreensão do tema da demarcação das terras indígenas, pois as "organizações", "comunidades" e "populações" a que se refere o inciso V do art. 129 da Magna Carta Federal são constituídas de coletividades humanas genuinamente nacionais, todas alocadas em solo pátrio.

As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro

56. Deveras, todas "as terras indígenas" versadas pela nossa Constituição fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional, **a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição brasileira de 1988**.

57. Mais claramente falando, cada terra indígena de que trata a Constituição brasileira está necessariamente encravada no território nacional. **Todas elas são um bem ou propriedade física da União**, conforme os seguintes dizeres constitucionais: "Art. 20. São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios". E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, submetem-se unicamente ao primeiro dos princípios regentes das nossas relações internacionais: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). Sendo que, entre nós, a figura jurídica da soberania nacional se manifesta:

I – no plano territorial interno, pelo esquema federativo da divisão do poder de governar e de criar primariamente o Direito entre as ordens jurídicas da União,

do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios (*caput* do art. 1º, combinadamente com a cabeça do art. 18 da Constituição), a saber: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)"; "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)";

II – no plano territorial externo, **pela exclusiva representação jurídica da União**, de acordo com a seguinte dicção constitucional: "Art. 21. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais". Dando-se que tal representação **é de se formalizar por atos que tenham por suporte de validade a própria Constituição brasileira**, a partir das seguintes e categóricas normações: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"; "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

58. Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, **são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo,** nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil.

59. Afirme-se, porém, que nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica. Isto a partir da singela, mas robusta proposição de que o regramento constitucional-topográfico de todas elas se deu no título versante sobre a "Ordem Social" (título de número VIII). Não no título devotado à "Organização do Estado", que é, precisamente, o título constitucional de número III. Tampouco no título constitucional de número IV, alusivo à "Organização dos Poderes" de cada qual das pessoas estatais federadas. Numa frase, terra indígena é categoria jurídico-constitucional, sim, mas não instituição ou ente federado.

O necessário controle da União sobre os Estados e Municípios, sempre que estes atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena

60. Também é de se afirmar, com todo vigor, que a atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas **há de se fazer em regime de concerto com a União e sob a liderança desta**. É que subjaz à normação dos arts. 231 e 232 da CF o fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia. Donde a expedição, por eles

(Estados e Municípios), dos títulos de legitimação fundiária a que se referiu o Ministro Maurício Corrêa no bojo da ADI 1.512, favorecedores de não índios. Tanto quanto a práxis das alianças políticas de tais unidades federadas com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração, sempre que se põe em debate a causa do indigenato. Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembleia Constituinte de 1987/1988.

61. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada **também contra os Estados e Municípios, se necessário**. Não só contra os não índios. Donde as seguintes afirmações de Vincenzo Lauriola, pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), a respeito, precisamente, da área indígena Raposa Serra do Sol: "O Estado enquanto instituição está personificado por grupos de poder oligárquicos anti-indígenas". "Para entender o ponto de vista dos índios, é preciso aceitar que eles não se relacionam com as instituições, mas com as pessoas. Com o governo local, eles estão há 30 anos em luta" (vide *Boletim Informativo do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos*, n. 12, p. 21/29).

62. Seja como for, é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, **desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido**. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios. Mas sempre sob a firme liderança institucional da União, a se viabilizar por diretrizes e determinações de quem permanentemente vela por interesses e valores a um só tempo "inalienáveis", "indisponíveis" e "imprescritíveis" (§ 4º do artigo constitucional 231). Inalienabilidade e indisponibilidade, como forma de proteção das terras indígenas. Imprescritibilidade, como forma de proteção dos direitos dos índios sobre elas. Ainda que o eventual opositor desses direitos seja um Estado Federado, ou, então, Município brasileiro, conforme um pouco mais à frente melhor demonstraremos. Sendo que o papel de centralidade institucional que é desempenhado pela União não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público, a teor dos seguintes dispositivos constitucionais:

> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.
>
> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – (...)
V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos "povo", "país", "território", "pátria" ou "nação" indígena

63. Esta revelação do querer objetivo da nossa Lei Maior em prol da causa indígena conhece, porém, um contraponto que é preciso expor com toda clareza: ela, Constituição, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em "terras indígenas". É que todo território se define como parte elementar de cada qual das nossas pessoas jurídicas federadas. Todas elas definidas, num primeiro e lógico momento, como o conjunto de povo, território e governo (só num segundo instante lógico é que toda pessoa federada se define como o conjunto dos seus órgãos de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário, com a ressalva de que este último não faz parte da estruturação do Município). Governo soberano, tratando-se da República Federativa do Brasil; governo autônomo, cuidando-se de qualquer das pessoas políticas de direito público interno. E já ficou demonstrado que **terra indígena e ente federativo são categorias jurídicas de natureza inconfundível. Tal como água e óleo, não se misturam.**

64. Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental – essa entre terras indígenas e território –, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, **que são relações de natureza política**. E cujas linhas demarcatórias são fixadas por modo irrestritamente contínuo, pois no seu interior: a) circulam com todo desembaraço (essa é a regra) pessoas naturais e todo e qualquer dos grupos étnicos formadores do povo brasileiro; b) são instalados equipamentos e construídas vias de comunicação que propiciam aquele mais desembaraçado trânsito de pessoas e de bens.

65. Já o substantivo "terras", onze vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume compostura nitidamente sociocultural. **Não política**. Tanto assim que os índios fazem parte de um título constitucional fora daquele rotulado como "Da Organização do Estado" (Título III) e também descolocado do título versante sobre a "Organização dos Poderes" (Título IV). A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas **não constituem pessoa federada**, insista-se na proposição. Como não constituem a figura que o art. 33 da Constituição designa por **Território Federal,** pois o certo é que tais grupamentos não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Menos ainda da autonomia político-administrativa que é própria de cada qual das quatro pessoas jurídicas de direito público a que se reportam o art. 1º e o art. 18 da CF: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por isso mesmo que também se privam de qualquer dos três elementares Poderes Públicos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

66. Com efeito, uma coisa é ajuizar que as terras indígenas e os direitos que sobre elas incidem são, no limite, oponíveis a Estados e Municípios; outra,

porém, é querer, **à revelia da Constituição**: a) conferir a essas terras o *status* de um território federado, em paralelo à base física de qualquer outra das nossas pessoas genuinamente governamentais (União, Distrito Federal, Estados e Municípios); b) reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional, ainda que virtualmente.

67. Daqui se deduz que, **não se elevando à categoria política de território, as terras indígenas não comportam mesmo a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico**. Assim como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infraestrutura econômica e social, senão sob o comentado regime de prévio acerto com a União e constante monitoramento por esta. Sempre coadjuvada, assentamos, pelos índios e suas comunidades, mais o Ministério Público, preservado o constitucional *leit motiv* da demarcação de toda terra indígena: sua afetação aos direitos e interesses de uma dada etnia aborígine.

68. Em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo vimos demonstrando e prosseguiremos a fazê-lo com lastro em enunciados de escalão exclusivamente constitucional. Dentre eles, os que cimentam a nossa convicção de que **nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, "País", "Pátria", "território nacional", ou "povo" independente**. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. Sem divisão ou separatismos, como se lê da alínea *c* do inciso I do art. 12, combinadamente com o arts. 219, 142 (cabeça), § 2º do art. 20 e § 1º do art. 242. Donde a conclusão de que, em tema de índios, não há espaço constitucional para se falar de *pólis*, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo. O que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* (documento datado de 13 de setembro de 2007), porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política, a ser "exercido em conformidade com o direito internacional". Declaração, essa, de que os índios brasileiros nem sequer precisam para ver a sua dignidade individual e coletiva juridicamente positivada, pois o nosso Magno Texto Federal os protege por um modo tão próprio quanto na medida certa. Bastando que ele, Magno Texto Brasileiro, *saia do papel* e passe a se incorporar ao nosso cotidiano existencial, num itinerário que vai da melhor normatividade para a melhor experiência. É a nossa Constituição que os índios brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria no plano socioeconômico e histórico-cultural, e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por bem intencionada que seja.

O instituto da demarcação das terras indígenas e suas coordenadas constitucionais. A demarcação como competência do Poder Executivo da União

69. Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regrada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. **Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar**, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si. Vale dizer, coordenadas que significam a indicação do que seja terra indígena para fins especificamente demarcatórios. Com o que, em grande parte do tema, a nossa Constituição se revela como norma de eficácia plena ou de pronta aplicação, no sentido de que *prescindente* da intercalação da lei infraconstitucional para cumprir os desígnios a que se preordena.

70. Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. **Mas instaurar, sequenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal**, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais" (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoriamente, sobre o ato de "remoção de grupos indígenas de suas terras" (§ 5º do art. 231, assim redigido: "É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponham em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse esse risco"). Com o que se mostra plenamente válido o precitado art. 19 da Lei federal 6.001/1973 (Estatuto do Índio), também validamente regulamentado pelo Decreto 1.775/1996, que torno a transcrever:

> Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.
>
> § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço de Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

71. Tinha que ser assim, pois o fato é que **demarcar é assinalar os limites. Colocar os marcos físicos ou fincar as placas sinalizadoras de cada terra indígena, na perspectiva dos quatro pontos cardeais do norte/sul/leste/oeste**. Sem o que não se tem uma precisa orientação cartográfico-geodésica. Marcos de **terras indígenas, repise-se, e não de terras devolutas.** Tarefa tão empírica ou concreta quanto os próprios deveres estatais de permanentemente "proteger e fazer respeitar" (parte final do art. 231, cabeça, da CF) todos os bens situados nas terras afinal demarcadas. Que são cometimentos próprios, específicos, naturais do Poder

Executivo da União, atuando esta por seus órgãos de Administração Direta ou centralizada, ou, então, pelas suas entidades de Administração Indireta ou descentralizada. Nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar, querendo, o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira.

A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal

72. Mais ainda é preciso dizer do ato em si da demarcação em tela para exalçar a sua compostura jurídica de mecanismo concretizador de interesses e valores que fazem dos índios brasileiros protagonistas centrais da nossa história e motivo do mais vívido orgulho nacional. Por isso que a parte final da cabeça do art. 231 da Constituição impõe à mesma União o dever de, mais que demarcar as terras indígenas, "proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (materiais e imateriais, naturalmente). Tudo com o fim de exprimir a essencialidade e a urgência do processo demarcatório, tão bem retratadas no art. 67 do ADCT, assim vernacularmente posto: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição".

73. Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da CF **são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária**, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional **compensatória** de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de **ações afirmativas** (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, **o superior estádio da integração comunitária de todo o povo brasileiro**. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão "sociedade fraterna", e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: "construir uma sociedade livre, justa e **solidária**" (sem destaque no original).

74. Nesse mesmo fluir do pensamento é que os artigos constitucionais 231 e 232 têm que ser interpretados como densificadores da seguinte ideia-força: o avançado estádio de integração comunitária é de se dar pelo modo mais altivo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho *auto-reverse*, pois também eles, os índios, *têm o direito de nos catequizar um pouco* (falemos assim).

75. Justamente para dar conta do advento de um constitucionalismo fraternal foi que eu mesmo escrevi o último capítulo do meu livro "Teoria da Constituição", publicado no início de 2003 pela Editora Forense. E sobre o tema da fraternidade como princípio jurídico foi que o filósofo político italiano Antonio Maria Baggio coordenou a feitura de uma preciosa coletânea que traz, já na sua orelha, o seguinte comentário:

> O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade – embora esta seja o alicerce das outras duas –, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama (em "O Princípio Esquecido", editora Cidade Nova, São Paulo, ano de 2008).

O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento

76. O que estamos a descrever não é senão a própria base filosófica da mais firme opção constitucional em favor dos índios, traduzida no macroentendimento de que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone:

I – perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o *status* de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígene, é verdade, **mas índio e etnia genuinamente brasileiros**. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento *identitário* individual e étnico;

II – poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. É o que se chama de **aculturação**, compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração;

III – ter a chance de demonstrar que o seu tradicional *habitat* ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada ideia de desenvolvimento, **que é o desenvolvimento como um crescer humanizado**. Se se prefere, o desenvolvimento não só enquanto categoria econômica ou material, servida pelos mais avançados padrões

de ciência, tecnologia e organização racional do trabalho e da produção, como também permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: a) da ideia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; b) do não enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio (inestimável componente ético de que a vida social brasileira tanto carece); c) de uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação material e completamente avessa ao desvario consumista dos grandes centros urbanos; d) de um tipo não predatoriamente competitivo de ocupação de espaços de trabalho, de sorte a desaguar na convergência de ações do mais coletivizado proveito e de uma vida social sem *narsísicos* desequilíbrios; e) da maximização de potencialidades sensórias que passam a responder pelo conhecimento direto das coisas presentes e pela premonição daquelas que a natureza ainda mantém em estado de germinação; f) de uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente de que se retira o próprio sustento material e demais condições de sobrevivência telúrica, a significar a mais fina sintonia com a nossa monumental biodiversidade e mantença de um tipo de equilíbrio ecológico que hoje a Constituição brasileira rotula como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, *caput*), além de condição para todo desenvolvimento que mereça o qualificativo de **sustentado**.

77. Fácil entender, assim, que, por um lado, a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios **para agregar valor à subjetividade deles** (fenômeno da *aculturação*, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da normação constitucional, este reside na proposição de que **as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios**. Populações civilizadas de quem se exige: a) solidariedade, no plano do reconhecimento de que os aborígines precisam do convívio com os não índios; b) humildade, para reconhecer que esse convívio é uma verdadeira *estrada de mão dupla*, porquanto reciprocamente benfazejo. Esse tipo de humildade, justamente, que refreia e dissipa de vez todo ímpeto discriminatório ou preconceituoso contra os indígenas, como se eles não fossem os primeiros habitantes de uma *Terra Brasilis* cuja integridade física tão bem souberam defender no curso da nossa história de emancipação política, **de parelha com uma libertária visão de mundo que talvez seja o mais forte componente do nosso visceral repúdio a toda forma de autocracia, ao lado da nossa conhecida insubmissão a fórmulas ortodoxas de pensar, fazer e criar**. Essa libertária visão de mundo que se inicia com a própria noção de deslimite geográfico deste nosso País-continente e que tanto plasma a santa rebeldia cívica de um Tiradentes quanto o mais refinado engenho tecnológico de um Santos Dumont, em par com a mais desconcertante ousadia estética de um Tom Jobim, um Garrincha, um Manoel de Barros, um Oscar Niemayer, uma Daiane dos Santos. Donde o padre Antônio Vieira falar que "seria mais fácil evangelizar um chinês ou um indiano do que o selvagem brasileiro. Os primeiros seriam como estátuas de mármore, que dão trabalho para

fazer, mas a forma não muda. O índio brasileiro, em compensação, seria como estátua de murta. Quando você pensa que ela está pronta, lá vem um galho novo revirando a forma". É o depoimento que se colhe em Viveiros de Castro, professor do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh, jornal *O Estado de São Paulo*, 20 de abril de 2008. Mesmo texto em que o famoso antropólogo brasileiro fala da contribuição dos índios para a defesa da integridade territorial do nosso País, a partir dos Estados situados na Região Norte, *verbis*: "Há outras reservas em terras contínuas, em fronteiras. É o caso da Cabeça de Cachorro, no Município de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas. E o Exército está lá, como deveria estar. A área indígena não teria como impedir a presença dos militares. O que a área indígena não permite é a exploração das terras por produtores não índios. Dizer que o Exército não pode atuar é um sofisma alimentado por políticos e fazendeiros que agem de comum acordo, numa coalizão de interesses típica da região. Roraima é um Estado que não se mantém sozinho, ou melhor, que depende do repasse de recursos federais. Um lugar onde 90% dos políticos nem sequer são nativos. Onde o maior arrozeiro, que está à frente do movimento contra a reserva, arvora-se em defensor da região, mas veio de fora. É um gaúcho que desembarcou por lá em 1978, e não há nada de mal nisso, mas combate os índios que justamente servem de "muralha dos sertões", desde os tempos da colônia. Os índios foram decisivos para que o Brasil ganhasse da Inglaterra. Dizer que viraram ameaça significa, no mínimo, cometer uma injustiça histórica. Até o mito do Macunaíma, que foi recolhido por um alemão, Koch-Grunberg, e transformado por um Paulista, Mário de Andrade, foi contado por índios daquela área, os Macuxi, os Wapichana. Eles são coautores da ideologia nacional". Com outras palavras, é o que também se lê na Enciclopédia Eletrônica *Wikipédia*, a saber: em Niterói, onde se situa a estátua do índio Arariboia. Índio tupi que expulsou os franceses e que, por seus atos de bravura, recebeu da coroa portuguesa a sesmaria de Niterói.

78. Daqui se infere o despropósito da afirmação de que "índio só atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade *intraétnica* fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sociocultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. **Um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato**, mas, ao contrário, intenta conciliá-los operacionalmente e assim é que nos coloca na vanguarda mundial do mais humanizado trato jurídico da questão indígena. Mais que isso, cuida-se de fórmula constitucional que nos redime, perante nós mesmos, de uma visão maniqueísta que nos arrastou para um tipo de insensatez histórica somente comparada à ignomínia da escravidão dos nossos irmãos de pele negra. "Legiões de homens negros como a noite"

(Castro Alves, *O Navio Negreiro*), sequestrados dos seus países, arrancados de seus lares e aqui torturados, condenados a trabalhos forçados, vendidos e separados dos seus filhos, mulheres, esposos, todos sistematicamente domesticados a açoites, correntes e coleiras de ferro, como recorda o Senador Cristóvão Buarque em artigo publicado no *Jornal de Brasília* de 25 de julho do fluente ano. Por isso que falamos, precedentemente, da desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca. Mas uma modernidade e humanismo que por nenhum modo significa emancipá-los de um País que também é deles e com eles quer viver para todo o sempre.

O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas

79. Passemos, então, e conforme anunciado, a extrair do próprio corpo normativo da nossa Lei Maior o conteúdo positivo de cada processo demarcatório em concreto. Fazemo-lo, sob os seguintes marcos regulatórios:

I – **o marco temporal da ocupação**. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo **uso e fruição** (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF);

II – **o marco da tradicionalidade da ocupação**. Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente **tradicional** de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido

entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios ("Anna Pata, Anna Yan": "Nossa Terra, Nossa Mãe"). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. **E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão.** Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda a do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". **O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios**. Termo sinônimo de **primevo**, em rigor, porque revelador de uma cultura *pré-europeia* ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, "**reconhecidos**" (parte inicial do art. 231, *caput*); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé". Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que "índio atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" francamente incorporador da

realidade indígena. Como deixará de cumprir o objetivo igualmente fundamental de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso III do mesmo art. 3º da CF). Em suma, a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de "direitos originários" é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos "direitos e interesses indígenas", as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar. Essa identidade que nos torna sobremodo criativos e que o cronista Eduardo Gonçalves de Andrade (o "Tostão" da memorável Copa do Mundo de 1970) assim magistralmente sintetiza: "O futebol e a vida continuam prazerosos e bonitos, porque, mesmo em situações previsíveis, comuns e repetitivas, haverá sempre o acaso e um artista, um craque, para transgredir e reinventar a história" (artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 18 de maio de 2008, Caderno D, p. 3);

III – o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio "tradicionalmente", grafado no *caput* do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o *sobredireito* ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios. **Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção** (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de *unha e carne*). Depois disso, o juízo de que a Constituição mesma é que orienta a fixação do perímetro de cada terra indígena. Perímetro que deve resultar da consideração "dos usos, costumes e tradições" como elementos definidores dos seguintes dados a preservar em proveito de uma determinada etnia indígena: a) habitação em caráter permanente ou não eventual; b) as terras utilizadas "para suas atividades produtivas", mais "as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas. São os quatro **círculos concêntricos** a que se refere Nelson Jobim na decisão administrativa que proferiu, a propósito da demarcação da reserva indígena "Raposa Serra do Sol", quando ainda ministro

de Estado da Justiça (decisão de 20 de dezembro de 1996). Mas quatro círculos concêntricos que explicitam o propósito constitucional de fazer dessa qualificada ocupação (porque tradicional) de terras indígenas o próprio título de constitutividade do direito a uma posse permanente e ao desfrute exclusivo das riquezas nelas existentes. Com o que, no ponto, o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente**. Situação que a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras *congenitamente* possuídas; ou seja, **possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes**. O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. É o que Boaventura de Sousa Santos chama de "hermenêutica diatópica", para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais[2]. Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos "usos, costumes e tradições" o engate lógico para a definição da semântica da posse indígena, da semântica da permanência, da semântica da habitação, da semântica da produção, e assim avante;

IV – o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". Esse novo marco regulatório-constitucional é também uma projeção da metodologia diatópica de que há pouco falamos. Por ela, o próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, **ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo**. Quero dizer: se, para os padrões culturais dos não índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que "**somente** é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física", já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: "deem-se aos índios **tudo** que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) **a reprodução de toda a sua estrutura social primeva**. Equação que bem se desata da locução constitucional "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", pela cristalina razão de que **esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente**. Preexistente, por exemplo, à própria Constituição. Como também preexistente, enfatize-se, à transformação de um Território Federal em Estado-membro. Pois o que se tem, nesse tipo de transformação de Território em Estado-membro é apenas a concessão ou o deferimento de um *status* de ente federado a quem não o detinha. Daí o § 1º do art. 14 do ADCT bem assinalar que a instalação dos Estados do Amapá e de Roraima ocorreria (somente ocorreria,

[2] Ver: *A Gramática do Tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, v. 4, p. 433/469.

entenda-se) "com a posse dos governadores eleitos em 1990". Por consequência, **o novo Estado já nasce com seu território jungido a esse regime constitucional da preexistência de direitos à ocupação de terras que, por serem indígenas, pertencem à União.** É a diferença entre o "doravante", favorecedor dos novos Estados, e o "desde sempre", superiormente favorecedor dos indígenas. Não cabendo falar, então, frente a "direitos originários", de coisas como redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação de terras indígenas. Assim o quis a Lei Republicana e contra esse querer normativo só podemos render vassalagem. Como rendemos vassalagem a ela, Constituição, na parte em que obsequiou os Estados-membros com a titularidade dominial das terras devolutas "não compreendidas entre as da União" (inciso IV do art. 26). Até porque pensar diferente, para desproteger as populações aborígines, seria a continuidade de uma soma perversa que a nossa Lei Maior quis apagar do mapa do Brasil: a soma de um passado histórico de perseguição aos índios com uma hermenêutica jurídica da espécie restritiva. Esta, uma segunda subtração, constitutiva do que se tem chamado de "arma limpa", por implicar um processo de dizimação sem derramamento de sangue. Sem que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena, contudo, venha a significar recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional. Políticas públicas de mais facilitado acesso à educação, lazer, saúde, ciência, tecnologia e profissionalização, de permeio com assistência na área da segurança pública e desfrute dos direitos políticos de votar e até de ser votado. Tudo na linha do pensamento *integracionista* que marcou a militância indigenista do Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon (ele mesmo um descendente de índios) e conforme dispositivos constitucionais de que o § 2º do art. 210 chega a ser emblemático: "O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem". O advérbio "também" a patentear que as línguas maternas dos aborígines hão de conviver com o domínio do português, para que eles, os índios, melhor se comuniquem com os seus irmãos brasileiros não índios e vice-versa. Isto porque a fraternidade como signo constitucional de última geração axiológica é de preservar características étnicas, renove-se a proposição quantas vezes for necessário, mas sem o viés separatista dos que pretendem fazer de cada área de concentração indígena um apartado e cômodo laboratório de enfatuadas teses acadêmicas, à moda de ajardinamento antropológico (talvez por isso que a nossa Constituição preferisse, como de fato preferiu, não usar da expressão "reserva indígena", mas "terras indígenas").

O modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas

80. Agora é de se perguntar, naturalmente: o modelo geográfico de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade, no sentido de evitar, ao máximo, interrupção física entre o seu ponto de partida e o de chegada? Como se dá, funcionalmente, com o território de cada pessoa estatal federada, apenas interrompido pelos marcos do território federativamente

alheio? Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que, no âmbito delas, tanto se viabilize o exercício de um poder administrativo (não político) quanto se forme um perfil coletivo e ainda se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária? Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento? Por conseguinte, modelo contraposto ao tracejamento por "ilhas", blocos ou porções geográficas de identificação prática entre demarcação e asfixia espacial ou confinamento sem grades?

81. A resposta é afirmativa, desde que observado o peculiaríssimo regime constitucional das terras indígenas. Terras que não são uma propriedade privada nem um território federado, mas um espaço fundiário que tem suas riquezas afetadas ao exclusivo desfrute de uma dada etnia autóctone. **Etnia que, no seu espaço físico de tradicional ocupação e autossuficiência econômica, detém autoridade para ditar o conteúdo e o ritmo de sua identidade cultural**, **partilhando com a União competências de índole administrativa**. À diferença, porém, de uma propriedade privada, o título de domínio é de um terceiro (a União) que somente o possui para servir a eles, índios de uma determinada etnia. E também diferentemente do território de uma pessoa estatal-federada, cuida-se de terras que somente se vocacionam para uma livre circulação dos seus usufrutuários (índios de uma destacada etnia).

A conciliação entre terras indígenas e a visita de não índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública

82. Não se pense, contudo, que a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas seja inconciliável com a **eventual** presença dos não índios, bem assim com a instalação de equipamentos tecnológicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A conciliação das coisas é possível, reafirme-se, **desde que tudo se processe debaixo da liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas**.

83. Em tais situações, o que é preciso assegurar de logo avulta: de uma parte, que as visitas de não índios em nada signifique desproteção dos indígenas; de outra, que as empreitadas estatais nunca deixem de contribuir para a elevação dos padrões de bem-estar das próprias comunidades autóctones, embora também possam irradiar seus benéficos efeitos para a economia e as políticas de saúde, educação, transporte e segurança pública desse ou daquele Estado. **O que já impede que os indígenas e suas comunidades façam justiça por conta própria contra quem que seja, como, por exemplo, interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas, invadir estabelecimentos públicos**. É que, se as terras permanecem indígenas, a despeito dos empreendimentos públicos nela incrustados, nem por isso a União decai do seu poder-dever de comandar ou coordenar o uso comum de tais empreendimentos.

84. Tudo isso dito com outras palavras, **o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo**, porque somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que o Ministro Nelson Jobim resumiu nos quatro mencionados círculos concêntricos. Imperativos que respondem pela vertente fundiariamente generosa da Constituição, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia. Sem prejuízo, porém, do regime constitucional-integracionista dos índios, propiciador da monitorada interação com outras etnias indígenas e com não índios. E também sem impossibilitar a construção de vias de comunicação e outros empreendimentos públicos, pois o que se reserva para o usufruto exclusivo das populações nativas são as riquezas do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas (§ 2º do art. 231 da CF). Observado, claro, o seguinte dispositivo da nossa Constituição:

> Art. 231. (...)
> § 3º 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 asseguradas participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

A relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente

85. O momento é propício para remarcar a perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental, pois o fato é que a Constituição dá por suposto o que dissemos um pouco mais atrás: índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação *de unha e carne*. Não são como *óleo e água*, que não se misturam. Com o que de pronto ressai a seguinte compreensão das coisas: **mais que uma simples relação de compatibilidade, o vínculo entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência.** Razão pela qual o decreto homologatório das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol (antecipo o juízo) é inclusivo do Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe, redundantemente, aliás, uma dupla afetação: a ecológica e a propriamene indígena.

86. No particular, nada mais confortador do que trazer de volta o abalizado testemunho intelectual de Viveiros de Castro, a nos dar inteirar de que, no Estado do Mato Grosso, "o único ponto verde que se vê ao sobrevoá-lo é o Parque Nacional do Xingu, reserva indígena. O resto é deserto vegetal. Uma vez por ano, o deserto verdeja, hora de colher a soja. Depois, dá-se-lhe desfolhante, agrotóxico... E a soja devasta a natureza duplamente. Cada quilo produzido consome 15 litros de água" (continuação da mesma entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo). Depoimento que reforça, já por um ângulo pragmático, a generosa vontade constitucional objetiva para com o modelo peculiarmente contínuo da demarcação das terras indígenas. Afinal, os índios são os brasileiros *de vista mais alongada e pernas mais solicitadas*, porque virginalmente afeitos à imensidão territorial deste País-continente. O que já se reflete nas técnicas de um manejo temporalmente mais curto de suas terras agricultáveis e também de suas pastagens. Numa frase, os índios brasileiros são visceralmente avessos a qualquer ideia de guetos, nichos, cercas, muros, grades, viveiros, que são práticas

apropriadas para uma demarcação parcimoniosamente insular ou do tipo *queijo suíço*. Sendo que o formato contínuo, ora sustentado, fica restrito a cada etnia aborígine. Com o que também se peculiariza o regime de visitas dos não índios e se baliza a implantação de empreendimentos públicos em qualquer das áreas demarcadas. Respeitando-se, ademais, a identidade cultural que a nossa Constituição igualmente assegura às etnias aborígines lindeiras.

87. Que o final deste núcleo temático coincida com duas novas proposições, que tenho como de sólido assento constitucional: a primeira é a de que não *descontinuam* as terras demarcáveis como indígenas os comentados empreendimentos públicos (estradas, instalações tecnológicas, prédios, etc.); a segunda está em que eventual e significativo agravo à natureza, pelos próprios índios, tem na Constituição Federal possibilidade de pronto reparo, pois "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (art. 23, VI). Reação estatal, no entanto, que é de ser coordenada pela União, e somente por ela, por se tratar da pessoa federada em cujos bens se incluem as terras indígenas e de cujas competências faz parte a mais centrada proteção aos índios de toda e qualquer etnia aborígine.

A demarcação necessariamente endógena ou intraétnica

88. Por esse modo de ver as coisas, o que afinal se homenageia é a própria realidade plural-endógena dos índios. Cada etnia autóctone a ter para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social, seus usos e costumes, tradições, artes, culinária, terapias, meios e técnicas de subsistência econômica e de reprodução física. Trato de terra ou de terras ocupadas por modo tão permanente quanto tradicional, por isso que referidas à memória e à psicologia de cada tribo em especial, cada população aborígine em seu ontologicamente distinto modo de falar, produzir, invocar seus deuses, conceber e praticar a vida, enfim.

89. **Esse modelo peculiar ou restritamente contínuo de demarcação é monoétnico** portanto (não *pluriétnico*). Formato que deve atentar para a vontade fundiariamente generosa da Constituição, é lógico, mas ainda assim balizado pela realidade de cada etnia. Logo, interditado fica todo impulso, tentação ou veleidade antropológica de conectar, mais que os tradicionais espaços de ocupação fundiária por uma destacada etnia, aqueles que também englobam diferenciados grupos étnicos no interior de um só Estado-membro, inclusive os espaços que por acaso sejam de outra ou de outras etnias igualmente aborígines. Sem o que resulta inconstitucionalmente desconsiderada a própria interculturalidade étnico-nativa, com a circunstância agravante de acarretar movimentos de incorporações e fusões que são próprias de Municípios (§ 4º do art. 18 da CF), mas não de etnias indígenas.

90. Convém insistir na advertência: **é de se excluir da demarcação das terras indígenas os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra**, até para não aproximar demasiadamente tribos eventualmente inimigas e de línguas diferentes, nem criar gigantescos vazios demográficos. Vazios demográficos que

poderão dificultar a efetiva presença de Estado, com o risco de vir a configurar a chamada "ameaça não armada" à soberania nacional: a solerte, maliciosa, *esperta* divulgação estrangeira de que o Brasil não tem competência para cuidar desse *pulmão do mundo* – mais que isto, desse melhor quinhão do mundo que é a Amazônia (região brasileira de maior concentração indígena, como amplamente sabido).

91. Conforme dissemos a partir do tópico de número 51 deste voto, a Constituição não falou de "índio", assim no singular. E não falou de índio, assim no singular, por não ser ele uma categoria humana puramente abstrata ou fora de qualquer realidade geográfica e social concreta. Corresponde a dizer: a Constituição não mencionou o vocábulo índio como categoria individual-platônica ou tão só imaginária, supostamente apetrechado com o divino dom da ubiquidade para merecer *prerrogativado* amparo jurídico em qualquer lugar do País ou situação existencial em que se encontrasse. Ela não fez de cada índio isolado um favorecido centro subjetivado de direitos pelo exclusivo fato de ser ele o primitivo habitante do Brasil e se dotar de caracteres físicos, linguísticos e culturais salientemente distintos do colonizador europeu e do africano para aqui forçosamente importado. **Não foi somente por isso**. A Constituição falou de "índios", na forma plural, também para dar conta de mais de uma centena de etnias autóctones já conhecidas no território brasileiro por ocasião dos trabalhos constituintes de 1987/1988 (227 etnias e 180 línguas ou dialetos, segundo dados oficiais da Fundação Nacional do Índio – Funai). Sendo assim, não há como refugar o juízo de que os índios foram normatizados numa dada situação social-endógena (*intra* ou *monoétnica,* destarte) e num concreto ambiente fundiário, porquanto coletivamente considerados de permeio com as terras por eles tão originária quanto permanentemente possuídas e tradicionalmente ocupadas. Exatamente porque dessa espécie de perdurável relação orgânica entre cada etnia indígena e o seu ainda rústico *habitat* **é que se pode falar de direitos originários. Como também se pode falar de uma cultura tão diferenciada quando geradora de todo um perfil coletivo**. Tudo a ser documentado em criteriosos laudos antropológicos, pois a sociedade "pluralista" de que trata o preâmbulo da nossa Constituição é do tipo social genérico, e, por isso mesmo, copiosa o bastante para alcançar as próprias diferenças entre os índios de uma etnia e de outra.

A permanência do modelo peculiarmente contínuo ou intraétnico, mesmo nos casos de etnias lindeiras

92. Esse desabono constitucional a demarcações de cambulhada ou *interétnicas* se mantém até mesmo na situação em que duas ou mais etnias indígenas se caracterizem pela contiguidade geográfica. Etnias lindeiras ou *vizinhas de porta*, então, o que propicia um mais frequente visitar de tribos distintas. **Mas ainda assim os marcos geodésicos e as placas sinalizadoras devem separar os espaços interétnicos**; ou seja, cada etnia indígena deve saber onde começa e onde termina o espaço de trabalho e de vida que por direito originário lhe cabe com exclusividade (*monoetnicamente*, reitere-se). **Essa é a regra geral a observar, de matriz diretamente constitucional, embora perfeitamente previsível que prolongadas relações amistosas entre etnias aborígines possam gerar, com o**

passar dos anos, uma condivisão empírica de espaços que em muito dificulta uma precisa fixação de fronteiras interétnicas.

93. Desponta claro, portanto, que o referido conceito fundiariamente extensivo do princípio da proporcionalidade aumenta a possibilidade de aproximação física entre as diferenciadas etnias autóctones. **Se tal ocorrer no plano dos fatos, não há como falar de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios**. Todavia, entre as próprias etnias nativas a demarcação permanece com seu constitucional formato *intraétnico*. Uma etnia somente circulando com toda liberdade pelos espaços da outra, na medida em que haja o consentimento daquela cujas terras se façam objeto de visitas.

94. Em síntese, tudo consiste em saber, primeiro, se os índios se isolaram dos não índios por sua espontânea vontade, **criando intervalados espaços que não passam, só por isso, à condição de terras estaduais devolutas, nem se disponibilizam para uma apropriação da espécie privada**. Segundo, se os intervalos fundiários apenas separam uma etnia aborígine de outra, **situação em que as terras por inteiro são de natureza indígena.** Apenas com sua demarcação vincada ao formato *intraétnico* de que vimos falando.

95. Em palavras outras, se uma terra indígena deixa de confinar com outra, o espaço intermediário que então se forma não é um indiferente jurídico: ele cai sob o regime comum da propriedade privada, ou é automaticamente incorporado aos bens de um certo Estado-membro como terra devoluta, ou se disponibiliza para a criação e instalação de um novo Município. Na primeira hipótese, todo o espaço que separa uma etnia indígena da outra é, em princípio, vocacionado para apropriação a título privado. Daí os seguintes dizeres da Constituição: a) "é garantido o direito de propriedade" (inciso XXII do art. 5º); b) "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada". Já na segunda hipótese, o artigo constitucional a reger as coisas é o de n º 26, com o seu inciso IV, que manda incluir "entre os bens do Estado" "as terras devolutas não compreendidas entre as da União". E quanto à terceira prefiguração, enfim, aí o dispositivo a aplicar é o § 4º do art. 18 da Constituição, assim escrito: "A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei".

96. Pois bem, **exclusivamente** nessa hipótese de não contiguidade de terras indígenas é que se pode falar de prevalência tanto do princípio federativo quanto da livre iniciativa. Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígines. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde

a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não índios como instransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre "quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé", nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

97. **Avanço no raciocínio para asseverar que, nessa hipotetização de terras indígenas efetivamente lindeiras, já não vale o argumento do risco de uma demarcação contínua que termine por acarretar vazios democráticos ou a não presença de Estado. E não vale o argumento, porque a não presença de Estado é de ser imputada a ele mesmo, Estado brasileiro**. Não aos índios, *que não podem pagar a fatura por uma dívida que não contraíram*. Afinal, nada juridicamente impede, mas antes obriga, que o Poder Público brasileiro, sob a liderança institucional da União (nunca é demais repetir), cumpra o seu dever de assistir as populações indígenas. Dever que não se esgota com o ato em si de cada demarcação por etnia, pois ainda passa pela indispensável atuação das nossas Forças Armadas, isolada ou conjuntamente com a Polícia Federal, sempre que em jogo o tema fundamental da integridade territorial do Brasil (principalmente nas denominadas faixas de fronteira).

A perfeita compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas

98. Como derradeiro tópico nominado deste voto, afirmamos, sempre com base na Constituição, a serena compatibilidade entre apropriação usufrutuária de terras indígenas e faixa de fronteira. Isto pela consideração inicial de que, ao versar o tema das terras indígenas, a Magna Carta Federal não fez nenhuma ressalva quanto à demarcação abrangente de faixa de fronteira ou nela totalmente situada.

99. Mas não é só. Além de não incluir nenhuma faixa de fronteira entre os bens pertencentes à União, a Constituição ainda deixou expressa a possibilidade de uso e ocupação não estatal de qualquer delas. Apenas arrematando o seu discurso com a regra de que tal ocupação e uso "serão regulados em lei", tendo em vista que toda faixa de fronteira é de logo qualificada por ela, Constituição, como "fundamental para defesa do território nacional". Eis o texto:

> A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei (§ 2º do art. 20).

100. Uma dessas possibilidades de uso de faixa de fronteira, por sinal, já vem disciplinada na própria Constituição. Diz respeito às atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, a saber:

> A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (§ 1º do art. 176).

101. Não podia ser diferente essa compatibilidade, que apenas retrata o fato de que justamente nas fronteiras terrestres do Brasil é que mais se concentram as nossas populações indígenas, especialmente nas regiões Norte e Centro-Oeste. Concentração contemporânea da descoberta do País, é sabido, assim como por efeito de migrações espontâneas, ou, então, forçadas pela intolerância e perseguição por parte dos não índios (a espremedura topográfica a que nos referimos no capítulo de número 61). Seja como for, concentração indígena que se fez e se faz decisiva para a preservação da integridade territorial brasileira (esse elemento da soberania nacional), pois os nossos aborígines, amantes e profundos conhecedores da nossa geografia, sempre souberam se opor com toda eficiência e bravura às tentativas de invasões estrangeiras em nosso País.

102. Realmente, os nossos indígenas sempre se dispuseram a defender a integridade do território brasileiro, ora por si mesmos, ora em articulação com lideranças patrióticas nacionais. O que nos dá a certeza da continuidade dessa colaboração junto às Forças Armadas e à Polícia Federal, esta última no desempenho de sua função constitucional de polícia de fronteiras (inciso III do §1º do art. 144), e, aquelas, no cumprimento do seu mister igualmente constitucional de defesa da Pátria (art. 142, cabeça). Donde escrever, em artigo recente, a atual Senadora e ex-Ministra do Meio Ambiente, Marina da Silva, também ela uma grande conhecedora da região norte desta nossa Terra de Santa Cruz: "A defesa das nossas fronteiras na Amazônia sempre recebeu grande contribuição das comunidades indígenas. Por exemplo, pela incorporação de seus jovens ao Exército para ações em áreas onde ninguém quer ou sabe ir" (jornal *Folha de São Paulo*, Caderno A, p. 2, edição de 4 de agosto de 2008). Isto sem deixar de tecer comentários sobre a particular situação do Estado de Roraima, a propósito, justamente, da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, *literis*: "A população de Roraima não chega a 400 mil habitantes. Para os cerca de 350 mil não índios há quase 11 milhões de hectares de terras disponíveis, diz estudo do Instituto Socioambiental. Comparando, Pernambuco tem 9,8 milhões de hectares para cerca de 8 milhões de habitantes."

103. Nesse contexto, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das nossas faixas de fronteiras, **a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as duas citadas instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal) se façam também**

permanentemente presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias, agentes e tudo o mais que possa viabilizar a mais otimizada parceria entre o Estado e as nossas populações nativas.

104. Conforme dito precedentemente, se o poder público se faz ausente em terras indígenas, tal omissão é de ser debitada exclusivamente a ele, Estado, e não aos índios brasileiros. Índios que não podem se opor a essa presença (juridicamente não podem, frise-se) e ainda necessitam dela para a contínua elevação dos seus padrões de segurança, politização, educação, saúde, transporte e demais itens de bem-estar material. Não é por aí, portanto, que se pode falar de abertura de flancos para o tráfico de entorpecentes e drogas afins, nem para o tráfico de armas e exportação ilícita de madeira. Tampouco de perigo para a soberania nacional, senão, quem sabe, como uma espécie de desvio de foco ou *cortina de fumaça* para minimizar a importância do fato de que empresas e cidadãos estrangeiros é que vêm promovendo a internacionalização fundiária da Amazônia legal, pela crescente aquisição de grandes extensões de terras. A cupidez estrangeira a se aproximar cada vez mais, acrescente-se, das nossas incomparáveis reservas de água doce, biodiversidade e jazidas de urânio, nióbio, ouro, diamante e cassiterita, além petróleo e gás natural (ao menos na franja da divisa do Brasil com a Venezuela).

105. Enfim, quem proíbe o Estado brasileiro, mormente o Estado-União, e mais especificamente ainda o Estado-Forças Armadas e o Estado-Polícia Federal – quem proíbe o Estado brasileiro, dizia eu, de ocupar o espaço funcional que lhe cabe em terras indígenas? Quem impede o governo brasileiro de responder às ONGs estrangeiras, e até mesmo à ONU, com toda altivez *e em alto e bom som*, que neste nosso território somos nós que mandamos? Quem obsta o Estado soberano do Brasil de *espalhar pelos quatro cantos do mundo* que nenhum outro Estado independente avançou tanto na questão indígena, tutelarmente, como o Estado brasileiro pós Constituição de 1988? E que, portanto, nenhum outro povo tem lições pra nos dar na matéria? Resposta: unicamente ele mesmo, Estado brasileiro, certamente por motivo de uma acanhada interpretação das suas próprias competências constitucionais, no tema, como, por exemplo, a que assiste à União para "assegurar a defesa nacional", de permeio com a execução dos "serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras" (incisos III e XXII, respectivamente, do art. 21 da Constituição). Despercebidas, talvez, as nossas autoridades, tanto civis quanto militares, do enorme trunfo que é poder conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência malsã de certas ONGs, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de brasilidade que nos irmana a todos. Missão até favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. *Olho e pálpebra* que são de uma terra que lhes dá um multimilenar sustento e que lhes povoa o sonho imemorial de nela viver em paz para todo o sempre.

O caso concreto da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

106. Chego à derradeira parte deste voto, que outra não pode ser senão o exame do caso concreto. Fazendo-o, enfrento, como de estilo, as questões

formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.

107. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados "fatos públicos e notórios". Daí por que, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no *Diário Oficial da União* já em abril de 1993[3], tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/1991 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actus* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. **Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas**, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (Despacho 80/1996, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). Noutros termos, nulidade haveria tão somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.

108. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima (CIR)[4]. **Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da Funai, e pelo Prof. Paulo Santilli**, respectivamente.

109. Também não vejo como causa de nulidade o fato de o advogado responsável pelo parecer jurídico (Felisberto Assunção Damasceno) haver sido indicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Tal parecer não foi além de sua natureza opinativa e passou pelo crivo da Presidência da Funai, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e de outras instâncias administrativas em sucessividade processual endógena, como, *v.g*., o Consultor Jurídico da Casa Civil da Presidência da República. É o que também penso quanto à alegada *não participação* de membros do grupo oficial de trabalho na confecção do laudo antropológico, bem assim no que tange ao fato de servidores administrativos, devidamente treinados, efetivarem levantamentos de índole meramente censitária de pessoas e bens. Já aqueles que representavam os interesses do Estado de Roraima – também o demonstram os documentos dos autos[5] –, tinham eles por função apresentar estudos de que não se desincumbiram por vontade pró-

---

[3] Fls. 1296/1300 do vol. 5.

[4] *Vide* membros do grupo técnico interinstitucional à fl. 425 do vol. 2. Remarque-se que nada foi feito às escondidas.

[5] Fls. 583/585 do vol. 3.

pria. Resultando claro que tal inércia não era mesmo de estancar um proceder administrativo que já se fazia em descompasso com a determinação constitucional de conclusão de todas as demarcações de terras indígenas "no prazo de até cinco anos a partir da promulgação de Constituição" (art. 67 do ADCT).

110. O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado e permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi o responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia), serviu de base para os trabalhos demarcatórios em causa, assinando-o solitariamente, como estava autorizado a fazê-lo (tanto quanto a Dra. Guiomar). Afinal, é mesmo ao profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. O que se lhe mostra impertinente ou estranho **é laborar no plano de uma suposta conveniência da busca de um consenso entre partes contrapostas e respectivos interesses, que ele, Paulo Santilli, acertadamente não intentou.**

111. De se ver que o Estado de Roraima teve sua participação garantida no grupo de trabalho da Fundação Nacional do Índio (Funai), bastando lembrar que foi prontamente acatada sua indicação de nada menos que sete (7) servidores da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Interior e Justiça. Ademais, poderia exercer os seus direitos também sob o mecanismo posto no § 5º do art. 2º do Decreto 22/1991:

> § 5º Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.

112. Sigo para realçar que a participação de índios vinculados ao CIR, aliada ao fato de apenas dois antropólogos assinarem suas peças técnicas (cada qual a sua), nada disso habilita o autor popular e seus assistentes a concluírem pela parcialidade do laudo antropológico. Da mesma forma que não se pode impugnar o laudo dos peritos do Juízo, sob a argumentação de que todos eles simpatizavam com as teses defendidas pelo Estado de Roraima, na medida em que publicaram trabalhos de defesa da demarcação em forma de ilhas e revelaram o máximo de preocupação com a mantença da soberania nacional (em especial quanto à fronteira do Brasil com a Venezuela), além de que centraram suas pesquisas no desenvolvimento tecnológico de solos com o fito de demonstrar a possibilidade de maior produtividade em reduzidas dimensões de terra. Não é isso que atesta a parcialidade de quem quer que seja, como não infirma aquilo que verdadeiramente conta para o desate da causa, como reiteradamente vimos enfatizando: as coordenadas diretamente constitucionais sobre o magno tema da demarcação de toda e qualquer terra indígena.

113. Também não se reveste da importância que lhe emprestam o autor popular e seus assistentes a alegação de que houve uma proliferação artificial de malocas, no curso do processo administrativo, dado que tal expansão, além de não provada como artificial, somente se deu após a feitura do parecer antropológico. Também assim a fraude que decorreria da distância de 180 km entre as malocas (*famílias extensas*) Mapaé e Cedro, pois é fato que tal distanciamento foi medido a partir de uma maloca Ingarikó, situada no extremo norte da área, até outra maloca da etnia Makuxi, situada mais ao sul dessa mesma área. **Sendo que na demonstração desse preciso trajeto foi omitida, sabe-se lá por que, a real presença de nada menos que 81 malocas** (segundo mapas constantes dos autos)[6]. Por fim, ações pretensamente fraudulentas, como o emprego de motoristas como se técnicos agrícolas fossem, mas que se revelaram como argumento equivocado, pois o que se tem como indicativo de fraude não foi senão um erro material: chamar de técnicos agrícolas quem, de fato, era motorista. Por isso mesmo que, logo nas páginas seguintes do laudo, o erro foi reparado: quem era de fato motorista como tal foi nominado[7].

114. Mácula processual ou defeito de forma também não se extrai da consideração do crescimento, entre o laudo antropológico e o concreto ato de demarcação, de 1.678.800 ha para 1.747.089 ha (Decreto de 15-4-2005) como o real perímetro da área afinal demarcada. Cuida-se de diferença que os próprios autos sinalizam como natural ou não desarrazoada. É que o técnico que definiu a primeira "marca" o fez em caráter estimativo, tanto assim que até então não comparecera fisicamente ao local e se valera tão só de instrumentos mecânicos de mensuração (planímetro e curvímetro), considerada a definição antropológica da área e apenas de posse de mapa cartográfico. Num segundo momento, porém, profissional diverso já se deslocou pessoalmente até a área a mensurar para então se valer, agora, sim, de fontes cartográficas mais precisas e tecnologia atualizada, como sistema de posicionamento global – GPS –, imagens de satélite e cálculos computacionais[8]. Tudo a rechaçar qualquer eiva de nulidade processual.

115. Encerro este enfrentamento das questões formais para estranhar que, mesmo à face de trabalhos antropológicos revestidos de todos os elementos de uma etnoantropologia e de uma antropologia social e cultural adequada, pois reveladores da interatividade orgânica dos índios com suas terras e consigo mesmos, tudo enlaçado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à riqueza sentimental das relações uxórias e de parentesco, cosmogonia, artes, coleta, caça, pesca, festas, tradições, crenças, economia, etc., insistam o autor popular e todos que o secundam neste processo em adjetivar tais peças antropológicas como simplesmente genéricas ou abstratas. Supostos repositórios de "guarda-chuvas", pois serviriam para qualquer demarcação de terra indígena. Afirmação, contudo,

---

[6] Fls. 1314/1322 do vol. 6.

[7] Fl. 1430: identificação dos membros do Grupo de Trabalho. Fl. 1432: identificação dos dois servidores do Governo do Estado como motoristas.

[8] Fls. 1265/1267 do vol. 5.

que penso derivar do desconhecimento da multifacetada cultura aborígine, como o próprio fato de que muitas etnias são dispersões originárias de um mesmo tronco, inclusive linguístico e religioso, variando tão só a forma de expressão ou de produtividade. Casos típicos do "timbó", planta que se usa como instrumento de pesca; das imbiras, que são armadilhas de caça; da coivara, uma técnica de rotatitividade de solos para plantio; ou da areruia como sincretismo religioso.

116. Muito bem. Superadas as questões formais, avanço para o lado substantivo da demarcação. Não sem antes ressaltar que a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com extensão a abranger, aproximadamente, 7,5% do território do Estado de Roraima. Fazendo-o, estou convicto de que os autos retratam o seguinte:

I – toda a área referida pela Portaria 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, é constituída de terras indígenas, como conceituado pelo § 1º do art. 231 da CF. Terras indígenas contíguas ou lindeiras, ainda que ocupadas, em grande parte, indistinta ou misturadamente pelas etnias Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patamona e Wapichana. Indiferenciação, essa, que se evidencia pelos 150 anos sem conflitos armados *interétnicos* e reforçada pela presença de: a) uma língua franca ou de tronco comum; b) intensas relações de trocas; c) uniões exogâmicas. Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 5 de outubro de 1988 conforme demonstração convincentemente feita pelo laudo e parecer antropológicos de fls. 423/548. Todas elas em nada descaracterizadas pelo fato das posses ilegítimas que se deram com maior vigor no século XX, mediante a expulsão dos índios das margens dos rios e igarapés e das terras ao pé das montanhas. Posses ilegítimas, protagonizadas pelos "civilizados [que] ambicionavam para seus gados as pastagens" (Serviço de Proteção ao Índio)[9/10];

II – em que pese a demarcação *pecar* pela falta de observância do vetor *monoétnico* para a definição dos limites das várias terras indígenas lindeiras que formam toda a área conhecida como Raposa Serra do Sol – tema nem sequer agitado pelas partes e seus assistentes –, de tal circunstância nenhum prejuízo resultou para os índios das cinco etnias em comento. Motivo, aliás, da inexistência da irresignação de nenhum membro individual ou órgão representativo de qualquer das comunidades envolvidas, o que seguramente se explica: a) pelo fato da intensa e antiga miscigenação entre os seus componentes; b) pela concreta dificuldade de precisa identificação da área de movimentação física de cada uma dessas tribos ou etnias autóctones;

III – a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo

---

9 Fls. 1987/1988 do vol. 8.

10 Fls. 727/728 do vol. 3.

"queijo suíço"). As próprias características geográficas da região contraindicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição em matéria de proteção indígena[11];

IV – a desintrusão ou retirada dos não índios, tão massiva quanto pacificamente, seguida de majoritário reassentamento por parte do governo federal, já sinaliza a irreversibilidade do procedimento. Daí por que o fato da antiguidade de instalação das vilas "Água Fria", "Socó", "Vila Pereira" (do Surumu) e "Mutum" não autoriza inferir que a Constituição, por haver proibido o garimpo em terras indígenas, optou pela permanência de qualquer dessas povoações. Ainda mais quando, a partir de 1990, a ocupação não índia somente se deu em função da chegada dos garimpeiros que foram retirados da Terra Indígena Yanomami durante a operação conhecida por Serra Livre. Nada justifica tal ilação, pois o fato é que já não há como concluir pela viabilidade do retorno do garimpo e da economia privada das fazendas, num atual contexto socioeconômico-institucional de quase absoluta presença de índios (nas vilas Socó e Água Fria, por ilustração, o que remanesce da presença não índia se restringe a uma e três ocupações, respectivamente);

V – são nulas as titulações conferidas pelo Incra, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a ocupação da "Fazenda Guanabara". Se não, veja-se: a) a autarquia federal, baseada em estudo de 1979, constante de procedimento demarcatório inconcluso[12] (ausentes portaria declaratória e decreto homologatório), sem qualquer consulta à Funai arrecadou terras da União como se devolutas fossem, alienando-as diretamente a particulares; b) sucede que as terras já eram e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas dos estudos de 1979 e de 1985 apenas para superar "dificuldades que teria o Órgão Tutelar em demarcar" tal área (dificuldades consistentes em litígios dos índios frente aos não índios[13]; c) já a titulação da Fazenda Guanabara, alegadamente escorada em sentença com trânsito em julgado, proferida em ação discriminatória, também ela padece de vício insanável. É que a referida ação não cuidou da temática indígena, pois, equivocadamente, partiu do pressuposto de se tratar de terra devoluta. O que se comprova pelo acórdão do TRF da 1ª Região, **transitado em julgado**, na ação de manutenção de posse que teve por autor o suposto proprietário privado. Acórdão que vocalizou o seguinte: "comprovada através de

---

[11] Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma ideia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km². Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.

[12] Procedimento estabelecido, sucessivamente, pelos Decretos 76.999/1976 e 88.118/1983, hoje já revogados.

[13] Afirmação da antropóloga coordenadora do Grupo de Trabalho de 1984, constante da Informação Deid/Funai 007/1998 (fls. 1143/1169, vol. 5).

laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição para reintegrar a União na posse do bem"[14]. Pelo que não podem prosperar as determinações do Despacho 80/1996, do então Ministro de Estado da Justiça, pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé;

VI – os rizicultores privados, que passaram a explorar as terras indígenas somente a partir de 1992 (após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, destarte), não têm qualquer direito adquirido à respectiva posse. Em primeiro lugar, porque as posses antigas, que supostamente lhes serviram de ponto de partida, são, na verdade, o resultado de inescondível esbulho[15]. Como sobejamente demonstrado no laudo e parecer antropológicos, os índios foram de lá empurrados, enxotados, escorraçados. Não sem antes opor notória resistência, fato que perdura até hoje. Em segundo lugar, porque a presença dos arrozeiros subtrai dos índios extensas áreas de solo fértil, imprescindíveis às suas (dos autóctones) atividades produtivas, impede o acesso das comunidades indígenas aos rios Surumu e Tacutu e degrada os recursos ambientais necessários ao bem-estar de todos eles, nativos da região.

117. Enfim, tudo medido e contado, tudo visto e revisto – sobretudo quanto a cada um dos dezoito dispositivos constitucionais sobre a questão indígena –, voto pela improcedência da ação popular sob julgamento. O que faço para assentar a condição indígena da área demarcada como **Raposa Serra do Sol**, em sua totalidade. Pelo que fica revogada a liminar concedida na AC 2.009, devendo-se retirar das terras em causa todos os indivíduos não índios.

É como voto.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu já tinha preparado o meu voto, mas, como nós verificamos das sustentações orais e, agora, do belíssimo voto produzido pelo eminente Ministro Carlos Britto, que trouxe algumas perspectivas extremamente ricas, peço vista dos autos.

Creio que o tema é extremamente complexo. O eminente Ministro Carlos Britto mostrou conhecimento sobre a totalidade da matéria e explicitou o enorme

---

[14] Processo 1998.01.00.0850320, trânsito em julgado em 8-1-2004.

[15] Esbulho que veio acompanhando da *multiplicação do tamanho de fazendas na região*. A história documentada pelos próprios posseiros demonstra que a Fazenda Depósito media, em *1954*, 2.500 hectares (fl. 2922). Em *1958*, formou-se a Fazenda Canadá com parte da chamada Fazenda Depósito e já agora com extensão de 3.000 hectares (fls. 2895 e 2924); portanto, maior que toda a área dividida. Em *1979*, Lázaro Vieira de Albuquerque vende a Fazenda Canadá e nessa data possuía não mais que 1.500 hectares (fl. 2925). Em *1982*, as Fazendas Depósito e Canadá são vendidas e somam 3.000 hectares (fl. 2926). Em *10-4-1986*, as Fazendas Depósito (agora com 3.000 hectares), Canadá (com 3.000 hectares) e Depósito Novo (com 3.000 hectares), são vendidas, "podendo ainda as áreas totais serem dimensionadas em proporção maior de 9.000 hectares" (fl. 2927).

volume dos autos e das informações de natureza fática. E esta Suprema Corte deve, pelo menos na minha compreensão, sobre esse processo refletir.

Por isso, peço vista dos autos.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, portanto, como nós vimos, tivemos um voto extremamente denso, permeado de considerações jurídicas, e também marcado por complexas questões fáticas. Certamente justificam plenamente o pedido de vista formulado por Sua Excelência o Ministro Menezes Direito, que já tem voto pronto, e certamente trará essa sua manifestação em tempo adequado.

Nós esperamos ainda neste semestre encerrar este julgamento.

EXTRATO DA ATA

Pet 3.388/RR — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Advogados: Cláudio Vinícius Nunes Quadros e Antonio Glaucius de Morais e outros). Assistente: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem, proposta pelo Relator, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, na posição de assistentes da União, todos eles recebendo o processo no estado em que se encontra. Em seguida, após o voto do Relator, julgando improcedente a ação popular, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo assistente Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, o Dr. Antônio Glaucius de Morais; pelo Estado de Roraima, o Dr. Francisco Rezek; pelos assistentes Lawrence Manly Harte e outros, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela União e pela assistente Fundação Nacional do Índio (Funai), o Ministro José Antonio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; pela assistente Comunidade Indígena Socó, o Dr. Paulo Machado Guimarães; pelas assistentes Comunidade Indígena Barro e outras, a Dra. Joenia Batista de Carvalho, e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto,

Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 27 de agosto de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Trata-se de ação popular proposta por Augusto Affonso Botelho Neto, pedindo liminarmente a suspensão e definitivamente a declaração de nulidade da Portaria 534, de 13-4-2005, do Ministério da Justiça e do Decreto Presidencial que a homologou, de 15 de abril de 2005, além de "toda e qualquer portaria que tenha por finalidade frustrar o andamento judicial das ações que discutam a demarcação da Raposa Serra do Sol" (fl. 22).

Sustenta o autor que o referido ato, que substituiu a Portaria 820/1998, foi expedido sem que fosse observado o procedimento regular de demarcação e nesse sentido aponta que: (i) somente houve participação de grupos indígenas que apoiavam a demarcação; (ii) o governo do Estado de Roraima estava, na época, comprometido com a demarcação; (iii) não houve participação adequada da academia; (iv) a única representante das expressões religiosas foi a Igreja Católica; (v) não houve participação dos Municípios de Boa Vista e Normandia nem dos produtores agropecuários, comerciantes, garimpeiros e outros grupos de interesses; (vi) o Grupo Interinstitucional de Trabalho não apresentou "relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada", como determinaria o § 7º do art. 2º do Decreto 22/1991, que vigorava na época; (vii) o relatório apresentado pela antropóloga não forma um corpo lógico tendente a indicar qualquer tipo de demarcação e não contém análise sobre o impacto na economia da região e na segurança nacional; (viii) o laudo antropológico da Funai (subscrito pela antropóloga) é reprodução de laudo anterior que tinha conclusão diversa; (ix) a Portaria 820/1998 englobou na demarcação da reserva a área do Parque Nacional do Monte Roraima além de área já demarcada anteriormente em benefício dos índios Ingarikós; (x) o relatório do Grupo Interdisciplinar foi assinado apenas pela antropóloga Maria Guiomar e esta não estava representando os demais membros, já que a grande maioria dos técnicos nomeados nem mesmo tinha conhecimento do relatório, sendo dois deles motoristas do governo do Estado de Roraima.

Tais irregularidades, segundo a inicial, seriam idênticas às que viciavam a Portaria 820/1998, originada do mesmo procedimento, sendo que a nova portaria "teve o condão de aumentar a área a ser demarcada" (fl. 5).

Alega o autor, ainda, que as consequências da demarcação serão desastrosas para o Estado de Roraima e para o Brasil, com considerações relativas à segurança nacional, referindo-se às pretensões da Venezuela sobre parte de nosso território e à intenção da Organização das Nações Unidas (ONU) de restringir a atuação das Forças Armadas em territórios indígenas.

Diante do requerimento quanto à distribuição, o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, encaminhou os autos à Presidência, que decidiu pela manutenção da distribuição por prevenção.

A liminar foi indeferida, assim como o respectivo agravo regimental desprovido. Eis a ementa:

> *Ação popular. Liminar indeferida. Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Homologação. Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça. Agravo regimental.* Deve ser mantida a decisão que, para indeferir a liminar, levou em conta a complexidade da matéria, a possibilidade de acirramento dos ânimos na região, bem como a necessidade de se completar a relação processual com a citação da União. Agravo regimental desprovido.
>
> (Pet 3.388-AgR/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 4-8-2006.)

Contestou a União defendendo a validade da Portaria e pedindo a improcedência do pedido. A peça traça o histórico da ocupação indígena e da legislação sobre os índios, afirma não haver lesão à Súmula 650 deste STF ("os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto") e discorre sobre a natureza da posse nas terras de reserva, que seria diversa da natureza da posse civil.

A União ampara a legalidade e a regularidade do procedimento, cujo rito, previsto no Decreto 1.775/1996, respeita o contraditório e a ampla defesa ao prever a manifestação de todos os interessados, dizendo não haver provas das alegações quanto às irregularidades apontadas ou de lesão ao patrimônio público, não tendo o demandante demonstrado "quaisquer dos vícios de que trata o art. 2º da Lei 4.717/1965: (a) incompetência; (b) vício de forma, (c) ilegalidade do objeto; (d) inexistência de motivos; ou (e) desvio de finalidade" (fl. 321). Negou, por fim, o alegado acréscimo de áreas, sustentando que quando da execução da demarcação foram encontrados 1.747.464 hectares em vez de 1.678.800, o que é comum.

Nenhuma das partes requereu a produção de provas e somente a União se manifestou em alegações finais, reiterando os argumentos da contestação.

Em seu douto parecer, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, fundamentando-se na inexistência de demonstração efetiva de qualquer ilegitimidade com força para anular a Portaria 534/2005, afirmando, também, que o estudo que embasa a argumentação do autor não pode prevalecer sobre aquele "realizado de maneira legítima e regular, por profissional habilitado e isento". Sustenta que desde a Constituição de 1934 nosso ordenamento vem buscando assegurar usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, mas que a Constituição de 1988 rompeu "em definitivo com a visão integracionista que antes permeava a proteção às comunidades indígenas", sendo que "hoje reconhece-se a necessidade e aspiração dos povos indígenas de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e manter e fortalecer a sua cultura, no âmbito dos Estados onde localizados", no que os assistentes da ré chamam de "interação" (fls. 395 e 9073).

Transcrevendo o disposto nos arts. 231 e 232 da Constituição da República, afirma que "a posse a ser garantida aos indígenas há de ser aquela voltada ao seu

sustento e indispensável à preservação de sua identidade cultural, devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto" (fl. 397).

Cuida também da necessária distinção entre a posse indígena e aquela de direito civil, em uma relação que José Afonso da Silva chama de "indigenato" e que, transcendendo o aspecto patrimonial, a extensão do espaço a ser destinado às comunidades indígenas somente poderá ser definida por meio de estudo antropológico, que é etapa do procedimento estabelecido pelo regime legal em vigor através do Decreto 1.775/1996, que, por sua vez, prevê as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição; (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional; (iii) encaminhamento do resultado do trabalho ao Presidente da Funai; (iv) abertura de prazo para impugnações; e (v) remessa do procedimento ao Ministro da Justiça que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprovar a identificação.

Com isso, aduz que o procedimento demarcatório observou todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, tendo respeitado, no que se refere ao contraditório e à ampla defesa, o comando do art. 2º, § 8º e § 9º do Decreto 1.775/1996, "já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS 24.045, *DJ* de 5-8-2005, e do MS 25.483, *DJ* de 14-9-2007" (fl. 399). Quanto ao estudo antropológico, o fato de haver sido assinado por um único perito não constituiria irregularidade quando a lei não exige modo diverso.

Prosseguindo na avaliação dos argumentos do autor, diz que a alegada "posse ou propriedade das terras por quem não componha o grupo indígena originário (CR, art. 231, § 2º) é questão ultrapassada por tudo quanto foi exposto e em face da premissa técnica de serem as terras em análise tradicionalmente ocupadas por indígenas" (fl. 400) e que a existência de índios já integrados à sociedade "é de todo irrelevante, na medida em que o território, enquanto espaço indispensável à identidade e cultura do grupo, é direito indisponível" (fl. 400). A alegada ameaça à segurança nacional não se justificaria por já haver outras áreas demarcadas em faixa de fronteira, como é o caso da reserva Yanomami. Além disso, acrescenta, o então Ministro da Justiça, **Nelson Jobim**, já teria afirmado que a localização de área indígena em zona de fronteira não inviabiliza a demarcação, sendo a concepção do Projeto Calha Norte voltada para a ocupação humana. Assim, "ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas" (fl. 404). De todo modo, a disciplina da atuação das Forças Armadas em terras indígenas pelo Decreto 4.412/2002 acomodaria ambos os interesses.

Por fim, não estando a delimitação da área indígena sujeita a critérios de ordem política, o argumento de que o Conselho de Defesa Nacional deveria ser ouvido não deve subsistir, como estatuído no MS 25.483.

Foi nessa fase já adiantada do processo que vieram aos autos petições de diversas entidades declarando interesse na ação e requerendo o ingresso na lide,

na qualidade de assistentes. Pelo autor, Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, Lawrence Manly Hart e outros e o Estado de Roraima. Pela União, a Fundação Nacional do Índio (Funai), a Comunidade Indígena Socó e as Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai.

Das manifestações dos interessados, cumpre destacar alguns dos argumentos apresentados, do lado do autor, pelo Estado de Roraima e, do lado da ré, pela Fundação Nacional do Índio.

O primeiro, que requereu seu ingresso como litisconsorte ativo necessário, pede a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, que futura demarcação seja fixada de forma descontínua, assegurando a preservação da faixa de 150 km de fronteira e excluídas as sedes de diversos municípios, imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo Incra antes da Constituição de 1988, os imóveis situados na faixa de fronteira, as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio, as plantações de arroz irrigado no extremo sul da área indígena indicada, as áreas destinadas à construção da hidrelétrica do Cotingo, o Parque Nacional do Monte Roraima e "outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, *caput*, da CF/1988".

Na sua extensa manifestação, o Estado de Roraima traça o histórico do processo de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol para demonstrar as irregularidades que sobre ele pesam, de modo a acarretar sua nulidade: (i) o vício na formação do laudo antropológico, assinado tão somente pela antropóloga e que não teria contado com a participação dos componentes nomeados, alguns deles sequer especialistas, o que já fora apontado pelo autor; (ii) a edição da Portaria 534/2005, amparando-se nos mesmos documentos que fundamentaram a Portaria 820/1998, não teria o condão de afastar as irregularidades do procedimento; (iii) o laudo da antropóloga difere daquele elaborado por ela mesma, em 1981, apenas em sua conclusão, que sugeria a demarcação em ilhas, tendo aderido, sem justificativas, à tese do estudo de outro antropólogo, pela demarcação em forma contínua; (iv) esse estudo teria sido juntado ao laudo como peça do documento submetido ao Ministério da Justiça, que acabou ficando sem unidade, o que levou o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, a afirmar que "o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior"; e (v) não constou do processo administrativo demarcatório nenhuma informação sobre a publicação e a divulgação do relatório circunstanciado do Grupo de Trabalho.

Além da impugnação ao processo em sua forma, o Estado de Roraima ataca a demarcação em área contínua por entender que fere o princípio da razoabilidade e prejudica a sociedade e a economia do Estado; sustenta a inconstitucionalidade do Decreto presidencial 22/1991, que regulou boa parte do processo de demarcação, por violação do contraditório e da ampla defesa que mesmo o Decreto 1.775/1996 não poderia sanar, já que permitiu apenas uma manifestação posterior dos interessados; aduz que a ampliação da área da reserva, de

1.341.510 ha (um milhão, trezentos e quarenta e um mil, quinhentos e dez hectares) para 1.577.850 ha (um milhão, quinhentos e setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta hectares), em 1985, e daí para 1.678.800 ha (um milhão, seiscentos e setenta e oito mil, oitocentos hectares), em 1992, e por fim para 1.747.464 ha (um milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro hectares), no decreto de 15 de abril de 2005, deu-se sem nenhum fundamento; e defende a manutenção da continuidade dos Municípios e títulos de propriedade, que não poderiam ser desconstituídos por ato infralegal.

Esses títulos, aliás, deveriam ser considerados na demarcação desde que, segundo o Estado de Roraima, fossem anteriores a 1934, quando pela primeira vez se reconheceu a proteção à posse das terras que ocupavam. Isso porque o Alvará Régio de 1680 não teria sido recepcionado pela Constituição de 1824, já que esta não fez menção alguma à causa indígena. Além disso, sustenta que somente a partir da EC 1/1969 é que teria ficado estabelecida "expressamente a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas", pois aquele foi o primeiro texto constitucional que assim dispôs (art. 198, § 1º).

O Estado de Roraima prossegue alegando que com a proclamação da República as terras devolutas passaram a pertencer aos Estados, que mesmo o estabelecimento da faixa de fronteira não teria prejudicado esse domínio e que, diante do que dispõe a Súmula 650 deste STF, as terras de aldeamentos extintos não poderiam ser consideradas como parte das terras tradicionalmente ocupadas. Essa discussão envolveria a própria definição desse conceito, que não poderia ser alargado ao ponto de se entender que por onde quer que os índios pisem haverá direito à respectiva posse.

Por último, após reiterar os argumentos de que a demarcação ensejaria a quebra do pacto federativo e, no caso de Roraima, a ausência de terras retirar-lhe-ia a autonomia, entende que devem ser retirados da área demarcada os imóveis titulados pelo Incra, a Fazenda Guanabara, a área ocupada pelos arrozeiros, os centros populacionais consolidados e as demais propriedades ali existentes.

A Funai, por sua vez, fez lembrar que a posse das áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, que no caso de Roraima equivale a 7,79% de seu território, é inalienável, indisponível e insuscetível de prescrição aquisitiva, como reconheceu o eminente Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 183.188, e que não há uma necessária tensão entre o direito dos índios e o princípio federativo e, de todas as maneiras, a ponderação dos interesses indicaria a prevalência do primeiro. Afirma que a entrada de diversos posseiros somente se deu após o decreto demarcatório e, após considerações sobre a exploração econômica feita pelos índios nas terras da reserva, defende a demarcação contínua, única forma de garantir a mobilidade dos índios para sua reprodução e para a execução de sua forma de cultivo com o revezamento de terras.

Renova o argumento de que a demarcação não importa em risco para a soberania nacional, pois os índios garantiriam a ocupação e poderiam colaborar,

como já o fazem, com as Forças Armadas na identificação do terreno e na composição das tropas.

Por último, após reproduzir o texto do art. 46 da declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de setembro de 2007, com o intuito de demonstrar que a ONU "em momento algum ameaça a soberania dos Estados-membros" (fl. 4971), registra que o Monte Roraima encontra-se na área da terra indígena e, sendo considerado de valor místico para as etnias ali fixadas, a demarcação em ilhas poderia impedir o acesso a ele e, consequentemente, o livre exercício de suas crenças.

Sobre os acréscimos dos interessados manifestou-se a União, nada opondo quanto ao ingresso da Funai e das comunidades indígenas, mas entendendo não ser possível a integração do Estado de Roraima no processo como litisconsorte ativo necessário, pois a competência já estava definida antes mesmo de o Estado pretender ingressar à lide e o direito de ir a Juízo não pode depender da vontade de outrem, caso em que "seria possível imaginar situação em que um dos litisconsortes se negasse a demandar" (fl. 9786).

Rebate os argumentos trazidos na intervenção do Estado, sustentando que a ocupação indígena na área é histórica, tendo o aldeamento se iniciado pelos portugueses em 1775 com a construção do Forte de São Joaquim, foi testemunhada pelo Marechal Rondon e foi reconhecida legalmente, através do Alvará de 1º de abril de 1680 e pela Lei 941, de 17 de outubro de 1917, do Estado do Amazonas. Reforça os argumentos sobre a natureza da posse indígena e quanto à sua proteção constitucional especial e ataca o laudo pericial elaborado para a Justiça Federal de Roraima, por parcialidade. Diz que o único antropólogo integrante do grupo se recusou a assiná-lo por discordar de seus métodos e conclusão, tendo até mesmo apresentado um parecer em separado.

Em seguida, procura combater os argumentos de que haveria quebra do pacto federativo ou prejuízos para a economia de Roraima. Nesse sentido, afirma que o negócio do arroz estaria coberto por isenção de tributos até o ano de 2018 (Lei 215/1998 e Decreto 3.341-E, de 30 de dezembro de 1998, com as alterações das Leis 282, de 27 de março de 2001, e 399, de 30 de dezembro de 2003), além do que apenas 7 (sete) arrozeiros permanecem na área questionando a legalidade da demarcação.

Por último, afirma que a posse daqueles que se dizem titulares de direitos sobre áreas do território é de má-fé, consideradas as datas de sua aquisição, fazendo uma enumeração dessas posses, e nega ameaça à segurança nacional, bem como ser estranha ao procedimento a consulta ao Conselho de Defesa Nacional.

Sobre essas intervenções, a Procuradoria-Geral da República opinou pela admissão das comunidades indígenas, mas não na qualidade de litisconsortes necessárias. Se o litisconsórcio necessário fosse reconhecido, aduz, todas as demais teriam de ser integradas ao polo passivo. Mas o Estado de Roraima deveria ter sua pretensão deferida para ingressar na lide como litisconsorte necessário. Lembra que a presente ação popular tramita nesta Corte exatamente porque foi reconhecido o conflito entre a União e o ente federado.

Votou o Relator pela improcedência do pedido, entendendo não haver irregularidades nos trabalhos de demarcação, que se iniciaram em 1977 e atenderam, até a edição do Decreto 1.775/1996, aos ditames do Decreto 22/1991.

Em voto que mais uma vez deixou transparecer sua sensibilidade social, o Ministro Carlos Britto faz questão de ressaltar que "os índios são parte essencial da realidade política e cultural brasileira" e as terras indígenas "parte essencial do território brasileiro", sendo bem ou propriedade física da União, não compartilhada com nenhuma outra entidade de direito público interno ou externo. Entendeu que essa condição não afasta os índios nessas terras situados dos "vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam", cuja atuação deve se dar "em regime de concerto com a União e sob a liderança desta"; que é da União a competência "para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada **também contra os Estados e Municípios, se necessário**" (grifos originais); que as terras indígenas não são território ou pessoa federada e por isso mesmo não comportam o livre acesso de qualquer brasileiro; que a demarcação das terras indígenas é de competência da União e de atribuição do Poder Executivo e tem inspiração no "constitucionalismo fraternal", sendo reflexo de um mecanismo oficial de ação afirmativa; que a opção tomada pela Constituição é a de dar aos índios a oportunidade de se mostrarem como uma etnia e uma etnia brasileira, de se adaptarem, livre e conscientemente ao estilo de vida dos brasileiros não índios e de mostrarem uma "atualizada ideia de desenvolvimento (...) como um crescer humanitário", em "um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato".

Ao examinar as disposições constitucionais sobre as terras indígenas, afirma o Ministro Carlos Britto que o marco temporal da ocupação ali referida é o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, de modo que é nessa data que deve ser verificada a ocupação pelos índios, para fins de definição das terras que tradicionalmente ocupam e do usufruto a eles concedido que, ressalta, é atinente apenas "às riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, já fazem parte de uma outra categoria de bens da União (inciso IX do art. 20 da CF)"; que essa "ocupação tradicional" deve ser entendida por meio de uma concreta abrangência fundiária, alcançando todas as "terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios", então aludindo aos "quatro círculos concêntricos" do Ministro Nelson Jobim na decisão do então titular do Ministério da Justiça, de 20 de dezembro de 1996, o que justificaria a continuidade. Sustenta, nesse ponto, que "quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas", o próprio conceito de proporcionalidade "ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo", para afastar uma estrita interpretação de "imprescindível ou necessário". Afirma o eminente Relator ainda que tais disposições constitucionais dizem respeito a um reconhecimento de algo que era preexistente e que, portanto, anterior à transformação do

Território em Estado de Roraima, pelo que não caberia falar de redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação.

A continuidade da demarcação deflui também, segundo o voto, da relação entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas, que o Ministro Carlos Britto entende ser, "mais que uma simples relação de compatibilidade", um "vínculo de ortodoxa pertinência", embora destaque que tampouco os índios poderão agravar a natureza, estando sujeitos à fiscalização dos entes públicos (art. 23, IV). Aliás, a continuidade também não se incompatibiliza com os "comentados empreendimentos públicos (estradas, instalações tecnológicas, prédios, etc.)", como também não se incompatibiliza com eventuais visitas de não índios.

A continuidade deve significar, segundo o Relator, a exclusão dos espaços fundiários entre uma etnia e outra.

Em seguida, defende a compatibilidade entre faixa de fronteira e terra indígena, já que não haveria nenhuma ressalva na Constituição, aduzindo que os índios sempre se prestaram à defesa de nossas fronteiras, pela simples presença ou pela incorporação às Forças Armadas.

Por fim, enfrenta todos os argumentos deduzidos quanto ao procedimento e julga improcedente o pedido.

É o breve relatório.

Estamos examinando tema da maior relevância tanto no plano interno como no plano internacional. A proteção das terras indígenas sempre ocupou espaço entre nós porque representam resgate permanente das origens da vida brasileira. Como mostrou Sergio Buarque de Holanda, em seu clássico *Caminhos e Fronteiras*, os índios são bravos sobreviventes, e a "necessidade de enfrentar desde a infância uma natureza cheia de caprichos, tornara o índio apto a triunfar sobre todas as contrariedades de seu meio. Incapaz, muitas vezes, de exercer-se em certas artes, que requerem uma existência sedentária, à maneira dos brancos, seus sentidos adquirem energia singular onde seja obrigado a uma constante mobilidade: caçando, pescando, rastreando abelhas, dando guerra aos contrários" (Coleção Documentos Brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2. ed. 1975. p. 19-20).

Claude Lévi-Strauss, narrando suas expedições pelas terras indígenas brasileiras, começou um de seus capítulos afirmando que o "conjunto dos costumes de um povo é sempre marcado por um estilo; eles formam sistemas. Estou convencido de que esses sistemas não existem em número ilimitado, e que as sociedades humanas, assim como os indivíduos – em seus jogos, seus sonhos, seus delírios –, jamais criam de modo absoluto, mas se limitam a escolher certas combinações num repertório ideal que seria possível reconstituir" (*Tristes Trópicos*. Companhia das Letras. 7ª reimpressão, p. 167).

Preservar as sociedades indígenas é também uma forma de reconstituí-las, de manter a integridade da sua cultura, reforçando a necessária perspectiva de respeito entre todos os que são parte da nacionalidade brasileira. Anoto, desde logo, que, por isso, a proteção constitucional aos índios não é segregacionista.

Tenho certeza de que esta Corte, qualquer que venha a ser sua decisão, saberá valorizar a importância de assegurar a viabilidade da comunhão e manter íntegra e fraterna a diversidade cultural das terras brasileiras.

Começo examinando os requerimentos envolvendo a integração ativa e passiva, que devem ser apreciados sob três aspectos: sob o aspecto das regras gerais acerca do litisconsórcio, sob o aspecto do instrumento do pedido formulado, ação popular, e sob o aspecto da questão que é da competência deste STF, ou seja, o conflito entre entes da federação, tudo à luz dos princípios gerais do processo.

E sob este último aspecto, deve ser lembrado que qualquer ação que envolva o conflito de que cuida o item *f* do inciso I do art. 102 da Constituição da República, seja qual for seu *nomen iuris* e seu rito processual, recairá na competência desta Corte.

Disso decorre que no julgamento do pedido formulado estará subjacente a questão do conflito federativo, ao qual o Tribunal conferirá especial atenção e que não se reduz a uma lide envolvendo os entes federativos, União, Estados e Municípios, podendo se configurar na disputa entre partes outras que, contudo, supostamente venham a atingir, de um modo ou de outro, a federação (Rcl 424/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6-9-1996, e Rcl 3.331/RR, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-11-2006).

A presente ação popular somente se encontra sob julgamento da Suprema Corte por conta do tema que veicula sem o qual não poderia sequer ser admitida (Pet 3.674-QO/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19-12-2006). Nessa condição, os requisitos e as regras que devem ser normalmente observados no rito da Lei 4.717/1965 somente ganham sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, ou seja, com a solução do conflito.

No caso, e considerando que as comunidades indígenas envolvidas, ainda que não citadas como rés, intervieram no processo na qualidade de assistentes, produzindo provas e manifestando-se com os múltiplos argumentos que souberam tão bem apresentar, não se verifica nenhum prejuízo à sua defesa que imponha a desconsideração de todo o processado até aqui.

Quanto ao Estado de Roraima, sua manifestação e seus argumentos tampouco deixaram de ser observados no processamento e vêm sendo apreciados no julgamento desta ação. Como assistente não poderá, porém, formular outros pedidos.

Nessa linha, acompanhando o Relator, voto pelo indeferimento dos requerimentos de integração na forma de litisconsórcio necessário, mas defiro as manifestações de todos na qualidade de assistentes. Diga-se que esse tema já ficou superado em questão preliminar na anterior assentada.

Passo agora ao mérito.

A regularização fundiária de uma terra indígena passa por diversas fases, que podem ser assim ordenadas: identificação e delimitação, declaração, demarcação, homologação e registro.

Segundo levantamento elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a meu pedido, a situação das terras indígenas no Brasil é a seguinte: 402 (quatrocentas e duas) já regularizadas, 21 (vinte e uma) encaminhadas ao Registro de Imóveis, 24 (vinte e quatro) homologadas, 32 (trinta e duas) delimitadas e 56 (cinquenta e seis) declaradas, em um total de 534 (quinhentas e trinta e quatro) terras indígenas, aí não incluídas aquelas ainda em estudo pela Funai, isto é, a identificar ou em processo de identificação. Essas terras indígenas correspondem a uma área de 1.099.774,92 km² ou 12,92% do território nacional.

Cento e oitenta e sete (187) delas se encontram em faixa de fronteira, alcançando 818.913,22 Km², ou seja, 57,64% da área total da faixa de fronteira que é de 1.420.616,188 Km².

Quarenta e cinco (45) terras indígenas têm áreas que coincidem com unidades de conservação federais. Estas áreas de unidades de conservação federais que se sobrepõem a áreas de terras indígenas equivalem a 8,77% do total da área de terras indígenas.

Quanto ao Estado de Roraima, neste se encontram 32 (trinta e duas) terras indígenas, que englobam uma área de 103.415 km² ou 46,11% de seu território, estando todas integralmente situadas na faixa de fronteira, com exceção de três, a saber: Yanomami, Wairiri-Atroari e Trombetas-Mapuera. Quatro (4) delas são superpostas por unidades de conservação federais, que representam 54,78% de sua área.

A chamada "Terra Indígena Raposa Serra do Sol" é uma área integralmente situada no nordeste do território do Estado de Roraima, Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, medindo 1.743.464 ha, o que equivale a aproximadamente 17.430 km² ou 7,7% da área do Estado, uma área de grandeza equivalente àquela do Estado de Sergipe (21.000 km²) ou um pouco mais da metade da Bélgica (30.000 km²).

Seus limites delineiam-se com auxílio de 9 (nove) marcos geodésicos, todos descritos e identificados no art. 2º da Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, sendo que o primeiro deles é o Monte Roraima, marco da tríplice fronteira que separa o Brasil da Venezuela e da Guiana. A partir dele, a linha determinante de sua área segue, de um lado, parte da fronteira com a Venezuela e, de outro, parte da fronteira com a Guiana.

Dessa superfície a referida Portaria exclui expressamente: (i) a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã; (ii) os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes; (iii) o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã; (iv) as linhas de transmissão de energia elétrica; e (v) os leitos das rodovias públicas federais e estaduais "atualmente existentes".

A área da terra indígena, como antes disse, equivale a 7,7% da área total do Estado de Roraima e está integralmente situada em faixa de fronteira, estando ainda superposta pela área do Parque Nacional do Monte Roraima, que representa 6,72% da área da terra indígena.

Cinco etnias são ali encontradas: Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Wapixana e Patamona, em um total estimado de 19.000 índios (4,8% da população do Estado de Roraima – 395.725 habitantes), o que resulta em uma densidade demográfica de 1,1 habitante por quilômetro quadrado, sendo que a densidade demográfica de Roraima é de 1,8 habitante por quilômetro quadrado (fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE).

Segundo fontes locais, a economia da Raposa Serra do Sol baseia-se na produção agropecuária, sendo que a pecuária é indicada como a atividade mais rentável (cerca de R$ 30.000.000,00 ao ano).

O processo de regularização das terras indígenas foi iniciado em 1977 através de requerimento de um dos delegados regionais da Funai, após o que passou por várias etapas.

E é precisamente a mecânica e os atos desse processo que vêm sendo apontados pelo autor e seus assistentes como causa das irregularidades que ensejariam a declaração de sua nulidade. Além disso, as próprias premissas da demarcação são colocadas em jogo com alegações sobre a faixa de fronteira e a titularidade do domínio das terras devolutas pelo Estado.

No que diz com as apontadas irregularidades formais e materiais do processo de regularização, penso ser necessário acompanhar o histórico desse processo, ao menos em suas etapas mais relevantes, e a sua relação com a legislação então em vigor.

Como já registrado, o processo de demarcação da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi iniciado em 1977, sob a égide do Decreto 76.999/1976. Mas são os atos preparatórios da Portaria 820, de 11 de dezembro de 1998, que importam mais diretamente à nossa análise, dentre os quais se destaca o laudo subscrito pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, nomeada para coordenar o Grupo de Trabalho criado pela Portaria 1.645, de 29 de maio de 1984.

Em 6 de agosto de 1992, por meio da Portaria 1.141/1992, o Presidente da Funai criou o Grupo de Trabalho Interinstitucional, acrescido posteriormente de novos componentes por intermédio da Portaria 1.375/1992, de 8-9-1992.

É esse o grupo que apresenta o relatório de fls. 423 a 543, composto de contribuições individuais dos membros e embasado no laudo do antropólogo Paulo Santilli, concluindo pela demarcação contínua, comum para as etnias ali presentes e superfície de 1.678.800 ha.

Segundo o autor, essa conclusão não se extrai de seus elementos, considerando que o laudo da antropóloga Maria Guiomar de Melo se choca com aquele do antropólogo Paulo Santilli, não havendo justificativa para a adoção deste último.

Tal relatório não foi de pronto adotado, tendo o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, determinado a alteração de alguns limites através do despacho 80, de 20 de dezembro de 1996.

Por esse mesmo ato, o Ministério da Justiça considerou improcedentes as impugnações levantadas contra o procedimento demarcatório em virtude de suposta violação do contraditório e da ampla defesa.

É que em 8 de janeiro de 1996 foi baixado o Decreto 1.775, que revogou expressamente o de número 22/1991 e, em seu art. 2º, § 8º, fez prever a manifestação de interessados no processo demarcatório e, em especial, estados e municípios envolvidos.

Também no que se refere aos procedimentos em curso, o Decreto 1.775/1996, no seu art. 9º, ensejou a possibilidade de manifestação.

Conforme sustenta o autor, essas alterações se deram para que se evitasse o questionamento judicial do procedimento demarcatório a exemplo do que já se ensaiava contra o Decreto 22/1991 por sua suposta violação do contraditório e da ampla defesa. A solução dada aos procedimentos em curso pelo art. 9º, adotada pelo Ministério da Justiça ao determinar a abertura de prazo para oferecimento de razões, não foi, contudo, considerada suficiente para garantir a plena articulação de argumentos e fatos contrários à demarcação, pelo que o procedimento foi objeto de impugnação.

Desse modo, o Despacho 80, de 20 de dezembro de 1996, tem dupla relevância: estabelece restrições territoriais à demarcação, mas convalida o seu procedimento.

Embora a Portaria 820/1996 já estivesse encaminhada à homologação, o ajuizamento de ação popular na Justiça Federal de Roraima e a concessão de liminar suspendendo os seus efeitos, com posterior confirmação do STJ e do STF, bem como a definição da competência desta Corte para sua apreciação, levaram à edição da Portaria 534/2005. Esta Portaria aproveitou para regular algumas "situações de fato controvertidas ressalvadas no Despacho 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça".

A Portaria 534/2005 foi rapidamente homologada pelo Presidente da República, mas não escapou desta e de outras impugnações, especialmente por ter se amparado nos mesmos atos que originaram a Portaria anterior e, portanto, na lógica do autor, por carrear os mesmos vícios.

A observância do devido processo legal pelo procedimento demarcatório e pelo Decreto 1.775/1996, já reconhecida na esfera administrativa, também foi atestada pelo STF no julgamento do MS 24.045/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa (*DJ* de 5-8-2005).

De fato, a previsão contida no art. 9º afasta a possibilidade de argumentação contra a demarcação fundada na ausência do contraditório. É que dentro do razoável prazo ali conferido aos interessados (90 dias), nada impede que sejam levantadas questões sobre fases embrionárias do procedimento, que então pode ser posto em debate como um todo, não havendo nenhum prejuízo pelo simples motivo de ser a manifestação feita posteriormente, mas antes de qualquer decisão.

Essa constatação põe por terra, a meu ver, todas as alegações relacionadas com a não participação de determinados grupos ou entes, pois o devido processo legal que vigorava quando do início do procedimento demarcatório não o previa e quando passou a fazê-lo, a partir da edição do Decreto 1.775/1996, abriu-se a oportunidade para que os interessados pudessem se manifestar.

Ademais, não há dizer que o Estado de Roraima não teve conhecimento do que se processava, porquanto chegou a designar representantes para o grupo interdisciplinar, como consta da própria inicial (fl. 9).

Nesse ponto, não enxergo nenhum vício no procedimento demarcatório.

No que se refere à existência de apenas uma assinatura no relatório do grupo técnico e à não participação de alguns de seus componentes indicados, é importante lembrar que o procedimento demarcatório da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi regulado por dois instrumentos normativos distintos: o Decreto 22/1991 e o Decreto 1.775/1996.

Enquanto o primeiro estabelecia que "o Grupo Técnico será designado pelo órgão federal de assistência ao índio e será composto por técnicos especializados desse órgão que, sob a coordenação de antropólogo, realizará estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários", o segundo prevê que "a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação", bem como que "o órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação".

Ora, se há uma diferença entre um e outro diploma normativo no que se refere à chamada fase de identificação do processo de regularização esta é, no Decreto 1.775/1996, a expressa exigência de um laudo antropológico para fundar a regularização da área. De todo modo, o certo é que tanto em um quanto em outro fica clara a atribuição do antropólogo de um papel preponderante, que envolve a coordenação de todo o trabalho. Assim, o relatório do antropólogo é o "foco" desse processo (cf. **Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves**. A identificação de terras indígenas e os relatórios de identificação e delimitação da Funai: reflexões sobre a prática da antropologia no Brasil. in *Antropologia e Identificação*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2005. p. 137 a 146).

Dessa forma, nem a presença, ao lado de especialistas, de representantes que não ostentavam essa condição ou que só refletiam a orientação de um grupamento indígena, nem a assinatura do relatório do grupo apenas pela antropóloga chega a prejudicar a validade do trabalho ali apresentado, já que esta era a coordenadora desse trabalho.

Tampouco parecem apresentar problemas a inclusão de área já demarcada ou a diferença da área declarada da terra indígena. E desde já me limito a verificar a regularidade da declaração de área entre a edição das Portarias 820/1998 e 534/2005 porque antes disso o processo de demarcação não fora concluído, o mesmo se dando quanto à área dos Ingarikós, e os ajustes então efetuados ficaram no âmbito do trabalho a ser realizado, bem como das atribuições de seus responsáveis.

O que o autor sustenta é que a diferença, para maior, entre a área declarada no Decreto homologatório de 15-4-2005 e na Portaria 534/2005 (1.747.464 ha) e aquela indicada na Portaria 820/1998 (1.678.800 ha) não estaria justificada.

Convenço-me de que também nesse ponto não lhe assiste razão. Em verdade, trata-se de consequência possível da medição realizada após a fixação dos marcos e a atualização do mapa e do memorial descritivo, como consta das informações prestadas pelo Diretor-Geral de Demarcação, Sr. Manoel Francisco Colombo, no ofício de fl. 1620.

De todo modo, qualquer dúvida sobre a eventual majoração da área demarcada é afastada na simples comparação entre a descrição dos limites em cada uma das portarias. Os marcos geográficos são exatamente os mesmos, muito embora suas coordenadas geodésicas variem minimamente, o que se deve por certo à maior precisão na sua localização exata. Compare-se a redação do art. 2º da Portaria 534/2005 com o texto do art. 1º da Portaria 820/1998. Não se cuida, portanto, de ampliação da área indígena já demarcada. A flutuação, neste caso, ocorreu durante o curso da demarcação.

No que se refere a essas irregularidades formais, portanto, não vejo como reconhecer a incidência do art. 2º da Lei 4.717/1965.

No que concerne aos demais pontos de controvérsia, que coincidiriam com o que já se chamou de irregularidades materiais do procedimento, entendo que é possível reuni-los para um exame conjunto, porquanto os respectivos argumentos se imbricam e passam a influenciar-se mutuamente. Refiro-me ao problema da existência, ou não, de justificativas no relatório para a demarcação contínua e a extensão, à questão da possibilidade de superposição de área indígena e território de Parque Nacional, Parque Nacional do Monte Roraima, ou faixa de fronteira e à controvérsia sobre o alcance retroativo do direito indígena de posse de suas terras e, também, do próprio conceito de "terras tradicionalmente ocupadas". É que todas elas conduzem a uma necessária discussão em torno do próprio conceito de terras indígenas, dos respectivos métodos e critérios de identificação e demarcação, de suas repercussões jurídicas para índios e não índios e de suas relações com outros institutos de sede constitucional.

Essa apreciação conjunta requer uma apresentação prévia dos principais temas e institutos para um tratamento inicial e genérico de cada um deles, preparatório de uma conformação global e, se possível, conciliatória dos interesses envolvidos.

Por isso, antes de passar ao exame das alegadas irregularidades materiais do caso concreto, e em atenção às sobreposições e afetações que estariam em jogo na regularização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dedico espaço ao estudo da definição e do alcance das figuras diretamente envolvidas nesta ação: "terra indígena", "faixa de fronteira" e "unidade de conservação".

Somente por meio desse estudo é que, na minha compreensão, será possível entender a extensão dos direitos e prerrogativas que aqui foram postos em conflito.

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

Sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições estão, como se sabe, atrelados à terra onde vivem. **Claude Lévi-Strauss** assinalou que "as instituições de certas tribos do Brasil Central e oriental classificadas como muito primitivas pelo seu baixo nível de cultura material, têm despertado a atenção. Estas tribos se caracterizam por uma estrutura social de grande complexidade abrangendo diversos sistemas de metades que se entrecortam e são dotadas de funções específicas, clãs, classes de idade, associações esportivas ou cerimoniais e outras formas de agrupamento" (*Antropologia Estrutural*. Tempo Brasileiro. 6. ed., 2003. p. 141). É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é, assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão ideia de algo gerado e formado em determinado *locus*. O índio é, assim, um ser de sua terra. "A posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios", escreveu **Darcy Ribeiro** em 1962 (*A Política Indigenista Brasileira*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962. p. 143).

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

É de se observar que o termo preciso "terra indígena", que qualifica a área de Raposa Serra do Sol, deve-se à Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que em seu Título III cuidou de definir e classificar as "Terras dos Índios", abrindo, logo no art. 17, com a definição: "reputam-se terras indígenas (...)".

Ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por Excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos.

Assim, não há dúvida de que a referência feita pelo *caput* do art. 231 a "terras que [os índios] tradicionalmente ocupam", é a definição primária de terras indígenas.

Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio "tradicionalmente" e pelo verbo "ocupam", é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas.

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras **ocupadas** pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

O marco para a determinação da ocupação indígena (5-10-1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não

poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do Ministro **Victor Nunes Leal** no julgamento do RE 44.585 (*DJ* de 11-10-1961).

A correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, que a presença dos índios seja verificada na data de sua promulgação (cfr. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 117-118).

A ocupação é, portanto, um **fato** a ser verificado.

Em segundo lugar, as terras indígenas são terras **ocupadas tradicionalmente** pelos índios.

Para **José Afonso da Silva**, tantas vezes citado neste processo, ao contrário do que prevalecia nas Constituições anteriores, o advérbio "tradicionalmente" não deve ser entendido como referente a uma ocupação desde tempos mais que pretéritos, uma ocupação imemorial:

> Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja, terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. (**Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. p. 45 a 50.)

Assim também entende **Isaias Montanari Junior** em sua dissertação de mestrado para a Universidade Federal de Santa Catarina (*Demarcação de terras indígenas na faixa de fronteira sob o enfoque da defesa nacional*. Florianópolis, 2005).

O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra. É um novo ângulo em relação ao que previam as Constituições anteriores que, se de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, de outro pode significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o *modus vivendi* que se deseja preservar.

A Constituição acabou adotando o termo que já vinha previsto no art. 11 da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no art. 14 da Convenção 169, que a substituiu.

Esse modo de ocupação, por sua vez, foi definido na própria Constituição, no § 1º do art. 231.

O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da ideia de posse imemorial não pode retirar do advérbio "tradicionalmente",

de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo "permanente" (que, segundo o Aurélio, é "1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável") não faria nenhum sentido.

Pontes de Miranda, sobre o art. 198 da Constituição de 1967, assinalou:

> O texto constitucional não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se reputar permanente. Tem-se de entender a residência, com a posse que não se há de reputar transitória (*questio facti*).
> (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1, de 1969*. t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 456.)

"Terras que os índios tradicionalmente ocupam" são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula 650 deste STF. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro **fato** a ser verificado.

Nessa linha, afirma **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** que "o sentido usual de *habitat* não deixa de apontar para localidade ou circunstância (*circum stare*) em que o ser vivo cresce naturalmente (v. Caldas Aulete, verbete habitar). Além do mais, o texto constitucional fala em habitadas, expressão portuguesa, de origem latina. *Habitare* é verbo frequentativo de *habeo*, que significa ter, possuir, e que adquire assim o sentido de ter muitas vezes, donde a ideia de pousar, demorar, povoar (*Novíssimo dicionário latino-portuguez*, Santos Saraiva, Paris, s.d., verbete *habitare*). Assim, mesmo que se recorra à noção de *habitat*, a expressão constitucional não deixa de ter o sentido de localidade em que a comunidade está (onde vive e cresce naturalmente) de modo não ocasional no momento em que se promulga a Constituição. Ou seja, não se trata de *habitat* como lugar indefinido ou qualquer lugar próprio ao crescimento natural (integrado). Assim, de modo não ocasional ('em caráter permanente') significa estar ali, em 5-10-1988, por razões próprias, próprias de sua cultura e não por razões externas, como a circunstância de terem sido trazidos ou atraídos por motivações do civilizado (motivos econômicos)" (**A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional**. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3, jan./jun.-2004. p. 689 a 699.)

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do **fato indígena**.

A aferição do **fato indígena** em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquiva das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar.

Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe **Luiz Armando Badin**, os seguintes fatores:

> (...)
> b) fator econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);
> c) fator ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem estar;
> d) fator cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica.
> (Sobre o conceito constitucional de terra indígena. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Ano 51. n. 190, jul./dez.-2006. p. 127 a 141.)

Para o Ministro **Nelson Jobim**, quando Ministro da Justiça, apenas os dois primeiros fatores, habitação permanente e utilização em atividades produtivas, estariam no "mundo da faticidade". Os outros dois, quais sejam a imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e a necessidade de reprodução física e cultural da comunidade indígena, teriam "natureza estimativa, os quais são construídos valorativamente, embora a partir de constatações objetivas".

Na minha avaliação, os fatores ecológico e cultural/demográfico são também **fatos** a serem averiguados pelos estudos apropriados. Não há, é verdade, um critério matemático preciso, uma regra abstrata e geral que possa levar tal qual um tipo jurídico à identificação dessas expressões da ocupação indígena. Isso, contudo, não significa que não devam ser aferidos mediante a observação e a experimentação científica aplicadas às comunidades envolvidas. Os critérios da ciência antropológica não são matemáticos, porquanto a antropologia não é uma ciência exata, mas como ciência não deixa de ter seus próprios métodos e critérios válidos epistemologicamente. A maior prova disso são as afirmações contidas no laudo pericial elaborado pelo antropólogo **Paulo José Brando Santilli** para o Processo 91.133363-9 (fls. 1660 a 1806) ao justificar a ampliação da terra indígena em relação à área identificada em 1981 ou também no parecer antropológico que instruiu o próprio procedimento de demarcação (Processo 889 – Funai):

> De fato, os acidentes geográficos mencionados no quesito de número 10 [rios Surumu e Tacutu ao sul; a serra Pacaraima, o rio Maú ou Ireng ao Norte; rio Mau, divisa com a Guiana, a Leste; rios Cotingo, Surumu, Miang e Serra Pacaraima a oeste], configuram pontos naturais que identificam a extensão contínua da área de ocupação tradicional Macuxi e Ingaricó. Os índios percorrem rotineiramente toda a extensão dessa área, em atividades de exploração econômica, de estabelecimento de relações de parentesco e afinidade, de celebração de ritos comunitários, enfim, em atividades que permeiam toda a sua vida social.
>
> A serra Pacaraima ao norte, o rio Mau (Ireng) a leste, os rios Miang e Surumu a oeste e o rio Tacutu ao sul, constituem, no mais, componentes destacados da tradição oral Macuxi e Ingaricó. Em outras palavras, estes pontos citados são referenciais

importantes da memória social dos povos Macuxi e Ingaricó; através deles de situam as antigas aldeias, as povoações antecedentes, tanto no tempo, como no espaço, permitindo aos indivíduos identificar a sua posição social, reconhecer os vínculos de descendência com seus ancestrais que viveram nas antigas aldeias, os laços de consanguinidade e afinidade que os vinculam aos seus contemporâneos e vizinhos, enfim, permitindo aos indivíduos vivenciar as formas próprias de organização social.

Mais que meras vias de transporte, ou reservatórios de peixes, de caça, de frutos e/ou fibras vegetais, os pontos naturais mencionados aqui, constituem referenciais que compõem as mitologias dos dois povos habitantes da área em questão, informando as pessoas que as compartilham sobre as atitudes, posturas, costumes, hábitos e valores que estruturam sua vivência coletiva, suas relações comunitárias e formam, em decorrência, suas instituições, sua identidade étnica diferenciada, em suma, a continuidade da existência de sua própria sociedade.

(Fl. 1789.)

Como se vê, há elementos que mesmo não se expressando em forma de números e medidas precisas, podem, se bem explorados e sujeitos a uma verificação com base em método científico, justificar e indicar, em escala de grandeza determinável, a extensão geográfica das terras indígenas. Mais uma vez, portanto, está-se diante de um **fato** a ser observado e constatado.

O próprio Ministro **Jobim** reconheceu, no Despacho 80, de 20 de dezembro de 1996, que "esses dois últimos elementos, repita-se, não são passíveis de determinação matemática, **mas de avaliação fundada, principalmente, em dados antropológicos**" (grifei).

Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do **fato indígena**.

É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do **fato indígena,** que por um lado dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente.

O Ministro **Jobim** se baseou na teoria dos círculos concêntricos para explicar, de forma facilitada, a ocupação tradicional dos índios. Essa imagem, de grande poder didático, mostra as diversas expressões do **fato indígena**.

O que é preciso é que essas expressões sejam corretamente definidas e demonstradas no procedimento de identificação das terras indígenas. O âmbito da presença indígena é um fato. Como tal, está sujeito à observação e à demonstração por parte do cientista. É o que se deve exigir de todo procedimento de identificação.

O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas. Nessa discussão, já se lançou mão de inúmeros argumentos e algumas teorias, em especial a do indigenato, trazendo-se a lume os sistemas vigentes sob as nossas Constituições de outrora.

Toda essa discussão está se não superada, pelo menos destituída da relevância antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988.

Nos termos do § 6º do art. 231:

> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

O constituinte quis suplantar todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988.

Celso Ribeiro Bastos e **Ives Gandra Martins** comentam o dispositivo reconhecendo, em meio a não disfarçadas críticas, o seu caráter revogatório (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 8, p. 1063/1064).

Assim também entendeu **Pontes de Miranda**, nos seus *Comentários à Constituição de 1967*, mostrando que seriam "nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse" (**op. cit.,** p. 457).

É claro que os regimes passados permanecem importando para o exame das situações que neles se acabaram e aperfeiçoaram, mas a investigação da conformação jurídica a esses regimes de terras referentes ao **fato indígena** verificado em 1988 é agora desnecessária.

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5-10-1998) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o **fato indígena** por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O **fato indígena** a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.

No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste STF, de que Relator o Ministro **Celso de Mello** (RE 183.188/MS, *DJ* de

14-2-1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE 94.414, Rel. Min. **Moreira Alves** (*DJ* de 19-4-1985).

Ainda que assim não fosse, as imagens de satélite juntadas aos autos (fls. 5003 a 5011, v. 19, e fl. 9440, v. 38) demonstram nitidamente que a ocupação das Fazendas Depósito e Guanabara-Canadá, junto ao rio Surumu, e Iemanjá, junto ao rio Tacutu, não existia como tal antes de 1991.

Por outro lado, se a teoria do **fato indígena** dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização. De certa forma, o autor e seus assistentes também impugnam essa demonstração, entendendo que o laudo da antropóloga e os demais documentos do procedimento não permitiriam a conclusão quanto à continuidade e à extensão da terra indígena.

A principal irregularidade apontada quanto a isso envolveria a inexistência de fundamentação para se passar de uma demarcação que previa cinco terras indígenas separadas (ainda que contíguas) e com extensão de 1.347.810 ha, conforme se esboçou em 1981, para aquela que acabou sendo objeto de homologação, com área comum para as etnias envolvidas e extensão de 1.743.464 ha.

Assim também entendeu o Ministro **Nelson Jobim** no Despacho 80 de 1996 ao comparar o esboço de 1981 com o de 1993:

> (...) o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior.

Essa questão foi exaustivamente discutida, o que permitiu o acúmulo de um grande número de informações sobre o levantamento elaborado pela Funai.

De fato, o laudo antropológico utilizado no Processo 889/1993 da Funai é praticamente idêntico àquele que instruiu o Processo 3.233/1977. O que o completa é o parecer antropológico de Paulo José Brando Santilli (fls. 487 a 502) e o Parecer 036/DID/DAF, publicado no *DOU* em 21-6-1993, de Artur Nobre Mendes.

Ainda que pudessem ser mais didáticos e diretos, menos retóricos, deles é possível extrair a justificativa para a identificação da área da terra indígena desde aquela esboçada em 1981. Trata-se da necessidade, prevista no dispositivo constitucional, de assegurar aos índios as terras anexas às áreas onde residem e onde praticam suas atividades produtivas, reservadas para a preservação dos recursos ambientais de que precisam para sua sobrevivência e para a sua reprodução física e cultural.

Vejamos:

> A distribuição da população, dispersa em aldeias de 10 a 200 indivíduos em média, e a disposição espacial das aldeias, distanciadas entre 10 e 30 km

> aproximadamente, bem como a sua localização variável, relativamente móvel, possibilitam produzir alimentos cultivados – basicamente mandioca e milho – suficientes para assegurar o sustento dos indivíduos, através de técnicas de agricultura de coivara, que implicam na rotatividade das áreas de plantio, e no resguardo necessário para a recomposição dos terrenos, esgotados após o seu aproveitamento com duas a três colheitas, de modo a evitar, assim, a sua degradação.
>
> A alteração sazonal das atividades de exploração – na agricultura, a queimada restrita de pequenos trechos de mata, seguida pela coivara, pela limpeza e plantio das roças, que, nas serras, ocorrem no fim da seca e no início das chuvas, e, nas vazantes, no princípio da estiagem; na coleta, os procedimentos diversificados, especializados localmente, em períodos determinados, e alternados durante todo o ano; na caça, praticada sobretudo nas áreas de mata durante a transição das estações, e próximo aos cursos e reservatórios d'água durante a seca; e na pesca, empreendida com ênfase redobrada nos meses de estiagem na região de campos, ao sul do território – supõe, por parte da população indígena, uma dinâmica peculiar de mobilidade cíclica, que consiste, basicamente, de deslocamentos dos grupos locais (que apresentam tendência a dispersão pelas roças familiares espalhadas nas matas durante as chuvas e a concentração em torno do núcleo central das aldeias no período de seca), como também da ocorrência de outros movimentos de maior amplitude, da população das aldeias nos campos para as serras, onde há áreas de florestas mais extensas que podem ser cultivadas nos meses de chuvas e, ainda, no fluxo semelhante, porém em direção oposta, durante a estação seca, em que os habitantes das serras descem para as aldeias nos campos, em busca dos lagos e rios perenes para conseguir peixes, cujas espécies de porte médio e grande sobrevivem apenas nos trechos mais caudalosos destes rios, abaixo das altas cachoeiras...
>
> (Parecer Antropológico – Paulo Santilli – fl. 500.)

E ainda:

> A conformação heterogênea do relevo, em áreas de serras e planícies, a composição dos solos de baixa fertilidade, e o clima marcado por um regime rigoroso de chuvas, implicam em técnicas de exploração econômica diversificadas por parte da população indígena. Cada aldeia utiliza uma área de cultivo de 3 a 40 ha. Durante um período de 2 a 5 anos consecutivos. Os grupos domésticos que compõem a aldeia possuem, em média, 2 a 3 áreas separadas de cultivo, com idades diferentes, distribuídas num raio de aproximadamente 15 km a partir do núcleo formado pelas respectivas residências.
>
> A extensão das áreas percorridas para as atividades de caça, coleta e pesca ultrapassa largamente os limites do território de cultivo de cada aldeia, em função da distribuição não homogênea de recursos naturais.
>
> (Idem, fl. 502.)

Os trechos acima reproduzidos, confirmados no Parecer 036/DID/DAF, são suficientes, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, para justificar a extensão homologada. Para tanto, basta que se os alie ao conhecimento da geografia da região, tão bem descrita e representada nos mapas que acompanham este processo. De fato, ao se comparar os trechos transcritos com a presença de serras e florestas do norte da área indígena e dos rios Surumu e Tacutu ao oeste e ao sul, identifica-se com maior facilidade a ocupação indígena até essas áreas.

Um mapa elaborado pela Funai a meu pedido, e que junto a este voto, passando a constituir parte integrante do mesmo, mostra claramente a área, com base em círculos de raio de 5 km, que, a partir de cada aldeia, os seus habitantes utilizariam para a sua subsistência no sistema de coivara; anoto que se trata tão somente do segundo círculo concêntrico na ideia do Ministro **Jobim**, já suficiente para preencher a quase totalidade da área da terra indígena.

Essa peculiaridade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com marcadores geográficos naturais no seu entorno, que acabam coincidindo com os seus próprios limites, é que permite o cumprimento do objetivo do procedimento de regularização fundiária após a Constituição de 1988: a demonstração do **fato indígena** em suas diversas expressões, ou, na apropriada linguagem do Ministro **Jobim**, seus círculos concêntricos.

De todos os modos, os documentos elaborados durante todo o processo de regularização da Terra Indígena Raposa Serra do Sol podem também servir como exemplo de que a metodologia utilizada pela Funai e pelos demais órgãos envolvidos pode e deve ser aperfeiçoada.

Se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no **fato indígena**, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir para demonstrá-lo. Todo fato está sujeito a observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. A mim parece que esses instrumentos e métodos podem ser definidos pela antropologia. No entanto, essa ciência não pode se basear apenas em opiniões, conjecturas e, especialmente, generalizações. Mas é de ser considerada também a participação de outros especialistas. Se a garantia dos direitos dos índios exige a extensão de suas terras até um determinado ponto ou marco geográfico, é isso que deve ser demonstrado. Ao lado do método de indagação direta aos povos envolvidos cabe o cuidado do tema para saber, por exemplo, se os índios conhecem determinada área e se já a batizaram com um termo próprio; se não houver elementos arqueológicos a configurar a presença em determinado local, que se passe, por exemplo, para a observação dos deslocamentos dos índios, de modo a se definir até onde eles vão para com isso se descobrir quais são as áreas realmente utilizadas nos termos constitucionais, tudo obviamente documentado.

O que se busca em um procedimento tão sério e de tão importantes repercussões para a vida nacional é uma clara demonstração do ponto de vista científico. Não basta apenas a existência de mapas indicativos de ocupação. Pode-se e deve-se ir além. Menciono, como exemplos, as possibilidades de se fotografar e marcar sítios utilizados ou abandonados e de se realizar levantamentos aerofotogramétricos das áreas utilizadas sazonalmente e comparativos com o recurso a imagens de satélites.

Os mapas indicativos de ocupação constituem um bom exemplo de que não pode deixar de haver a oportunidade para manifestações de interesses contrários que podem, eventualmente, contestar as indicações feitas pelos grupos da Funai. A estes, por certo, não pode ser dado o poder absoluto de definir a área a

ser ocupada com exclusividade pelos índios. Há que ser respeitada a disciplina constitucional sobre o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto é bom atentar para a presença de apenas um ou dois antropólogos em todo o procedimento normalmente seguido pela Funai. A relevância do assunto e seus múltiplos aspectos científicos exigem não só um trabalho multidisciplinar já contemplado no Decreto 1.775/1996 (art. 2º, § 1º), mas também a participação de pelo menos três antropólogos.

Com isso será possível evitar que as pré-concepções pessoais de um único profissional influenciem todo o trabalho de identificação e demarcação. A presença de outros especialistas na comissão, em perspectiva multidisciplinar, enriquecerá e dará maior substância científica ao produto da tarefa empreendida.

Note-se que a orientação política dos antropólogos práticos é objeto de preocupação dos próprios cientistas da área, como relata o já citado **Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves** (**op. cit.,** p. 143-144).

Quanto aos interesses públicos, é bom ressalvar que muitos deles se encontram representados em sede constitucional e, dessa forma, podem estar situados em patamar hierárquico idêntico ao dos direitos indígenas que, mesmo constituídos de um caráter coletivo, por estarem ligados mais às comunidades indígenas que aos índios individualmente, são expressão de apenas uma parte do interesse público de âmbito nacional. Nesse caso, o **fato indígena** poderá ter sua força jurígena condicionada por tais interesses.

Identificada, demarcada e homologada a terra indígena, toda a respectiva área fica sujeita a um estatuto jurídico próprio, caracterizado por uma destinação especial e um aproveitamento exclusivo pelos índios, com restrições para diversas atividades exploratórias. O que se verifica, contudo, é que muita coisa vem sendo dita sobre os direitos dos índios nas terras demarcadas sem que, contudo, haja uma identificação precisa desses direitos e dessas restrições que estão previstos, sobretudo, na própria Constituição e também nas leis, especialmente no Estatuto do Índio.

Ao meu sentir, para a melhor percepção das implicações deste caso, é preciso mostrar em que consiste esse conjunto de prerrogativas e restrições atrelado à terra indígena e que constitui, enfim, o que vem sendo reunido sob a noção de "afetação". E tenho que isso é necessário para balizar as demarcações com a exata definição dos limites impostos pela Constituição e pelas leis.

Segundo os arts. 20, XI, e 231, § 2º, da Constituição, as terras indígenas são de propriedade da União, mas destinam-se à posse permanente dos índios.

Por essa "posse permanente" entenda-se uma disposição para o futuro, que se alinha com a norma do § 5º do art. 231.

"A permanência exigida pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946 refere-se ao passado. A exigida pelas Constituições de 1967, 1969 e 1988, ao futuro", afirma **Fernando da Costa Tourinho Neto** na obra já citada. E prossegue: "Observe-se que as Constituições passadas impunham respeito à posse das terras onde os índios se achavam permanentemente localizados. Na de 1988, lê-se 'as

terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente" (*Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas*. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. p. 9 a 43 – destaques originais).

José Afonso da Silva também o diz:

> (...) A Constituição tem duas cláusulas sobre isso, referindo-se a terras habitadas permanentemente pelos índios e terras que se destinam a sua posse permanente (art. 231, § 1º e 2º).
>
> (...)
>
> Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu *habitat*.
>
> (**op. cit.,** p. 45 a 50.)

Ainda de acordo com o art. 231, § 2º, da Constituição, cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, salvo, como dispõe o art. 231, § 6º, quando houver relevante interesse público da União, na forma de lei complementar, caso em que esta poderá iniciar a exploração dessas riquezas.

Merecem destaque as restrições referentes à exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos e à pesquisa e lavra de riquezas minerais, especialmente em razão da incongruência que a uma primeira vista se apresenta entre os § 3º e § 6º do art. 231.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, esclarece, em parecer publicado na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal entendeu ser "impossível juridicamente a edição de decreto legislativo autorizando a obra [usina hidrelétrica], sem prévia regulamentação, via lei complementar, dos casos de interesse público relevante da União, exigida no § 6º do art. 231" (O aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas. Ano 9. n. 36. jul.-set./2001. p. 257 a 287).

Há quem defenda que além da autorização do Congresso Nacional, deverá haver, para a exploração dos recursos hídricos, a prévia edição de lei complementar que definirá o relevante interesse público da União (ver, nesse sentido, o texto de **Juliana Santilli**: Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. p. 145 a 160).

Para **Regina Maria Ferrari**, contudo, esse entendimento não deve prevalecer porque o aproveitamento dos recursos hídricos é um serviço público que já é da competência da União (art. 21, XIII, *b*, da Constituição), o que dispensa a lei complementar.

Anoto que a autora entende que nem mesmo uma lei ordinária é exigida, podendo a norma do § 3º do art. 231 "ser aplicada de imediato, sem a necessidade da existência de lei".

De fato, a lei de que trata o § 3º do art. 231 é exigida para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras. Nada mais. A lei complementar referida no § 6º do art. 231, por sua vez, é requisito para a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente do potencial energético ou a pesquisa e lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União.

O Congresso Nacional tem agido em conformidade com tal entendimento no que se refere à exploração dos potenciais energéticos. É o que se vê, por exemplo, dos casos do Projeto de Decreto Legislativo 2.540/2006, que teve origem no Projeto 434 do Senado Federal, ainda em tramitação, e dos Decretos Legislativos 788/2005 (Usina Hidrelétrica de Belo Monte no Rio Xingu) e 103/2006 (Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa no Rio Tocantins).

A própria União Federal tem seguido essa orientação, como se extrai da manifestação nos autos da SL 125/PA, Rel. Min. **Ellen Gracie**. Nos termos da decisão proferida pela eminente Ministra, que suspendeu em parte a liminar anteriormente concedida pelo TRF da 1ª Região para autorizar o prosseguimento do licenciamento do Ibama, a União defendeu a constitucionalidade do Decreto Legislativo.

As mesmas razões se aplicam à pesquisa e à lavra das riquezas minerais no cotejo entre os dois parágrafos do art. 231.

O que deve ser lembrado é que a edição de uma lei prévia é também exigência de outro dispositivo constitucional, o § 1º do art. 176. E este está diretamente dirigido à exploração de potenciais hidráulicos e riquezas minerais.

Deixo o registro de que até a presente data, em que pese a existência de alguns projetos que buscam regulamentar o tema, em especial a mineração em terras indígenas, cito, por exemplo, o PL 692/1991, da Deputada Raquel Cândido, o PL 1.610/1996, do hoje senador Romero Jucá, o PL 5.742/1990, do hoje senador Mozarildo Cavalcante, e o PL 3.872/1997, da Deputada Rita Camata, não existe a lei de que trata o § 1º do art. 176.

É importante afirmar que os indígenas também não poderão, sem a autorização do Congresso e dos demais requisitos exigidos em lei, explorar os recursos hídricos e os potenciais energéticos (arts. 49, XVI, e 231, § 3º, ambos da CF), já que não lhes é assegurado pela Carta Magna nenhum privilégio nesse sentido. Nem, tampouco, poderão criar obstáculos ou impor exigências.

A Constituição, seguindo a tradição iniciada em 1934, distingue o solo do subsolo para fins de tratamento dos direitos de propriedade (arts. 20, IX e 176, *caput*). Da mesma forma, o Código Civil (art. 1.230). Estando ou não aflorada, a jazida é parte distinta do solo (art. 176, *caput*, da CF e art. 4º do Código de Mineração).

É bom notar que a garimpagem é, na interpretação sistemática das Leis 11.685, de 2 de junho de 2008, e 7.805, de 18 de julho de 1989, "a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM" (art. 2º da Lei 11.685/2008). Como tal, é espécie de lavra (Lei 7.805/1989), devendo ser autorizada previamente pelo DNPM, que outorgará, nesse caso, o título minerário (art. 3º da Lei 11.685/2008).

Assim, sendo o objeto de sua exploração uma jazida, não há como reconhecer diferença entre os índios e os não índios no que se refere à lavra garimpeira, já que estes têm apenas o usufruto das riquezas do **solo**. Por isso, não havendo nas disposições constitucionais que proíbem a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nenhuma exceção que beneficie os índios, também eles devem obter a adequada permissão (Leis 7.805/1989 e 11.685/2008).

Embora não se trate de enfrentar este tema agora, haverá de ser examinada no momento próprio a questão da recepção do *caput* do art. 22, do art. 24, do inciso II do art. 39, do art. 44 e do art. 45 da Lei 6.001/1973, bem como do Decreto 88.985, de 10 de novembro de 1983.

Feitos os destaques acima, da conjugação das demais normas aplicáveis extraio sistematicamente que:

(i) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, da CF, c/c art. 18, *caput*, da Lei 6.001/1973);

(ii) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou às comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, da CF, c/c art. 18, § 1º, da Lei 6.001/1973);

(iii) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CF, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(iv) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, da CF).

Além dos efeitos acima destacados, a homologação tem mais uma importante consequência pelo bem da segurança jurídica: a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça.

Como já ressaltado, o procedimento de regularização da terra indígena é um procedimento destinado à apuração do **fato indígena**, isto é a presença

indígena em 5 de outubro de 1988, com a sua respectiva extensão, esta determinada com base nas já suas referidas expressões.

Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, como ocorre com propriedades imediatamente adjacentes à terra indígena, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei 9.784/1999 e na Súmula 473 deste STF.

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do **fato indígena**, não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.

Anote-se que a revisão não se fará de forma mais correta e percuciente que o procedimento instaurado originalmente com a finalidade de identificação da terra indígena e mais próximo ao marco temporal da averiguação do fato indígena. O prazo de 5 (cinco) anos de que trata o art. 67 do ADCT certamente não o permitiria.

Diante das referências feitas pelas partes à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, entendo ser necessária a menção não só aos dispositivos ali contidos, mas aos dispositivos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também atinente aos povos indígenas.

A Convenção 169 da OIT, assinada em 27 de julho de 1989 e ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002, substitui a Convenção 107 no tema da proteção aos direitos dos povos indígenas e tribais.

Já em seu artigo 1.3, que dispõe sobre o seu alcance, ressalva que o termo "povos" ali utilizado não pode ter o mesmo significado que o do direito internacional.

Destacam-se disposições como "os Estados devem ser responsáveis, com a participação dos povos interessados, pelo desenvolvimento de ações coordenadas e sistemáticas para a proteção dos respectivos direitos e para a garantia de sua integridade" (art. 2.1); "os valores sociais, culturais, religiosos e espirituais e os rituais desses povos devem ser reconhecidos e protegidos" (art. 5(a)); "os Estados

devem providenciar, em conjunto com os povos interessados, a proteção e a preservação do meio ambiente onde vivem" (art. 7.4); "os direitos de propriedade e posse sobre as terras onde vivem os povos interessados devem ser reconhecidos" (art. 14.1); "os Estados devem tomar as medidas necessárias para identificar as terras tradicionalmente ocupadas pelo povos" (art. 14.2); "nos casos em que o Estado detenha a propriedade dos recursos minerais ou direitos a outros recursos da terra, os Governos deverão estabelecer ou manter procedimentos pelos quais possam consultar esses povos (...) sobre a exploração e aproveitamento dos recursos..." (art. 15.2); e "os povos interessados não devem ser removidos das terras que ocupam" (art. 16.1).

Como se vê dessa pequena amostra, muitas das garantias nelas previstas já eram asseguradas em nossa Constituição, não havendo, em princípio, inovação no que se refere às prerrogativas de nosso Estado Nacional.

Até por essa razão, a Convenção não foi recebida com entusiasmo pelos defensores de um absolutismo dos direitos dos índios, que consideraram tímidos os seus avanços em relação à Convenção 107, como escreveu **Samia Jorge Jordy Barbieri** no artigo "O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios" (in: http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/00/3800/).

A Declaração, ao contrário, não se prendeu aos termos e definições da Convenção 169/OIT. Inaugura um tratamento autonomista e emancipacionista das comunidades indígenas, que trata como povos em um sentido bem diverso daquele utilizado na Convenção 169, como se extrai de sua inspiração e seus dispositivos.

O Brasil votou a favor da Declaração na 61ª Assembleia Geral da ONU, 107ª e 108ª reuniões, tendo o Embaixador **Piragibe dos Santos Tarrago** acentuado que "o exercício dos direitos dos povos indígenas é compatível com a soberania e integridade territorial dos Estados".

Penso que faltou a essa explanação do voto proferido a ênfase no entendimento de que "os procedimentos e medidas referidos na Declaração para salvaguardar essa integridade territorial e determinar um interesse público relevante são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país" como constou da Declaração do Governo Brasileiro por Ocasião da Adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de dezembro de 2007. A comedida manifestação do diplomata brasileiro na Assembleia Geral pode levar a que o caráter inegavelmente político da Declaração seja considerado para invocar de outras esferas o apoio a eventual pretensão autonomista, o que não seria sequer possível, como é óbvio, se não houvesse a Declaração e a adesão do Brasil.

Cuidando-se de um documento internacional de direitos humanos, elaborado a partir da Comissão de Direitos Humanos da ONU, há quem defenda que deva ganhar *status* especial, tendo em conta sua dupla destinação: o Estado-membro e o ser humano, que é não só um sujeito de direito interno, mas também um sujeito do direito internacional, conforme afirma **Antonio Augusto Cançado**

Trindade (*International Law for Humankind*: *towards a new jus gentium – general course on public international law*. v. II. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 60).

Segundo o que sustenta o Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil sobre a aplicabilidade da Declaração, na publicação que elaborou juntamente com a Representação da Unesco no Brasil e o Instituto Socioambiental – ISA, "(...) a Declaração pode e deve ser invocada por qualquer pessoa, sempre que houver uma situação de opressão ou de violação de direitos indígenas" e "para ser aplicada no Brasil a Declaração não precisa se tornar lei, nem ser ratificada pelo Congresso Nacional porque o Brasil já se manifestou favorável à Declaração na Assembleia da ONU" (in: http://rio.unic.org/index.php?option=com_content&task=view&id=795).

Ao mesmo tempo em que os documentos internacionais sobre direitos humanos ganham força, a aplicabilidade e a força executiva imediata dos instrumentos do Direito Internacional em geral encontram amparo em um sistema maior e mais abrangente, cada vez mais legitimado por sua participação na solução de conflitos internacionais, questão também desafiada por **Antonio Augusto Cançado Trindade**, na obra já citada.

A despeito da ambiguidade da redação da Declaração, veja-se, por exemplo, o que dispõe o seu art. 46, 1, já seriamente mitigado pelo item 3, o preâmbulo e os demais artigos intentam claramente conferir aos povos indígenas a qualificação de nações, dotadas de autogoverno e autodeterminação (arts. 3º, 4º, 6º e 12, *in fine*), com desprezo das fronteiras (art. 36, 1) e do sistema representativo dos Estados-membros (art. 32).

A ambiguidade é, aliás, também característica do texto de **James Anaya**, atual Relator Especial da ONU para Direitos Indígenas, conforme se verifica de sua obra *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Madrid: Editorial Trotta, 2005).

Os textos dão conta de que os receios de uma indevida extensão dos direitos indígenas em direção a uma autonomia frente ao Estado do qual são súditos é, longe de uma radicalização do discurso utilizado pelos críticos da Declaração, um anseio de alguns setores da comunidade internacional.

Não é à toa que alguns Estados-membros como Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, embora tenham participado e contribuído ativamente nos trabalhos que resultaram na Declaração, se recusaram a votar favoravelmente, tendo destacado a necessidade de se diferenciar autodeterminação externa de autodeterminação interna. Esta última é admitida, de modo a resguardar a representatividade das comunidades indígenas no plano internacional aos órgãos do Estado-membro na qual se insere.

Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Awas Tingni que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não

medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/1988). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a "toda pessoa o uso e gozo de seus bens"), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo.

Não é demais lembrar a classificação apresentada por **Celso de Albuquerque Mello**, que inclui a Declaração no conceito ampliado de Tratado.

Por isso, é essencial que esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo.

Anoto que sobre o tema da relação entre o direito internacional e o direito interno já tive oportunidade de me manifestar por ocasião do julgamento do HC 87.585/TO, quando então, resgatando antigo trabalho (*O Estado Moderno e a Proteção dos Direitos do Homem*, Livraria Freitas Bastos, 1968), destaquei que a:

> (...) natureza especial do ser do homem é que dá dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no plano das relações entre o direito internacional e o direito interno uma relação que põe relevo no primeiro não no segundo. O homem não está limitado ao estado nacional e, portanto, os seus direitos também não estão. Ele está na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão.

Também lembrei que a busca por um padrão especial quanto aos direitos humanos nos planos interno e internacional levando em conta o cenário de nossos dias deve considerar nossa disciplina constitucional, que exige a participação do Congresso na integração das normas do Direito Internacional, ainda que resulte, nesse caso, em uma prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a legislação ordinária:

> No estágio em que nos encontramos, buscar a solução mais adequada para equacionar a força do direito internacional positivado no direito interno quando se trate de espécie normativa relativa aos direitos do homem, impõe trabalhar no plano constitucional.
>
> (...)
>
> Com essa perspectiva, torna-se possível a partir de 1988 trazer os atos internacionais sobre direitos, mediante o devido processo de incorporação, para espaço normativo superior ao da simples legislação ordinária.

De todos os modos, estou convencido de que não é possível qualificar desde já a Declaração como um instrumento normativo do Direito Internacional.

Por mais que as resoluções da Assembleia Geral possam servir, como diz **Ian Brownlie**, Professor da Universidade de Oxford, para "evidenciar as manifestações dos estados no mais abrangente fórum para tais manifestações" e "mesmo quando delineadas como princípios gerais" possam constituir a base para "o progressivo desenvolvimento do Direito e a rápida consolidação de costumes", não são em geral vinculantes. Para isso, é preciso a conjugação de alguns requisitos, como a reiteração de práticas conformadas ao conteúdo da resolução (*Principles of public international law*. 5. ed. Oxford University Press, 1998. p. 14 – tradução livre).

Devo anotar que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que tem sido considerado um rol das fontes do Direito Internacional, não menciona as resoluções da Assembleia Geral.

Nesse sentido, *Dame* **Rosalyn Higgins**, atual Presidente da Corte Internacional de Justiça, assinala que "os redatores da Carta deliberadamente se recusaram a conceder poderes legislativos à Assembleia Geral", concluindo que "em assuntos outros que não os orçamentários, as resoluções da Assembleia Geral são recomendatórias e não diretamente vinculantes: ver artigos 10, 11, 12, 13 e 14" (*Problems and process – international law and how we use it*. New York: Oxford University Press, 1994).

Assim, seja pela ausência de integração seja porque baldia de força vinculante, por si só, como fonte de direito internacional, não se há de aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna. Com isso, pode-se afirmar que não repercute no caso sob julgamento.

Examino agora a questão da faixa de fronteira, como disposta na Constituição Federal, em três de seus dispositivos. No primeiro deles, o art. 20, § 2º, para estabelecer que:

> A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Ao tratar das atribuições do Conselho de Defesa Nacional, o art. 91, § 1º, inciso III, insere a de "propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo".

Por fim, o art. 176, que cuida das jazidas e demais recursos minerais, exige o condicionamento legal das atividades de pesquisa e lavra nessas áreas.

Assim como o art. 231 assegura aos índios os seus direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o § 2º do art. 20 não deixa dúvida quanto à essencialidade da faixa de fronteira para a defesa do território brasileiro.

O que ocorre no caso é que, por sua localização, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada integralmente em área considerada faixa de fronteira. Daí as objeções já postas quanto ao prejuízo que a demarcação e a homologação

feitas, sem considerar essa situação e principalmente sem a anuência do Conselho de Defesa Nacional (CDN), trariam à segurança nacional.

Foi nesse sentido que o Relatório da Comissão Externa da Câmara dos Deputados e a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ambos mencionados nos autos, concluíram que haveria irregularidade no procedimento de reconhecimento fundiário.

De fato, a Lei 6.634, de 2 de maio de 1979, dispõe sobre a faixa de fronteira e sua respectiva utilização. No entanto, se não há motivo para crer que não tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988, alguns de seus dispositivos devem ser interpretados de modo a compatibilizá-la com a disciplina constitucional dos oitenta. Parece ser exatamente o caso do art. 2º, que exige o assentimento prévio do Conselho para a prática de determinados atos nessa área.

A figura do "assentimento prévio" está na lei de 1979 porque estava também na Constituição de 1967, em seu art. 91.

Mas a Constituição de 1988 limitou o papel do Conselho, dando-lhe uma conformação de **órgão de consulta**, como decorre do art. 91.

Como sabido, a lei não pode mais que a Constituição. Assim, relevando que o art. 91 deu ao Conselho de Defesa Nacional configuração de **órgão de consulta** ao qual compete apenas **opinar** e **propor**, não há falar em "assentimento prévio".

A Lei 8.183, de 11 de abril de 1991, editada já sob a égide da Constituição de 1988, regula a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional. Dela não consta, como não poderia, qualquer atribuição que lhe confira um poder de veto ou decisão sobre os projetos a serem realizados em faixa de fronteira. Na verdade, o parágrafo único do art. 1º repete com todas as letras as atribuições previstas na Constituição que se limitam ao opinar e propor, estudar e acompanhar, atribuições de caráter consultivo, em pleno acordo com a natureza daquele órgão.

Não é, portanto, pela falta de um assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional que se pode imputar ao procedimento demarcatório alguma irregularidade ou nulidade.

Superado o problema do "assentimento prévio", sobressai questão sobre a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, exigência de base constitucional.

Alguns defendem que no caso das terras indígenas situadas em faixa de fronteira não haveria nenhum motivo para a oitiva do Conselho de Defesa Nacional simplesmente porque todos os critérios e condições de utilização dessas áreas já estariam estabelecidos na própria Constituição. Em outras palavras, se a Constituição já estabeleceu o usufruto exclusivo dos indígenas nas suas terras, não haveria mais espaço para nenhuma proposta do Conselho e, portanto, inútil seria a aplicação do inciso III do § 1º do art. 91 (cf. **Isaías Montanari Junior**. **op. cit.**).

A tese é interessante na medida em que não exige a superação de um dispositivo constitucional por outro.

Não me parece, contudo, que esse fundamento seja suficiente. Ao dispor sobre a faixa de fronteira e sobre a opinativa do CDN, o constituinte não fez

distinção quanto à existência de outras afetações. Assim, ao contrário da tese referida, não haveria como considerar, de pronto, as terras indígenas excluídas do tratamento dado às áreas em faixa de fronteira. Esta é uma interpretação que, a meu ver, radicaliza a aplicação do art. 231 em prejuízo dos arts. 20 e 91. É mesmo possível dizer que, em princípio, não havendo ressalvas por parte da Constituição, não seria cabível diferenciar as terras indígenas de outras áreas no que se refere às restrições e peculiaridades da faixa de fronteira.

Neste caso, a farta divulgação de dados e as manifestações elaboradas sob diversas orientações, civis e militares, que foram levadas ao Ministro da Justiça e ao Senhor Presidente da República, que decidiu sem a audiência do Conselho de Defesa Nacional, bem como o próprio julgamento nesta Corte, deixam em outros planos de consideração a necessidade da ouvida.

Tal situação se reforça com o precedente encontrado no MS 25.483, *DJ* de 14-9-2007, Rel. Min. **Carlos Britto**.

Para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sobre a correta interpretação e aplicação do inciso III do § 1º do art. 91, entendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

Passo agora a cuidar da questão relativa ao meio ambiente.

A Constituição de 1988, em seu art. 225, estabelece que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". E para garantir a efetividade desse direito o § 1º dispõe que o Poder Público deverá:

> III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Esses espaços territoriais passaram a ser designados "Unidades de Conservação" pela Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, que cuida do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). No mesmo sentido, embora sob a denominação de áreas protegidas, dispõe o art. 8º da Convenção da Diversidade Biológica, documento internacional assinado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, tratando da conservação *in situ*.

De acordo com o art. 2º, I, da Lei 9.985/2000, as unidades de conservação são definidas como:

> (...) espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

As unidades de conservação requerem, então, medidas de proteção adequadas à necessidade de sua preservação, finalidade primordial de sua existência.

Nos termos da Lei, as unidades de conservação podem ser divididas em dois grupos básicos: 1º) unidades de proteção integral e 2º) unidades de uso sustentável (art. 7º, Lei 9.985/2000), conforme impeçam consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais (uso indireto) ou admitam coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais (uso direto). Estes por sua vez contêm diversas categorias.

As categorias das unidades de proteção integral são: (i) estação ecológica; (ii) reserva biológica; (iii) parque nacional; (iv) monumento natural; e (v) refúgio de vida silvestre.

As categorias das unidades de uso sustentável são: (i) área de proteção ambiental; (ii) área de relevante interesse ecológico; (iii) floresta nacional; (iv) reserva extrativista; (v) reserva de fauna; (vi) reserva de desenvolvimento sustentável; e (vii) reserva particular do patrimônio natural.

A Unidade de Conservação do Monte Roraima inclui-se na categoria de Parque Nacional, nos termos do Decreto 97.887, de 28 de junho de 1989, pelo que, segundo o art. 11 da Lei 9.985/2000, tem "como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico". A visitação pública é admitida, embora esteja sujeita às restrições e normas previstas no respectivo plano de manejo, em regulamento ou ditadas pelo órgão responsável pela administração (§ 2º). Quanto às pesquisas científicas na área, dependerão de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e estarão "sujeitas às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento" (§ 3º).

Das normas examinadas, logo se vê que há um conflito, aparente nos respectivos textos, entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação. Anote-se que tanto as terras indígenas quanto as unidades de conservação têm sede constitucional. Da mesma forma que as terras indígenas são reconhecidas no art. 231, mas dependem de um processo de regularização fundiária para que os direitos dos índios sejam assegurados, as unidades de conservação também são reconhecidas no inciso III do § 1º do art. 225, embora devam ser identificadas e regularizadas na forma da lei. Isso porque, segundo **Juliana Santilli**, "o conjunto de unidades de conservação deve representar amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais. Atualmente, as unidades de conservação são entendidas como um sistema, e não se considera cada unidade como um fim em si mesma, ou como um fragmento isolado, mas como parte de um sistema de ordenamento territorial" (A Lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. v. 40. out.-dez./2005. p. 79 a 123).

Ao contrário do que sustentam alguns defensores de um caráter absoluto dos direitos indígenas, estes são, em verdade, uma das diversas expressões do

interesse público de âmbito nacional. À nação brasileira interessa, sem dúvida, a proteção e a preservação dos interesses indígenas, mas interessa também a preservação do meio ambiente e da segurança de nossas fronteiras além de outros interesses públicos representados pela União, como prevê literalmente o art. 231 da Constituição da República. É importante identificar tais interesses para que o estatuto jurídico das comunidades indígenas possa ser de uma vez por todas definido considerando a disciplina constitucional. A identificação dos demais interesses públicos que poderão condicionar os direitos dos índios passa, em muitos casos pela edição de lei, ordinária ou complementar, ou pela autorização do Congresso Nacional. E em nossos dias é necessário ter presente que a preservação do meio ambiente é imperativa para a humanidade e não apenas para as nações ou comunidades individualmente consideradas.

No que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, contudo, essa limitação decorre das próprias disposições constitucionais já referidas. Haverá, nesses casos, mais uma afetação específica da área em discussão, a gerar uma superposição de afetações. Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.

É nesse ponto que convém fazer referência ao princípio da unidade da Constituição que, na minha compreensão, tem grande influência na solução dessa aparente antinomia entre o direito dos índios, a importância estratégica da faixa de fronteira e o valor da preservação do meio ambiente.

A Constituição é a síntese de uma miríade de anseios das mais diversas naturezas. Há, portanto, uma pluralidade de interesses acolhidos no texto constitucional do tipo racional-normativo. Ao mesmo tempo, essa diversidade forma um todo unitário que vem a ser o fundamento de toda a ordem jurídica e também o fundamento de todo o sistema que, como tal, não admite nem a instabilidade nem a autonegação.

O objetivo norteador do princípio da unidade é, assim, o equilíbrio entre todos os interesses que compõem, em uma rede de interdependência recíproca, a ordem constitucional.

Discorrendo sobre o princípio da unidade, **Inocêncio Mártires Coelho** assinala que:

> (...) segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.
> (*Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.)

Lembro que a Constituição, para **Willoughby**, "é um todo lógico, cujas normas são, cada uma delas, suas partes integrantes sendo, portanto, logicamente apropriado e até mesmo imperioso aplicar uma parte à luz das normas de todas as demais partes" (*The constitutional law of the United States*. Nova York: Baker, Voorhis and Company, 1929. v. 1, p. 65 – tradução livre).

O papel da unidade é harmonizar a diversidade das manifestações acolhidas pela Constituição, como ensina **Black,** no sentido de que "uma interpretação que gere um conflito entre diferentes partes da constituição não é admissível quando, por qualquer interpretação aceitável, as partes possam ser harmonizadas" (*Handbook on the construction and interpretation of the laws*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1911. p. 23 – tradução livre).

Por mais difícil que seja a aplicação prática desse método de interpretação, o que se verifica pelos diversos estudos já desenvolvidos sobre o tema da ponderação de interesses, os esforços dedicados a essa empreitada geram resultados gratificantes.

No caso sob exame, esta Suprema Corte se depara com um aparente conflito entre as normas dos arts. 20, § 2º, 91, 225 e 231 da Constituição de 1988 e tudo porque a Terra Indígena Raposa Serra do Sol situa-se em parte na área reservada a uma Unidade de Conservação (Parque Nacional do Monte Roraima) e, no seu todo, na faixa de fronteira.

Quanto à possibilidade de conciliação entre as disposições sobre as Terras Indígenas e a Faixa de Fronteira, manifestou-se expressamente **Aurélio Virgílio Veiga Rios**. Apoiando-se no princípio da unidade da Constituição, ele defende a manutenção de uma "dupla afetação federal" na área, por "não haver conflito entre os dispositivos constitucionais que protegem igualmente os dois bens jurídicos aqui referidos" (Os direitos constitucionais dos índios nas faixas de fronteira. In: *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. p. 59).

Essa dupla afetação, porém, não pode se reduzir a discurso que abstratamente garanta a presença do estado na área indígena em faixa de fronteira, mas que concretamente lhe vede o acesso sob o argumento de que os direitos indígenas não podem ser maculados. A relevância constitucional, social e ética da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada e todos os agentes do estado devem zelar pela sua salvaguarda. No entanto, quando ao lado dessa proteção está igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, a salvaguarda dos direitos indígenas não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de prevalecer em qualquer caso. Com isso não se diz, pura e simplesmente, que essa salvaguarda somente deva ser perseguida até o ponto em que se depara com o interesse da defesa nacional. Isso pode ocorrer, ou seja, o interesse da defesa nacional pode e deve sobressair em determinadas condições. O que é importante é que a efetiva conciliação desses dois interesses, de modo a concretizar a dupla afetação, tornando-a real e não apenas discursiva, envolve o respeito simultâneo de ambos os interesses, de modo a que nenhum deles possa

ser considerado superado ou minimizado pelo outro de antemão. Nas situações específicas, há de se garantir sempre a possibilidade de conjugação que não pode ser entendida fora de uma lógica de complementaridade.

Deve ser lembrado que a ideia de defesa nacional, na atualidade, não se limita a políticas defensivas de âmbito estritamente bélico e estratégico. Outras noções se articulam com a proteção dos interesses nacionais, o que se dá com os produtos agrícolas e industriais, como bem referiu o Professor **Sérgio Augusto de Faria**, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no 3º Painel (Perspectiva Institucional: A Normatização da Faixa de Fronteira) do Seminário Faixa de Fronteira – Novos Paradigmas, realizado em Brasília pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República em 7 e 8 de outubro de 2004.

E se é verdade que as fronteiras já não são suficientes para barrar as novas ameaças, com a presença física de guarnições e equipamentos militares, isso não significa que elas possam deixar de ser tratadas como um componente estratégico. A estratégia militar depende cada vez mais da logística, da presença econômica e da infraestrutura de serviços civis para melhor defender a integridade do território nacional.

Um bom exemplo dessas necessidades logísticas que devem ser apreciadas como itens da pauta de defesa nacional é a questão da malha viária, como bem se colocou no Painel já referido, em palestra de **Maria Jovita Wolney Valente**:

> Um outro aspecto importante relacionado à autorização, ao Assentimento Prévio, é a construção de pontes, de estradas, de aeroportos, ou seja, a questão do planejamento da malha viária do País. É necessário rever o Sistema Nacional de Viação aprovado pela Lei nº 5.917 de 1973, com os olhos voltados para as fronteiras Norte e Centro-Oeste de modo adequado à nova realidade dessas regiões. Aquilo que foi planejado há mais de 30 anos pode não mais refletir as necessidades atuais. A própria Lei nº 5.917 prevê a revisão do Plano Nacional de Viação a cada cinco anos.
>
> Embutidos nesse sistema encontram-se as pontes, muitas delas construídas sem considerar a eventual necessidade de utilização militar seja pela tonelagem que possam suportar, o trânsito de pesados carros de combate, seja pela curvatura que permita a navegabilidade de embarcações de maior porte. Nesse contexto, também se encontra a construção dos aeroportos e pistas de pouso, os quais com raras exceções são construídos sem considerar estratégias militares. As malhas viárias dos Estados devem estar perfeitamente articuladas com aquela federal, assim como parte das estradas e sinais de responsabilidade dos Municípios.

Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional.

É por isso que não se pode conceber uma tentativa de apropriação e exploração dos bens e interesses estratégicos por alguns grupos de indígenas com a cobrança de tarifas e pedágios para viabilizar sua utilização. O usufruto de suas terras não alcança esse tipo de dominação, seja sobre equipamentos e instalações excluídos da terra indígena pelo Decreto homologatório, ou não. Não há na natureza jurídica desse usufruto constitucional cobertura para esse tipo de comercialização.

Por sua vez, o conflito entre os dispositivos que regulam as terras indígenas e aqueles que tratam das unidades de conservação decorre, em verdade, de uma comparação superficial, ao nível textual, e também deve ser superado por interpretação que prestigie o sistema e a unidade das normas constitucionais e leve em consideração os interesses envolvidos sem afastar qualquer deles de antemão.

Como toda a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada em faixa de fronteira, haverá, quanto à área do Parque Nacional do Monte Roraima, uma tripla afetação, como já antes mencionado.

Uma expressão desse espírito conciliatório já se encontra no próprio Decreto presidencial de 15-4-2005 ao admitir em seus "considerandos" a dupla afetação da área, na parte em que coincidem as terras indígenas e o Parque Nacional do Monte Roraima:

> Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, com bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem (...)

Mas não foi além. Como já não fora o legislador da Lei 9.985/2000 ao deixar de incluir nas categorias das unidades de conservação uma que se caracterizasse pela coincidência com terras indígenas e áreas de fronteira e fixasse desde logo as suas normas de utilização.

O que não deve ser admitido é a continuidade de confrontos entre órgãos federais pela administração direta, ou não, de grandes áreas do território nacional. Não cabe aqui nenhuma forma de radicalismo. Devem ser afastados, por isso, argumentos que, de um lado, só enxergam o absolutismo dos direitos indígenas, com a permanência incontestada e incontestável do usufruto exclusivo e, de outro, não aceitam nada além de um quase confinamento da unidade de conservação.

Acontece que a própria Lei 9.985/2000 parece indicar algumas fórmulas de conciliação, muito embora não se encaixem precisamente na natureza da unidade de conservação e na relação das comunidades indígenas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

De fato, ainda que a categoria de Parque Nacional, até mesmo por se enquadrar no grupo das unidades de proteção integral, não preveja a sua ocupação humana, outras categorias há que admitem a presença de populações tradicionais, como a Reserva Extrativista e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (arts. 18 e 20, respectivamente, da Lei 9.985/2000).

Por mais que nosso ordenamento ainda careça de uma definição jurídica para o conceito de "populações tradicionais", a doutrina não deixa de ali inserir as comunidades indígenas, valendo-se de conhecimentos de outras ciências ou mesmo da analogia a dispositivos da própria Lei 9.985/2000, como os dois logo acima citados (v. **Leitão, Sérgio**. Superposição de leis e de vontades – por que não se resolve o conflito entre terras indígenas e unidades de conservação? In: *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza*. Fany Ricardo (Org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 17 a 23).

O art. 55 da Lei 9.985/2000 prevê, para as áreas de proteção criadas no regime anterior, o que é o caso do Parque Nacional do Monte Roraima, uma reavaliação com o "objetivo de definir sua destinação com base na categoria e função para as quais foram criadas".

Não obstante devesse ser feita no prazo de 2 anos a contar da promulgação da lei, e apenas para as áreas protegidas que não pertencessem às categorias, não parecendo permitir a transformação da categoria inicialmente estabelecida, a possibilidade revela, a meu ver, o reconhecimento de que pode haver adaptações para determinadas áreas. Isso mostra a razoabilidade utilizada pelo legislador em seus critérios.

Essa razoabilidade é que, aliada às ideias de sistema e unidade, induz e ao mesmo tempo justifica uma interpretação que compatibilize os parâmetros rigorosos implantados pelo legislador, utilizando-os com temperamento para atender à necessidade de conciliação dos interesses ambientais e indígenas, sem ferir os princípios dos respectivos instrumentos de proteção. Trata-se de identificar interpretação compatível com a Constituição Federal.

Vários autores já se dedicaram à tarefa de propor alternativas para viabilizar essa conciliação, assim, por exemplo, os vários textos que compõem a valiosa obra organizada por **Fany Ricardo**, aqui já citada. Outra forte amostra desse esforço é a sugestão, que não foi aceita quando da discussão do projeto que resultou na Lei 9.985/2000, de uma categoria de unidade de conservação chamada "Reserva Indígena de Recursos Naturais".

Na minha compreensão, porém, falta a esse esforço um pouco de objetividade e concretude. As sugestões não passam de um plano por demais abstrato e, talvez por receio de contrariar os interesses indígenas, estes mais concretos que os difusos interesses ambientais, não chegam a indicar com alguma precisão as restrições que necessariamente deveriam ser feitas aos interesses envolvidos, inclusive do usufruto exclusivo dos indígenas, para assegurar a conciliação.

É preciso, portanto, que desde logo sejam fixadas algumas diretrizes que possam deixar claras quais as restrições aos direitos envolvidos na dupla afetação. Enquanto isso não for feito, a homologação de terras indígenas em áreas também afetadas por unidades de conservação servirá para prolongar o embate entre burocracias estatais por verbas federais.

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol a conciliação é facilitada por alguns fatores. Vejamos.

Em primeiro lugar, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação foi construído sob inspiração de uma nova concepção das áreas protegidas, aberta para a possibilidade de conciliação entre todos os interesses envolvidos. Daí a possibilidade de interação entre os órgãos encarregados da gestão das áreas afetadas e, em alguns casos, com a participação das comunidades locais, o que é compatível com a visão de que os povos indígenas proporcionam, de modo geral, uma maior conservação dos recursos naturais, como reconhecem os princípios da UICN (União Internacional para a Conservação da Natureza) e da WWF (*World Wildlife Foundation*), segundo a visão de **Cláudio Maretti** (Conservação e valores – relações entre áreas protegidas e indígenas: possíveis conflitos e soluções. In: *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza*. Fany Ricardo (Org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 85 a 101).

Não é demais lembrar que essa relação depende da manutenção em algum nível de ocupação tradicional da terra que não se coaduna com algumas práticas que se pretende incentivar como a pecuária e o garimpo, cujo poder predatório dos recursos naturais é por todos conhecido.

Além disso, defende-se que a biodiversidade também está associada, em maior ou menor grau, à presença humana, de modo que a manutenção de áreas intocadas poderia, conforme entende **Nurit Bensunsan**, gerar "o risco de excluir alguns aspectos importantes para a preservação dos processos geradores e mantenedores da biodiversidade, como conhecimento humano sobre a utilização das espécies; as experiências de uso da terra; a perturbação antrópica dos ecossistemas, muitas vezes essencial para a geração e manutenção da biodiversidade e o processo histórico que é responsável pelas características atuais das paisagens" (Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza*. Fany Ricardo (Org.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 66 a 72).

Outra vantagem, também de âmbito nacional, é no que se refere ao regime de direitos frente às terras indígenas. Se em alguns países, como a Austrália e certos vizinhos sul-americanos, as terras indígenas são reconhecidas como de propriedade dos índios, o que requer diversas e muitas vezes difíceis manobras jurídicas de conjugação dos interesses preservacionistas, difusos por sua própria natureza, com o domínio privado, no Brasil, a propriedade da União os aproxima.

A área do Parque Nacional do Monte Roraima é de 117.147 ha, equivalente a 6,72% do total da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, proporção menor que aquela entre a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a área do Estado de Roraima (7,7%), e não coincide com a área antes demarcada em favor dos índios Ingarikós. É uma região de florestas, diferenciada da zona habitada em caráter permanente pelas etnias da Terra Indígena e sua preservação. Pelo menos em princípio o reconhecimento da unidade de conservação não seria contrário aos interesses indígenas.

É claro que mesmo com essas vantagens o processo de aproximação dos interesses pode ser bastante frustrante. Os respectivos titulares tendem a

enaltecer a sua importância e a intensificar alguns pontos de conflito, deixando pouco espaço aos itens de conciliação.

Não se pode esquecer, por certo, que os índios como pessoas humanas, embora sua relação com a natureza seja diversa e em geral mais respeitosa que a dos não índios, não deixam de sucumbir, dependendo do caso, a pressões por mais facilidades e recursos. **Maria Tereza Jorge Pádua** mostrou isso em entrevista para a já citada obra organizada por **Fany Ricardo** ao falar sobre a destruição causada pelos índios do Parque Nacional do Araguaia (**op. cit.** p. 107 a 113).

A esse depoimento se aliam as recentíssimas denúncias do Ibama quanto à participação de comunidades indígenas determinadas no processo de desmatamento do bioma amazônico.

Situações como essa não podem servir de base para uma generalização, mas tampouco podem ser desprezadas. Lembre-se de que no caso do Parque Nacional do Monte Roraima, sua localização, entre a fronteira e a área indígena, dificulta que pressões externas sobre os índios acabem afetando diretamente a sua área. A criação de gado, contudo, preocupa.

Nesse quadro, e considerando que o meio ambiente é um bem de todos os brasileiros, e também um bem da humanidade, a área da unidade de conservação, sujeita à tripla afetação (terra indígena, faixa de fronteira e parque nacional), deve ser administrada pelo órgão com atribuição para a gestão das unidades de conservação, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Para tanto, deve contar com a participação das comunidades indígenas da área em caráter opinativo, que poderão ali transitar livremente podendo realizar exclusivamente atividades de extrativismo vegetal, caça e pesca nos períodos e condições estipulados pela administração, que deverá, contudo, levar em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai. Fica assegurado o trânsito de visitantes e pesquisadores nos horários e condições estipulados pela administração, tudo na perspectiva de preservação do ecossistema, o que quer dizer preservação da natureza como bem maior de toda a humanidade.

A manutenção íntegra do Monte Roraima, divisor de águas dos três grandes sistemas fluviais da América do Sul (Orinoco, Esequibo e Amazonas), como local de proteção e a possibilidade de que seja dedicado à devoção e admiração de índios e não índios ao mesmo tempo, tem caráter emblemático.

É nele que na lenda reinventada por **Mário de Andrade**, com inspiração na mitologia das tribos de Roraima e a partir de Theodor Koch-Grunberg, nasce Macunaíma, o anti-herói que o autor faz passear por diversas referências da cultura e do folclore brasileiros, construindo irreverentemente uma identidade nacional.

E é nessa identidade nacional, formada na fusão de culturas que se somam e se completam, sem sacrificar-se no todo, que se apoia a grandeza de nosso povo e o sucesso de nossas esperanças.

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um "tudo pode" para os índios e um "nada pode" para a defesa do interesse público na sua mais

ampla perspectiva. É um estatuto complexo, sofisticado, que consegue ao mesmo tempo cumprir a determinação constitucional de proteção e preservação dos índios e da cultura indígena e assegurar a satisfação dos interesses públicos de ordem nacional, na mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação.

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente.

É precisamente em virtude da relevância constitucional e política do procedimento que resulta na homologação das terras indígenas que não se pode deixar de cuidar de sua forma e de suas etapas, para assegurar que todos os possíveis representantes dos diversos interesses de âmbito nacional possam se manifestar e assim contribuir para a legitimidade do processo, que não pode ficar, como tem ocorrido na prática, a cargo de uma única pessoa ou, na melhor das hipóteses, a cargo de umas poucas pessoas com formação antropológica.

Por mais que o Decreto 1.775/1996 tenha procurado garantir a qualidade técnica dos trabalhos de identificação e demarcação, bem como a participação de todos os interessados no procedimento, titulares de interesses públicos de ordem nacional ou não, estou convencido de que a Constituição exige bem mais que isso.

Não me parece razoável que a caracterização de uma área determinada do território nacional e, principalmente, a sua extensão fique a depender de apenas um especialista, a despeito da contribuição dos demais componentes do grupo técnico (art. 2º, *caput* e § 1º, do Decreto 1.775/1996).

Como já tive oportunidade de destacar, a identificação e a demarcação da terra indígena devem ser realizadas com base em um fato, **o fato indígena**, a ser apurado com base em critérios e metodologia próprios da ciência antropológica, a partir dos dados disponíveis e das informações levantadas em campo.

Ora, a interpretação desses dados e informações colhidos pelo antropólogo encarregado do trabalho de campo e com vistas ao cumprimento do disposto na Portaria 14 da Funai, de 9-1-1996, não pode ser feita solitariamente e sob apenas um único ponto de vista, o que, não é difícil inferir, poderia influenciar o processo mesmo de pesquisa e levantamento. Exige-se, portanto, a participação multidisciplinar de especialistas em todas as etapas, com credenciais acadêmicas e reconhecida experiência em atividades relacionadas aos índios do Brasil.

A manifestação dos entes federativos cujos territórios forem abrangidos pela terra indígena não pode ser meramente facultativa, porém obrigatória, e deve ocorrer sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto 1.775/1996.

Antes de dispor finalmente sobre o pedido formulado, penso que algumas considerações sobre a natureza e o escopo da ação proposta devam ser feitas.

Como já expus ao apreciar o tema do litisconsórcio, a presente ação popular somente se encontra sob a apreciação deste Supremo Tribunal por conta do

tema que veicula. É mero veículo do conflito federativo e fazendo com que os requisitos e as regras normalmente observados no rito da Lei 4.717/1965 somente ganhem sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, isto é, a solução do conflito. Os requisitos e as regras do rito, ressalte-se.

Essa adaptação do rito, porém, não faz com que o escopo da ação popular seja reduzido ou com que sejam ceifadas as suas próprias finalidades. Neste caso, o autor pretende obter a declaração de nulidade dos atos referentes à regularização fundiária da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Anoto que a lesão ao Estado de Roraima é que foi realçada no conflito federativo e em algumas das manifestações nos autos e da tribuna.

O que se verifica de tudo o que foi exposto é que tanto a Portaria 534 do Ministro da Justiça, de 13 de abril de 2005, quanto o decreto presidencial de 15 de abril de 2005 deixam de atender ao conjunto de condições que a disciplina constitucional impõe ao usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, ensejando o acolhimento de parte da impugnação do autor. Note-se que não há falar em nulidade.

A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras:

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da CF) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;

(ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai;

(vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai;

(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

(xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, da CF, c/c art. 18, *caput*, da Lei 6.001/1973);

(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, da CF, c/c art. 18, § 1º, da Lei 6.001/1973);

(xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/1988, bem como a renda indígena (art. 43 da

Lei 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, da CR/1988).

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, disse-o bem o Relator que este julgamento é emblemático, ante os altos valores nacionais envolvidos. Hoje, um grande jornal, um jornal de circulação nacional, a *Folha de São Paulo*, noticia que refletirá em 227 áreas demarcadas ou a serem demarcadas.

Prolatou o Ministro Menezes Direito voto que reputo profundo e proficiente e concluiu com inúmeras colocações que são, acima de tudo, consentâneas com o teor do voto. Colocações pedagógicas.

Se houver, Presidente, o consentimento daqueles que devem, considerada a ordem natural do julgamento, prolatar voto antes de chegar a minha vez, antecipo o pedido de vista.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, como Relator, quero louvar sobremodo o voto-vista do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sua Excelência fez, de fato, um estudo profundo, cuidadoso, revolvendo aspectos da causa imprescindíveis à formação de um juízo de cognição de nossa parte seguro.

Também fez a meu sentir, em linhas gerais, uma interpretação acertada do texto constitucional, que sabemos contém ou se desdobra por dezoito dispositivos versantes sobre a questão indígena. A Constituição dispensa dezoito dispositivos à questão indígena. Só sobre a locução "terras indígenas", ela – a Constituição – fala onze vezes. Para mostrar o seu especial apreço pela questão indígena – volto a dizer –, a Constituição abriu para eles – os índios – um capítulo em apartado, um capítulo especial.

Sua Excelência dá, ao final, pela procedência parcial da ação, listando condições numerosas para a mantença, a preservação do decreto homologatório da demarcação.

Quero dizer a Vossa Excelência e aos eminentes Pares que, em linha de princípio, também concordo, até porque – terei oportunidade de fazê-lo quando o feito retornar – praticamente não há nenhuma dessas condições, nenhuma, que já não se contenha no meu voto. Numa leitura um pouco apressada, porque acabei de receber por escrito a conclusão do eminente Relator, mas a minha quase certeza, digamos assim, é de que nada escapou também às lentes da minha observação quando da prolação do meu voto.

Só tenho dúvida – mas isso também será objeto de uma rediscussão – se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão *extra petita*, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação e, sobretudo, a descaracterização do formato demarcatório que, nos termos do decreto do Presidente da República, foi um formato contínuo, e o autor popular propõe que o formato seja descontínuo. Ou seja, nulidade do processo com foco para a impossibilidade de adoção do formato contínuo. Mas isso será retomado. Se é um pedido *extra petita* ou não, isso será retomado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Se Vossa Excelência me permitir, até fui pedir agora ao eminente Presidente, se fosse possível, que suspendesse a sessão, porque realmente a minha voz está terminando, já não aguento mais; peço desculpas por ter sido um voto tão longo. Certamente não foi mais brilhante que o de Vossa Excelência, mas apenas para esclarecer, Ministro **Carlos Britto**, que certamente Vossa Excelência sabe que não me descuido com relação a ser *extra petita* ou *infra petita*. Certamente não me descuido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, com certeza.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Se eu assim propus, se eu assim votei, tal como Vossa Excelência sempre o faz, tenho a certeza de que o fiz pensadamente. Imaginei que, na parte final do meu voto, tivesse deixado esclarecido esse aspecto exatamente para permitir a conclusão à que cheguei.

Mas, evidentemente, esta Corte tem esta grande qualidade: aqui não somos uns, somos todos; somos *ut unum sint*, que todos sejamos sempre um. E o voto de cada qual é sempre menor do que o voto da maioria formada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sem dúvida. Por isso, quando iniciei minha fala, disse que tinha alguma dúvida se cabia esse tipo de decisão, receoso que estava de caracterizar um julgamento *extra petita*, mas não fiz afirmação categórica.

Agora, a rouquidão de Vossa Excelência não o impede de ouvir, lógico. Quero que Vossa Excelência saiba que eu renovo a minha admiração pelo voto excelente que acaba de proferir.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Nós, às vezes, falamos mais do que ouvimos. Vossa Excelência sabe que há, em Santo Agostinho, uma obra fundamental, pouco lembrada, *O Mestre*, em que ele dialoga com seu filho Adeodato, e ele pergunta:

– O que nós queremos dizer quando falamos?

E Adeodato responde:

– Quando falamos, ou queremos aprender, ou queremos ensinar.

Aqui nós, tenho certeza, sempre queremos aprender. Faço como Adeodato agora.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sem dúvida; perfeito. Então, Vossa Excelência receba a renovação dos meus cumprimentos pelo excelente voto que produziu. Sem dúvida, contribuirá, e muito, aliás, de forma completa para formação do nosso juízo final.

Senhor Presidente, com essas palavras, encerro a minha participação, reservando-me, mantendo o meu voto para outra oportunidade.

No meu voto, só queria fazer um aclaramento: quando concluo julgando improcedente, *in totum*, na sua totalidade, a ação popular, pronunciei-me pela expulsão dos não índios da Reserva Raposa Serra do Sol, mas evidente que, no contexto do meu voto, a expressão "não índios" é significante de expulsão dos que litigam com os índios, disputando-lhes a posse, o uso, a ocupação da área em questão.

Eu não falei, evidente que não quis incluir os não índios, cônjuges de índios, seria um disparate, um contrassenso.

Com esse aclaramento, agradeço a Vossa Excelência.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, como Relator, preocupo-me com a continuidade da situação, porque, desde o momento em que deferimos a liminar para estancar, sustar o processo chamado de desintrusão, desde que fizemos isso, já tínhamos um quadro factual de confronto iniciado e sustado exatamente por efeito da nossa liminar.

Preocupa-me esse estado de coisas, porém gostaria de ouvir os demais Ministros, sobretudo a partir da Ministra Cármen Lúcia, que teria a precedência do voto.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, tenho como princípio realmente aguardar os pedidos de vista que são feitos, porém, neste caso, entendo a preocupação do Ministro Carlos Britto. Eu tinha voto pronto na primeira assentada e aguardei o voto-vista do Ministro Menezes Direito, hoje.

Então, da minha parte, se o Tribunal, pela maioria, acolher aguardar o pedido de vista, obviamente eu me curvo a essa decisão, porém eu gostaria, com a desculpa que peço, se o Ministro Marco Aurélio me permitir que eu antecipe o meu voto, porque estive lá, naquela ocasião formulei o voto, tinha todos os dados na cabeça e preferia, de uma vez, antecipar. Claro que, à vista do que o Ministro Marco Aurélio venha a trazer, eventualmente até reajusto algum dado referente ao meu voto, mas, de uma vez, o que é o meu entendimento ficaria assentado se tanto for a decisão.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu me pronuncio também pela continuidade do julgamento. Acho que estamos diante de um momento histórico muito importante, na região objeto do julgamento por este Plenário existem, como noticiam os meios de comunicação, tensões que precisam ser resolvidas o mais brevemente possível. Creio que os Colegas do Plenário estão preparados para votar. Eu pessoalmente estou preparado; trago voto escrito. Posso também resumir oralmente.

Pronuncio-me, então, Senhor Presidente, pela continuidade do julgamento.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio. Tenho voto escrito, aliás já tinha desde a primeira vez, fiz pequenas adaptações agora, depois da interrupção.

Com as vênias, gostaria de votar hoje.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, é com o maior respeito que o Tribunal recebe o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, a quem ouviremos todos com grande satisfação e aprendendo as lições que Sua Excelência sempre nos traz. No entanto, não vejo como um tabu intransponível a antecipação de voto toda vez que qualquer um dos Ministros assim entenda adequado fazer, inobstante o pedido de vista de algum Colega.

Eu, por isso, me manifesto pela continuidade do julgamento.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, quero apenas consignar que manifesto também meu respeito pela opinião do eminente Ministro Marco Aurélio, não o fiz quando proferi meu voto.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, inicialmente gostaria de registrar, mais uma vez, ao Ministro Marco Aurélio o meu mais absoluto respeito, e, como disse a Ministra Ellen Gracie, é direito regimental de Sua Excelência o pedido de vista feito.

Portanto, tal como acaba de registrar o Ministro Ricardo Lewandowski, não vai aqui, absolutamente, qualquer forma de imaginar que não se teria muito a aproveitar, e não se terá, de seu voto.

Faço, Senhor Presidente, inicialmente, essas observações. A primeira, referente à Excelência dos votos proferidos tanto pelo Ministro Carlos Britto, por ocasião de sua manifestação, de uma grandeza enorme, como hoje o voto do Ministro Menezes Direito, que nos traz e aporta novos dados, novos elementos da maior importância para a configuração desta causa. Alguns deles, Ministro Menezes Direito, eu já tinha em meu voto, essa é a razão pela qual acolho, ao final, e Vossa Excelência verá.

Mas, de toda sorte, mantenho aqui, basicamente, o que se convinha dentro dos elementos que já se continham nos autos e que eu já havia estudado.

A segunda, com relação às preliminares, também como disse o Ministro Menezes Direito, estão superadas, porque, na assentada inicial, foram devidamente cuidadas.

Apesar do que foi dito hoje pela manhã no voto brilhante do Ministro Menezes Direito, vou fazer algumas observações sobre indigenato, porque o Ministro Menezes Direito superou essa questão, para levar em consideração o fato do índio. Faço algumas observações exatamente considerando que alguns pedidos formulados foram feitos com base em documentos que anteciparam a Constituição de 1934.

Essa é a razão pela qual, rapidamente, vou fazer a leitura dessa passagem que já se continha no meu longo voto, mas vou tentar abreviar.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, a presente ação popular traz questões constitucionais de enorme importância, tanto para o cuidado jurídico da garantia do indigenato quanto para a concepção e prática da federação brasileira, conforme salientado pelo eminente Relator, Ministro Carlos Ayres Britto.

1. A presente ação foi proposta por Augusto Affonso Botelho Neto, sendo seu objeto o questionamento da validade constitucional da Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, pela qual se estabeleceu a demarcação da terra indígena denominada "Raposa Serra do Sol".

Na presente ação se pede:

> (...) seja julgada, no mérito, procedente (...) determinando a nulidade da Portaria 534/2005, pois derivada de procedimento de demarcação viciado e por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal, dentre outros; (...)
> (Fl. 22.)

2. Também como posto muito bem descrito pelo douto Relator, o ato questionado (Portaria 534/2005) substituiu a Portaria 820/1998. Contra essa foram ajuizadas numerosas ações, que, encaminhadas a este STF, foram extintas sem julgamento de mérito quando da revogação daquele ato (Rcl 2.388).

3. De se atentar que, dentre os numerosos entes que se apresentaram como litisconsortes e interessados, admitidos na ação, há de se realçar o Estado de Rorai-ma, que requereu o seu ingresso na lide na condição de litisconsorte ativo necessário.

Na longuíssima petição, assinada inusitadamente até mesmo pelo Governador do Estado, e não apenas pelos Procuradores que, por força da legislação nacional, representam o ente político em juízo, Roraima requer:

> a) seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência do litisconsórcio necessário, para que possa atuar, junto com o autor na ação popular em curso, na forma do art. 6º, *caput* e § 3º, da Lei 4.717/1965 e art. 47, do CPC, possibilitando, assim, a defesa do seu patrimônio com o combate dos atos administrativos a ele lesivos;
>
> b) o recebimento, pelo eminente Relator, dos documentos que acompanham esta peça processual, para, ao final, julgar procedentes os pedidos formulados na inicial de modo a declarar-se a nulidade da Portaria 534/2005 (...);
>
> c) determinar que eventual e futura demarcação que venha a ocorrer, seja procedida, necessariamente, em ilhas, por ser imperativo à segurança nacional e à integridade do território do país, com a exclusão da área de 150 km referente a faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/1988);
>
> d) seja reconhecida a exclusão, em qualquer demarcação de terras indígenas, especialmente a da "Raposa Serra do Sol", das seguintes áreas:
>
> 1) área de fronteira até que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional sobre o tema e no perímetro por ele estabelecido;
>
> 2) as sedes dos municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima (em atenção no pacto federativo), no que se inclui o lago do Caracaranã, das Vilas de Água Fria, Surumú, Socó, Vila Pereira (Vila do Surumu) e Mutum, e respectivas zonas de expansão, inclusive dos municípios referidos;
>
> 3) os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo Incra antes da Carta de 1988;
>
> 4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/1988);
>
> 5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio;
>
> 6) as plantações de arroz irrigado no externo sul da sobredita área indígena;
>
> 7) as áreas destinadas a Construção da Hidrelétrica do Cotingo, bem como da respectiva área a ser inundada;
>
> 8) o Parque Nacional do Monte Roraima;
>
> 9) outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, *caput*, da CF/1988.
>
> e) que eventual nova demarcação seja condicionada a prévia manifestação do Conselho de Defesa Nacional, mormente quanto a extensão da reserva, levando-se em consideração as questões alusivas à segurança nacional e à integridade do território do país;
>
> f) determine à União que se abstenha de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc., sob pena de inviabilizar a sustentação econômica e social desse novel ente federativo; (...) (Fls. 5256-5257.)

4. Os argumentos fundamentais expostos na ação e em razão dos quais se formulam os pedidos baseiam-se em pretendida ocorrência de vícios na Portaria 534/2005 e em sua homologação. Tais nódoas seriam, basicamente: a) nulidade

do procedimento administrativo por contrariedade aos Decretos 22/1991 e 1.775/1996, não tendo participado todos os interessados para a conclusão sobre o relatório circunstanciado pelo Grupo Interinstitucional de Trabalho; b) nulidade do estudo antropológico conclusivo assinado por uma única profissional; c) prejuízos iminentes à economia do Estado de Roraima pela contiguidade da área demarcada; d) ofensa ao equilíbrio federativo pela extensão da área demarcada; e) comprometimento da segurança nacional, por ser a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol faixa de fronteira Brasil, Venezuela e Guiana.

O Estado litisconsorte e a modificação dos pedidos

5. Antes de adentrar o mérito da ação, cumpre observar que o Estado de Roraima inova o pedido ao incluir que "c) eventual e futura demarcação que venha a ocorrer, seja procedida, necessariamente, em ilhas, por ser imperativo à segurança nacional e a integridade do território do país, com a exclusão da área de 150 km referente a faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/1988);" e, ainda, "d) seja reconhecida a exclusão, em qualquer demarcação de terras indígenas, especialmente a da 'Raposa Serra do Sol', das seguintes áreas:

1) área de fronteira até que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional sobre o tema e no perímetro por ele estabelecido;

2) as sedes dos municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima (em atenção no pacto federativo), no que se inclui o lago do Caracaranã, das Vilas de Água Fria, Surumú, Socó, Vila Pereira (Vila do Surumu) e Mutum, e respectivas zonas de expansão, inclusive dos municípios referidos;

3) os imóveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934 e as terras tituladas pelo Incra antes da Carta de 1988;

4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/1988);

5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio;

6) as plantações de arroz irrigado no externo sul da sobredita área indígena;

7) as áreas destinadas a Construção da Hidrelétrica do Cotingo, bem como da respectiva área a ser inundada;

8) o Parque Nacional do Monte Roraima;

9) outras áreas que venham a ser consideradas fora do alcance previsto no art. 231, *caput*, da CF/1988".

O autor popular somente pediu, expressamente, "a nulidade da Portaria 534/2005, pois derivada de procedimento de demarcação viciado e por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal, dentre outros" (fl. 22).

O que distingue um pedido do outro está em que a definição da própria competência deste STF haverá de ser bem definida. Examinar a validade, ou não, de um ato administrativo no qual se especifica a demarcação de uma área de terras indígenas em face da Constituição e da legislação vigente importa em decidir, então, sobre a validade, ou não, do provimento questionado, tal como examinou

e concluiu o eminente Ministro Relator, Carlos Britto, que concluiu pela improcedência da ação por não ter vislumbrado qualquer vício naquele provimento.

Bem diferente é o exercício da jurisdição quando se busca seja alterado o conteúdo do ato questionado, que é uma das formulações expressas no pleito do ente estadual.

Como tanto não foi o que buscou o autor popular, cumpre, inicialmente, verificar se, no sistema jurídico vigente no País, é possível ao litisconsorte ativo – pessoa política – em ação popular (cuja legitimidade ativa é exclusivamente do cidadão) – inovar o pedido, suscitando, como se tem no caso, cuidado inicialmente não cogitado.

6. Nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição do Brasil, se tem que: *"qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular* que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;".

O autor popular, no caso, é Augusto Affonso Botelho Neto.

7. O Estado de Roraima, em sua longa petição de fls. 5138 a 5260, requer o seu "ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário, para que possa atuar, junto com o Autor na ação popular em curso, na forma do art. 6º, *caput*, e § 3º, da Lei 4.717/1965 e art. 47 do CPC, possibilitando, assim, a defesa do seu patrimônio com o combate dos atos administrativos a ele lesivos;" (fl. 5256).

O art. 6º, *caput* e seu § 3º, da Lei 4.717/1965, dispõe:

> Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.
>
> (...)
>
> § 3º As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

8. A só leitura dos dispositivos patenteia a impossibilidade de poderem eles servir de fundamento jurídico à pretensão do Requerente. Em primeiro lugar porque, nos termos constitucionalmente postos, o autor popular é o cidadão, aqui entendido, como ensina dentre outros, Hely Lopes Meirelles, como "cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito esse que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o que será carecedor dela" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança.* São Paulo: Malheiros, 2007. p. 125).

Logo, a condição requerida não pode ser cumprida pelo Estado de Roraima, admitindo-se ele na lide, tal como o fez o eminente Relator, na condição de litisconsorte.

9. O litisconsórcio alegado, no caso, haverá de ser tido como facultativo, não necessário. É que esse se caracteriza por ser, como leciona Nelson Nery Júnior, aquele que se instala "quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determina sua formação, independentemente da vontade das partes" (*Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 258).

No caso dos autos, parece patente a inocorrência do alegado litisconsórcio necessário, porque o Estado de Roraima poderia até mesmo – fosse esse o seu entendimento – pôr-se ao lado da União, se concluísse, por exemplo – e que, diga-se de pronto, não é o caso –, estar correto o provimento administrativo que ensejou a demarcação das terras indígenas em território que compõe o seu espaço territorial.

Ademais, o litisconsórcio necessário pretendido pelo Estado de Roraima determinaria a nulidade do seu não comparecimento em todas as fases da ação, o que não se deu, uma vez que a sua apresentação somente ocorreu em fase adiantada do processo, como também salientou o insigne Ministro Relator.

Não podendo ser admitido como litisconsorte necessário, não poderia ademais o Estado de Roraima mudar o pedido, como o fez, e para se concluir assim basta cotejar os pleitos apresentados pelo autor popular e aqueles expostos na petição estadual.

É diferente pretender a nulidade, judicialmente declarada, de um decreto por inconstitucionalidade ou ilegalidade – regra do vale ou não vale segundo a norma hierarquicamente superior validadora –, situação que se põe no rol de competências constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário, e pretensa supressão de partes de áreas inseridas em decreto presidencial, fundado em laudos periciais específicos, pelo qual se homologou a área como sendo de reserva indígena. Tanto poderia equivaler à configuração de novo ato administrativo, o que não se inclui na competência do Poder Judiciário. Ou se poderia extrair do ato administrativo questionado o seu espírito, em função do que se teve a contiguidade da área demarcada e aí também se estaria diante da segunda alternativa.

10. Alega o nobre Ministro Relator que se estaria em face de situação de assistência, o qual, nos termos do art. 50 do CPC, é admissível desde que ele receba o processo no estado em que se encontrava quando de sua petição e, principalmente, sem mudar o pedido, o que não lhe é autorizado legalmente.

É nesse sentido e nesses termos que acompanho, no ponto, o Relator.

A Constituição brasileira e os direitos indígenas; as terras indígenas e a Federação

11. As Constituições brasileiras começaram a cuidar do tema relativo aos direitos dos indígenas em 1934.

Antes, porém, a matéria foi objeto de legislação e isso antes mesmo da formação do Estado brasileiro. Disso dá notícia fecunda e preciosa João Mendes Júnior, em seu celebrado trabalho *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*.[16]

Examina aquele autor, após incursionar pelo processo colonizador no Brasil e nos Estados Unidos e seus atos e efeitos sobre os indígenas, a legislação posterior à independência, mencionado desde a Lei de 27 de outrubro de 1831, revogando as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios, e os considerando como órfãos, até a Lei 601, de 18 de setembro de 1850, que regulou as terras possuídas, as terras devolutas e as terras reservadas. Das terras devolutas, afirma aquele autor, a lei reservou as necessárias para a fundação de povoações e aberturas de estradas e mais fundações públicas e para a colonização dos indígenas.

O Regulamento 1.318, de 30 de janeiro de 1854, interpretando aquela lei, declarou que as terras seriam reservadas para colonização "e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem hordas selvagens" (arts. 72 a 75).

O insigne autor paulista anota que "bem se entende que o legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exibam os registros de suas posses. Parece-nos entretanto que outra é a solução jurídica: – desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhe pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro" (p. 57).

Já então se reconheceu – o que apenas se reforçou a partir das Constituições brasileiras de 1934 até a de 1988 – o indigenato, a distinguir *a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação*. É ainda João Mendes Júnior que afirma que "Tanto o indigenato quanto o colonato, podem ser preliminares da municipalização. Os próprios Romanos, que se constituíram por conquista e que davam tanta importância ao *dominium ex jure quiritium*, tiveram de reconhecer estes efeitos... As leis portuguesas dos tempos coloniais apreendiam perfeitamente estas distinções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se formar um aldeamento, mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia, quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra. (...) sem desconhecer as outras fontes, já os filósofos gregos afirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na

---

[16] MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos.* São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

frase do Alvará de 1º de abril de 1680, 'a primária, naturalmente e virtualmente reservada', ou, na frase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), 'um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento'. Por conseguinte, o indigenato não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem. O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo (...) a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: – *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*'"(op. cit., p. 58).

12. Vale, contudo, atentar à sua assertiva, que não pode ser desconsiderada sequer após quase cem anos de sua exposição: "Os pobres índios não tinham cônsules que por eles interviessem, não tinham juízes que lhes reconhecessem direito ao trabalho: fizeram justiça por si, tanto quanto deles não era lícito esperar, porque limitaram-se à evasão e à dispersão. Fugiram alguns; pois, apesar de todas as calúnias, quando queremos derrubar matas e trabalhos mais pesados, não recorremos aos compatriotas de nossos avós europeus, mas aos descendentes dos nossos índios, aos nossos caboclos, aos nossos caipiras" (op. cit., p. 54).

Sem órgãos judiciais a lhes garantir o que a legislação colonial e, depois, a imperial a eles assegurava, os índios viram minguados os seus direitos e os seus espaços de existência e de manutenção de suas identidades.

13. A Constituição brasileira de 1824 nada dispôs sobre os índios. O Ato Adicional de 1834 (Lei 16, de 12 de agosto 1834) estabeleceu, em seu art. 11, § 5º, a competência das assembleias legislativas provinciais para "promover, cumulativamente com a assembleia e o governo geral, a organização da estatística da província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias".

Entende-se que o indigenato, entretanto, tinha sido recepcionado pela Constituição imperial, pelo que os seus efeitos produziam-se independente de previsão constitucional expressa.

O mesmo se há de compreender, pois, com o advento da Constituição de 1891, que, não tendo cuidado, expressamente, da matéria, faz indiscutível que os índios detinham os direitos dos brasileiros aos quais se sobressaíam o que era sua condição exclusiva, qual seja, aqueles referentes ao indigenato.

Enfatiza José Afonso da Silva, em parecer oferecido na presente ação, que a Constituição de 1891 "gerou alguma controvérsia e até alguma consequência não autorizada. Referimo-nos ao art. 64 que declarou pertencer aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Diante deste dispositivo, alguns Estados, tendo como devolutas as terras ocupadas pelos índios, começaram a estabelecer disposições sobre legitimação de

posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras possuídas que as abrangiam. *Com certeza, não havia boa-fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas"*(Parecer, p. 3).

A Constituição de 1934 conferiu à União competência privativa para legislar sobre "a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*",* e, ainda, definiu que "art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las".

Estava reconhecido e garantido, assim, o indigenato, conquanto não de forma direta, mas, à evidência, de forma decisiva.

A Carta de 1937 manteve disposição com o mesmo conteúdo daquele contido na norma da Constituição anterior, com os limites da outorga que lhe deu origem e de sua inefetividade geral.[17]

A Constituição de 1946 voltou ao tema, em seu art. 5º, inciso XV, alínea *r*, e art. 216.[18]

Em comentários àquela norma enfatizava Themistocles Brandão Cavalcanti, que posteriormente viria a ser o redator do Projeto transformado em Estatuto do Índio (Lei 6.001, de 19-12-1973): "A Constituição assegura aqui o *ius possidetis* (na verdade, o indigenato) das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que a não transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora" (*A Constituição Federal comentada.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, vol. IV, p. 242).

A Carta de 1967 fez incluídas entre as terras da União as ocupadas "pelos silvícolas" (art. 4º, inciso IV), outorgou a este ente nacional competência para legislar sobre incorporação dos sílvicolas à comunhão nacional, além de lhes manter a segurança de serem titulares da "posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes" (art. 186).

Vale aqui referência expressa aos dizeres de Pontes de Miranda, que comentando aquelas normas afirmava serem "nenhuns quaisquer títulos, ainda que registrados, contra a posse de silvícolas, ainda que anterior à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse" (*Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, vol. IV, p. 218).

A Emenda 1, de 1969, repetiu aquelas normas, mas acrescentou as consequências que erigem em regras com efeitos retro quanto a pretensões baseadas em títulos formais, que, como asseverara antes Pontes de Miranda, não podiam ser reconhecidos como válidos.

---

[17] "Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas."

[18] "Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Naquele documento constitucional, consta em art. 198 e seus parágrafos:

> Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos têrmos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.
>
> § 1º *Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.*
>
> § 2º *A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.*

14. A Constituição de 1988 inovou o tema ao tratar em capítulo próprio dos princípios e das regras asseguradores dos direitos dos índios e do indigenato, dispondo, em seu art. 231:

> Capítulo VIII
> Dos Índios
>
> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
>
> § 3º 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.
>
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
>
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
>
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.
>
> § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Em comentários sobre estas normas, realça José Afonso da Silva que "a questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza – como lembra Manuela Carneira da Cunha – constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. *Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios*. Da Constituição se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas" (*Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2007. p. 869).

15. Sob a égide desta Constituição se deu seguimento e empenho ao processo que já se iniciara em diversos pontos do País referente à demarcação de terras indígenas, e, em especial, à demarcação da área objeto de questionamento na presente ação.

16. De se atentar a que *foi esta mesma Constituição que, no art. 14 do ADCT*, transformou o Território de Roraima (portanto, até então, mera autarquia territorial da União) em Estado-membro da Federação brasileira: "Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos".

Nem antes havia naquela área Município constituído como ente federado, portanto autônomo, porque Roraima não detinha aquela qualidade constitucional, nem havia como se cogitar do desconhecimento de que naquela área prevalecia o indigenato, porque desde 1934 tanto era reconhecido em todo o território nacional e a norma de 1969, observada como constitucional no período, reconhecia o direito dos índios e afirmava, expressamente, a invalidade de quaisquer títulos nestes espaços. Logo, Roraima não era ente estadual; não tinha Municípios, nem o direito de ter um ou mais naqueles locais, quer porque não era Estado da Federação, quer porque a área de reserva indígena era constitucionalmente reconhecida e o direito dos índios vinha de 1934. Territórios, como se sabe, não são organizados em Municípios –, nem se teve um ente federado cujas lindes tenham sido desvirtuadas pela superveniente – que superveniente não é, mas precedente – demarcação das áreas de terras indígenas a compor o cabedal público dos bens da União.

17. Também não se pode deixar de atentar a que a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para "vir a compor a comunhão nacional" ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias, e não como opção – que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana –, mas como orientação estatal.

Tal como posto na Constituição de 1988, os índios têm direito a participarem do progresso e do desenvolvimento das instituições, dos saberes, das práticas e dos costumes, se tanto e na medida em que tanto quiserem. Não se há de insular

os índios, nem se há de a eles impor venham a crer no que creem os demais brasileiros, a viver como vivem os que não estejam aldeados. Mas há de se lhes garantirem tais direitos, porque não se quer que os saberes humanos não possam a eles passar, para que possam melhor viver, se tanto entenderem necessário, conveniente e na oportunidade que assim desejarem, sem que isso signifique abrir mão de suas crenças e de suas formas de ver o mundo e de viver no mundo.

O processo perverso – e que é cada vez mais universalizado – de incluir (que, normalmente, significa não apenas "não excluir", mas trazer para o lado de quem se acha dono da verdade única os que a ela ainda não aderirem) significa não permitir o diferente, o que vive segundo sua forma de livremente pensar e optar segundo a sua vocação.

Trazer o índio para as opções que na sua aldeia não são possíveis não é respeitar a sua dignidade. Isso se consegue a ele permitindo que ele retire das práticas não índias o que entenda ser o seu aprimoramento e a sua melhoria. Haverá de se abrir espaços para os índios e não obrigá-los às opções feitas por nós outros, como se fôssemos os únicos a saber o que vale e o não vale em toda a dimensão humana.

Cessem, pois, as observações feitas de que as demarcações de terras indígenas muram os índios nos espaços definidos e a eles impõem o persistir no mesmo momento histórico para sempre. Há que se lhes assegurar o espaço para garantir respeito à sua essência e às suas escolhas humanas. Até mesmo porque as coisas são, em geral, adjacências nem sempre tão humanas assim... Mas a partir da segurança de sua condição, o que lhe advém da terra, de sua cosmovisão, é que o índio pode garantir-se como ser livre para escolher. Inclusive eleger ausentar-se ou superar aquele espaço e aquela forma de viver. Mas não se há de vê-lo um novo meteco, brasileiro como todos nós, mas órfão de sua condição essencial. E, embora algumas pessoas não percebam, às vezes, e para alguns, a alma pode dar-se a ser a partir do Monte Roraima.

18. A terra indígena denominada Raposa Serra do Sol, objeto da Portaria 534/2005, ora questionada, compreende as etnias Macuxi, Wapixana, Taurepang, Patamona e Ingaricó.

Grupos de índios dessas etnias ocupam estas plagas desde os primeiros tempos da colonização, como bem lembrado pelo Ministro Maurício Corrêa, no voto proferido na ADI 1.512, na qual se questionava a validade constitucional, ou não, da criação dos Municípios de Uiramutã e de Pacaraima:

> 2. Antes mesmo da chegada dos portugueses, holandeses da Companhia das Índias Ocidentais queixavam-se de não poderem atravessar as margens do rio Rupununi em virtude da guerra que então se travava entre os índios Macuxi e Wapixana. Em caráter definitivo, contudo, os portugueses só ali chegaram em 1774, estabelecendo-se na foz do rio Maú, também conhecido como Ireng, após a expulsão do local de um destacamento espanhol, para cuja operação contaram com a decisiva participação desses índios Macuxi. Após a conquista do território, em seguida, nos anos posteriores, várias foram as expedições que por lá passaram,

destacando-se dentre elas a do então Governador da Capitania de São José do Rio Negro, Manuel da Gama Lobo Dalmada, que à frente da Comissão Brasileira Demarcadora de Fronteiras, contatou lideranças indígenas Macuxi, de várias aldeias das redondezas, dentre as quais as dos rios Rupununi e Surumu. A partir do século seguinte, visitaram essa região naturalistas e estudiosos estrangeiros, que consignaram em seus diários a presença desses grupos indígenas. Em 1840, 1841 e 1843 o alemão R. Schomburg localiza com precisão dezenas de aldeias dos Macuxi, Ingaricó e Patamona nos baixios dos rios Cotingo, Maú (Ireng), Tucutu e Rupununi.

3. Sugerem os relatórios antropológicos da Funai que além desse pesquisador, estiveram entre esses silvícolas, como narrado em seus diários, viajantes como Coudreau, em 1887 e E. Stradelli, em 1887, 1888 e 1906. Já neste século o etnólogo Koch-Grumberg, em alentado ensaio datado de 1917, discorria a respeito dos Macuxi:

> "Seu território principal se encontra como na época de seu primeiro contato com os europeus, desde fins do século XVIII, entre o Tucutu, seu afluente direito, o Mahú ou Ireng e o Rapununi, o grande afluente esquerdo do Alto Essequibo, no território fronteiriço entre o Brasil e a Guiana Inglesa, onde eles habitam principalmente a grande serra Canucu, coberta pela selva. Desde aí se estendem pelo oeste-noroeste até o Cotingo e mais adiante em povoações isoladas por ambas as margens do Surumu e pelo sul deste na savana ondulada até a região do Alto Parimé-Maruá ao lado dos Wapixana". (In: Del Roraima al Orinoco, Ediciones del Banco Central de Venezuela, 1982, vol. 3, p. 20.)

As notas de Koch-Grumberg foram confirmadas e completadas por William C. Farabee, que em 1924, dissertando a propósito dos Macuxi mencionava que "no Brasil suas aldeias se encontram, na maior parte, entre os rios Tacutu e Uraricoera e nas altas montanhas ao norte" (in The Central Caribs, Anthropological Publications, vol. IX, University of Pennsylvania, 1924). Nas primeiras décadas deste século o Serviço de Proteção aos Índios inicia as suas atividades nessa área, sendo de 1914, do ajudante de sua Inspetoria, Augusto Zany, o memorando enviado ao Diretor daquele antigo órgão, Capitão Alípio Bandeira, em que relatava:

> "Ora a inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios ao estabelecer a sua ação nos territórios do Rio Branco e seus afluentes, encontrou a maior parte da região acima, somente, exclusivamente, de facto sob a posse dos índios, ainda completamente selvagens uns, outros já em contacto frequente com os civilizados, porém vivendo com seus usos, costumes e linguagem."

4. Um pouco antes desse registro, empossado Campos Salles na Presidência da República, em seguida procedeu-se à designação de Joaquim Nabuco para chefiar a Missão Plenipotenciária do Governo Brasileiro com a finalidade específica de defender o País na controvérsia sobre a definição de nossas fronteiras com a possessão do Reino Unido no norte da América do Sul, a Guiana Inglesa.

Entre 27 de fevereiro de 1903 e 25 de fevereiro de 1904, entregava Joaquim Nabuco sua tréplica ao árbitro escolhido para lavrar a decisão sobre a disputa, ou seja, ao rei Vitor Emanuel, da Itália... tréplica essa que se constituiu em extenso e bem fundamentado trabalho condensado em 18 volumes. (...)

5. A prova da existência na região das etnias indígenas e sua convivência com o colonizador nacional, além de sua presença consumada no contestado, embasaram e fundamentaram em grande parte a postulação do direito brasileiro, cenário fático esse de que se valeu Nabuco, havendo, em virtude dessa realidade, sobre o episódio, um registro histórico digno de nota, pois a opinião dos juristas mais abalizados que se familiarizaram com o caso, davam como certa a vitória do Brasil.

Refiro-me, dentre outras fontes, à carta que o historiador italiano Ferrero escreveu a Graça Aranha, a respeito da opinião de Buzzatti, professor em Pávia e membro da Comissão de Juristas que assessorou o rei. (...)

Sucedendo-se a esses episódios deu-se a fixação da ação missionária dos monges beneditinos, e em 1927 a Comissão de Inspeção de Fronteiras, tendo à frente o então General Cândido Rondon, que havia percorrido os rios Tacutu, Surumu, Cotingo e Maú , verificou *in loco* a grossa concentração dos indígenas às margens desses rios.

Não remanesce, remontando-se a esses pródromos, a menor dúvida quanto a pertencer a essas etnias indígenas o território dos municípios ora criados, pelo que se extrai dos elementos antes referidos.

7. Entretanto, feita esta rápida e resumida digressão quanto a tais etnias nativas que em tempos pre-colombianos tinham o seu *habitat* nesse perímetro onde se localizam os recentes municípios criados, dá-se que com a chegada dos portugueses em 1774, já no ano seguinte erguiam eles o Forte São Joaquim, na confluência dos rios Tacutu e Uraricoera, particularmente para facilitar o entrosamento dos indígenas com a pequena comunidade branca ádvena, a fim de que se processasse e se incrementasse a colonização, que era o alvo primeiro da posse do espaço territorial. Dentro dessa perspectiva, e ao longo de tal incipiente colonização, estabelecem os portugueses a Fazenda do Rei, sob a administração do Forte São Joaquim, para que em seus campos naturais se iniciasse a criação de gado, e com essa cultura se antepusesse uma barreira com vistas à ameaça da chegada dos holandeses e espanhóis, originários de suas possessões vizinhas.

Para a concretização dos critérios dessa política, nos albores do Primeiro Império, são criadas mais três fazendas na região, a São Bento, São José e São Marcos, conhecidas como Fazendas Nacionais, pertencentes ao Estado. A partir daí tornou-se uma constância a chegada de pioneiros em busca de campos para a implantação de seus criatórios, sobretudo com o abandono das Fazendas São José e São Bento, e consequentemente nelas se substituindo o Estado por pessoas que vinham de fora, ocupando-as. Com o desestímulo que em seguida se configurou com a desativação de seringais, em face da crise que envolveu o setor (...) os desempregados dessa atividade acabaram, muitos deles, ali se fixando em busca de melhores oportunidades.

Acresce-se a essa circunstância o fato de que a partir da década de 30, com a descoberta de ouro no rio Maú por Severino Pereira da Silva em 1927, começaram a chegar à região garimpeiros de diversas partes do País, notadamente da própria Amazônia e do nordeste, que ali pouco a pouco foram se assenhoreando e se mesclando com a população já existente.

8. Daí a origem da frequência na área indígena de um substancial contingente de brancos, muitos deles já casados com nativas e outros que embora não miscigenados, vieram com eles a conviver no percurso de todas essas décadas, integrando-se nas comunidades espalhadas nas malocas, vilas e povoados.

Esse cenário perdurou até 1977, quando pela primeira vez se alvitrou, através do reconhecimento oficial, que se demarcasse a reserva que passou a ser vindicada não só por segmentos indígenas, particularmente, senão por defensores dessas comunidades, com o apoio do próprio órgão oficial de defesa e proteção dos silvícolas.

Inobstante, de nada resultou esse primeiro impulso.

9. Nos anos de 1979, 1984 e 1988, foram constituídos Grupos de Trabalho para que se levantasse o perímetro a ser delimitado. O Grupo de Trabalho instituído pela Funai em 1979 concluiu seu levantamento propondo a demarcação

compreendendo 1.350.000 hectares, enquanto que o de 1984 chegava a 1.580.000. Em 1992 a Funai, com base no Decreto 22, de 4-2-1991, novamente recriou Grupo de Trabalho, que se valendo das pesquisas realizadas pelos antropólogos Maria Guiomar de Mello, esta da própria Funai e Paulo Santilli, da Universidade de São Paulo, propõe a demarcação dos territórios ocupados por essas etnias – ou seja, Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona –, em 1.678.800 hectares, que é a proposta que prevalece até hoje.

Este STF não conheceu daquela ação porque entendeu necessária a dilação probatória para se saber se os Municípios, cujas leis de criação estavam então sendo questionadas, contrariariam, ou não, a Constituição, em face do disposto no art. 231 e nos procedimentos que para se lhe dar cumprimento estavam em tramitação.

19. Pela Portaria 77/P, de 4 de fevereiro de 1975, a Funai, dando cumprimento ao estatuído na Emenda 1, de 1969 (art. 198) constituíra, portanto, um Grupo de Trabalho para definição de terras indígenas no Território Federal de Roraima. Aquele grupo, entretanto, como visto antes, não concluiu os trabalhos.

Em 1977, dando sequência àquele encargo, teve origem o Processo Funai 32/33, para dar cobro àquele mesmo e único objetivo de "criação da área indígena Raposa Serra do Sol".

A partir daquela data e de 1977 até 1992 sete foram os grupos constituídos para o cumprimento daquela mesma finalidade (Portarias 111/1977; 550/P/1977; 509/1979; 1845/1984; 171/MI/1986; PP 347/1988; 1.141/1992).

De se relevar, portanto, que os trabalhos para a demarcação do que veio a se constituir na Terra Indígena Raposa Serra do Sol – nos termos da Portaria 538/2005 – tiveram início e prosseguimento antes da vigência da atual Constituição, vale dizer, quando não existia o Estado Federado de Roraima, menos ainda os Municípios que se compreendem naquelas áreas.

Nenhuns eram os títulos que se pudessem apresentar para legitimar ocupação naquela área, como afirmado nas normas constitucionais vigentes desde 1934, e, de maneira expressa, a partir de 1969, tomando-se a locução pontiana.

Logo, alegar que o conflito teria surgido em afronta ao pacto federativo pela ausência de participação do Estado de Roraima no processo de reconhecimento e demarcação da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não tem fundamento, porque a) a imprescindibilidade jurídica de se demarcar a área indígena antecede a própria existência do Estado roraimense; b) a transformação do Território Federal em Estado deu-se por norma constitucional abrigada no mesmo sistema em que se assegurava – em repetição às normas constitucionais antes vigentes sobre o mesmo tema – os direitos dos índios, aí incluídos e sobrelevados os direitos seus às respectivas áreas de ocupação; c) a criação dos Municípios deu-se em processo legislativo estadual paralelo ao procedimento administrativo federal de demarcação da área indígena naquele mesmo espaço; d) principalmente, o Estado de Roraima participou, ativa e diretamente, do procedimento administrativo que concluiu pela criação da área reservada na forma e dimensões atuais.

20. Três itens merecem realce nesta passagem em atenção às argumentações que põem em questão a validade constitucional ou legal da Portaria 534/2005 e respectivo decreto presidencial.

20.1. O primeiro refere-se à presença, ou não, do Estado de Roraima no procedimento administrativo que concluiu na forma adotada pela Portaria 534/2005.

É correta a alegação de que se há de cumprir o devido processo constitucional-federativo para que se possa ter a demarcação de áreas indígenas, pois o ente federado dispõe e impõe a sua autonomia política, constitucionalmente assegurada, em determinado território. Logo, a sua alteração – com a demarcação da reserva indígena – haverá de contar com a sua participação. O que não significa, entretanto, que possa ser obstada a demarcação pela só vontade do ente federado, menos ainda quando se considera que a definição da reserva se dá em cumprimento estrito de norma constitucional.

Dá-se, contudo, que na espécie vertente, os documentos acostados aos autos do Processo Administrativo 889/1993 demonstram, à saciedade, que o Estado de Roraima teve participação ampla, direta e objetiva naquele desempenho.

Contestando os laudos com toda amplitude, os argumentos apresentados pelo ente estadual foram respondidos pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que, no Despacho 80, de 1996, indeferiu os pleitos estaduais, após analisá-los, nos termos seguintes:

> 1.2 A manifestação dos interessados.
>
> 1.2.1 *O Estado de Roraima, o Município de Normandia, bem como diversos proprietários e posseiros*, com base no art. 9º do Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996, *ofereceram contestação à identificação e delimitação da área indígena Raposa Serra do Sol*.
>
> Analisadas as impugnações oferecidas, foram os respectivos processos baixados em diligência à Funai para a complementação dos dados e informações (...)
>
> 1.2.2 Os contestantes alinharam os argumentos seguintes (...)
>
> Apreciação das manifestações dos interessados (...)
>
> 5. Decisão
>
> Diante do exposto, nos termos do Decreto 1.775/1996 e com base nos documenos acostados aos processos epigrafados:
>
> a) julgo improcedentes, nos termos acima, as contestações oferecidas;
>
> b) assino o prazo de cento e vinte dias aos interessados para habilitarem a eventuais indenizações por benfeitorias, realizadas de boa-fé, a serem apuradas em procedimento específico;
>
> c) determino à Funai o refazimento das linhas divisórias...
>
> d) determino, igualmente, na linha da decisão do Supremo Tribunal Federal em consonância ao adotado pelos laudos da Funai de 1981 e 1993 em relação à sede do município de Normandia, a exclusão da área delimitada, da sede municipal do recém criado município de Uiramutã, bem assim das vias existentes como Surumu, Água Fria, Socó e Mutum (...)
>
> e) determino, por fim, a exclusão da fruição indígena exclusiva sobre as vias públicas e respectivas faixas de domínio público, que existem na área indígena (...)

Contra aquela decisão o Estado de Roraima interpôs recurso hierárquico, em 1999, pedido de reconsideração do indeferimento do seu pedido e avocatória, tudo devidamente respondido, conquanto não nos termos pleiteados, mas integralmente fundamentado pelos órgãos federais competentes.

Tudo isso demonstra não desrespeito, mas absoluto respeito ao ente federado, como, de resto, haveria mesmo de acontecer, em face da autonomia política do Estado-membro (art. 18 da Constituição) que se exerce exatamente num território delimitado. Nem se há de imaginar que se poderia ter demarcação de tão graves consequências para um ente federado sem se lhe permitir a participação ativa a demonstrar o que pretenda quanto aos fatos inerentes a uma área, cuja especificidade de regime jurídico que passa a incidir destoa inclusive da autonomia política da pessoa estadual.

Tanto foi devidamente demonstrado na espécie. O que não se pode é confundir respeito ao ente estadual com atendimento incontinenti e afirmativa de sua pretensão em detrimento dos ditames constitucionais. Respeito não diz com imperioso atendimento aos pleitos estaduais apresentados. No presente caso, os pedidos formulados pelo Estado de Roraima, especialmente aqueles relativos à forma descontínua de demarcação de terras indígenas não foi acolhido pela motivação exposta pelos órgãos encarregados de resolver a questão, com base na legislação vigente, conforme amplamente comprovado nos autos.

Nem há dúvida que o ente federado deveria – deve sempre e em qualquer caso – participar, necessária e diretamente, de todo procedimento que se imponha em termos de demarcação de áreas reservadas aos indígenas em obediência ao devido processo constitucional-federativo. E tanto se impõe por força do princípio federativo, que se efetiva pelo princípio da autonomia política do ente federado sobre o seu território. Mas há comprovação de que tanto foi exatamente o se observou no caso presente.

20.2. Improcedem a meu ver, também, na mesma linha do voto do eminente Ministro Relator, as alegações de inviabilização de um ente federado pela extensão e pela contiguidade da área reservada aos indígenas e demarcada no Estado de Roraima.

A contiguidade da área foi definida a partir dos estudos antropológicos preparados, cujo relatório e respectivo laudo se questionam nesta ação. Mas se não houver o desfazimento da presunção de legitimidade que caracteriza o ato administrativo, não é a contiguidade aproveitada no caso que ensejaria a invalidação do provimento. E assim não é porque, como expõe o mestre José Afonso da Silva, "(...) *os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam são reconhecidos diretamente pela Constituição, independentemente da demarcação de suas terras. Isso significa que o reconhecimento constitucional tem o sentido de informar que, presentes os elementos necessários para definir determinada porção de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos pelo § 1º do art. 231), o direito dos índios e de comunidade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente do ato demarcatório*. Vale dizer, como afirma Raimundo Sérgio Barros Leitão: 'a demarcação de uma mata indígena, fruto do reconhecimento

feito pelo Estado (...) é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la'. Disso decorre, insofismavelmente, o princípio da continuidade. A Constituição mesma é que fornece as bases dessa continuidade. Pois, se nos termos do art. 231 os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e se essas terras são aquelas por eles habitadas permanentemente, e utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, o que se refere não a circunstância temporal, como vimos, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam, impõem continuidade, de sorte que a demarcação tem que respeitá-la, porque uma demarcação fragmentada, ou em ilhas, será um desrespeito a essas exigências constitucionais. *Se não índios invadiram essas terras, quebrando-lhes a continuidade, formando áreas de ocupação não indígena, isso significa usurpação dos direitos originários dos índios contra as normas constitucionais que os reconhece. Logo, admitir uma demarcação que ressalve essas 'ilhas' usurpatórias o mesmo é que praticar um ato inconstitucional e nulo*. Primeiro, porque essas usurpações, se aceitas no processo demarcatório, constituem formas de aquisição de terras inalienáveis e indisponíveis, conforme dispõe o § 4º do art. 231 da Constituição. Segundo, porque essas inserções são atos que têm por objeto a ocupação, o domínio e a posse daquelas terras, por não índio, pelo que, nos termos do § 5º do art. 231, são atos nulos, extintos, que não produzem efeitos jurídicos. Terceiro, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme o art. 231 e seus § 1º e § 2º são bens do domínio da União, ou seja, são terras públicas, não devolutas, porque têm destino específico e, por isso, não podem ser objeto de apropriação por via de ocupação, já que os direitos sobre elas – dos índios e da União – são imprescritíveis, o mesmo é dizer, não são usucapíveis, portanto, por aí também se reafirma que são inserções, ocupações ou usurpações nulas e sem nenhum efeito, e muito menos podem condicionar a fragmentação das terras indígenas. (...) Em suma, as terras reconhecidas como tradicionalmente ocupadas pelos índios têm que ser demarcadas na sua integridade e continuidade" (Parecer, p. 12 e 13 – grifos nossos).

A alongada passagem citada tem como ponto nodular a explicitação do fundamento constitucional determinante do modelo de continuidade, mister de ser acatada quando tanto se mostrar necessário ao atendimento de preservação e respeito da identidade dos indígenas. Pelo que a descontinuidade pretendida pelo Estado de Roraima, autor do pedido neste sentido, atenderia a interesses de alguns particulares, mas não daria cumprimento e efetividade às normas constitucionais, pelo que não pode ser acatada.

20.3. Também não procede a argumentação forjada no sentido de que haveria comprometimento da vida econômica do Estado de Roraima, pela exclusão de pouco mais de 7% da área demarcada como Terra Indígena Raposa Serra do

Sol. Ou de que a totalidade de áreas reservadas aos indígenas totalizariam 46% do território roraimense.

Como bem apresentado pelo Procurador-Geral da República e enfatizado pelo nobre Ministro Relator, a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreende pouco mais de 7% do total do território roraimense.

As áreas reservadas aos indígenas naquele ente federado compreendem, segundo os dados apresentados nesta ação, 46% do território roraimense. Mas cumpre considerar que a área de 54% daquele ente estadual corresponde a um espaço equivalente à extensão que é compreendida em sua totalidade, por exemplo, pelo Estado de Pernambuco. E enquanto a população pernambucana é de 7.918.344 (sete milhões, novecentos e dezoito mil e trezentos e quarenta e quatro pessoas), a população roraimense, excluídos os aproximadamente 19.000 (dezenove mil) índios da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, totaliza 324.397 habitantes, o que dá uma média de 0,57% hb/km². Como afirma, ainda uma vez, José Afonso da Silva, a área roraimense, excluída a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda é maior que Sergipe, Alagoas, Paraíba. É, por exemplo, quase quatro vezes maior que a Bélgica, que tem uma população aproximada de 10.403.951 habitantes; é, por exemplo, quase seis vezes maior que Israel, que tem uma população aproximada de 7.282.000 habitantes. Pelo que a alegação de que estaria comprometida a sua condição de ente federado ou de falta de condições de sobrevivência sem a área demarcada como reservas indígenas cai por terra em face dos dados aritmeticamente apresentados.

É indiscutível que o Estado Federado tem restringido o espaço de incidência de sua autonomia em relação à área demarcada, por ser bem da União, sujeito a regime jurídico específico. Todavia, o Estado Federado, como bem lembra ainda o insigne constitucionalista José Afonso da Silva, também pode fazer muito pouco sobre as áreas particulares em seus respectivos territórios. E nem por isso se alega qualquer diminuição de sua autonomia política.

Também essa argumentação, portanto, a meu ver não prospera para os fins pretendidos de se ver nula a Portaria 534/2005, neste caso sob alegação de afronta ao princípio federativo pela fragilização do espaço territorial autônomo de Roraima.

21. Ademais, saliente-se mais uma vez, ao constituir o Estado Federado de Roraima, a Constituição brasileira de 1988, no art. 14 do Ato de suas Disposições Transitórias, estabeleceu que "Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, *mantidos seus atuais limites geográficos*".

Nesta geografia *mantida* estavam os espaços ocupados pelos indígenas e que se incluíam entre os bens da União (art. 20, inciso XI), o que já se repetia nas Constituições brasileiras desde 1934, como antes observado, ao contrário daquela norma novidadeira transformando Roraima de autarquia territorial em Estado-membro da Federação.

Tem-se, pois, que, mesmo historicamente, no constitucionalismo brasileiro, os direitos dos índios às suas terras como ponto de formação e conformação de

sua visão de mundo e opção de vida antecedem à Federação brasileira e, nesta, antecedem, de muito, a formação do Estado roraimense, com todo o respeito que esta pessoa política há de merecer – e é certo que há – e da observância do conteúdo constitucional que se lhe há de ser assegurado.

Mas não se há de afirmar, com isenção de ânimo e juízo, que a demarcação feita significaria tornar propriedade da União o que, antes, propriedade não era, ou destinar aos índios terras antes tidas como devolutas e de domínio do Estado Federado, porque o contrário é o que se comprova de tudo quanto nos autos se contém. Mais: de tudo o que se estudou, inclusive por historiadores, geógrafos, antropólogos e se fez anexar aos autos ou a que tiveram acesso os Julgadores desta Casa. Tanto mais porque, repita-se outra vez, não se poderia ter como terra do ente estadual o que já era de domínio da União antes mesmo – e muito antes – de existir o Estado Federado. Também não se afirme que a demarcação desconstituiria Municípios criados na conformidade da lei, porque tanto foi objeto de discussões neste Supremo Tribunal, vale dizer, com objeções trazidas ao Poder Judiciário, quando de sua constituição, exatamente porque o Procurador-Geral da República entendeu haver, naquele ato de criação, desavença à lei (ADI 1.512 – Rel. Min. Maurício Corrêa).

Acompanho, pois, também neste ponto, o voto do eminente Relator para, quanto ao argumento de que teria havido desobediência ao princípio federativo quer no processo administrativo, quer na Portaria 534/2005, não acolher os argumentos do Autor e dos Assistentes.

A soberania nacional, áreas de fronteira e a demarcação de terras indígenas

22. Aqueles que se opõem à demarcação suscitam, ainda, a importância da área afetada sob o ponto de vista estratégico-militar, argumentando, basicamente, que a sua destinação para a comunidade indígena ofereceria risco potencial à soberania brasileira, o que descumpriria preceitos constitucionais garantidores da integridade territorial nacional.

Tanto mais, realçam, porque, em setembro de 2007, o Brasil fez-se signatário da *Declaração da ONU de direitos dos povos indígenas*, na qual se contém que as comunidades dos índios têm direito à autodeterminação.[19]

23. É inegável a importância para a segurança nacional das áreas de fronteiras, nas quais se inserem parte da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol.

É a própria Constituição da República que reconhece essa importância ao afirmar, no § 2º do seu art. 20, que a faixa de terra de até cento e cinquenta quilômetros de largura situada ao longo das fronteiras terrestres é fundamental para a defesa do território e, por conseguinte, da soberania nacional. Esta é erigida em princípio fundamental da República Federativa (art. 1º, inciso I, da Constituição).

---

[19] "Parte 1

1 – Os povos indígenas têm o direito à autodeterminação, de acordo com a lei internacional. Em virtude deste direito, eles determinam livremente sua relação com os Estados nos quais vivem, num espírito de coexistência com outros cidadãos, e livremente procuram seu desenvolvimento econômico, social, cultural e espiritual em condições de liberdade e dignidade."

Daí haver conferido às Forças Armadas competência para a realização dessa defesa (art. 142), reservando à própria União a execução dos serviços de polícia de fronteiras (art. 20, XXII), por intermédio da Polícia Federal (art. 144, § 1º, III).

24. Nessa linha, a determinação constitucional para que a União proceda também à demarcação e à proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, garantindo-lhes, ainda, o respeito a todos os seus bens (art. 231), antes facilita a realização desse dever do que oferece risco à soberania.

É que a execução de uma dessas tarefas não exclui a outra, ante a inexistência de qualquer restrição à demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira, como, de resto, também não são estas terras consideradas devolutas, conquanto se possa ter destes bens naqueles lindes, nem se impede a existência de bens particulares, conquanto se tenha que quaisquer que sejam eles submetem-se a regime jurídico especial quanto à ocupação e utilização.

Daí por que a realização dessas atribuições por apenas um ente federado otimiza as atividades desenvolvidas pela União, pelos seus órgãos específicos, todas havendo de convergir, a um só tempo, para a garantia da integridade do território nacional e o respeito à cultura indígena.

A fim de reforçar esse mandamento constitucional, editou-se o Decreto 4.412/2002, que dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas.

Em seu art. 3º, exige-se a adoção, nos limites das respectivas competências e sem prejuízo das atribuições constitucionais que detêm, de "medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas".

Não é, pois, apenas que não existe qualquer impedimento jurídico ou material para a União, por intermédio das Forças Armadas e da Polícia Federal, que servem ao País de maneira incontestável, na defesa de suas fronteiras, de sua terra para a dignidade do seu povo, intervir em terra indígena para garantir a soberania e a segurança nacional. Há o dever constitucional de a União atuar no sentido da atuação na área, garantindo-se a soberania nacional. As Forças Armadas e a Polícia Federal, no cumprimento daquela obrigação jurídica, podem até mesmo afastar a presença de quaisquer brasileiros, índios ou não, nas áreas tidas como necessárias para a defesa do interesse nacional.

Não há, pois, incompatibilidade possível de ser vislumbrada no caso entre os deveres da União, em relação ao tema, e a demarcação da terra e a sua configuração como indígena, sequer havendo colisão, ainda que aparente, de normas constitucionais, uma a ditar à União o dever de resguardar as áreas de fronteiras e submetê-las aos especiais cuidados das Forças Armadas e da Polícia Federal, e outra, a determinar a demarcação e proteção das terras indígenas, bens que são de titularidade da própria entidade federal.

De se anotar que as normas mais recentes, como as que se contêm no Decreto 6.513, de 22-7-2008, cuidam da presença das Forças Armadas e da

Polícia Federal nas reservas indígenas, possibilitando-lhes a presença mais ativa, e não restringindo ou dificultando a sua ação. Pois é certo que sem elas não há como se tornar possível o respeito à soberania nacional.

25. De outra parte, não se há de presumir que o mero reconhecimento formal dos direitos dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas acarrete risco para a soberania nacional pela singela circunstância de situarem essas terras próximas a fronteiras internacionais.

Fosse tanto uma verdade constitucionalmente acolhida e não se teria no próprio Diploma Fundamental da República a determinação de imediato retorno dos grupos indígenas removidos de suas terras, no interesse da soberania do País, tão logo cessasse o risco observado (art. 231, § 5º).

Ademais, conforme observa corretamente a Funai em sua manifestação à fl. 4964, "(...) as terras indígenas são de propriedade da União e, portanto, são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis. *Assim, onde há terra indígena há a garantia de que o território federal não será vendido a quem quer que seja, muito menos estrangeiros* (...)".

Quanto à alegada intenção da Organização das Nações Unidas de restringir a atuação das forças armadas em reserva indígena, dificultando, assim, o desenvolvimento das atividades de proteção do território nacional, é precisa, novamente, a manifestação da Funai ao aduzir que:

> O próprio texto da Declaração, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, afasta a possibilidade de preocupações que envolvam a integridade da soberania dos Estados frente aos direitos assegurados aos indígenas. O art. 46 do documento é claro ao defender a unidade política dos Estados soberanos, nos termos a seguir transcritos:
>
> "Artigo 46. 1. Nada do assinalado na presente Declaração interpretar-se-á no sentido de que se conceda a um Estado, povo, grupo ou pessoa, nenhum direito a participar numa atividade, ou realizar, atos contrários à Carta das Nações Unidas, *ou se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta ação alguma encaminhada a violar ou reduzir total ou parcialmente a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes*".
>
> (...)
>
> A declaração da ONU em momento algum ameaça a soberania dos Estados-membros, o que seria, inclusive, um contrassenso em relação a toda a filosofia desenvolvida pela Organização. Desde a sua criação, as Nações Unidas têm como primazia a soberania e autodeterminação dos Estados Nacionais.

26. Releve-se, ainda uma vez: índios ou não índios somos todos brasileiros. É isso que nos irmana e nos forma como um só povo, situado num único território, que é compromisso de todos e de cada um de nós. Como posso ser afastada da minha casa, pelo processo legalmente previsto da desapropriação; como posso ter o meu carro utilizado pelo poder público, sem ao menos ter ele de me indenizar, se precisar de me requisitar para algum interesse público, não é menos brasileiro o índio que, numa situação de necessidade, tenha de se submeter às

determinações da Polícia Federal ou das Forças Armadas, no caso de ser a sua atuação determinante para resguardo das fronteiras nacionais. A sua presença faz-se para o Brasil e para os brasileiros. Essa a sua tradição. Essa a garantia que a Constituição confere a cada um dos cidadãos desta Pátria.

Assim, a simples cogitação dessa tese de risco à soberania desconsidera a valiosa contribuição dos povos indígenas quando da demarcação e manutenção do território nacional, como antes assinalado e demonstrado, até mesmo nos trabalhos de Joaquim Nabuco, seja guiando expedições militares e científicas em terrenos desconhecidos, seja prestando o serviço militar obrigatório.

De resto, as expedições do Marechal Rondon naquela região, hoje objeto desta ação, dão notícias de serem os índios brasileiros os que mais se esmeraram em garantir o território para o Brasil, o que é uma forma segura de ser mantido para eles mesmos, brasileiros também que são.

Finalmente, não se pode deixar de salientar que a legislação brasileira vigente proíbe que se atente contra a soberania nacional ou contra a sua integridade. Qualquer brasileiro, seja qual for a sua origem ou condição, submete-se a tal regra, e qualquer tentativa de contrariá-la haverá de sujeitar o desobediente às suas penas.

27. Apenas à guisa de resposta às tantas alegações feitas nos numerosos trabalhos que nos vieram no curso da presente ação, há de se observar, em relação ao que se tem alegado – e constitui fonte de preocupações – de que estariam a prevalecer interesses sobre riquezas havidas nas terras indígenas e que organizações não governamentais ali presentes cobiçariam. A conquista dos bens cobiçados seria facilitada, afirmam, pela só presença de índios na região. Como acima se afirmou, a presença de índios na região não exclui a presença do Estado, bem ao contrário, ela é imprescindível, pois a dignidade dos brasileiros, especialmente em áreas como aquelas, não dispensam tal comparecimento. Os serviços públicos e os deveres particulares que a todos se impõem como cidadãos não haverá de deixar afastado o Estado Nacional da área demarcada, nem dos brasileiros que ali vivem em especiais condições.

Assinale-se, pois, em primeiro lugar, que compete ao Estado Nacional permitir, quando de interesse, e impedir, como dever de salvaguarda da soberania nacional e da própria preservação da identidade dos indígenas, as organizações não governamentais nacionais ou internacionais na área.

Não é a demarcação a causa ou o facilitador desta presença. É a ausência dos órgãos estatais competentes e que não estariam a cumprir devidamente o que lhes é obrigado.

Em segundo lugar, a cobiça dos bens brasileiros em toda a região amazônica haverá de ser combatida na forma da Constituição, cujas normas não autorizam interpretação no sentido de serem postas para facilitar presenças estranhas e insujeitas ao poder público brasileiro em bens que são de exclusiva soberania dos brasileiros. E o sistema constitucional põe-se ao cumprimento exatamente para garantir a soberania da República Federativa do Brasil.

Por isso é que, mesmo sendo o art. 1º da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas pouco afeito ao que melhor se teria se, de pronto, naquele texto, estivesse combinado com os dizerem do seu art. 46, é certo que as normas de um mesmo diploma se interpretam sistemicamente. E desta interpretação, extrai-se exatamente o respeito aos princípios constitucionalmente consagrados, como o da soberania nacional.

De resto, as Declarações, como aquela, não integram automaticamente e integralmente o sistema jurídico vigente no Brasil, menos ainda quando e se destoarem do que na Constituição se contém.

É o que prevalece, ainda, o que se pode comprovar pelos debates travados no julgamento do HC 87.585, em cuja sessão final de julgamento, em de dezembro de 2008, deixou claro que a maioria dos Ministros não tem os tratados internacionais, mesmo os que tratam de direitos humanos (e, registre-se, na espécie presente, nem ao menos se trata de tratado, mas de declaração da ONU com a qual anuiu o Brasil), como compondo o sistema supra legal ou constitucional.

Daí não se poder concluir que aquela declaração de direitos dos povos indígenas incidiria, em qualquer norma que viesse a contrastar com a legislação brasileira, máxime em se cuidando de normas constitucionais, poderia prevalecer como integrante do sistema. E que a sua só assinatura gravaria a demarcação e o regime a que se submete a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol ou qualquer outra demarcada no Brasil.

Do laudo questionado e que fundamenta a Portaria 534/2005 e respectivo decreto homologatório

28. Do quanto exposto, sobreleva, ao final, a questão da validade, ou não, do laudo embasador da Portaria 534/2005 e respectivo decreto homologatório.

É de se observar, em primeiro lugar, a diferença existente em relação à superfície demarcada na Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, e à do decreto presidencial homologatório de 15 de abril de 2005.

Nessa comparação, verifica-se que o decreto inovou no tocante aos limites definidos na portaria quanto à fronteira leste da Reserva, excluindo, de seu território, área onde está situado o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã.

É verdade que o inciso I do art. 4º da Portaria 534/2005 já determinava a exclusão dessa área da terra indígena de que trata, podendo-se considerar, dessa forma, a demarcação dos limites nos moldes do decreto homologatório como um ato de retificação.

Entretanto, a adoção desse procedimento e a ausência de manifestação explícita quanto aos demais bens excluídos da demarcação pelo art. 4º mencionado (como a exclusão do núcleo urbano na sede do Município de Uiramutã e dos leitos das rodovias públicas federais e estaduais existentes quando da edição da Portaria 534/2005) poderiam suscitar a desconsideração deles pelo decreto homologatório, ou seja, a sua manutenção na Reserva Indígena.

O motivo dessa atuação parece advir da dificuldade técnica em se definir os limites da Reserva, com a especificação de todos os seus pontos demarcatórios, se nela constassem as áreas e bens excluídos pela Portaria, referentes aos equipamentos e instalações públicos federais e estaduais, às linhas de transmissão de energia elétrica, e ainda aos leitos das rodovias públicas e ao núcleo urbano já mencionados.

Dessa forma, a delimitação das terras indígenas nos moldes do decreto de 15-4-2005 torna ineficaz a exclusão do 6º PEF determinada pelo inciso I do art. 4º da portaria que homologa, mas não interfere nos demais incisos deste artigo.

A estranheza que constato reside, contudo, no resultado advindo da comparação entre os atos examinados.

Enquanto a definição dos limites da reserva pela portaria do Ministério da Justiça resultou em uma área com superfície total de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol constante do decreto presidencial refere-se a uma superfície total de um milhão, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro hectares, setenta e oito ares e trinta e dois centiares, sendo o seu perímetro de novecentos e setenta e oito mil, cento e trinta e dois metros e trinta e dois centímetros.

Dito de outra forma: o ato homologatório da demarcação administrativa realizada nos termos da Portaria 534, de 13-4-2005, acresceu, em relação a esta, uma área de aproximadamente quatro mil, trezentos e setenta e cinco hectares (4.375 ha), e um perímetro de vinte mil, setecentos e trinta e quatro metros (20.734 m).

Não nego a plausibilidade do argumento de que ocorram diferenças quando da execução da demarcação, conforme afirmaram as autoridades rés ao responderem sobre o alegado acréscimo na superfície identificada pelo Grupo Técnico constituído no procedimento administrativo demarcatório (1.678.800 ha) em relação à superfície determinada na Portaria 820 (1.747.464 ha), posteriormente substituída pela Portaria 534/2005.

Mas essa diferença resultar em acréscimo de área quando a demarcação já foi executada e, mais grave, em homologação que *diminuiu* a área delimitada na Portaria homologada, é questão que demanda maior explicitação e certeza quanto ao perfeito atendimento do que foi periciado.

Este seria o único senão – que não é jurídico, nem está na linha das contestações feitas nesta ação, nem levada a efeito e decisão no procedimento administrativo, tampouco estando na base do que foi objeto e pedidos formulados na presente ação – que poderia opor, substancialmente, ao ato questionado.

Mas, repito, tanto não foi o objeto do questionamento e dos pedidos formulados nesta ação, não tendo encontrado qualquer dado relativo àquela diferença nos elementos que pude estudar e analisar para votar.

29. Daí por que, em que pese anotar aquela diferença e estranhar a sua referência no ato de homologação, não a tenho como bastante para tisnar de inválida

a portaria. Nem o poderia porque ele não revela qualquer mácula no aperfeiçoamento do ato questionado, refira-se ele ao procedimento prévio, objeto específico do questionamento pelo autor popular e pelos assistentes, ou à formalização e concretização do quanto nela se dispôs.

É que, conforme se atentou antes, o procedimento levado a efeito e do qual adveio a portaria, aqui impugnada, não descumpriu qualquer das exigências legais que submetem este tipo de provimento administrativo, tendo havido participação dos entes interessados, aí incluído o Estado Federado, bem como se tendo permitido a participação daqueles que, sob alegação de serem posseiros ou portadores de título de domínio, tinham direitos nas áreas. Tudo foi posto e examinado, conforme se verifica da decisão do então Ministro da Justiça, Nelson Jobim (Despacho 80/1996).

E, como leciona Hely Lopes Meirelles, relativamente à ação popular, "(...) é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação" (*Mandado de segurança...* São Paulo: Malheiros, 2007. p. 128).

Aqui parece se dar o inverso: haveria lesividade ao patrimônio público – da União, titular das terras possuídas pelos indígenas – e antijuridicidade, por descumprimento dos deveres outorgados constitucionalmente à pessoa federal, se não tivesse havido a demarcação e não tivesse se aperfeiçoado o procedimento, na forma em que se deu.

30. Afirma-se – e tingiu-se de cores mais importantes que a própria demarcação – que não seria possível, constitucionalmente, adotar-se o modelo de continuidade da área e que tanto seria bastante para macular de inconstitucionalidade a portaria em causa.

O modelo de demarcação adotado atende, a meu ver, o que na Constituição brasileira se estabelece. E é a Constituição que impõe determinado modelo a partir dos fins a que se destina a demarcação e que têm de ser atendidos. No caso em pauta, não haveria o atendimento daqueles objetivos não fosse com a continuidade. Daí por que não há qualquer comprovação, nos autos, de desatendimento às normas constitucionais a partir do modelo adotado de demarcação de área contínua das terras indígenas.

De pronto se afirme que a continuidade da área demarcada não é sinônimo de isolamento dos índios, como pretendem alguns, nem a sua descontinuidade significa a absorção pela comunidade não indígena, ou a aceitação plena daqueles brasileiros por todos os outros. O preconceito, qualquer preconceito, não se resolve pela palavra. Resolve-se pelo gesto. O que permite o compartilhamento, que não é de espaços físicos, mas de espaços jurídicos iguais, de direitos, é a possibilidade jurídica e materialmente assentada de manterem os indígenas da área

aqui cuidada do espaço que a Constituição lhe outorgou e que a União reconheceu por meio de processo específico.

Lembro que Darcy Ribeiro, discursando em 20-1-1958, diante do corpo de Rondon, expressou os quatro princípios que o grande brasileiro acentuava em suas lutas e ideais. E o segundo destes princípios, enunciou-o Darcy nos termos seguintes: "respeito às tribos indígenas como povos independentes, que, apesar de sua rusticidade e por motivo dela mesma, têm o direito de ser eles próprios, de viver suas vidas, de professar suas crenças e de evoluir, segundo o ritmo de que sejam capazes, sem estarem sujeitos a compulsões de qualquer ordem e em nome de quaisquer princípios". E afirmava Darcy Ribeiro naquela ocasião: "num tempo em que se presencia a dizimação em massa dos kukuyos por tropas imperiais inglesas, na defesa dos interesses de colonos que se instalaram nas terras daquele povo, nenhum princípio é mais atual. O terceiro princípio de Rondon é o de garantir aos índios a posse das terras que habitam e são necessárias à sua sobrevivência. (...) O quarto princípio de Rondon é assegurar aos índios a proteção direta do Estado, não como um ato de caridade ou de favor, como um direito que lhes assiste (...)" (RIBEIRO, Darcy. *Uirá procura Deus*. São Paulo: Paz e Terra, 1974. p. 160).

31. Tem-se no § 1º do art. 231 da Constituição o reconhecimento aos índios de sua "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens", definindo-se serem "§ 1º (...) terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

No espaço demarcado como a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol se têm terras que, segundo o Estado de Roraima, não seriam ocupadas, ou não o poderiam ser, pelos índios, donde o seu pleito pela descontinuidade da área demarcada.

Cita aquele ente federado, por exemplo, as áreas que compreendam "4) os imóveis situados na faixa de fronteira (art. 20, § 2º, da CF/1988); 5) as rodovias estaduais e federais e as respectivas faixas de domínio; (...) 8) o Parque Nacional do Monte Roraima (...)"

31.1. Quanto às faixas de fronteira acima nos detivemos sobre a matéria, entendendo não haver exclusão dos órgãos e agentes federais (Forças Armadas e Polícia Federal) a transitar e a se manter na área, segundo a necessidade por eles atesta-da, sem que tanto comprometa ou impeça a demarcação segundo o modelo adotado.

31.2. No que se refere às rodovias estaduais e federais, já o Despacho 80, 1996, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, que não foi alterado pela Portaria 534/2005, ora em exame, decidiu: "determino, por fim, a exclusão da fruição indígena exclusiva sobre as vias públicas e respectivas faixas de domínio público, que existem na área indígena (...)".

Nem poderia ser diferente, porque aqueles bens são públicos, quer dizer, acessíveis, nos termos da legislação vigente, a todos os brasileiros, desimportando serem ou não índios, pelo que haveria discriminação contra os não brasileiros, se se adotasse medida diversa.

31.3. No que concerne ao Parque Nacional de Roraima, no qual se situa o Monte Roraima, tem-se que: a) inexiste óbice constitucional a que onde estão instalados parques (e tanto já ocorre em muitos outros sítios, sem qualquer contestação) se possam demarcar áreas indígenas. Bem ao contrário. Se se tem, como na espécie em pauta, titularidade do domínio da União, não há qualquer embaraço a que tal demarcação seja levada a bom efeito; b) como constitucionalmente expresso, são terras indígenas "as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

O Monte Roraima, como se sabe, guarda a alma da história das etnias dos índios daquela área. Ali, para eles, teria tido início a ideia de mundo, de vida em abundância. A lenda nunca é inveraz para o que a cria ou o que nela crê e faz dos seus símbolos marcas de sua existência. Lenda só é apenas estória para o sem fé. Há enorme diferença entre a fé e os símbolos de cada religião ou crença. Mas se os símbolos não são a vida, são eles sinais dos caminhos que se palmilham para melhor viver, para formar um jeito de viver.

Se o Monte Roraima surgiu de Macunaíma e de seu irmão Enxikiráng, filhos do sol, se dele por obra e ação de Macunaíma passaram a brotar os cursos d´água e as possibilidades de cultivo, como creem os índios, para garantia da abundância e da possibilidade do melhor para a humanidade, ou não, o fato é que aquele ponto marca tanto, indiscutivelmente, a produção cultural, necessária de ser reproduzida por eles e pelos que depois dos atuais vierem, como os seus usos, costumes e ali repousa viva a sua tradição.

Excluir tal espaço da área demarcada equivaleria a botar por terra o que nela há de se manter íntegro e disponível para os que veem o sol pelos clarões do Monte Roraima. E, sem sol, não há luz. E, sem luz, não há vida.

Não vejo como nem por que, constitucionalmente, excluir-se aquele sítio da área demarcada, porque, antes de descumprir, é a sua mantença no espaço reconhecido como terra indígena que dá por cumprida a obrigação do poder público, definida pela norma constitucional constante do § 1º do art. 231.

De se aplicar, aqui, a vinculação do legislador e do administrador público aos direitos fundamentais dos índios, constitucionalmente consagrados, e o imperativo da tutela na forma em que seu deu para a eficácia da norma constitucional.

31.4. Fica a se considerar, portanto, a questão relativa às áreas de Municípios criados após 1988, cuja instituição pela Assembleia Legislativa roraimense, como antes observado, já foi objeto de questionamento perante este Supremo Tribunal (ADI 1.512).

Entretanto, tais Municípios foram constituídos quando já em processo a demarcação daquelas terras como indígenas e, o que é mais e importante, foi

imediatamente submetida a julgamento, inclusive perante este Supremo Tribunal, exatamente pela circunstância de se estar a agredir os direitos dos índios. E seja o indigenato, seja o fato da presença índia na data de promulgação da Constituição de 1988 tidos como base da demarcação levada a efeito, não se há de ater à sua condição de pessoas políticas constituídas a despeito e em desprezo mesmo às normas constitucionais.

Nesses espaços, a presença dos brasileiros índios e não índios faz com que se aceitem, segundo a legislação aplicável pelo regime especial que submete a condição e os direitos dos índios, manterem tais espaços possíveis da presença dos que passaram a compor inclusive núcleos familiares complexos, formados por índios e não índios.

Não haveria como, juridicamente, decotar a presença dos não índios que componham tais núcleos, o que faz com que seja possível, apenas nestes casos e não para qualquer outro efeito, permitir-se tal presença, mesmo sendo a área, como é, na forma da demarcação feita, indígena. Mas tanto se daria, então, para a garantia do direito à liberdade dos índios, para lhes assegurar, na área, o exercício do seu direito à liberdade. Daí por que não se há de impor restrição a tais presenças, nem cabe, aqui, proibir-se ou exilar-se de tais áreas os não índios que com eles se tenham composto em comunidades estáveis, como famílias constituídas.

Daí por que acompanho, no ponto, o voto do eminente Ministro Relator, apenas para garantir que a área demarcada como indígena mantenha-se íntegra, mas sem determinar que todos os não índios sejam retirados das terras, quando tanto signifique a mutilação de comunidades familiares por eles compostas, já se tendo estabilizado a integração humana.

E penso que ao assim decidir este Supremo Tribunal estaria dando efetividade aos preceitos constitucionais, que sinalizam a concretização dos ideais de Rondon, o qual, em solenidade sobre outro processo, mas firmado nos meus princípios que lhe conduziram a vida, discursava perante o então Ministro Oswaldo Aranha, em 1938, que ali se dava "a semeadura de fraternidade (para) produzi(r) frutos em nosso continente sempre aberto aos grandes ideais".

32. Não vislumbro, pois, repito, qualquer nódoa a eivar do vício de inconstitucionalidade ou de ilegalidade os atos questionados, nem ao menos comprovei, do exame do que nos autos se contém, qualquer lesividade ao patrimônio público de entidade estatal, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sem o que nem ao menos se atendem aos requisitos constitucionais para a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição do Brasil).

E, como ensina, dentre outros, Hely Lopes Meirelles, "sem estes três requisitos – condição de eleitor (do autor), ilegalidade e lesividade – que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular" (op. cit., p. 126).

33. Daí por que **acompanho, em parte, o eminente Ministro Relator, com as achegas articuladas pelo insigne Ministro Menezes Direito, para concluir pela validade da Portaria 534/2005 e do decreto de 15 de abril de 2005.**

Daí por que a conclusão não haverá de ser pela improcedência total da ação, uma vez que a acolho para interpretar os termos daqueles atos normativos questionados em conformidade com os preceitos constitucionais, na forma dos seguintes itens, que, como listados, repito, tal como articulado pelo eminente Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, que também acompanho em parte, distingo na forma seguinte:

a) o usufruto das riquezas do subsolo, dos rios e lagos das terras indígenas não inclui a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, dependentes de autorização do Congresso Nacional, ficando os primeiros sujeitos à sua submissão ao interesse público, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição;

b) o usufruto dos bens das terras indígenas exclui a garimpagem e a faiscação, dependente este, se for o caso, dependente de permissão prévia;

c) o usufruto dos bens das terras indígenas pelos índios condiciona-se ao interesse da política de defesa nacional, fixada, sem necessidade de qualquer consulta prévia às comunidades índios ou não, pelo Ministério da Defesa e do Conselho da Defesa Nacional, nos termos do art. 91, § 1º, incisos III e IV, da Constituição). Neste sentido, a atuação dos órgãos competentes, a saber, Forças Armadas e Polícia Federal, na área indígena, no desempenho de suas atribuições, não depende de consulta prévia das comunidades envolvidas ou de outros órgãos governamentais;

d) a condição de terras caracterizadas como indígenas não impede a atuação do Estado brasileiro para a instalação, preservação e uso de equipamentos públicos, tais como estradas, vias de transportes, construções necessárias à prestação dos serviços públicos de competência dos entes estaduais;

e) na forma do voto do eminente Ministro Menezes Direito, que acolho integralmente neste ponto, a atuação dos índios nas áreas de dupla afetação, especialmente no que concerne às áreas de conservação condiciona-se ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, sob a responsabilidade dos institutos reconhecidos pela União;

f) nos casos em que a presença de não índios seja admitida, veda-se a esses qualquer cobrança de tarifas ou imposições pecuniárias de qualquer grandeza ou natureza ou qualquer outra pelas próprias comunidades;

g) é proibida a qualquer pessoa que não tenha a condição de índio caça, pesca, coleta de frutos, atividade agropecuária ou extrativista, nos termos do § 2º do art. 231 c/c o art. 18, § 1º, da Lei 6.001/1973.

Por esta interpretação, que conforma a interpretação e aplicação dos atos questionados à Constituição, validando-os nesta exata medida, é que julgo parcialmente procedente a ação.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência não aceita a proposta do Ministro Menezes Direito?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não aceito, como?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Faz restrições.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Com as restrições, porque a última acho que é repetir a Constituição no voto.

"Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis" está expressamente na Constituição.

"É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada", referente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sua Excelência, na verdade, está propondo diretrizes que podem afetar os procedimentos de demarcação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim. Quanto a isso, não me oponho. Eu apenas digo: como estou dando uma decisão, um voto judicial numa ação específica para este caso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Há outras considerações que Sua Excelência fez que, na verdade, podem repercutir e repercutirão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aliás, isso tem relação com o fundamento que Sua Excelência assentou, que é o fato da posse indígena.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se a posse foi verificada em 5 de outubro, não pode ser ampliada, porque naquela época não havia outra.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Esses pontos estão explicitados.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia, inicialmente, para cumprimentar o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, pelo brilhante, profundo e histórico voto que proferiu.

Também presto minhas homenagens ao eminente Ministro Menezes Direito, que deu uma verdadeira aula de Direito Indígena, traçando as linhas mestras, sem dúvida nenhuma, do regime jurídico das terras indígenas no Brasil.

Senhor Presidente, trago um longo voto, em que analiso todas as preliminares levantadas, especialmente no tocante aos vícios do processo demarcatório, e estou rejeitando todas essas preliminares fundamentadamente, não apenas com base naquilo que foi ventilado pelo eminente Relator e pelo Ministro Carlos

Alberto Direito, como também pelos argumentos constantes do parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

Tentarei fazer, a bem da brevidade do tempo, um resumo do meu voto, saltando as passagens que considero secundárias.

Principio fazendo algumas considerações de natureza principiológica.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski:

I – Considerações iniciais

O Brasil é um país multiétnico e multicultural, que se destaca no conserto das nações por essa rica diversidade. O seu território abriga 220 povos indígenas, que falam 180 línguas, cujas tradições e conhecimentos permeiam, no mais das vezes de forma inconsciente, a alimentação, a linguagem, a música, a religião e o comportamento dos brasileiros.

Os índios, à época do descobrimento do Brasil, já viviam nas terras recém-encontradas pelos portugueses, nelas habitando desde tempos imemoriais. A marca da cultura indígena no cotidiano da nova sociedade que se formou a partir das primeiras naus de além mar que aqui aportaram revelou-se profunda e indelével.

É emblemático, nesse sentido, o quadro do grande pintor clássico brasileiro Victor Meirelles, *A Primeira Missa no Brasil*, exposto no Museu Nacional de Belas Artes, no qual retrata, em cores vivas, a participação dos índios no culto religioso celebrado em 26 de abril de 1500, logo após a descoberta da chamada *Terra de Santa Cruz*, descrito, com riqueza de detalhes, por Pero Vaz de Caminha, escrivão da armada de Pero Álvares Cabral, em famosa carta enviada a Dom Manuel, Rei de Portugal.

Mas os índios brasileiros, somente após intensas lutas que perpassaram séculos e de uma história marcada por violações sistemáticas de seus direitos fundamentais – denunciada já em meados do século XVII pelo Padre Vieira, que prega em Lisboa os famosos sermões da *Sexagésima* e do *Bom Ladrão*, visando a convencer a Corte a dar fim às atrocidades cometidas pelos colonizadores contra os povos nativos – é que finalmente lograram ver protegidas as suas terras e tradições em amplo marco legal e institucional, na Constituição de 1988.

A Carta Política vigente, fruto do movimento de redemocratização do País, no que toca à proteção aos índios, é uma das mais avançadas do mundo, tendo inspirado as Constituições do Paraguai e da Colômbia. Os seus dispositivos, nesse aspecto, contaram com a aprovação de quatrocentos e noventa e sete votos favoráveis dos constituintes, envolvendo um amplo acordo que compreendeu diversos partidos e vários setores sociais.[20]

Mas não é só isso. A nossa Constituição arrola, dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, na acepção

[20] BULOS, Uadi, Lammego. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 1252.

ampla da palavra, destacando, em meio aos objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 1º, II e IV, e art. 3º, I e IV).

Como corretamente observa Marco Antonio Barbosa, amparado em Lévi-Strauss, "o estabelecimento de um modo de vida justo para sociedades culturalmente diferentes deve, antes de tudo, preservar a diferença".[21] E mais: "as sociedades culturalmente diferentes devem compreender que todo o progresso social só é possível por uma associação entre culturas".[22]

De fato, a progressiva extinção da diversidade cultural, a acelerada homogeneização dos modos de ser e de pensar, que se registra hoje no mundo, leva a um empobrecimento da humanidade como um todo, pelo aniquilamento do potencial de inovação que a diferença entre as pessoas propicia.

Os constituintes, ao redigirem os princípios pelos quais se deve pautar a República Federativa do Brasil, certamente levaram em consideração a necessidade de preservar a rica diversidade étnica e cultural que caracteriza o País, e que encontra expressão em diferentes dispositivos da Carta, com destaque para o § 1º do art. 215, segundo o qual:

> O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

No que concerne especificamente aos índios, a Constituição não apenas lhes assegurou, no § 2º do art. 210, a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, como também reservou a eles, todo um capítulo, encabeçado pelo art. 231, que em seu *caput* estabelece o seguinte:

> São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

E nisso os constituintes em nada inovaram, tendo apenas seguido vetusta e venerável tradição jurídica, que se inicia, para não mergulharmos mais profundamente na História, com Frei Francisco de Vitória, dominicano espanhol do século XVI, um dos fundadores do direito internacional, para quem os índios eram os "verdadeiros senhores (de suas terras) pública e privadamente", não possuindo nem o próprio Papa autoridade para atribuir territórios à Espanha e a Portugal no Novo Mundo.[23]

Entre nós, José Bonifácio, Patriarca da Independência, ao iniciar a sua proposta, datada de 1823, para a "civilização dos índios bravos", pleiteava que se

---

[21] BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade, 2001. p. 22.

[22] Idem, loc. cit.

[23] CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia do Brasil:* mito, história, etnicidade. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 160.

fizesse "justiça, não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lhas deu".[24]

E no início do século passado, eminentes juristas brasileiros como João Mendes Júnior e Rodrigo Otávio, este em conferência perante a Academia de Direito Internacional de Haia, defenderam a mesma tese, sublinhando que "o indigenato é um título congênito de posse territorial, não sujeito a qualquer legitimação, em contraste com a ocupação que é um título adquirido".[25]

Respeitar o espírito que presidiu à elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o intérprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto.

II – Da alegada afronta ao pacto federativo

Alega-se que a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tal como foi feita, vulnera o pacto federativo, seja porque resulta de indevida ingerência da União sobre a autonomia do Estado de Roraima, seja porque recai sobre parte considerável do território deste.

Não procede tal argumento. Registro, desde logo, que o federalismo no Brasil não corresponde mais à sua concepção clássica, dualista, típica do Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, correspondendo a um máximo de descentralização política e a um mínimo de intervencionismo governamental. O surgimento do Estado Social, no início da centúria passada, paulatinamente voltado para a promoção de políticas públicas, levou a uma relação mais complexa entre os entes federados, marcada pela cooperação e complementaridade das ações de todos os atores do processo político-institucional.

Com essa mudança de ênfase no papel do Estado, desapareceu o federalismo *dual*, baseado na estrita igualdade entre a União e os Estados-membros, dentre outras razões, porque a intervenção estatal passou a ser exercida predominantemente através do governo central. Transitou-se, então, para o chamado federalismo *cooperativo* ou de *integração*, em que se registra um entrelaçamento de competências e uma partilha de recursos dos diferentes níveis governamentais, provindos predominantemente da União.[26]

Ademais, como corretamente observou o Ministro Sepúlveda Pertence, em brilhante voto proferido na ADI 2.024/DF,

> A "forma federativa de estado" – elevada a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas sim daquele que o constituinte originário concretamente adotou (...)

---

[24] Idem, loc. cit.

[25] Idem, loc. cit., palavras da autora.

[26] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 18-21.

Ora, quando o Estado de Roraima foi criado, pela transformação de simples Território em ente federado de pleno direito, por força do art. 14 do ADCT, os indígenas já ocupavam a terras objeto da presente demarcação.

Lembro, oportuno, que o preceito do art. 231, que garante aos índios os "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", remonta à Carta de 1934, a qual, no art. 129, estabelecia que "será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhe, no entanto, vedado aliená-las".

A área ora em disputa, indiscutivelmente, pertence – e pertencia à União –, segundo dispõe o art. 20, XI, da Constituição em vigor. A rigor, já eram da União, antes mesmo de sua promulgação, pois o art. 4º, IV, da Constituição de 1967 consignava, expressamente, que se incluem entre os bens da União "as terras ocupadas pelos silvícolas".

E as terras em disputa são, exatamente, aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios e sobre as quais têm direitos, nos termos do art. 231. A demarcação das terras pela União, do ponto de vista jurídico, não é um ato constitutivo, mas tão somente declaratório, ou seja, apenas reconhece, a partir de estudos técnicos, uma situação fática pré-existente.

Acresce, ainda, que os Territórios existentes até a promulgação da Carta de 1988, bem como os Municípios neles localizados não passavam de meras circunscrições territoriais ou divisões administrativas do Estado nacional, sujeitos exclusivamente ao poder da União, cabendo a esta, nos termos do que estabelecia o art. 17 da Constituição de 1967, dispor sobre a sua organização administrativa e judiciária, mediante lei federal.

E mais, os Governadores dos Territórios eram nomeados pelo Presidente da República, e estes, por sua vez, nomeavam os prefeitos dos Municípios, a teor do art. 17, § 3º, da Constituição vigente à época.

Os Territórios Federais existentes sob a égide da ordem constitucional anterior, assim como os Municípios neles inseridos não tinham qualquer autonomia política, visto que constituíam meras autarquias territoriais da União, dotadas apenas da capacidade de autoadministração.

Exatamente por isso, a LC 1, de 9-11-1967, que disciplinava a criação de Municípios, não contemplou tal possibilidade em se tratando de Territórios. Daí se conclui que, se houve criação de Municípios em terras tradicionalmente pertencentes aos índios, a sua ocupação revela-se totalmente irregular.

Em suma, quando o Estado de Roraima foi criado, parte de seu território já era ocupado pelos índios, pendendo o reconhecimento da exata dimensão e localização da área destinada ao usufruto destes apenas de ato demarcatório da União.

De mais a mais, a própria Constituição do Estado de Roraima afirma, solenemente, em seu art. 173, a necessidade de incentivar-se a proteção dos índios em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, ou seja, respeitando-se os limites por ela impostos.

Nada há, ademais, de estranho no fato de situarem-se bens da União, relacionados no art. 20 da Constituição, nos Estados e Municípios. Ao revés, isso é o que habitualmente ocorre, sabendo-se, de resto, que tais bens não podem, por exemplo, ser desapropriados por nenhum dos entes federados.

A gestão compartilhada de bens imóveis da União entre os membros da federação, aliás, é bastante comum, especialmente no tocante às terras indígenas, nos quais se dá a prestação compartilhada dos mais diversos serviços públicos, notadamente na área da educação, saúde, habitação, saneamento e segurança.

Um bom exemplo de integração harmônica entre os diversos níveis político-administrativos da federação, no concernente à proteção dos índios, é representado pelo Plano Diretor de São Gabriel da Cachoeira, no Estado do Amazonas, aprovado pela Lei municipal 209, de 21 de novembro de 2006, que divide o território do Município em Macrozonas: Macrozona Urbana; Macrozona Rural e Macrozona das Terras Indígenas (art. 16). O objetivo da Macrozona Indígena consiste, exatamente, em incorporar os direitos indígenas assegurados pelo ordenamento jurídico nacional no Plano Diretor local (art. 17).

Não há falar, pois, em afronta ao pacto federativo quando o que se está em jogo é justamente o exercício de uma competência do Governo Central, claramente delimitada pela Constituição, mesmo porque as terras em disputa jamais fizeram parte do patrimônio dos Estados-membros, pois sempre foram consideradas bens da União.

Não colhe também o argumento segundo o qual cerca de 46% do Território do Estado constitui reserva indígena, e que a homologação da área objeto desta ação acabará por inviabilizar o Estado de Roraima como ente federado.

É que, mesmo com todas as reservas indígenas, o Estado de Roraima ainda é maior, do ponto de vista territorial, do que a soma dos Estados do Rio de Janeiro, Alagoas e Espírito Santo.

Além disso, trata-se do Estado menos populoso do Brasil, com um total aproximado de 400 mil habitantes, sendo que cerca de 250 mil moram no entorno da Capital Boa Vista e os demais vivem espalhados no restante de seu território.

III – Da suposta afronta à soberania nacional

Sustenta-se, ainda, de que haveria o comprometimento da soberania nacional com a retirada dos não índios da Reserva e a permanência dos silvícolas nas faixas de fronteira.

Primeiramente, assento que não há, no texto constitucional, nenhuma restrição à ocupação de quaisquer áreas pelos índios, sejam elas de fronteira ou outras. E, como se sabe, onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazer distinções.

A alegação de ameaça à soberania, ademais, chega até a ser ofensiva às forças de segurança do País, pois representaria o reconhecimento da falência do próprio Estado brasileiro no tocante ao controle de seu território.

Convém lembrar, ademais, que os índios sempre foram os primeiros defensores do território nacional, sendo emblemática a atuação do potiguar Antonio Felipe Camarão, herói da luta contra os holandeses, na Batalha de Guararapes, no século XVII.

Não se olvide também que o art. 20, § 2º, da Carta Política, estabelece um regime especial de proteção das fronteiras terrestres, consideradas essenciais à defesa do território nacional, nos termos da lei. Além disso, ela mesma prevê, no art. 231, § 5º, que o Congresso Nacional pode referendar decisão do Executivo para retirar grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania nacional.

E nem poderia ser diferente, pois, como assentei em sede acadêmica,

> A soberania (...) equivale a uma moeda de duas faces: uma correspondendo ao conceito de supremacia e outra à ideia de independência. Melhor explicando, no plano interno, as leis e as determinações que promanam do Estado predominam sem contraste dentro de seu território, não encontrando limite em qualquer outro poder. Por esse motivo é que se diz tratar-se de um poder de decisão em última instância, cujo exercício, ademais, encontra respaldo no monopólio da coação legal. Já no plano externo, soberania significa que inexiste qualquer subordinação ou dependência nas relações recíprocas entre Estados, predominando no âmbito internacional uma convivência caracterizada pela igualdade, ao menos formalmente.[27]

É por essa razão que o Governo editou o Decreto 6.513 de 22-7-2008, o qual alterou, em parte, o Decreto 4.412/2002, que disciplina a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em território indígena.

O art. 1º do Decreto 4.412/2002 estabelece o seguinte:

> Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:
>
> I – a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;
>
> II – a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infraestrutura e logística necessárias;
>
> III – a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira.

O Decreto 6.513/2008, ademais, modificou o art. 2º do diploma anterior, assim dispondo:

> Art. 1º *O caput do art. 2º do Decreto 4.412, de 7 de outubro de 2002*, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 2º As Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, e a Polícia Federal, por meio do Ministério da Justiça, ressalvada a hipótese

---

[27] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 234-235.

> prevista no art. 3º-A deste Decreto, deverão encaminhar previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais, referidas no inciso II do art. 1º, com as especificações seguintes:"

Acresceu, ainda, um art. 3º-A ao diploma modificado, estabelecendo:

> Art. 3º-A O Comando do Exército deverá instalar unidades militares permanentes, além das já existentes, nas terras indígenas situadas em faixa de fronteira, conforme plano de trabalho elaborado pelo Comando do Exército e submetido pelo Ministério da Defesa à aprovação do Presidente da República.
>
> Parágrafo único. Não se aplicam a este artigo as disposições contidas no art. 2º deste Decreto.

Na sequência, estatui que as Forças Armadas e a Polícia Federal deverão encaminhar ao Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à ocupação, protegendo a vida do índio e sua integridade.

É bem por isso que, em recente audiência da Câmara dos Deputados, o Ministro da Defesa afirmou que a demarcação não afeta a soberania do território brasileiro.[28]

Não há, assim, qualquer confronto entre a noção de soberania e ocupação indígena em áreas de fronteiras. Isso simplesmente porque as terras ocupadas por índios não são de sua propriedade, mas de domínio da própria União.

O que se tem, em verdade, é uma dupla afetação das áreas indígenas situadas em terras de fronteira, primeiro, por serem elas bens de uso exclusivo da União, que se submetem a regime jurídico próprio, depois, porque podem eventualmente, como ocorre no caso sob exame, ser objeto de direitos por parte dos índios.

IV – Da ilegitimidade da posse de terras por não índios

Principio assentando que o art. 231, § 6º, da CF, estabelece que:

> São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas.

Já a EC 1/1969, que acrescentou o § 1º ao art. 198 (antigo 186) da Constituição de 1967, contemplava a mesma regra, a saber:

> Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

E, mais, de acordo como § 2º do mesmo dispositivo, a "nulidade e a extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio".

---

[28] Audiência pública realizada com o Ministro de Estado da Defesa, Nelson Jobim, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional em 4-6-2008. O Ministro justificou que "as terras indígenas não são impunes à penetração de militares" e disse ainda que as reservas não podem ser consideradas zonas de exclusão, mas área de integração de comunidades indígenas à sociedade. No mesmo sentido foi a afirmação do Ministro veiculada pelo jornal *O Estado de São Paulo* em 5-6-2008, para quem o "conflito entre terra indígena e soberania nacional é um equívoco".

Cuida-se, a rigor, de bens de uso especial, como tais destinados às atividades-fim do Estado, que, no caso, decorre de um dever imposto à União pela própria Constituição, e regrado pelo art. 99, II, do Código Civil.

Esse é o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que enquadra as terras indígenas como bens de uso especial, eis que afetados à realização de um serviço público, no sentido mais amplo do conceito.

Assim, constitui bem de uso especial aquele que, apesar de não ser de uso direto da Administração, abrange uma função de interesse geral, exercida sob a autoridade ou fiscalização do poder público, mas para usufruto de particular.[29]

Em outras palavras, as terras em comento destinam-se a assegurar, sob a proteção da União, a preservação física dos índios, de suas crenças, costumes, língua, enfim, de seu patrimônio cultural.

Aqui, é importante salientar que, desde o Código Civil de 1926, os bens públicos sejam eles bens de uso comum do povo ou de uso especial são inalienáveis, impenhoráveis e, nesse sentido, não estão sujeitos a usucapião, sendo tidos como bens fora do comércio.

Não podem, pois, as terras indígenas ser objeto de posse legítima, por quem quer que seja, salvo por parte dos índios, por expressa destinação constitucional.

Estes, a rigor, exercem uma posse *sui generis*, ou melhor, uma composse, não uma posse individual, daí porque – ademais dos imperativos socioantropológicos – não pode haver a divisão das terras indígenas em "ilhas", pois, se tal ocorresse, teríamos uma posse das terras por índios individualmente considerados, o que seria incompatível com o instituto em tela.

Esse conceito de posse coletiva, disciplinado pelo art. 1.199 do Código Civil, foi bem trabalhado por Arnold Wald, que o definiu como a "posse simultânea e idêntica de duas ou mais pessoas sobre a mesma coisa, na sua totalidade."[30]

A posse de áreas, por não índios, em terras indígenas, portanto, são nulas de pleno direito, visto que não encontram qualquer amparo legal ou constitucional, mesmo porque, como ensina Dalmo de Abreu Dallari:

> (...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra indígena ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o seu valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.[31]

---

[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2006. p. 639-640.

[30] WALD, Arnold. *Direito das coisas.* 12. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 71.

[31] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos das pessoas.* São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 54.

V – Do tratamento conferido pelos organismos internacionais aos povos indígenas

Permito-me, nesse passo, discordar respeitosamente daqueles que deduzem da *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, que reconheceu uma série de direitos e garantias aos índios, a possibilidade de virem estes a constituir um Estado soberano.

A referida Declaração, penso eu, deve ser entendida como um importante marco jurídico internacional para a proteção dos direitos indígenas, com elevado conteúdo moral e ético. E, embora não possua força vinculante, como ocorre, de regra, com as declarações internacionais, ela possui inegável valor hermenêutico, apto a balizar as ações dos Estados no tocante aos respectivos povos indígenas.

Quanto à questão da autonomia assegurada pela Declaração aos povos indígenas, e que desperta, em alguns, o temor de que tal possa ensejar o desenvolvimento de uma nação indígena imune à soberania estatal, anoto que o próprio texto internacional cuida dessa questão.

Com efeito, a Declaração estabelece, em seu art. 46, o seguinte:

> Art. 46. 1. Nada do disposto na presente declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política dos Estados soberanos e independentes.

Ou seja, a própria Declaração deixou claro que a autonomia conferida aos povos indígenas está ligada exclusivamente ao exercício dos direitos e garantias contemplados em seu texto. Não há, com efeito, qualquer alusão à autonomia política que possa ensejar o entendimento de independência dos povos indígenas em relação aos Estados nos quais vivem.

O Governo brasileiro, ademais, fez consignar importante ressalva ao subscrever a Declaração, nos seguintes termos:

> O Brasil deseja sublinhar, mais uma vez, o entendimento que presidiu às negociações e que é claramente refletido no texto da Declaração – o de que o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com o respeito à soberania, à unidade política e à integridade territorial dos Estados em que habitam. Os procedimentos e medidas referidos na Declaração para salvaguardar essa integridade territorial e determinar um interesse público relevante são, a nosso ver, aqueles estipulados na legislação nacional de cada país. Ao exercer essa responsabilidade, os Estados deverão ter sempre em mente seu papel fundamental na proteção das vidas e da identidade de seus povos indígenas.[32]

---

[32] Declaração do Governo Brasileiro por ocasião da adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em Nova York em 13 de setembro de 2007.

Acresce, ainda, que, confrontando-se a versão inglesa com a versão francesa da Declaração, é possível verificar que o seu objetivo foi apenas o de garantir o direito dos povos indígenas, e não o de sugerir, ainda que remotamente, a possibilidade de criação de uma nação soberana.

De fato, a versão inglesa utiliza o termo "*indigenous people*" e a francesa "*peuples autochtones*" – tal como a portuguesa, "*povos indígenas*" – e em nenhum momento mencionam o termo "*nation*" ou "*nacion*". Isso porque tal conceito, em ambos os idiomas, possuem um significado mais profundo, historicamente matizado, que pode levar, dependendo do contexto em que é empregado, à identificação da nação com o Estado soberano.

VI – Conclusão

Em suma, pelo meu voto, acompanho o voto do nobre Relator, Ministro Carlos Britto, complementado, agora, pelo pronunciamento do eminente Ministro Menezes Direito, cujas achegas também incorporo em meu voto, para:

1 – Considerar hígido, ou seja, isento de quaisquer vícios, o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol.

2 – Entender constitucional a demarcação em área contínua, afastando possibilidade de subdividir a Terra Indígena em "ilhas".

3 – Determinar a retirada imediata de todos aqueles que exercem posse ilegal sobre a Terra Indígena.

4 – Assentar que a demarcação, tal como realizada, não ofende o pacto federativo, nem a segurança nacional.

5 – E, finalmente, afirmar que, tendo em conta, sobretudo, o conceito de soberania nacional, a presença do Estado brasileiro, por seus diversos órgãos especializados, especialmente os dedicados ao meio ambiente, à saúde, à pesquisa científica e à segurança pública, podem penetrar livremente na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no exercício das respectivas competências, sem prejuízo das atribuições legalmente cometidas à Funai.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: De qualquer maneira, compartilho das preocupações do Ministro Menezes Direito no concernente à eventual interpretação que se possa dar a essa declaração em combinação com a citada convenção da OIT.

Em conclusão, Senhor Presidente – e já me alonguei muito –, pelo meu voto, acompanho o voto do nobre Relator, e agora também o voto do eminente Ministro Menezes Direito, pois ambos se conjugam, se complementam, se interpenetram a ponto de formar um todo único para julgar parcialmente procedente a presente ação.

E o faço para, em primeiro lugar, considerar hígido, ou seja, isento de quaisquer vícios o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do

Sol. Em segundo lugar, para entender constitucional a demarcação em área contínua, afastando a possibilidade de subdividir a Terra Indígena em "ilhas". E o faço, agora, com base na teoria do fato indígena, desenvolvida pelo eminente Ministro Menezes Direito, teoria a qual adiro completamente, e que substitui, com vantagem, o instituto do indigenato.

Também julgo parcialmente procedente a ação para, pelo meu voto, determinar a retirada imediata de todos aqueles que exercem a posse ilegal sobre a Terra Indígena em comento, para assentar que a demarcação, tal como realizada, não ofende o pacto federativo nem a segurança nacional do País e, finalmente, para afirmar que, tendo em conta, sobretudo, o conceito de segurança nacional, a presença do Estado brasileiro, por seus diversos órgãos especializados, especialmente os dedicados ao meio ambiente, à saúde, à pesquisa científica e à segurança pública externa, pode ocorrer livremente na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no exercício das respectivas competências, sem prejuízo das atribuições legalmente cometidas à Funai.

Nesse sentido adiro integralmente às dezoito propostas enunciadas pelo Ministro Menezes Direito, e quero crer que contam também com o integral beneplácito, ou pelo menos com o beneplácito em sua formulação genérica, do eminente Relator.

Peço vênia à Ministra Cármen Lúcia para aderir inclusive nos pontos relativamente aos quais ela levantou uma discordância, uma divergência – refiro-me especialmente àquele ponto em que se veda a ampliação da área –, porque consigno que o ADCT fixou um limite temporal para que a área seja, enfim, determinada, delimitada, e penso que agora, *data venia*, apenas com uma reforma constitucional é que se poderá alterar.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não fui contra, apenas disse que era inócua. Não é exatamente contra.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estou apenas justificando o meu voto, respeitando e compreendendo profundamente, enfim, as ponderações de Vossa Excelência.

Também peço vênia para superar a objeção, no tocante ao inciso XVIII, no que tange aos direitos dos índios relacionados às suas terras, quando se diz que são imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, repetindo-se aqui o que se dispõe no art. 231, § 4º, da Constituição, por entender que esse enunciado tem um caráter pedagógico e porque neste momento – a meu ver de forma extremamente adequada – o STF está fixando o regime jurídico das terras indígenas.

Creio que Sua Excelência também fez, enfim, uma pequena objeção quanto ao inciso IX, mas, para mim, creio que a autoridade ambiental deve, sim, zelar para que a área da unidade de conservação afetada pela terra indígena seja utilizada em conformidade com a sua destinação legal.

Senhor Presidente, este é o meu voto, que então acabo de proferir nesses termos.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: O art. 231 da Constituição do Brasil reconhece aos índios os direitos originários *sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, "competindo à União demarcá-las". Isto é: incumbe à União demarcá-las *como elas são*, *continuamente* ou *em ilhas*; vou repetir: *como elas são tradicionalmente ocupadas, continuamente* ou *em ilhas*. Essas terras, como elas são, é que devem ser demarcadas pela União.

2. Essas terras são bens da União. Os índios detêm a *posse*, não o *domínio* destas terras. Isso é necessário ainda redizermos: a União detém o domínio dessas terras. Por isso é cristalina, para quem lê na Constituição o que nela está escrito, a plena compatibilidade entre soberania e reconhecimento, em favor dos índios, de direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As terras indígenas sendo de propriedade da União são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis. Daí afirmar-se que nossas faixas de fronteira estão mais adequadamente protegidas quando compostas de terras indígenas.

3. O art. 231 da Constituição do Brasil não excepciona, nem suporta redução em seu vigor normativo, no que tange a elas, as terras situadas em zonas de fronteira. A Constituição assegura plenamente aos índios os direitos originários sobre todas as terras tradicionalmente por eles ocupadas – vale dizer, as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[33] – ainda que situadas em regiões de fronteira. A suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol há disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configura evidente tolice, rematada insensatez. O que se dá, aí, é invasão de propriedade pública, a União estando vinculada pelo dever de proteger essas terras.

4. Não obstante, é necessário atentarmos para o fato de que a demarcação de terras indígenas em regiões de fronteira pode e deve ser considerada por este tribunal com rigorosa atenção, razão pela qual acompanho, bem vincado este aspecto, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito.

5. Permito-me insistir em dois pontos. Primeiro: as terras que os índios tradicionalmente ocupam são bens da União e devem ser demarcadas como são. Segundo: disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios consubstancia algo juridicamente impossível; pois quando dizemos *disputa* aludimos a uma oposição entre *direitos* e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum.

6. As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui – propriedade da União – resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras – leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete – são protegidas contra os

[33] Cf. o § 1º do art. 231 da Constituição do Brasil.

esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

7. Daí por que não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o *indigenato*[34]. A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários *sobre as terras que tradicionalmente ocupavam* na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de *direitos*; ao invasor de bem público não se pode atribuir *direito* nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.

8. Passo a cogitar de outro ponto.

9. Ainda no primeiro semestre deste ano, em abril, quando esta Corte apreciou a AC 2.009, na qual se pretendeu – com êxito – suspender operação de desocupação da área indígena, afirmei que este é o mais sério conflito social com o qual me deparei desde que cheguei a este tribunal, em 2004. Porque o que está em jogo nessa polêmica não é apenas a Raposa Serra do Sol. Vou me valer do que dizem Boris Fausto e Carlos Fausto em texto publicado n'*O Estado de São Paulo*, edição de 28 de abril de 2008, p. A2[35]:

> O que está em jogo nessa polêmica não é apenas a Raposa Serra do Sol. É um princípio constitucional que assegura a integridade física e cultural dos índios. Transformar as áreas indígenas em "ilhas" é uma velha ideia (e um velho sonho) conservadora. O saudoso ministro do STF, Victor Nunes Leal, ao tratar de questão similar, já alertava para os perigos, asseverando: "Aqui não se trata do direito de propriedade comum (...) Não está em jogo (...) um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do hábitat de um povo. (...) Se (a área) foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o terreiro da aldeia (...)" (*RE 44.585, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Referências da Súmula do STF, v. 25. p. 360-61*). Para evitar esse risco, a Constituição de 1988 reconheceu aos índios o direito originário sobre suas terras.

10. São ainda do Ministro Victor Nunes Leal – aliás aqui mesmo, nesta sala, em voto no MS 16.443, no qual era debatida a inalienabilidade das terras indígenas – as seguintes observações:

> Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras

---

[34] *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 64. Edição fac-similar.

[35] *Surto anti-indígena.*

são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do país. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

11. Transformar as áreas indígenas em "ilhas" é mesmo, como observam Boris Fausto e Carlos Fausto, um velho projeto conservador. Mas não vejo como possa isso ser feito pela mão do Poder Judiciário.

12. É bem verdade – e tenho insistido neste ponto – que o direito é uma arena em que se joga a luta social, nele prevalecendo as hegemonias de sempre. É bem verdade que o discurso do *texto normativo* está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em *discurso normativo*, isto é, em *norma* (transformação do *texto* em *norma*). Daí que a Constituição há de ser atualizada pelos chamados *intérpretes autênticos*, os juízes, para que se apresente dotada de força normativa. Por isso – sei bem disso – a interpretação não é apenas do texto da *Constituição formal*, mas também da *Constituição real*, hegelianamente considerada. O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da *dimensão textua*l para a *dimensão normativa*.

13. Nada disso autoriza, todavia, o intérprete autêntico a ir além dos limites do texto, pena de transformarmos a prática jurisdicional em farsa, exercício de subjetivismo a serviço do arbítrio dos juízes e dos de sempre, que – no caso – nutrem projeto ideologicamente bem definido.

14. Alguém dirá que há um Município na área, a sede de um Município, e essa realidade não se pode ignorar. Alguém o dirá aludindo, talvez, ao decidido por esta Corte na ADI 2.240, quando cogitamos da exceção e da *força normativa dos fatos* (*normative Kraft des Faktischen*). Não há paralelismo, contudo, entre as situações do Município de Luís Eduardo e outros (Município de Uiramutã e Pacaraima). A existência daquele afronta o § 4º do art. 18 da Constituição de 1988, nada mais. A deste último afronta-o também, mas além de tudo – isso é extremamente grave! – resulta de invasão de terra indígena, que a nenhum pretexto se pode justificar. Quanto ao Município de Normandia, somente parte dele está incluída na área da reserva.

15. É certo que na data de vigência da Constituição de 1988 as cinco etnias indígenas que lá estão ocupavam, tradicionalmente, a área de Raposa Serra do Sol. Não há, nos autos, prova nenhuma de que isso não ocorresse. A posse dos índios é remota e incontestável, razão pela qual decreto de 15 de abril de 2005, do Presidente da República, homologou a Portaria 534, do Ministro da Justiça, de 15 de abril, demarcando as Terras Indígenas Raposa Serra do Sol em "terras contínuas".

16. Ademais existe, no caso, coisa julgada – o MS 25.483, Rel. Min. Carlos Britto – coisa julgada expressiva da plena correção do procedimento dessa demarcação. Aqui nem se trata, como se vê, de boa-fé administrativa, mas de boa-fé judicial, nada justificando que este Tribunal volte-se contra si próprio no que decidiu.

17. As Terras Indígenas Raposa Serra do Sol foram demarcadas em "terras contínuas" porque eles, os índios, assim tradicionalmente as ocupavam, em outubro de 1988. Como a terra não é valor que se possua e o espaço é concebido como ilimitado, partilhado com os seres que o povoam – seres humanos e seres não humanos –, as aldeias das cinco etnias de Raposa Serra do Sol movimentavam-se, movimentam-se, deslocando-se de um ponto a outro por inúmeras razões. Uma delas, não a única, a atinente à circunstância de a agricultura indígena obedecer a necessária rotatividade do solo, de sorte a prevenir seu esgotamento e permitir o plantio pelos grupos domésticos durante todo o ano. Eis o que a Constituição protege: as *terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições* (§ 1º do art. 231).

18. A alteração do território original de Raposa Serra do Sol, mediante a demarcação não contínua, mas *em ilhas*, apenas seria admissível se houvesse nestes autos prova completa de que os índios ocupavam tradicionalmente *em ilhas* as terras de que se cuida, terras indígenas de Raposa Serra do Sol. Mas essa prova não há.

19. Em área inserida nos limites da TIRSS encontra-se o Parque Nacional Monte Roraima, monte sagrado, dotado de enorme significado mítico para todas as etnias que habitam essas terras. O Roraima é o berço da humanidade. Curiosamente é ali, mas pela via torta da leitura de Theodor Koch-Grunberg – *Von Roraima zum Orinoco*, recentemente traduzido para o português[36] – é ali que Mário de Andrade encontrará o "deus malandro"[37] Macunaíma, transformando-o no herói/anti-herói que representa o brasileiro, cada um de nós. É certo que "os índios dizem que sempre faz tempo ruim quando um branco vai ao Roraima"[38], mas o que a Constituição assegura ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o que a Constituição assegura é, singelamente, a nacionalidade, a nossa nacionalidade.

20. Desejo insistir neste ponto, pois não há mais de uma nacionalidade nesta Terra de Santa Cruz, há apenas uma, a nacionalidade dos brasileiros. É certo que os índios merecem, entre nós, tratamento constitucional especial. Mas isso não justifica, nem de leve, insinuação de que eles componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro. Aqui não. No Brasil os indígenas, tal como nós – "preto, branco, amarelo, misturado", como disse Álvaro Moreyra em um lindo poema[39], nós que somos parte do Brasil de todas as cores – aqui os indígenas, tal como nós, são brasileiros. Nada nos apartará uns dos outros. É importante que se o afirme. A Constituição do Brasil recusa qualquer ruptura da nossa

---

[36] *Do Roraima ao Orinoco*, tradução de Cristina Alberts-Franco. São Paulo: Unesp, 2006.

[37] Expressão que colho em Telê Ancona Lopes, As viagens e o fotógrafo, in Mário de Andrade, *Fotógrafo e turista aprendiz*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros (Universidade de São Paulo), 1993, p. 111.

[38] Cf. Theodor Koch-Grunberg, ob. cit., p. 129.

[39] *Oração*, que cito de memória.

nacionalidade, ao gosto de quantos preferem o dissenso da sociedade civil – onde prevalecem os interesses dos de sempre – macaqueando a sintaxe dos discursos das ONGs daqui e de alhures ou conferindo a eles os tons característicos do pensamento de certos intelectuais orgânicos. Quanto à *Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas*, cujo texto tive o cuidado de examinar, a autodeterminação e a autonomia dos índios que afirma está atrelada, e por ela limitada, à Constituição do Brasil, não a podendo exceder.

De toda sorte, exatamente porque não há mais de uma nacionalidade nesta Terra de Santa Cruz – há apenas uma, a nacionalidade dos brasileiros – aos índios, em suas terras, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e da segurança nacional, tal como enfatizado no voto do Ministro Carlos Alberto Direito, que acompanho.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a análise dos autos e o brilhante voto do Relator deixaram bem evidenciado o fato incontestável de que os grupos indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona ocupam a região situada no Estado de Roraima, objeto da presente ação popular, há tempo suficiente para caracterizar a ocupação como imemorial e tradicional, conforme requer a Constituição no art. 231 e § 1º e § 2º.

Este dispositivo, como todos sabem, **reconhece** aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam, garantindo-lhes a "posse permanente". Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos dela decorrentes, imprescritíveis.

Em outras palavras, o direito à posse da terra pelas comunidades indígenas é oriundo da própria Constituição Federal, competindo à União tão somente "demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens".

É importante ressaltar, ainda, como afirmou o Procurador-Geral da República, em seu parecer, "que a área indígena 'Raposa Serra do Sol' representa pouco mais de 7% do território daquele Estado [de Roraima], que, desde a sua criação, conta com a presença de numerosos grupos indígenas, **sendo a população em questão ali residente a terceira maior do País**, só perdendo para aquelas localizadas nos Estados do Amazonas e Mato Grosso. A existência de tal população, aliás, terá sido um dos fatores determinantes da criação do novo Estado" (p. 16).

Com efeito, segundo afirma a União, a população indígena do Estado de Roraima corresponde a um total de aproximadamente 45.000 índios aldeados, sendo uma das maiores populações indígenas do País. Desse total, cerca de 19.000 índios vivem na área correspondente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Assim, Senhor Presidente, nesse momento do julgamento não resta qualquer dúvida quanto à presença dos requisitos constitucionais para o reconhecimento da área em questão como ocupada por tempo imemorial e tradicional pelos indígenas dos grupos Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona.

Resta, portanto, verificar se o processo de demarcação observou os ditames legais.

Procedimento administrativo de demarcação

O processo de demarcação de áreas indígenas é complexo e demorado, porque demanda uma série de análises socioculturais importantes para evitar danos à organização cultural dos indígenas e para que possa refletir fielmente sua realidade.

Nesse ponto, cabe ressaltar que o processo de demarcação das terras localizadas na Raposa Serra do Sol teve início em 1977, quando o Estado de Roraima ainda era um território, sendo certo que as reivindicações pela demarcação da área remontam ao início do século passado, mais precisamente a 1917.

É importante lembrar que os trabalhos iniciados no ano de 1977 foram interrompidos e retomados diversas vezes, de modo que a formalização do procedimento administrativo de demarcação, que culminou no Decreto 534/2005, ora questionado, data de 1993 (Processo 889/1993/Funai).

Os documentos a que tive acesso demonstram que o processo de demarcação seguiu os trâmites previstos no Decreto 22/1991 e, posteriormente, no Decreto 1.775/1996, sendo importante notar que a todos os interessados na demarcação foi facultado o prazo de 90 dias para se manifestarem no processo e todas as manifestações foram devidamente apreciadas pelo Ministro da Justiça. Essa questão, inclusive, foi objeto do MS 24.483, Rel. Min. Carlos Britto, e esta Corte entendeu pela regularidade do procedimento, em decisão que transitou em julgado.

Inexistência de lesão ao patrimônio público

Observo, ainda, que não vislumbrei qualquer lesão ao **patrimônio público** decorrente do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. As alegações do requerente são de ordem meramente especulativa, em especial no que tange ao risco à segurança e à defesa nacional, bem como à economia do Estado de Roraima.

Segurança e defesa nacional

De fato, em relação ao argumento de que "a **demarcação contínua** da área trará irremediáveis prejuízos à segurança e à Defesa Nacional", tendo em vista que a reserva indígena está localizada em área de fronteira, é vale ressaltar que o Decreto 534/2005, em seu art. 4º, excluiu da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira; os equipamentos e instalações públicos existentes; o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã; as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais; além de reconhecer o regime jurídico de dupla afetação do Parque Nacional do Monte Roraima, com o objetivo de preservar tanto o meio ambiente como o modo de vida próprio dos indígenas. O Decreto 534/2005 assegurou expressamente a ação das Forças Armadas e do departamento de Polícia Federal nas faixas de fronteira, nos termos do Decreto 4.412/2002.

Ademais, diversas outras reservas indígenas foram demarcadas em áreas de fronteira sem que se tenha notícia de qualquer ameaça à segurança e à defesa nacional.

Efeitos na economia do Estado

Por outro lado, os alegados "perversos efeitos que tal demarcação trará para o equilíbrio socioeconômico do Estado de Roraima" não estão evidenciados nos autos. Segundo informações trazidas nos memoriais, a exploração agrícola da área não chega a representar 1,75% do PIB do Estado. Segundo colho da manifestação da Funai, "a grande extensão do território do Estado de Roraima, bem como sua baixa densidade demográfica, permitem que a produção de arroz prossiga em outras regiões que não constituam área de reserva".

Danos ao meio ambiente

Em relação aos supostos danos ao meio ambiente, a análise dos documentos levou-me a atentar para o fato de que a exploração agrícola, tal como tem sido feita pelos latifundiários na região, tem gerado inúmeros danos ambientais, que poderão se tornar irreparáveis, trazendo prejuízos inimagináveis não somente aos habitantes da região, mas a todo o País. A demarcação da área representa, portanto, não apenas o reconhecimento dos direitos indígenas, mas efetiva proteção ao meio ambiente.

Risco ao equilíbrio federativo

Sustenta-se, ainda, que a demarcação ora em debate geraria um desequilíbrio no pacto federativo, com a supressão de grande parte do território do Estado de Roraima. Contudo, a área destinada à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como já mencionado, corresponde a cerca de 7% do território estadual. Em contrapartida, o Estado de Roraima possui a menor densidade demográfica do País, uma vez que a população total do Estado está estimada em 400.000 habitantes, dos quais cerca de 250.000 ocupam áreas adjacentes à capital Boa Vista. Portanto, a densidade demográfica na área demarcada acaba sendo bastante superior à de muitos municípios do Estado de Roraima. Não vislumbro risco de ofensa ao pacto federativo.

Demarcação contínua

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

Ressalto, apenas, que a demarcação por ilhas realizada no Mato Grosso do Sul para os índios Xavantes resultou em grave situação que ameaça a sobrevivência desses indígenas, como ressaltou a professora doutora, titular de antropologia da Universidade de Chicago e ex-presidente da Associação Brasileira de Antropologia, Manuela Carneiro da Cunha:

Problemas sociais:

– Limita a movimentação constante das aldeias e faz com que grupos saiam das áreas demarcadas.

– Existência de corredores entre as ilhas possibilita a entrada de ocupantes não índios, fomentando conflitos, invasões e dificultando o controle da Funai.

– Drástica desestruturação social pela interrupção das redes de relações entre aldeias, separando famílias, inviabilizando trocas matrimoniais, ameaçando a reprodução dos grupos e criando tensões relacionadas ao não cumprimento de obrigações intercomunitárias (sistema funerário, festas, reciprocidade alimentar etc.).

– Possibilidade de cooptação da população indígena para o trabalho em empreendimentos do entorno das ilhas, desestruturando as relações econômicas.

Problemas ecológicos:

– A demarcação em ilhas ignora as necessidades básicas para a adaptação ecológica da população indígena (mobilidade para renovação de estoques faunísticos e recursos vegetais para alimentação e construção de artefatos, agricultura itinerante, manutenção da qualidade da água) e limita o acesso a sítios de ocupação antiga.

Problemas sanitários:

– Multiplicação dos pontos de contato, aumentando o risco de disseminação de doenças.

– Aumento da concentração populacional e sedentarização, potencializando o surgimento de epidemias.

– Degradação ambiental nas ilhas causa uma decadência da qualidade alimentar, provocando desnutrição crônica da população.

– Residência prolongada na mesma área provoca a contaminação da água e do solo por parasitas (amebas, bichos de pé etc.) levando a superinfestação crônica da população indígena.

– Dificulta a realização do atendimento médico.

Fonte: Ramos, A. & Taylor, K., 1979.

Simpósio sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Ministério da Justiça – Brasília, 4 de agosto de 2008.

Por todo o exposto, julgo totalmente improcedente o pedido formulado na presente ação popular.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, quero apenas confirmar com ajuste o meu voto, dizendo o seguinte – peço vênia ao Ministro Cezar Peluso para falar de logo –: o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no seu magnífico voto, usou de uma técnica de decidibilidade ou de uma formatação decisória que me pareceu, num primeiro momento, estranha, mas, refletindo melhor, pela importância da causa, eu acho que compreendi perfeitamente a intenção louvabilíssima de Sua Excelência que foi traçar as diretivas para a própria execução desta nossa decisão por parte da União. Então, Sua Excelência transformou fundamentos, transplantou uma parte dos fundamentos para a disposição, para a parte dispositiva da decisão. E pareceu-me uma técnica interessante, inovadora que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa.

Não tenho motivos para deixar de aderir a essa proposta de formatação decisória, até porque, se formos percentualizar as coincidências dos nossos votos, beiraremos os cem por cento dos fundamentos, embora com palavras e fontes de pesquisa diferentes.

Faço o ajuste, Senhor Presidente, com todo o conforto intelectual.

PROPOSTA
(Sobre cassação de medida cautelar na AC 2.009)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Presidente, agora, digo o seguinte, como já estamos com a maioria formada, e conhecedor que sou – aliás, Vossa Excelência esteve na região pessoalmente, e a Ministra Cármen Lúcia fisicamente se deslocou até a área em conflito – da delicada situação entre as partes, eu já encaminho o meu voto, complementarmente, na direção da cassação da liminar. Essa é a proposta que faço.

No mais, Senhor Presidente, penso que o STF – não pode deixar de dizer isto – está confirmando uma vertente constitucional que nos coloca – disse bem o Ministro Ricardo Lewandowski – na vanguarda dos países que tratam a questão indígena com contemporaneidade e com toda fuga de preconceito, com toda fuga de discriminação.

A Constituição, em seus arts. 231 e 232, no fundo consubstancia o mais sonoro, o mais rotundo, o mais vigoroso "não" ao etnocídio, que tem sido praticado desgraçadamente na história de nosso País. Porque, se o genocídio consiste em matar o corpo, destruir, dizimar fisicamente multidões, grupamentos humanos, o etnocídio destrói, dizima, destroça, extermina o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura. Então, destruir os modos de vida de um povo é exterminar a sua própria cultura e praticar o etnocídio.

Tenho para mim que, a partir de nossa decisão, o Brasil vai se olhar no espelho da história e não mais vai corar de vergonha. O Brasil, agora, com esta decisão, resgata a sua dignidade, tratando os índios brasileiros como nossos irmãos queridos. Reconhecer a cultura dos índios é como que reconduzir o que dizia Paulo Freire:

> Não há saber maior ou saber menor. Há saberes diferentes.

E temos, neste momento, humildade para reconhecer que os índios têm muito a nos ensinar e que podem eles também nos catequizar um pouco.

Essa postura eminentemente constitucional que estamos a revelar no corpo das nossas decisões, em feliz coincidência, está sendo tomada em um dia – já anunciado pelo Ministro Gilmar Mendes – consagrado aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Então, aqui, neste momento, estamos produzindo uma decisão que, tanto quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos em sua totalidade, faz a mais avançada democracia – democracia racial no melhor sentido – com o mais depurado humanismo.

Einstein disse o seguinte:

> É mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito.

Nós, aqui, estamos desfazendo um preconceito multissecular e nos impomos como País civilizado, que caminha, agora sim, na direção de si mesmo, na linha nietzscheana do "torna-te quem és". O Brasil, a partir de agora, tem sobradas razões para dizer que é um País fraterno, porque pluralista e sem preconceitos.

É como voto.

VOTO
(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, com relação à matéria liminar, eu acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO
(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, voto no sentido de cassar a liminar de logo.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, em primeiro lugar, não posso deixar de louvar e enaltecer, mais uma vez, os brilhantes votos do ilustre Relator, do eminente Ministro Menezes Direito e de todos os demais, mas sobretudo aqueles dois votos que concorreram para formação já definida da maioria. Sobre me confortarem, reforçam minhas convicções a respeito da solução desta causa.

Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de *fato indígena*. Na verdade, o *fato da posse jurídica* na data de início de vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

O que me propus foi a questão de saber se, perante esse critério de identificação da aproveitabilidade econômica do território por parte dos indígenas, na data de início de vigência da Constituição, a demarcação deveria ser contínua ou, como se diz, "em ilhas". No meu modo de ver, essa é questão puramente factual; não é questão jurídica, nem muito menos questão de gosto, no sentido de que seria mais agradável se fosse assim, ou, do ponto de vista da opinião pública, de outro modo. É questão factual.

Confesso, Senhor Presidente, que tive e ainda tenho dúvidas a respeito da extensão dessas ocupações na data que constitui fator básico na definição das áreas indígenas. Não porque me parecesse que se trate de extensão demasiada para um reduzido grupo de indígenas, que seriam entre dezoito e dezenove mil, em termos

de ocupação de território que, como disse o Ministro Menezes Direito, corresponde mais ou menos à metade da área da Bélgica e que é maior do que alguns países; nem sequer pelo fato de que uma daquelas duas modalidades alternativas poderia aumentar ou atenuar o risco à segurança nacional. Acho que este não é o problema.

Mas, enfim, tive e ainda tenho dúvidas a esse respeito em razão, sobretudo, do que me parece certa precariedade dos elementos em que se fundaram os processos de demarcação, baseados em poucas opiniões, num universo restrito de pessoas e com muita controvérsia. Mas não tenho nenhum elemento consistente para remover tais dúvidas em dano da população indígena – ingrediente decisivo na interpretação dos dados e na solução dessas dúvidas.

De modo que me curvo ao fato, que considero consumado, da demarcação contínua, porque não encontro elementos retóricos suficientes para estimar que essa situação subjacente não corresponde à ocupação efetiva na data prevista pela Constituição. Até porque este é processo que se arrasta, desde 1977 – e, portanto, há mais de trinta anos –, com conflitos e incertezas que, doutro modo, seriam agora exasperados e agravados, com possibilidade de gerar, não apenas agravamento das tensões atuais, mas outras talvez mais graves, todas as quais conspirariam contra as exigências de segurança, de certeza e de tranquilidade jurídicas.

Louvo, ainda, não apenas a postura do eminente Relator, mas em particular a postura do Ministro Menezes Direito, quando aventou essa fórmula, que me parece extremamente elogiável, de estabelecer alguns enunciados de restrições que componham o teor de nosso julgamento. E vou examiná-las, não para trazer achegas muito valiosas aos brilhantes argumentos de Sua Excelência, mas apenas para reforçar a postura que a Corte, de certo modo, dá mostras de que venha a adotar no caso.

Em primeiro lugar, quero acentuar a inoperância jurídica da Declaração da ONU, de 2007, não obstante a ressalva que faço às opiniões em contrário referidas e assumidas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski. Parece-me que tal declaração, na verdade, não vai além de mera exortação política aos países-membros para reconhecimento e garantia dos interesses e direitos das populações indígenas. Não é um tratado, não corresponde a nenhuma das categorias de documentos internacionais com força jurídica vinculante. Em outras palavras, a meu ver, não tem *status* nomológico ou *status* normativo. E, por isso, não integra nem vincula, em nenhum sentido, o ordenamento jurídico brasileiro.

Além do mais, a despeito da ressalva prevista no seu art. 46, I, que, de certo modo, poderia desfazer dúvidas, contém expressões no mínimo ambíguas, imprecisas, cuja interpretação poderia reverter em posturas incompatíveis com a ordem jurídico-constitucional brasileira, como, por exemplo – não vou descer a minúcias – as disposições dos arts. 3º e 4º, que cuidam de *autonomia*, *autogoverno* e expressões análogas, que podem alimentar ideias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro.

Ao depois, nos arts. 26 e 28, há referências ao poder que se reconheceria às populações indígenas de controlar as terras e de exigir reparações ao Estado quanto ao uso dessas sem consentimento livre, prévio e informado daquelas.

Parece-me que tais enunciados não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira e, por isso, a Corte faz bem em declarar a inoperância jurídica da Declaração, para dissipar quaisquer dúvidas a respeito e retirar toda base jurídica de sustentação a qualquer movimento ideológico que possa fermentar ideias de quebra da coesão social, de desagregação da nacionalidade e de separação territorial. Negar-lhe, expressamente, força normativa, é medida de cautela para que não possa ser invocada em nenhuma circunstância. E, mais que isso, para que tal declaração não sirva de pretexto para movimento de opiniões que implicariam riscos que são objeto de preocupação fundada de setores responsáveis pelo País, principalmente, das Forças Armadas. Não posso conceber que as preocupações, sobretudo das Forças Armadas – expressas não apenas em uma, mas em várias oportunidades, e em múltiplos documentos inspirados em fatos públicos e notórios, alguns de caráter internacional –, sejam consideradas como fantasias, paranoias ou atitudes levianas. As Forças Armadas exprimiram, nessas posições, preocupações graves e sérias, e eventual reconhecimento de alguma eficácia jurídica à Declaração poderia reforçar o justo receio, que tem as Forças Armadas, em relação à possibilidade de aventuras. Enfim, parece-me que negar qualquer força jurídica à Declaração constitui importante garantia contra tais riscos.

Em segundo lugar, também louvo e acompanho integralmente a preocupação e os enunciados do eminente Ministro Menezes Direito em relação ao regime jurídico das terras. Trata-se, evidentemente, de terras da União, a cujo regime e disciplina jurídicos não são estranhas as funções constitucionais das Forças Armadas, a que incumbe garantir a segurança coletiva, a coesão nacional e a integridade territorial, como vem claro do art. 142 da Constituição da República. Esses interesses, especialmente ligados à segurança, são os interesses Supremos da Nação e, como tais, são sempre oponíveis a qualquer grupo, estamento, classe, etc., que compõem o corpo nacional. Nenhum interesse desses segmentos pode entrar em conflito com os interesses Supremos do País, sobretudo quanto ao território superposto que a Constituição, nos termos do art. 20, § 2º, denomina *faixa de fronteira* e que constitui instrumento de resguardo da nossa integridade territorial. De modo que tais circunstâncias apontam para a existência de regime jurídico das terras que não pode excluir a possibilidade de ação incondicional das Forças Armadas no seu âmbito.

Em outras palavras, assim como o reconheceu o eminente Ministro Menezes Direito, reconheço que a demarcação dessas terras não implica, não pode implicar e, mais que isso, não tolera nenhuma restrição às atividades das Forças Armadas e consistentes – só para exemplificar – em entrar no território, dele sair, nele permanecer, construir unidades, estradas, aeroportos, obras de infraestrutura, fiscalizar, intervir, assentar-se, reprimir, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas.

No exercício de suas funções constitucionais e de todas as correspondentes atividades dentro das terras demarcadas, as Forças Armadas não dependem de prévia autorização, assentimento, nem consentimento das populações indígenas. As Forças Armadas obedecerão apenas às normas que as regem e disciplinam como tais.

Evidentemente, isso não significa fazer nenhum juízo de valor a respeito da contribuição que algumas populações indígenas desenvolvem, hoje, aliás, com o reconhecimento destas mesmas Forças Armadas, na defesa do território nacional. Mas – e isso não precisa ser lembrado – há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional. E, mais do que isso, as tarefas de segurança nacional, evidentemente, não podem ficar a cargo de populações que não têm capacidade operacional, nem sequer equipamentos para desempenho de ações que supõem a reconhecida complexidade da era moderna.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Quando Vossa Excelência fala de aculturar no âmbito das Forças Armadas, está falando dos conscritos, do alistamento militar, não é?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não em especial, pois as Forças Armadas sobretudo aculturam no apoio que dão às populações indígenas na sua vida cotidiana, é público e notório, como, por exemplo, em matéria de educação, transporte, alimentação, saúde etc. Enfim, é serviço inigualável de integração nacional que as Forças Armadas desempenham e, bem por isso, têm de ser prestigiadas – penso eu – por esta Corte.

Do mesmo modo, e não por razões muito diversas, também as atividades da Polícia Federal, previstas no art. 144, § 1º, incisos I, II e III, da Constituição, não podem ficar na dependência de autorização das populações indígenas.

O terceiro ponto, Senhor Presidente, e confesso – e já o fiz pessoalmente ao eminente Ministro Menezes Direito – que o que me deixa algo incomodado é o regime dito de *dupla afetação*, e já há quem fale em regime de tripla afetação, o qual não me parece seja o caso em relação às zonas de segurança, às zonas de fronteira. É que vejo incompatibilidade absoluta de regimes jurídico-constitucionais entre a defesa das populações indígenas e a defesa da riqueza, da biodiversidade, do patrimônio genético, do meio ambiente, enfim, de tudo aquilo que é objeto da tutela constitucional das chamadas reservas de proteção integral.

Parece-me que há, aqui, conflito teórico entre interesses e valores constitucionais. De um lado, os interesses das populações indígenas; de outro, o interesse que, nos termos do art. 225 da Constituição, supera os das populações indígenas, porque concernem a bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida de toda a população brasileira, não apenas de um de seus grupos, e que impõem a preservação das reservas, a cujo respeito a Constituição, textualmente, no inciso III, veda "qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção" constitucional.

A respeito, não concebo relação necessária entre ocupação indígena e preservação de áreas de preservação permanente. Não vejo essa relação como coisa necessária, até porque há alguns casos comprovados – como, por exemplo, sucedeu no Parque Nacional do Araguaia e no Parque Nacional de Monte Pascoal –, em que se comprovou que essa suposta relação não corresponde a uma verdade histórica, nem a uma necessidade histórica. Nem sempre a ocupação indígena contribui para a preservação das áreas de reserva ambiental.

A solução que o eminente Ministro sugeriu, do ponto de vista prático, responde às minhas preocupações, mas, no plano jurídico, minha fundamentação é diversa, porque reconheço e declaro que, entre ambos os valores, prevalece a supremacia da tutela constitucional das reservas ambientais como bem comum de todos, pré-excluindo ocupação indígena autônoma.

Mas, enfim, em termos de consequências práticas, minhas preocupações encontram algum conforto nas propostas que fez o eminente Ministro Menezes Direito.

Senhor Presidente, em quarto lugar, a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou *leading case*, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.

Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo, basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão. Eis o fundamento da legitimidade do enunciado proposto pelo Ministro Menezes Direito, de que o Conselho de Defesa Nacional tem de ser ouvido nos processos de demarcação de terras.

Em quinto lugar, parece-me não apenas decorrência necessária do regime federativo que os Estados e os municípios sejam ouvidos ou tenham membros integrantes das comissões encarregadas de conduzir e de solucionar os processos de demarcação, mas também pelo fato de que, embora a Constituição tenha estabelecido como terras da União o que ainda deva ser demarcado, não se pode desconhecer essa demarcação, posterior e apurável apenas no futuro, representa sempre desfalque à área do Estado e também aos municípios.

Não obstante justificada constitucionalmente do ponto de vista factual, econômico e político, isso tem repercussões cuja consideração impõe que os Estados e municípios participem das comissões de demarcação, até porque, nem por serem pessoas jurídicas de pleito público interno, estão excluídas da proteção constitucional do devido processo legal (*due process of law*). Noutras palavras, de certo modo elas perdem, por desfalque, parte das áreas territoriais sobre as quais exercem atividades. E não me parece boa medida que essas demarcações se efetivem sem que os Estados e municípios sejam previamente ouvidos.

Em sexto lugar – e como também já antecipou o voto do eminente Ministro Menezes Direito –, entendo que os processos de demarcação devem ser conduzidos por corpos técnicos, de formação ampla, multidisciplinar, que incluam, não apenas antropólogos, mas arqueólogos, historiadores, engenheiros, juristas, etc., enfim, todos aqueles cujo conhecimento científico especializado possa trazer contribuição decisiva para apurar os limites reais de ocupação e expungir todas as dúvidas que tais procedimentos costumam provocar.

Vou agora, Senhor Presidente, examinar, em miúdo, os enunciados trazidos pelo eminente Ministro Menezes Direito.

Desde logo, compreendo a inspiração de Sua Excelência ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras.

Não lhe faço nenhum reparo aos enunciados, exceto quanto à fundamentação do 8º e do 9º, com cujos termos decisórios concordo, mas com base em outro fundamento jurídico, que já adiantei.

Em relação ao item 10, que prevê "o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipuladas pela Administração", fico mais confortável, porque o parque nacional tem particularidade. Segundo os documentos que tenho em mãos, parece que não há ocupação indígena na área delimitada a título de parque nacional, ou, pelo menos, não há ocupação indígena expressiva, até porque sua formação geológica não é favorável a esse tipo de ocupação de ordem econômica, apresentando-se, antes, como fonte de riqueza ainda inexplorada, inclusive do ponto de vista do ecoturismo. Prolonga-se no território da Venezuela.

De modo que teríamos, se não adotássemos enunciado como aquele que propõe o Ministro Menezes Direito, no inciso 10 do seu voto, o seguinte problema de ordem prática: todo pesquisador que quisesse promover pesquisa ou visitantes que quisessem ter conhecimento dessa área, teriam de transportar-se para o território da Venezuela, porque estariam impedidos de entrar no território nacional, compreendido pelo parque!

Quanto ao item 9, eu faria – não sei se chega a ser uma sugestão – ponderação ao eminente Ministro Menezes Direito e a todos os demais Ministros, no sentido de que, conquanto a Constituição assegure o usufruto exclusivo e, no § 6º do art. 231, torne sem efeito negócios jurídicos que impliquem perda da posse, ainda quando indireta, das áreas demarcadas, não me parece contrarie o espírito da proteção constitucional, nem sequer as necessidades das populações indígenas no processo de integração e aculturação, que se permitam parcerias e negócios jurídicos análogos que não impliquem perda dessa posse, nem da sua exclusividade, mas que estimulem a integração no processo civilizatório como tal. Em outras palavras, eu abriria exceção para parcerias com as populações indígenas, nesses termos.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Aqui, Excelência, para não perder oportunidade, eu redigiria da seguinte forma: o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área e da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área. Eu tiraria "em caráter apenas opinativo", e complementaria: "levando em conta não só tradições e costumes"; eu usaria a linguagem da Constituição "os usos, tradições e costumes. Acrescentaria "usos".

Agora, por que "comunidades indígenas"? Porque a Constituição, no art. 232, aduz o seguinte:

> Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Então, eu valorizaria, aqui, as comunidades indígenas, as organizações indígenas, os órgãos representativos. Tiraria "em caráter opinativo", porque isso diminui a importância dessas entidades.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Ministro, pesa-me não poder acompanhar Vossa Excelência, porque o meu fundamento jurídico exclui qualquer participação das populações indígenas em área que, para mim, está sujeita a um único regime jurídico, o regime jurídico previsto no art. 225 da Constituição e na lei própria, a Lei 9.985, e que é absolutamente incompatível com o disposto no art. 3º e alguns parágrafos do decreto que homologou a demarcação, o qual atribui à Funai participação que ela não pode ter na administração dessas áreas.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É porque essas áreas são de dupla afetação. Tem de haver a participação das comunidades indígenas no plano decisório mesmo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Parece-me que não. E isso, aliás, subjaz à proposta do Ministro Menezes Direito, que teve o cuidado de indicar *caráter só opinativo*, no sentido de não dispensar manifestação da Funai, mas de lhe negar poder de vinculação ou cogência jurídica em relação às decisões do administrador dessa área especial que interessa a todo o País, e não apenas às populações indígenas.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): No particular, eu dissinto, retifico a pronúncia, divirjo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em relação ao item 17, segundo o qual "é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada," eu o manteria, não apenas pela circunstância de significar reafirmação do *fato da posse indígena* na data da Constituição, ou seja, a posse encontrada naquela data e objeto da demarcação, mas também para efeitos futuros, no sentido de que algumas áreas já demarcadas separadamente não poderem ser objeto de nenhum movimento tendente a reagrupá-las em áreas contínuas. Isto é, reconhecido o *fato da posse* naquela data e demarcada a área respectiva, a demarcação é insusceptível de qualquer modificação, não obstante a mim me pareça que o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação, quando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político, que é o que se espera. Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode estar a ideia – que me parece absurda – de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Aqui eu só faço uma ressalva: vale para o Caso Raposa Serra do Sol, não para todos os casos. Se for para a Raposa Serra do Sol, eu estou de pleno acordo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, apenas duas observações finais. A primeira é que acompanho a solução proposta pelo Ministro Menezes

Direito e adotada pelo eminente Ministro Relator quanto à procedência parcial, porque tal disposição técnica permite declarar o pensamento da Corte a respeito de todas as questões pontuais que constituem objeto dos enunciados, na medida em que reúnam a maioria dos votos da Corte.

Senhor Presidente, quero terminar o meu voto dizendo o seguinte: a meu juízo, é obrigação da Corte, que estudou profundamente a causa e tenta resolver da melhor maneira possível o conflito, deixar também declarado que, se o Estado brasileiro continuar a omitir-se no apoio indispensável às populações indígenas, de pouco ou de quase nada valerão as recomendações, as observações e as disposições desta decisão. Se as populações indígenas não contarem com a presença efetiva – e cada vez mais crescente – do Estado no seu desenvolvimento, no resguardo dos seus direitos, no respeito das suas posses, enfim na garantia daquilo que a Constituição chama de sua organização social e dos seus costumes, estarão condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência.

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, peço a Vossa Excelência a juntada de voto escrito. Não acredito haver o que acrescentar além do que já foi dito e excelentemente dito pelos Colegas que me antecederam. Por outro lado, também já formada a maioria, temos na prática decidida a causa.

Subscrevo, Senhor Presidente, as preocupações externadas nos itens colocados no dispositivo pelo Ministro Menezes Direito e posteriormente adotadas pelo eminente Relator. A técnica utilizada por Sua Excelência para fazer constar do próprio dispositivo. As preocupações que já constavam do voto do eminente Relator, dá efetivamente a esses tópicos o valor de um norte, de uma definição de como proceder e de como encarar a questão de demarcações de terras indígenas, daqui para diante.

Inicialmente pensava, visto que o objeto da ação diz respeito apenas à desconstituição de uma demarcação já realizada, que poderíamos estar excedendo o pedido original. No entanto, as ponderações colocadas pelos Colegas me convencem de que, efetivamente, esse é o melhor caminho a ser seguido pela Corte, ainda mais numa matéria de tanta delicadeza. O Ministro Cezar Peluso mais uma vez o enfatiza ao dizer que não basta apenas a manifestação desta Corte, é preciso que o Estado brasileiro, todo o Estado brasileiro se movimente, se mobilize no resgate dessa dívida ancestral que temos com a população indígena.

Eu analisei, como os Colegas, detidamente, todos os dados carreados aos autos pelas partes e não extraí qualquer elemento que me permitisse chegar à conclusão de que haveria alguma eiva no ato de demarcação, na Portaria e no Decreto que se seguiram. Portanto, não encontrei, assim como os Colegas, qualquer motivo para amparar o pedido inicial.

Creio ser importante, também, referir – isso já foi feito por meus Colegas – que nunca esteve em questão, salvo em alguns arrazoados que se utilizaram de um argumento *ad terrorem*, a questão da brasilidade dos nossos índios.

Não é demais lembrar que é exatamente de um índio brasileiro, Sepé Tiaraju, a afirmação peremptória de que "esta terra tem dono". O dono desta terra é o povo brasileiro, seja ele composto por brancos, por negros, por índios, enfim, é ao povo brasileiro que este território pertence e acho que a Corte, com as suas manifestações, sinaliza muito claramente nesse sentido.

Eu, portanto, penso que essa delimitação que foi feita da extensão usufruto que cabe à população indígena sobre terrenos que pertencem e são de propriedade da União é oportuna neste momento.

Acompanho o voto do Relator e dos Colegas que formam com ele a maioria, e também, Senhor Presidente, desde logo, manifesto-me pela cassação da liminar deferida.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Subscrevo as preocupações externadas nos itens do dispositivo do voto do Mininistro Menezes de Direito. Essas preocupações, aliás, foram inicialmente colocadas com precisão pelo eminente Relator.

O pedido original desta ação popular diz respeito à desconstituição da demarcação contínua da Reserva Raposa do Sol.

Este é o objeto perseguido por seus autores. Tudo para permitir a permanência, nos interstícios entre diversas parcelas ou "ilhas" destinadas às diversas etnias, de ocupantes não índios que ali exercem atividades de agricultura e pecuária.

Bem analisados todos os dados carreados aos autos, não extraí outra conclusão que não seja a de perfeita regularidade do processo administrativo de que resultou a demarcação na forma contínua, única apta a garantir a preservação das tradições e modo de vida próprios dos indígenas.

As condicionantes ao exercício do direito de posse pelas populações indígenas sobre as terras de propriedade da União são as que se impõem a todos os brasileiros.

Nunca esteve em questão – salvo em alguns arrazoados que incorporaram o argumento *ad-terrorem* – a brasilidade dos índios. Têm sido eles, aliás, os primeiros defensores de nossas fronteiras.

Por isso, entendo oportuna a prudência demonstrada pelos eminentes Ministros que bem delimitam a extensão do usufruto a ser exercido pelas comunidades indígenas. Consequentemente, cassada a liminar. Julgo a ação parcialmente procedente, acompanhando o Relator.

VOTO
(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu também antecipo o meu voto pela cassação da liminar.

VOTO
(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu não me manifestei sobre essa questão, mas também adiro a essa proposta.

VOTO
(Sobre cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009)
(Antecipação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, o Ministro Menezes Direito e eu não nos tínhamos manifestado sobre a liminar, porque o Ministro Carlos Britto falou posteriormente sobre ela. Eu também antecipo no sentido de acompanhar o Relator também quanto a este tema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o Ministro Marco Aurélio está pedindo vista também em relação a isso e a liminar foi concedida no sentido de aguardarmos o julgamento. Vamos aguardar a vista.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Gostaria de fazer duas ponderações. Fiquei extremamente impressionado com a manifestação do Ministro Menezes Direito e já ficara, anteriormente, com a manifestação do Ministro Carlos Britto. Mas também tinha várias dúvidas e algumas delas agora ganham densidade e, talvez, comecem a se dissipar, a partir da manifestação do Ministro Cezar Peluso.

Um dos temas que me angustia é o da fidelidade federativa. Tenho a impressão de que é muito difícil, no atual estágio do modelo federativo brasileiro – temos vivenciado algumas discussões, aqui –, aceitar uma prática de demarcação de áreas sem que o Estado e o Município participem desse processo.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência vai me desculpar, mas, à guisa de provocação, para que Vossa Excelência possa eventualmente contemplar no voto, até como um processo mnemônico, apenas para compartilhar, acho que este é um ponto extremamente delicado. Não estamos a falar apenas deste caso, como já ficou demonstrado, mas definindo, de alguma forma, o quadro demarcatório que deve viger a partir desta decisão. Extrair a participação do Estado e do Município desse processo é um tema bastante delicado, senão muito provavelmente inconstitucional.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Se Vossa Excelência me permite, a Constituição optou pela demarcação no âmbito exclusivo da União porque,

historicamente, Estados e Municípios sempre se contrapuseram às pretensões indígenas da demarcação de área para as populações indígenas, daí porque titularam ilicitamente, expediram títulos não de propriedade, mas de uso, de ocupação. Há uma razão histórica para excluir desse processo os Estados e os Municípios.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Fica um procedimento regulado em lei federal, claro, mas com um direito de participação, imagino que esse seria um ponto para discussão. É claro que vamos encontrar outros exemplos em que os Estados, eles próprios, definiram ou demarcaram áreas indígenas, mas esse é um ponto apenas para reflexão, uma vez que estamos aguardando a manifestação do Ministro Marco Aurélio.

Outro ponto realmente sensível já foi tocado por todos os Ministros, mas agora enfatizado no voto do Ministro Cezar Peluso: a questão da declaração das Nações Unidas. De fato, podemos dizer que é uma declaração anódina, é uma declaração que não tem nenhum efeito, mas deduzimos que, na verdade, isso daqui a pouco pode formar, como discutimos recentemente, até um bloco de constitucionalidade, daí se extraírem consequências extremamente problemáticas para todo o sistema. De modo que tenho a impressão que também aqui o Tribunal deveria tirar uma conclusão, quer dizer, no pronunciamento definitivo realmente afirmar do que se cuida.

Era apenas para fazer essas anotações, vou aguardar o voto-vista do Ministro Marco Aurélio.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, quanto à liminar, Vossa Excelência vai proclamar o resultado? Temos sete votos pela concessão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas houve o pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. Vamos aguardar.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Houve deliberação, sete votos já pronunciados.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A situação, *data venia*, está irreversível, salvo se alguém mudar de posicionamento.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quer dizer, nós concedemos a liminar com a possibilidade de aguardar o julgamento, então vamos aguardar o julgamento. Ministro Marco Aurélio certamente trará com a brevidade possível.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, peço a Vossa Excelência para reconsiderar porque nós votamos a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas houve o pedido de vista também em relação à cautelar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, indagaria a Vossa Excelência se o Plenário ainda é um Colegiado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Excelência, então seria o caso de cassar a vista que pedi do processo. Vossa Excelência propõe a cassação do pedido de vista? Chega a esse ponto, a essa teratologia? Oh, Ministro Carlos Ayres Britto!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não cabe?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Após trinta anos de Colegiado, estou aprendendo com Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu não entendo como cabe um pedido de vista em uma cautelar, se ela já foi cassada e decidida. É não pedir vista. Seria uma postura de Vossa Excelência. Mas é o Presidente quem decide.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em relação à cautelar, houve pedido de vista, por isso devemos aguardar. Vamos retomar este julgamento no início do próximo ano quanto a esse aspecto.

EXTRATO DA ATA

Pet 3.388/RR — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Advogado: Cláudio Vinícius Nunes Quadros). Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (Advogado: Antonio Glaucius de Morais), Estado de Roraima (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Roraima), Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e Espólio de Joaquim Ribeiro Peres (Advogado: Luiz Valdemar Albrecth). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Assistentes: Fundação Nacional do Índio – FUNAI (Procurador: Procurador-Geral Federal), Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai (Advogado: Paulo Machado Guimarães).

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Menezes Direito, que julgava parcialmente procedente a ação para que sejam observadas determinadas condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, nos termos de seu voto, o Tribunal, contra o voto do Ministro Celso de Mello, deliberou prosseguir no julgamento do processo, tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Ministro Marco Aurélio. Em continuação ao julgamento, após o voto da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie, que julgavam parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as mesmas condições constantes do voto do Ministro Menezes Direito, com ressalvas da Ministra Cármen Lúcia, quanto aos itens X, XVII e XVIII, e o voto do Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente, o Ministro Carlos Britto (Relator) reajustou o seu voto para também adotar as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, com ressalvas em relação ao item IX, para excluir a expressão “em caráter apenas

opinativo" e inserir as palavras "os usos" antes da expressão "tradições e costumes dos indígenas", e propôs a cassação da medida cautelar concedida na AC 2.009-3/RR, no que foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausente, ocasionalmente, na segunda parte da sessão, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 10 de dezembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ação popular ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em face da União, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, em que definidos os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Sustenta, em síntese, que o ato derivou de procedimento de demarcação viciado e ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

A competência do Supremo foi fixada no julgamento da Rcl 2.833-0/RR, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Na ocasião, com fundamento no art. 102, inciso I, alínea *f*, da CF, assentou-se caber a esta Corte julgar as lides envolvendo a questão da nulidade do processo demarcatório da Reserva Raposa Serra do Sol, presente o resguardo do patrimônio público do Estado de Roraima, tendo sido cassadas liminares anteriormente formalizadas.

Em seguida, considerada a revogação da Portaria 820/1998 e a edição da Portaria 534/2005, a competência veio a ser novamente assentada. Confiram:

> *Reclamação. Usurpação da competência. Processos judiciais que impugnam a Portaria 534/05, do Ministério da Justiça. Ato normativo que demarcou a reserva indígena denominada Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima*.
>
> Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea *f* do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente.
>
> (Rcl 3.331-7/RR, acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 17-11-2006.)

O Tribunal, em 9 de abril de 2008, apreciando pedido de liminar na AC 2.009/RR, suspendeu as operações policiais cujo objetivo fosse a retirada dos brasileiros não índios da parte da reserva indígena Raposa Serra do Sol ainda ocupada por eles.

a) Dos atos impugnados

Segundo a inicial, em 11 de dezembro de 1998, o Ministro da Justiça editou a Portaria 820, com o propósito de declarar os limites da terra indígena situada na área denominada Raposa Serra do Sol, determinando a demarcação, nos termos do art. 2º, § 10, inciso I, do Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

A referida portaria acabou substituída pela de número 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada por Decreto de 15 de abril de 2005. Eis os principais dispositivos do ato (fls. 26 a 28):

> **Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005**
>
> *O Ministro de Estado da Justiça*, no uso de suas atribuições, observando o disposto no Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e com o objetivo de definir os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e
>
> Considerando que a Portaria MJ nº 820/98 não contempla solução para questões de fato controvertidas ressalvadas no Despacho nº 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça;
>
> Considerando ser conveniente e oportuno solucionar, de modo pacífico, situações de fato controvertidas ressalvadas no referido Despacho nº 50;
>
> Considerando que os atos praticados com fundamento na Portaria MJ nº 820, de 11 de dezembro de 1998, são válidos e devem ser aproveitados;
>
> Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, como bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem;
>
> Considerando que o Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;
>
> Considerando, por fim, o imperativo de harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacionais, a preservação do meio ambiente, a proteção da diversidade étnica e cultural e o princípio federativo; resolve:
>
> Art. 1º Ratificar, com as ressalvas contidas nesta Portaria, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol.
>
> Art. 2º A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, está circunscrita aos seguintes limites: (...)
>
> Art. 3º A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da Constituição.

Art. 4º Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

I – a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;

II – os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;

III – o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;

IV – as linhas de transmissão de energia elétrica; e

V – os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.

Parágrafo único. A extrusão dos ocupantes não índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

b) Dos vícios processuais da ação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, faz-se necessário trazer ao conhecimento deste Plenário questões de ordem pública relativas ao trâmite da ação popular. Considero tais questões de extrema relevância, sendo inclusive uma das razões pelas quais formulei o pedido antecipado de vista, frustrado ante o fato de os integrantes que votam normalmente anteriormente a mim não terem consentido, anunciando o convencimento a respeito do momentoso tema e quebrando, com isso, uma tradição do Tribunal: em face de pedido antecipado de vista, aguardarem, para votar, os demais.

Antes de tudo, repito o que já frisei em outras ocasiões: o Supremo tem a guarda da Constituição e não pode despedir-se desse dever, imposto de forma expressa pelo Constituinte de 1988, sob pena de a história cobrar-lhe as consequências da omissão, de comprometimento da própria credibilidade. No sempre oportuno dizer do Ministro Néri da Silveira, o Supremo é órgão da República, última trincheira do cidadão, comprometido com os princípios caros a Estado que se diga organizado, a Estado de Direito, responsável, enfim, pela palavra final sobre conflitos de interesses que se lhe apresentam para julgamento. Eis a melhor síntese sobre o primordial papel do Tribunal. Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando-se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo.

Da necessidade de citação das autoridades que editaram a Portaria 534/2005 e o decreto homologatório

Inicialmente, cumpre verificar o que apontado no memorial distribuído pelo ex-Ministro Maurício Corrêa:

> Cuida-se de ação popular cujo objeto é a anulação da Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça, que promoveu a demarcação da reserva indígena *Raposa Serra do Sol*, em Roraima. Permita apresentar algumas considerações sobre o tema.
>
> 2. Na linha do que foi suscitado pelo ilustre Advogado-Geral da União em sua sustentação oral, cumpre chamar a atenção, de início, para a inadequada composição do polo passivo da demanda. Na forma do art. 6º da Lei 4.717/65 c/c o art. 47 do CPC, a ação popular será proposta contra a pessoa jurídica de direito público e **as autoridades** que houverem praticado o ato.
>
> 3. Entretanto, apenas a União foi intimada a contestar a ação, faltando integrar a lide o senhor Márcio Thomaz Bastos, Ministro da Justiça que editou a Portaria, e o senhor Luiz Inácio Lula da Silva, Presidente da República que, com aquele, assinou o decreto homologatório respectivo.
>
> 4. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário legal cuja formação é pressuposto de validade da relação processual. Por revelar matéria de ordem pública, afeta às condições da ação, pode ser deduzida até mesmo de ofício e em qualquer fase processual.

Sim, acertado é o argumento. De acordo com o art. 6º da Lei 4.717/1965, "a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo".

Pelo que consta do sítio do Supremo, o que confirmei no exame do processo, as partes da presente ação são as seguintes:

PARTES	
Categoria	**Nome**
Requerente	Augusto Affonso Botelho Neto
Advogado	Cláudio Vinícius Nunes Quadros
Assistente	Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti
Advogado	Antonio Glaucius de Morais
Requerida	União
Advogado	Advogado-Geral da União

Com efeito, é incontroverso ser múltipla, no âmbito da ação popular, a legitimação passiva, formando-se litisconsórcio necessário composto: (a) pelas pessoas cujo patrimônio se pretende proteger; (b) por aqueles que se diz haverem causado a lesão aos bens tutelados: autoridades públicas, funcionários, entre outros; e (c) pelos beneficiários diretos do ato ou da omissão.

Colho trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Madeira – maranhense a quem sucedi nesta cadeira – no RE 116.750-5/DF, em que abordado o tema:

> (...) As autoridades a que faz menção o art. 6º da Lei 4.717 são *quaisquer* autoridades – legislativas, inclusive – e têm de ser citadas; quanto a isso, não há dúvida (*RDA* 85/399).

José Afonso da Silva também sustenta que a lei não discrimina. "Qualquer autoridade, portanto – diz ele – que houver participado do ato impugnado – autorizando-o, aprovando-o, ratificando-o ou praticando-o – deverá ser citada para a demanda popular, que vise anulá-lo. Assim, desde as autoridades mais elevadas até as de menor gabarito estão sujeitas a figurarem como rés no processo da ação popular. Nem mesmo o Presidente da República, ou o do Supremo Tribunal Federal, ou do Congresso Nacional está imune de ser réu, nesse processo". (*Ação popular constitucional*, 1968, p. 197.)

Trago a lição de Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada pelo Professor Arnoldo Wald e pelo Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes[40]:

(...) Deverão ser citadas para a ação, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato (art. 6º). (...)

Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público. É o que se infere do disposto no art. 6º, § 2º.

(...)

Faz relevante verificar a redação dos arts. 6º e 7º da Lei 4.717/1965, e 47 do CPC:

Art. 6º (...) A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no Artigo 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código do Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

(...)

§ 2º (...)

(...)

III – Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas. Salvo quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior;

(...)

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

---

[40] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros. p. 135.

A jurisprudência está sedimentada no sentido de que se trata de litisconsórcio passivo necessário e a falta de citação de qualquer servidor ou autoridade partícipes do ato ou contrato impugnado é causa de nulidade do processo[41].

Descabe entender que a citação de pessoa jurídica central – a União – dispensa a das autoridades envolvidas na prática do ato atacado, isso considerados os efeitos de uma possível sentença condenatória – arts. 11 e 18 da Lei 4.717/1965.

Então, cumpre já aqui sanear o processo, citando-se como réus desta ação popular o Ministro de Estado da Justiça e Sua Excelência o Presidente da República.

Continuo na abordagem de outros aspectos instrumentais da maior relevância, consignando ser o processo não a forma pela forma, mas liberdade em sentido maior, saber o que pode acontecer na tramitação de uma causa, abrindo-se oportunidade de defesa àqueles cujas situações jurídicas, constituídas, legitimamente ou não, possam ser alcançadas por ato coercitivo do Estado-Juiz.

O direito de defender-se é, antes de mais nada, um direito natural, senão a mola-mestra do processo – o contraditório –, reveladora de predicado da dignidade do homem, fundamento que tenho como síntese dos demais previstos, também, no art. 1º da Carta Federal. Sem ele não é dado falar em soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Do homem para o homem há de ser a tônica da vida pública, da vida gregária, a interpretação inafastável do arcabouço normativo pátrio.

Ausência de citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia – Transgressão dos arts. 1º e 6º da Lei 4.717/1965 – Lei da Ação Popular

O Estado de Roraima não foi citado para integrar a lide. Tampouco o foram os Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia, cujas áreas geográficas estão em jogo neste processo.

O Tribunal já reconheceu a natureza singular da substituição processual, conquanto o cidadão, em ação popular de competência originária do Supremo, atue defendendo o interesse de ente federado em face de ato lesivo praticado pela União. Confiram a ementa do acórdão relativo à Rcl 424-4/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, publicada no *Diário da Justiça* de 6-6-1996:

> Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual.
>
> II – STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União.

---

[41] Idem. Ibidem. Acórdãos citados: TJSC, ApC 01.001230-3, Rel. Des. César Abreu, *RT* 796/392; TJRJ, ApC 4.367/96, Rel. Des. Amaury Arruda de Souza, *RF* 364/360; e TRF-4ª R. ApC 2001.70.00.000102-3-PR, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *RePro* 131/219.

No precedente, é certo, reconheceu a Corte a desnecessidade de o ente público titular do patrimônio lesado compor a relação processual, malgrado sujeito da lide, considerada a substituição pelo autor popular.

Não posso, porém, compactuar com tal orientação. A legitimação não se faz unilateral – do substituto processual –, mas concorrente. O particular deve, sim, buscar, mediante ação popular, a preservação da coisa pública, mas esse fato não afasta a necessidade de, a todos os títulos, vir a Juízo a pessoa jurídica de direito público a que a citada coisa pública se faça vinculada. Não pode ser outra a conclusão: mostra-se indispensável para a correta formação do processo que o ente dito alcançado pelo ato lesivo apontado como nulo figure na relação subjetiva processual. Considerem o disposto nos arts. 1º e – mais uma vez – 6º da Lei 4.717/1965:

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de **nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista** (Constituição art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União representa os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.
>
> (...)
>
> Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades **referidas no art. 1º**, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Vejam que, na espécie, alega-se lesividade a atingir o patrimônio do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima, presente demarcação a acarretar a premissa de as terras pertencerem à União. Reafirmo: argui-se lesão, decorrente de ato praticado pela União, a interesse e patrimônio daqueles entes. Resta claro, assim, que a ação deveria ter sido proposta também contra as referidas Unidades da Federação, onde está situado o patrimônio questionado, para que ou defendessem o ato da União, ou assumissem o polo ativo e pleiteassem, em reforço à posição do autor inicial, a nulidade respectiva.

Tal conclusão encontra amparo na doutrina, conforme já mencionado[42]:

> Em qualquer caso, a ação deverá ser dirigida contra a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público. É o que se infere do disposto no art. 6º, § 2º.

Esse enfoque é substancial considerado o fato de o Estado apenas ter ingressado no processo – sendo admitido não como parte, mas como assistente – depois

---

[42] Idem. Ibidem.

de finda a instrução, a fase probatória, e os Municípios jamais haverem composto a lide. Eis a visão do Relator, no voto proferido:

> 14. Dois dias depois (7-5-2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo (petição 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu *"seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário (...), possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio (fls. 5138/9063, Volumes 20/36)."* Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, *de forma contínua*, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.
>
> 15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: a) inconstitucionalidade do Decreto 22/1991; b) nulidade da ampliação da área indígena cuja demarcação demandaria feitura de lei; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e) necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; f) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por simples decreto presidencial.
>
> 16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assentados novos pedidos, aplicáveis a "qualquer demarcação de terras indígenas", a saber: a) adoção da forma descontínua, ou em "ilhas"; b) a exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras titulas pelo Incra antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Contigo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.
>
> 17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstivesse "de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental, etc."

Ora, dessa maneira, a unidade da Federação, não teve os pleitos especificamente levados em conta, ante a admissão na lide não como litisconsorte necessário, mas como assistente. Colho esta conclusão do voto do Relator, proferido em questão de ordem que culminou na admissão do Estado:

> 28. Sem embargo, tenho que o pedido dos retardatários é passível de acolhimento, desde que na moldura menor da assistência, apanhando eles a causa no estado em que ela se encontra. **Logo, sem novos fundamentos, pedidos inéditos, tentativas de reabertura da instrução, sem prejuízo, é lógico, da análise das questões de ordem pública trazidas por qualquer deles**. Até para evitar desnecessário alongamento do perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente repercussão político-social e elevada estatura constitucional, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça.

Assim também se pronunciou o Ministro Menezes Direito, em voto-vista – após análise, portanto, dos 51 volumes a encerrarem este processo:

> Quanto ao Estado de Roraima, sua manifestação e seus argumentos tampouco deixaram de ser observados no processamento e vêm sendo apreciados no julgamento desta ação. Como assistente não poderá, porém, formular outros pedidos.

Ainda que se pudesse defender a inutilidade de o Estado de Roraima figurar como litisconsorte necessário desde o início da demanda e a pertinência da admissão como assistente – enfoque cogitado apenas a título de argumentação –, é certo que o interesse revela-se público e notório, observada a área substancial em jogo – cerca de 7,79% do território estadual –, tendo inclusive sido reconhecido pelo Plenário no julgamento da Rcl 3.331-7/RR, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto – com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 17-11-2006. Há expressa menção na ementa, confiram:

> *Reclamação. Usurpação da competência. Processos judiciais que impugnam a Portaria 534/05 do Ministério da Justiça. Ato normativo que demarcou a reserva indígena denominada Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima*. Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea *f* do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, **com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense**, postulam a declaração da invalidade da Portaria 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente.

Para fins de registro, colho ainda trecho do voto do Relator:

> 9. No fluxo dessa compreensão das coisas, é de se reconhecer que a impugnação da validade jurídica da citada Portaria 534/05 do Ministério da Justiça, acarreta:
>
> a) uma peculiar situação **menoscabo da competência constitucional que detém a União** para efetuar os procedimentos de demarcação das áreas indígenas (CF, art. 231);
>
> b) lesão ao **princípio da homogeneidade federativa**, este a significar a costura da conciliação possível de interesses entre pessoas estatais que se dotam de autonomia política.

Esta é mais uma matéria pendente de exame, a merecer pronunciamento explícito do Tribunal. Antes, recordem a origem da conclusão sobre a competência do Supremo nesse campo da exceção revelado pela ação popular – a existência de um considerável conflito federativo, vale dizer, um conflito entre a União e uma unidade a compor a Federação, o Estado de Roraima, presentes os Municípios atingidos em seus limites territoriais pela demarcação verificada. Como, então, deixar de citá-los para, até mesmo, figurarem na ação popular aderindo ao autor como previsto no § 3º do art. 6º da Lei 4.717/1965. Salta aos olhos a destinação, no campo das consequências e facilidades processuais, em admiti-los como partes ou como assistentes, apanhando o processo, neste último caso, no estágio em que se encontrava, ou seja, quando já encerrada a instrução. A organicidade instrumental está capenga, ferida de morte, incidindo o paradoxo acima referido – a admissibilidade do conflito federativo sem que formada a devida

relação processual, sem que, até aqui, o Estado, já não falo dos Municípios, figure como parte propriamente dita.

Há de chamar-se o processo à ordem, reabrindo-se, na extensão cabível, a instrução processual, sob pena de grassar a balbúrdia, sob pena de, sem ouvirem-se as partes interessadas, titulares de direitos, viabilizados os meios de prova visando a revelá-los, ter-se, mesmo assim, sentença a elas oponível.

Da ausência de intervenção oportuna do Ministério Público na instrução da ação popular

Conforme a doutrina de Hely Lopes Meirelles, na citada obra atualizada, "o Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção de prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados."[43]

Assim, o Ministério Público deve ser intimado pessoalmente, desde o nascedouro da ação, sob pena de nulidade[44]. Eis o que preceitua o § 4º do art. 6º da Lei 4.717/1965:

> Art. 6º (...)
> (...)
> § 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção de provas e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Vale conferir a lição de Geisa de Assis Rodrigues[45] sobre o papel do Ministério Público na ação popular:

> O que significa ter uma posição ativa em favor do autor popular? Significa produzir as provas necessárias para a demanda, fiscalizar o cumprimento das requisições judiciais de certidões e informações, responsabilizar os que não atenderem aos pleitos judiciais na ação popular, responsabilizar criminalmente aqueles cujos delitos ficarem demonstrados no curso da ação popular, recorrer das decisões que contrariarem o interesse público, aditar a inicial, requerer a liminar de suspensão do ato lesivo, requerer a antecipação de tutela, propor medida cautelar incidental, não recorrer das decisões favoráveis ao cidadão, não pleitear a suspensão da liminar concedida.

Mediante análise do processo, constato ter sido o Ministério Público intimado a manifestar-se apenas à fl. 388, quando já finda a instrução processual. Em outras palavras, não houve o acompanhamento da instrução probatória nem a abertura de vista para eventual pedido de produção de provas.

---

[43] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros. p. 135-135. Nesse sentido, ainda, *RJTJESP* 114/188.

[44] Ação Popular. *Revista de Processo* 32/163. Citado por RODRIGUES, Geisa de Assis. Da Ação Popular. Texto incluído na obra *Ações Constitucionais*. Organizada por Fredie Didier Jr. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2006. p. 242.

[45] Idem. Ibidem.

Deve-se frisar o envolvimento de direito indisponível. Tanto é assim que a lei impõe a participação do Ministério Público com abrangência maior. Vale dizer: o fato de não haver se insurgido contra a irregularidade, vindo a oficiar de forma simplesmente opinativa, não convalida a situação jurídica. Cumpre, então, sanear o processo, sob pena de desprezo à ordem jurídica, à organicidade do Direito. Uma coisa é a manifestação final ocorrida, silenciando o Ministério Público quanto ao fato de não haver sido intimado para acompanhar a totalidade da tramitação do processo requerendo o que entendesse cabível, outra é olvidar os parâmetros que o compelem ao abandono do campo do simples parecer.

Também aqui se verifica o desatendimento de formalidade essencial, implicando a inobservância do devido processo legal tão próprio à ação popular. Mais um defeito a ser sanado.

Ausência de citação das etnias indígenas

Nos termos do art. 6º da Lei 4.717/1965, a ação popular será proposta também contra os beneficiários diretos do ato lesivo. Trata-se, da mesma maneira, de litisconsórcio passivo necessário:

> Sendo beneficiário, litisconsorte necessário do ato de provimento que se pretende ineficacizar, é nulo, *ab initio*, o processo em que não foi citado para o contraditório e defesa, podendo essa nulidade ser postulada pelo Ministério Público. (*RSTJ* 43/332)[46]

É inegável serem as comunidades indígenas, de início, beneficiárias do ato de demarcação. Tanto são que, consoante o § 3º do art. 2º do Decreto 1.775/1996, mostra-se necessária a participação do grupo indígena envolvido, segundo as formas próprias, em todas as fases do processo de demarcação:

> § 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

No curso do processo, as comunidades requereram o ingresso na qualidade de litisconsortes. O Plenário, porém, admitiu a intervenção apenas na condição de assistentes. Confiram trecho do voto do Ministro Menezes Direito:

> No caso, e considerando que as comunidades indígenas envolvidas, ainda que não citadas como rés, intervieram no processo na qualidade de assistentes, produzindo provas e manifestando-se com os múltiplos argumentos que souberam tão bem apresentar, não se verifica nenhum prejuízo à sua defesa que imponha a desconsideração de todo o processado até aqui.
>
> (...)
>
> Nessa linha, acompanhando o Relator, voto pelo indeferimento dos requerimentos de integração na forma de litisconsórcio necessário, mas defiro as manifestações de todos na qualidade de assistentes. Diga-se que esse tema já ficou antes assentado em questão preliminar na anterior assentada.

---

[46] Trecho de acórdão citado por Theotonio Negrão na obra *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 38. ed. São Paulo: Saraiva. p. 1119.

Pois bem, imaginem se a presente ação for julgada procedente, anulando-se o processo demarcatório, não haverá clara nulidade, considerada a ausência da participação dos beneficiários, como litisconsortes? Não é porque o julgamento caminha no sentido da improcedência do pedido que será afastada a observância irrestrita das regras de direito processual, as quais visam, em última análise, a proteger as partes, dando credibilidade ao pronunciamento jurisdicional.

Ante o quadro, faz-se necessária a citação de entidades representativas das cinco etnias existentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo.

Ausência de produção de provas

Convém apontar, da mesma forma, ter o Relator, por meio do despacho de fl. 356, aberto vista às partes para especificação de provas, no prazo de dez dias. Apenas se manifestou a União, afirmando não ter nada a requerer a tal título, preconizando o julgamento antecipado da lide (fl. 361). Certidão acostada à fl. 362 atesta o silêncio dos autores populares.

Em seguida, à fl. 363, o Relator abriu vista às partes para alegações finais. O autor popular e o assistente Senador Mozarildo Cavalcanti, que já não haviam apresentado réplica (fl. 345), permaneceram silentes também nessa fase processual (fl. 388). Ou seja, até o fim da instrução e a abertura do prazo para razões finais (certificada à fl. 362 do volume 2 de um processo que contém 51 volumes), as únicas peças processuais trazidas pelos autores populares, defensores dos interesses do Estado de Roraima e dos Municípios, foram a petição inicial e o recurso de agravo dirigido contra decisão do Relator indeferindo medida liminar.

Noto estar a tese relativa à arguição da nulidade do processo demarcatório, veiculada na inicial, assentada nas conclusões de:

(a) laudo pericial produzido no âmbito da ação popular ajuizada por Silvino Lopes da Silva e outros (Processo 1999.42.00.000014-7), que tramitou perante a 1ª Vara da Justiça Federal em Roraima, não chegando a ter o mérito apreciado por perda de objeto;

(b) documento intitulado "Relatório Parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre a Demarcação de Terras Indígenas – Área Indígena Raposa Serra do Sol".

Eis a conclusão dos peritos do Juízo (fl. 6245, vol. 24):

> O que restou provado com esta Perícia é que a Funai apresentou e aprovou um relatório completamente inadequado, incorreto, incompleto, e com vícios insanáveis, para a demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, induzindo o Ministro da Justiça ao erro em baixar a Portaria 820/98.

Dessa maneira, mesmo diante de notícia segundo a qual laudo pericial confeccionado a pedido do Juízo Federal de Roraima atestara a existência de nulidades no processo demarcatório, servindo de embasamento para os pedidos dos autores populares, e relatório elaborado pelo Senado da República revelara

conclusões no mesmo sentido – e, cumpre acrescentar, a Câmara dos Deputados também assim se pronunciou em documento oficial –, constato não ter sido determinada, no Supremo, a produção de prova pericial para averiguar as nulidades alegadas.

A teor do art. 130 do CPC, mesmo diante da omissão das partes, compete ao juiz determinar as provas necessárias para a adequada instrução do processo, o que se dirá quando envolvida a coisa pública em extensão inigualável:

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Trago a lição de Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos, em que concluem não poder o exercício dos poderes instrutórios ser considerado mera faculdade do órgão judicante, mas um dever, ante a necessidade de conduzir o procedimento da maneira mais idônea possível, sempre com o intuito de obter a efetiva tutela do direito material[47]:

> Existindo nos autos quaisquer elementos (dados em geral ou, mesmo, indícios, enquanto fato provado) que apontem de maneira objetiva (isto é, que não dependam da avaliação subjetiva do juiz, mas surjam nos autos de maneira perceptível a qualquer julgador) para desdobramentos capazes de alterar o rumo do convencimento, sua apuração é medida que se impõe ao órgão judicial. Mesmo porque, não podemos esquecer, está no seu estrito âmbito de atuação a avaliação das provas a partir de todos os "fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes" (CPC, art. 131).
>
> Esses elementos muitas vezes são descritos como formadores de uma situação de perplexidade do juiz diante do material probatório formado nos autos. O problema é que tal vocábulo acaba passando a impressão de que se trataria de situação esdrúxula, aberrante mesmo e que, apenas assim, autorizaria sua correção de ofício. Em nosso sentir, no entanto, a existência desses elementos objetivos inexplorados (ou desconsiderados) no contexto fático dos autos até não deixa de ser gerador de alguma perplexidade. No entanto, para tê-la por configurada (a tal perplexidade), bastará que o julgador se veja "diante das provas contraditórias confusas ou incompletas". Nada mais exorbitante do que isso.

Esse poder do juiz apresenta-se diferenciado na ação popular, nos termos da lição de Arruda Alvim, destacado o papel ativo do juiz na produção de provas em demanda dessa natureza:

> Nesta lei, examinada a letra *b*, do art. 7, I, verificamos serem bem amplos os poderes do Juiz. Pois, além de solicitado na petição inicial, e, na defesa, o Juiz tem poderes e outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento do fato. E temos o texto que outorga, em nome do interesse público e da defesa do patrimônio público, maiores poderes para o juiz, que aqui, no nosso entender, pode agir com

---

[47] Trecho transcrito a partir de artigo redigido por Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão dos Santos, denominado "Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória e o ônus da parte de provar", publicado na obra *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p 162.

maior liberdade, diversamente do que ocorre no CPC. Coloca-se o juiz numa postura mais envergadamente inquisitória.[48]

É induvidosa a necessidade de produção da perícia, prova essa que deveria ter sido determinada de ofício, consideradas a omissão das partes, a falta de atuação do Ministério Público bem como a notícia, na petição inicial, de laudo pericial confeccionado a pedido do Juízo Federal de Roraima e de documento oficial do Senado nos quais apontadas nulidades no processo demarcatório.

No âmbito do Supremo e especificamente em relação à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, existe precedente do Plenário, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em que não se acolheu pedido formulado em mandado de segurança, ante a inadequação da via eleita, assentando-se a necessidade de dilação probatória para a delimitação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico. Confiram:

> *Mandado de segurança. Homologação do procedimento administrativo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol. Imprestabilidade do laudo antropológico. Terras tradicionalmente ocupadas por índios. Direito adquirido à posse e ao domínio das terras ocupadas imemorialmente pelos impetrantes. Competência para a homologação. Garantia do devido processo legal administrativo. Boa-fé administrativa. Acesso à justiça. Inadequação da via processualmente estreita do mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.*
>
> A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. (...)
>
> (MS 25.483/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJ* de 14-9-2007.)

Abaixo, transcrevo trecho do voto condutor do julgamento:

> (...)
>
> 16. Com efeito, as alegações de que as terras ocupadas pelos impetrantes estão cercadas por terras indígenas, mas lhe são independentes; o Laudo Antropológico não se pautou pelo rigor científico necessário; os impetrantes entraram na posse das terras na ausência de índios, tudo isso é questão a ser discutida nas ações ordinárias. Noutro modo de dizer as coisas, os fundamentos da inicial que giram ao redor da extensão das fazendas, do ingresso dos impetrantes nas terras, da ocupação pelos

---

[48] Ação Popular. *Revista de Processo* 32/163. Citado por RODRIGUES, Geisa de Assis. Da Ação Popular. Texto incluído na obra *Ações Constitucionais*. Organizada por Fredie Didier Jr. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2006. p. 243-244.

Cita-se, ainda, o seguinte acórdão: "Processual civil. Ação popular. Requisição de documentos. 1 – Na ação popular, ao contrário do procedimento do mandado de segurança, cabe ao juiz requisitar de ofício ou a requerimento do autor popular os documentos necessários à comprovação dos fatos alegados na inicial, independentemente de prova de recusa da repartição pública ou da autoridade que os detém. 2 – Recurso parcialmente provido. 3. Decisão que se reforma em parte." (TRF – 1ª Região, Agravo de Instrumento – 01250107, Primeira Turma, *DJU* de 20-3-1997, p. 16314, Juiz Paluto Ribeiro.)

> índios e do laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação) são próprios das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios.
>
> 17. Nesse mesmo ritmo argumentativo, tenho que a alegação de que o procedimento de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol ofende o direito adquirido às áreas possuídas de boa-fé e com justo título também implica o olhar atento do exegeta para um quadro fático extremamente impreciso. Afinal, fixar o perímetro das terras pleiteadas exige o ingresso num vasto campo empírico. Campo, esse, timbrado por documentos, laudos periciais, supostos títulos possessórios e testemunhas, por exemplo. Sendo assim, naquilo que toca as questões até aqui aventadas, não conheço da impetração, dada a evidente inadequação da via eleita.
>
> (...)

Em última análise, há clara contradição entre as conclusões dos referidos julgados. No primeiro, o Tribunal indeferiu a segurança assentando a necessidade de farta instrução probatória na via ordinária para solução da controvérsia e, na ação popular, seara própria, deixou de determinar a produção de qualquer prova, seja pericial ou testemunhal, apontando o tema como exclusivamente de Direito. Assim não o é. Ao que tudo indica, o Relator de ambos os processos mudou de entendimento sem informar, ao menos de modo explícito e a convencer, a razão. Mas soberano é o Plenário e não qualquer dos integrantes por mais douto que seja.

Assentada de maneira definitiva a orientação do Supremo no caso em exame – estando em jogo tema impregnado da maior importância jurídica, econômica e social, presente a determinação de imediata retirada de todos os cidadãos não índios das terras demarcadas, brasileiros ou não, tal como consta no voto do Relator –, a conclusão implicará, na prática, a impossibilidade de os interessados terem apreciadas as pretensões arguidas em outros processos, perdendo, sem serem ouvidos, o direito ao uso de todas as ferramentas de prova.

Impõe-se a colheita de prova, inclusive a testemunhal, sobretudo para identificar as razões pelas quais somente a antropóloga Maria Guiomar de Melo subscreveu o laudo antropológico, não havendo a anuência dos demais integrantes do Grupo Técnico constituído. Também cumpre verificar se, de fato, as pessoas nomeadas para compor o Grupo Técnico detinham, ou não, conhecimento especializado.

Acresce ter o Ministro Menezes Direito solicitado, junto à Funai, a elaboração de um mapa, o qual passou a constituir parte integrante do voto proferido, com a indicação da área que os índios utilizariam para a subsistência. Confiram:

> Um mapa elaborado pela Funai a meu pedido, e que junto a este voto, passando a constituir parte integrante do mesmo, mostra claramente a área, com base em círculos de raio de 5km, que, a partir de cada aldeia, os seus habitantes utilizariam para a sua subsistência no sistema de coivara; anoto que se trata tão somente do segundo círculo concêntrico na ideia do Ministro Jobim, já suficiente para preencher a quase totalidade da terra indígena.

Apesar de elogiar a postura do Ministro Menezes Direito, no que formulou pedido de vista – havendo os demais Ministros aguardado – pretendendo instruir o processo com elemento probatório adicional a auxiliar no exame da legitimidade das conclusões do processo de demarcação, olvidado, até mesmo, o critério

da oportunidade da prova, considero ser necessária, ao menos, a intimação das partes para se manifestarem sobre a prova produzida. Não pode a Corte, durante o julgamento, determinar a produção e juntada de novas provas ao processo, sem que as partes tenham o direito de se pronunciar.

Por fim, transcrevo trechos do voto do Ministro Nelson Jobim, em questão de ordem na ACO 312-1/BA, quando se requereu a autorização para promover inspeção judicial na área sobre a qual se discute a natureza de terra indígena (fl. 12 do voto):

> (...)
> O reconhecimento e fixação de limites da afirmada *terra indígena* são pressupostos para o juízo de procedência, total ou parcial, desta ação.
> Se for *terra indígena*, os títulos dos *réus* serão nulos nos estritos limites do que abrangerem aquela área.
> Na parte que, eventualmente, não incluir *terra indígena*, os títulos remanescem íntegros.
> Assim, para se desconstituir os títulos, impõe-se o prévio conhecimento, como limites precisos, da *terra indígena*.
> Ser, ou não, *terra indígena* é premissa para o juízo nulificante.
> (...)
> Senhor Presidente, como foi posto pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, tem-se que os atos físicos da década de 30, com relação à demarcação da área indígena que havia sido autorizada por uma lei estadual ao Governo do Estado da Bahia, foram realizados, mas não se consumou a demarcação com o necessário título de definição da área. À época, eram feitas escrituras públicas do Estado à comunidade indígena ou ao Serviço de Proteção ao Índio.
> Em 1967, a Constituição passou o domínio das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios para a União, assegurando aos índios o seu usufruto vitalício. A ação ajuizada pela Funai visa a anular escrituras públicas, outorgadas pelo Estado da Bahia, em relação àquelas terras, porque, em determinado momento, o governador subsequente abandonou a hipótese de transferi-las aos índios e titulou várias pessoas.
> Na verdade, com a lei estadual, o antigo Serviço de Proteção ao Índio apropriou-se da área e passou a arrendá-la para brancos, que a ocuparam. Depois, os governadores subsequentes foram titulando esses brancos e acabaram não demarcando a área.
> A pergunta, posta por mim, na questão de ordem, acompanhado pela Ministra Ellen Gracie e pelo Ministro Maurício Corrêa, é esta: não tendo havido a demarcação, poderia a ação continuar, uma vez que ela visa à anulação da escritura? A minha conclusão é a de que as terras são demarcáveis porque são indígenas, não passam a sê-lo após a demarcação. É possível, portanto, que, por meio dos atos subsequentes, o Tribunal possa examinar se se constituem em área indígena para julgar procedente, ou não, a ação. Este foi o sentido da questão de ordem, que tem um aspecto prático.
> Não gostaria de tomar providências complicadas no sentido de eventual inspeção judicial para, depois, o processo cair na preliminar. Então, gostaria de resolver a preliminar para que o Ministro Relator possa promover inspeções judiciais a fim de definir a situação e trazer a julgamento a questão de mérito.

Mostra-se incontroverso que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para

suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições – art. 231 da CF –, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato, a exigir, ante variadas circunstâncias existentes, a abertura de complexa dilação probatória, não fosse a alegação de vícios considerada a peça reveladora da demarcação administrativa. A propriedade da máxima segundo a qual sem fatos não há julgamento, sendo que, até aqui, estes permanecem controvertidos, surge manifesta. Há de definir-se, ficando estreme de dúvidas, as terras realmente ocupadas – expressão da Constituição – pelos indígenas no já um tanto quanto longínquo ano de 1988, marco temporal para assentar-se a insubsistência de títulos de propriedade e posses de terceiros, esclarecendo-se as situações fáticas e jurídicas apanhadas pela Carta Federal.

Ausência de intimação dos detentores de título de propriedade – Relevância para a definição de todas as questões envolvidas na demarcação

Outro ponto importante a ressaltar é a eventual abrangência da coisa julgada – art. 18 da Lei 4.717/1965 – considerados os detentores de títulos de propriedade na área demarcada, presente a natureza da ação popular. Eis o que consignou o ex-Ministro Ilmar Galvão, em memorial apresentado em favor de Lawrence Manly Harte e outros. Noto terem estes sido admitidos como assistentes pelo Plenário, quando do julgamento de questão de ordem, na sessão em que o Relator proferiu o voto:

> **4. A participação, no feito, dos autores do presente memorial**
>
> Sabidamente, o objeto da ação popular é o *ato lesivo ao patrimônio público ou de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.* É o que se lê no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição.
>
> Em sendo assim, o requerimento de ingresso dos autores do presente memorial na relação processual só pode ser entendido como tendo tido objetivo de formarem eles como parceiros e coadjuvantes dos autores da ação na defesa do interesse do Estado de Roraima, *sob os aspectos comercial, econômico e social*, secundado-lhe, por isso, as alegações por eles expendidas na inicial. Não podiam agir de outro modo, quando pacífico que a ação popular não é meio idôneo para defesa de interesses individuais particulares. Donde a ilação obrigatória de que, eventuais alusões a interesses próprios, não foram feitas senão em caráter *obiter dictum*, não configurando causa de pedir.
>
> De outra parte, a ação popular não é espécie de *actio duplex*, em que autor, litisconsortes e assistentes, podem sair tosquiados, como acontecerá neste caso com os ora Requerentes, acaso prevaleça o voto sob enfoque, na parte em que declarou nulos os seus títulos de domínio e de posse.
>
> É certo que a Constituição, no § 6º do art. 231, declara *nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas da* CF; e não menos certo que, na conformidade do disposto no art. 168, parágrafo único, *as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos, mas tão somente quando as encontrar provadas*.
>
> Ora, inexistindo dúvida de que os ora Requerentes não poderiam utilizar-se da ação popular para defesa de seus próprios interesses, parece óbvio, por igual,

que não poderão ter seus interesses nela apreciados julgados, donde a conclusão inarredável de que o voto sob enfoque não poderá prevalecer, *data venia*, na parte em que laborou *extra petita*.

Na verdade, para defesa de seus interesses como senhores de terras que a Constituição de 88 encontrou isentas da presença de índios, os autores do presente memorial ajuizaram as competentes ações perante o MM. Juízo da Seção Judiciária de Roraima, de onde, como já dito, foram avocadas *por arrasto* para essa Excelsa Corte, onde se acham paralisadas, depois da cassação da medida liminar de manutenção de posse deferida pelo MM. Juiz Federal de Roraima.

É no bojo de tais ações que deverão eles produzir a exuberante prova que têm em mãos, de que *não ocupam porções de terra encravadas em área indígena, mas situadas fora de seus limites, ao sul e sudoeste*. Essa prova, repita-se, pelas razões expostas, não poderia ter sido produzida no âmbito da ação popular, onde foi invocada tão somente a título de ilustração.

Decisão que conclua em sentido contrário a esse entendimento, *data venia*, além de ofensiva ao princípio da vedação do julgamento *extra petita*, não poderá produzir efeito da coisa julgada oponível aos ora requerentes, justamente pela circunstância apontada, de não terem tido a oportunidade de oferecer a prova de seu direito, que não poderia ser alegado senão nas ditas ações, previstas em nosso sistema jurídico-processual, já anteriormente ajuizadas.

II – O pedido

Em face de todo o exposto, esperam os Requerentes que Vossa Excelência se digne de julgar a ação procedente, ou, na hipótese de acompanhar, em sua conclusão, o voto do eminente Relator, se digne de deixar ressalvado que a decisão proferida não valerá como coisa julgada, para efeito de prejudicar as ações individuais já propostas e as cujo ajuizamento pelos ora requerentes, venha tornar-se necessário.

Faz-se necessário trazer à balha o que constou na parte dispositiva do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, proferido quando do exame da Rcl 3.331-7/RR pelo Plenário, em que fixada a competência originária do Supremo para o julgamento das ações envolvendo o conflito Raposa Serra do Sol:

14. Com esses fundamentos, voto pela procedência desta reclamação para o fim de reconhecer:

a) a competência desta Corte Suprema quanto ao processo e julgamento dos seguintes feitos: Ação Popular 2005.42.00.000724-2, Ação Civil Pública 2005.42.00.000139-2 e Ações Possessórias 2005.42.00.001094-0, 2005.42.00.001095-3, 2006.42.00.000098-7, 2006.42.00.000737-0, 2006.42.00.000739-7 e 2006.42.00.000757-5;

b) a competência desta Suprema Corte para processar e julgar as Ações Possessórias 2004.42.00.002115-0, 2004.42.00.001403-5, 2004.42.00.001459-0, 2004.42.00.001462-8, 2004.42.00.01591-4, 2004.42.00.001590-0, porquanto originárias da Ação Popular 9994200000014-7.

15. Voto, por derradeiro, pela prejudicialidade dos agravos regimentais interpostos no bojo desta reclamatória.

Conforme levantamento, de todos os processos mencionados, apenas o de número 2004.42.00.001459-0, autuado no Supremo como Pet 3.713, já foi apreciado, tendo sido assentada a perda de objeto.

Em outras palavras, aguardam análise no Supremo várias ações questionando o procedimento demarcatório, nas quais aduzidos os mais diversos enfoques. Não restam dúvidas, porém, de que a conclusão adotada na presente ação norteará a atuação da Corte nas demais. Proclamando-se a valia da demarcação que se diz viciada, praticamente ficará frustrada a apreciação das causas de pedir arguidas e dos pedidos formulados nas outras demandas. Isso é tão certo que, na parte dispositiva do voto do Relator, como já mencionado, noticia-se a revogação da liminar deferida na AC 2.009-3/RR bem como a imediata retirada de todos os indivíduos não índios das terras em disputa[49]. Além disso, sem o necessário exame individualizado, viabilizado à exaustão o exercício do direito de defesa, declara-se a nulidade dos títulos de propriedade. Tudo isso, repito, sem a oitiva dos interessados. Tudo isso, volto a frisar, em uma ação que tem como objeto apenas anular ato lesivo ao patrimônio público e não possui natureza dúplice, como, por exemplo, a ação consignatória ou a possessória. Indago: à decisão será conferida extensão maior ou se ficará na simples improcedência do pedido inicial, deixando-se de determinar, no campo constitutivo negativo, providências das mais variadas matizes?

E mais, no relatório da Câmara dos Deputados (fl. 6562) – notícia confirmada no Despacho 80, de 20 de dezembro de 1996, posteriormente revogado, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim –, encontra-se consignado estarem incluídas, na área da reserva, fazenda cujo domínio foi assegurado em sentença judicial já preclusa na via da recorribilidade. Ora, a ação popular tem o condão de simplesmente rescindir aquele julgado?

A ciência dos interessados para manifestarem-se quanto ao interesse, ou não, na demanda, possibilitando-lhes participar da instrução probatória, deveria ter sido determinada de ofício, considerada a singularidade do pronunciamento do Supremo. É a figura da intervenção *iussu iudicis* expressamente prevista no art. 91 do CPC de 1939, já admitida pela doutrina e por este Tribunal, e que se encontra presente nos arts. 47, parágrafo único, 48 e 49 do Código Buzaid – o de 1973:

> Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.
>
> (...)
>
> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
>
> Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.
>
> Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

---

[49] Transcrevo trecho do voto do Relator: (...) II – marco da tradicionalidade da ocupação. (...) O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios.

> Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos.

Sobre o tema, transcrevo ensinamento de Moacyr Lobo da Costa[50]:

> Quando, em razão da conexidade substancial, o juiz julgar oportuna a presença do terceiro no processo, poderá determinar a sua intervenção, com o objetivo de tutelar o seu interesse e obstar a possibilidade de decisões contraditórias em ação futura.

Considera-se ter o Ministro Celso de Mello utilizado esse instituto quando, de ofício, na instrução do MS 24.831-9/DF, determinou a notificação dos líderes do bloco de apoio ao governo, do PMDB e do PPS para prestarem informações. O Ministro fundamentou tal postura consignando buscar o ato afastar objeções de ordem formal que pudessem, eventualmente, inviabilizar o conhecimento da ação de mandado de segurança, frustrando-se a definição pelo Supremo, naquele processo, de um tema da maior importância jurídico-institucional, qual seja, o direito das minorias legislativas à investigação parlamentar, à luz do princípio democrático. Assim como ocorre agora, a matéria se apresentava de extrema relevância, tendo o Tribunal, alfim, assegurado os direitos da minoria parlamentar de ver constituída, organizada e em funcionamento comissão parlamentar de inquérito.

A admissão como assistentes, após a conclusão da instrução, não supre a necessidade de se assegurar o devido processo legal, com as ferramentas a ele inerentes, também aos interessados.

Então, cumpre sanear o processo, providenciando-se:

a) a citação das autoridades que editaram a Portaria 534/2005 e o decreto que a homologou;

b) a citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia;

c) a intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo;

d) a citação de todas as etnias indígenas interessadas;

e) a produção de prova pericial e testemunhal;

f) a citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo.

Que o Colegiado não silencie sobre essas matérias!

c) Das causas de pedir arroladas na inicial da ação popular

Considerações iniciais

Cabe ter em mente estar, para a doutrina constitucional, entre os princípios de interpretação da Carta, o da eficácia integradora. Eis o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho quanto ao tema[51]:

---

[50] COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 157.

[51] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina. p. 162.

Ainda muitas vezes associado ao princípio da unidade e na sua formulação mais simples significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-científicos deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como *tópico* argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismo e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralistas (antagonicamente) integradoras.

Atentem para a íntegra dos principais dispositivos constitucionais que tratam da proteção aos índios:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Vale, ainda, transcrever o § 2º do art. 20 do Diploma Maior:

Art. 20. (...)

(...)

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

É certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.

Na obra *Teoria do Estado*, em capítulo intitulado "A crise da integridade do Estado: A 'Mexicanização' da Amazônia e o Assalto à Soberania", Paulo Bonavides traça comparação analógica entre a situação do Brasil contemporâneo com a do México no século XIX, em que tal país perdeu grande parte do original território para os Estados Unidos. Reproduzo trecho de capítulo em que se aborda a questão indígena[52]:

> (...)
> 8. O assalto à soberania e a ocupação dissimulada da Amazônia, acobertada pela proteção das reservas indígenas
> Hoje nos países em desenvolvimento desconfia-se de que camufladamente grande parte daquelas sociedades não governamentais e missões religiosas desempenham a mesma função do vilipêndio; na rota da ocupação fingem-se de zelo sacerdotal pela causa indígena ou se credenciam como cientistas do solo, da fauna e da flora. São a ponta de lança da invasão futura. Buscam desse modo conhecer melhor nossas riquezas com o propósito de arrebatá-las depois, consoante já o fizeram nos casos do México e da Colômbia, vítimas da maior tragédia imperialista dos últimos cento e cinquenta anos na América Latina.
> Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não correspondente aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional.
> A esse respeito o mais alarmante vem dos Estados Unidos onde, na Câmara dos Representantes, se legisla já, com ambiguidades, sobre a proteção dos povos indígenas do Terceiro Mundo.
> Com efeito, em 22 de março de 1991, o deputado Benjamin A. Gilman, de Nova York, apresentou àquela Casa um projeto legislativo que oficialmente se intitula "lei para proteger os povos indígenas do mundo inteiro."
> Só o título vale para demonstrar a sem-cerimônia, a arrogância e a falta de autoridade com que esse parlamentar estrangeiro, deslembrado do extermínio de seus moicanos e peles-vermelhas, intenta invadir na questão indígena a competência dos parlamentos das nações em desenvolvimento ou subdesenvolvidas.
> O [O projeto de lei para proteção das populações indígenas internacionais de 1991] "International Indigenous Peoples Protection Act of 1991" tramita por distintas comissões daquela Câmara e determina ao Secretário de Estado e ao Diretor da Agência Internacional para o Desenvolvimento que subordinem a política externa

[52] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. p. 392-393.

dos Estados Unidos a essa esdrúxula *proteção e sobrevivência cultural* dos povos indígenas do mundo inteiro.

Suspeita-se que seja o primeiro grande passo legal e preparatório para legitimar depois, interna e externamente, intervenções como aquela que ontem desmembraram no istmo da América Central o Panamá da Colômbia, e fizeram nascer a república de Noriega, ou anexaram o Texas à União Americana, a expensas do México.

Não é de espantar, portanto, se amanhã os missionários estrangeiros da Amazônia, até mesmo com a cumplicidade das Nações Unidas, proclamarem na reserva indígena, que cresce de tamanho a cada ano e já tem a superfície de um país de extensão de Portugal, uma república ianomâmi, menos para proteger o índio do que para preservar interesses das superpotências.

Incalculáveis riquezas jazem na selva amazônica e a proteção da cultura indígena trouxe a presença ali de cavaleiros que se adestram para segurar as rédeas de um novo e estranho Cavalo de Troia.

O que parece à primeira vista apreensão infundada ou mero pesadelo de Cassandras nacionalistas, bem cedo, se não atalharmos o mal pela raiz, mediante vivência efetiva nas fronteiras do Norte e Oeste, se tornará um fato consumado, uma tragédia, e como todas as tragédias, algo irremediável. A consciência da nacionalidade, picada de remorso, não saberia depois explicar às gerações futuras com honra e dignidade tanta omissão e descaso. O assalto à soberania está pois em curso. É hora de pensar no Brasil!

A respeito da matéria, Ives Gandra Martins, em livro escrito a quatro mãos com o saudoso Celso Ribeiro Bastos, assim se manifestou[53]:

Por outro lado, as organizações internacionais – e a matéria já tem sido denunciada – procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares da terra seriam os indígenas e não os brasileiros.

Dissociando os indígenas do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tornar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservado aos duzentos e cinquenta mil remanescentes da população indígena – propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que a interesses do País.

Mais recentemente, em 21 de dezembro de 2008, veio novamente a alertar sobre a matéria, fazendo-o presente a importância deste histórico julgamento, em artigo publicado, no jornal *Folha de São Paulo*, sob o título "11 Cidades de São Paulo":

(...) 185 milhões de brasileiros podem andar livremente só por 87% do País, mas aos índios garante-se o direito de percorrer 100% do Brasil.

Ressaltou:

Um território correspondente a 11 cidades de São Paulo (que tem quase 11 milhões de habitantes) – o que valeria dizer, se habitado nos moldes dessa

[53] MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1998. v. 8, p. 1046.

metrópole, a mais de 110 milhões de brasileiros – foi praticamente assegurado pelo Supremo Tribunal Federal para apenas 18 mil índios.

Também o Deputado Aldo Rebelo – que integra o PC do B – e foi Presidente da Comissão de Relações Exteriores e Segurança Nacional da Câmara dos Deputados –, em entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, revelou grande preocupação com o pano de fundo do conflito ora em exame[54].

Ao ser indagado se era alarmista falar da cobiça internacional sobre a Amazônia, respondeu:

> As manifestações em favor da submissão da Amazônia a uma espécie de tutela internacional só podem causar repulsa aos brasileiros com o mínimo de dignidade. As declarações e os estudos cobiçando a Amazônia são reais, desde o século XVII. Dom Pedro II, numa carta a Condessa de Barral, já explicava por que não atendeu ao pedido de um conterrâneo meu, então deputado Tavares Bastos, para abrir a calha da Amazônia à navegação estrangeira. Se fizesse isso, disse Dom Pedro, iríamos ter protetorados na Amazônia iguais aos que foram criados na China pelas potências estrangeiras. Sabia o que estava em jogo.

Sobre a questão indígena, disse:

> Fui a uma reserva ianomâmi, perto de um pelotão de fronteira do exército, e visitei uma maloca. Deparei-me com umas cinquenta famílias convivendo dentro de um ambiente fechado, de penúria. Muitos fogos dentro da maloca para as famílias assarem bananas e mandiocas, muita poluição, muita fuligem, um ambiente com incidência muito grande de doenças infecciosas. Até tuberculose. Fui recepcionado por uma moça de uma organização não governamental, a ONG Urihi. Perguntei por que não se puxava do pelotão água e luz para dentro da comunidade indígena, o que daria mais conforto à população. A moça da ONG disse que não, que isso ia deformar o modo de vida dos índios. Nessa visita, o comandante militar que estava comigo não pôde entrar na área indígena. Um grupo de crianças jogava futebol, e eu joguei um pouco com elas. Comentei com a moça da ONG: Pelo menos o futebol é um fator de integração, pois todos torcemos pela mesma seleção. A moça me respondeu: Não. O senhor torce pela seleção brasileira e os índios torcem pela seleção deles. Nada mais falei e nada mais perguntei.
>
> Continuou, então, quanto ao sintoma revelado pelo quadro: "Vi que havia ali uma incompreensão. Em outro município perto do Pico da Neblina, as ONGs barraram, com a ajuda do Judiciário, uma construção do exército. Só depois que a decisão foi revogada na justiça é que o exército pôde fazer a obra".

Questionado acerca da existência de índios que desejariam conviver com os não índios, afirmou:

> Uma parcela dos antropólogos defende, com razão, que a cosmogonia dos índios, a visão de seu surgimento e da evolução do universo, é incompatível com a convivência dos brancos e seus costumes. O problema em Roraima é que os índios já estão – de certa forma – integrados. As meninas índias de quinze, dezesseis anos

---

[54] Entrevista veiculada no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 25-11-2007, trecho transcrito em "Tribalista Indígena – Ideal Comum no Missionário para o Brasil no Século XXI", de Plínio Correia de Oliveira.

não querem viver mais da pesca, da coleta, não querem andar pela floresta com roupas tradicionais. A aspiração é ter uma vida social, vestir-se como se veste uma adolescente. O isolamento para essas pessoas é uma ameaça, é a perda da possibilidade desta convivência. A cosmogonia tem valor para as populações que não tiveram contato com os não índios.

A seguir, indagado sobre a essência do problema do conflito em Roraima na reserva Raposa Serra do Sol, fez ver:

Nós reduzimos o problema a um duelo de pontos de vista sobre se a demarcação contínua é certa ou errada. O certo é que a situação expõe razões que, se consideradas isoladamente, deformam o todo. O que nós queremos? Impor uma derrota aos índios que reivindicam a demarcação contínua? Queremos derrotar os que defendem a demarcação em reservas ilhadas? Simplesmente corresponde à verdade dizer que há ali, na região, apenas meia dúzia de arrozeiros. Quem já esteve lá – e eu estive lá mais de uma vez – e quem leu o relatório da Comissão Externa da Câmara sabe e viu como foram construídos aqueles municípios dos não índios em Roraima. Tem gente que chegou lá no século XIX e no início do século passado... Pior: o exército costuma ser barrado quando quer entrar numa reserva.

Quanto ao paradoxismo, quanto à questão geopolítica, asseverou:

Há populações na região da reserva Raposa Serra do Sol que vivem ali muito antes de parcela das populações indígenas que atravessaram as fronteiras vindas de guerras tribais do Caribe. Creio que devemos receber e acolher essas populações indígenas juntamente com as populações indígenas que já existiam no Brasil. Mas devemos acolher também, os brasileiros não índios que ali chegaram há muitos anos e ali construíram suas vidas. Como é que nós podemos simplesmente, em um processo de demarcação, declarar a extinção desses municípios, que é o caso do município de Normandia, que é de 1904, Pacaraima e mesmo Uiramutã. O de Uiramutã, nós conseguimos retirar da lista de extinção em meio a uma negociação difícil. As pessoas tinham ali as suas raízes, a sua infância, suas famílias, sua história. A prefeita de Uiramutã me contou que o avô dela chegou ali em 1908. Como é que nós vamos promover o desterro dessa população? A decisão embute um erro geopolítico. Quem não considera isso um problema grave não está considerando o conjunto do problema. Nós não podemos buscar a solução para o conflito com a exclusão de uma das partes.

Aliás, é importante ter presente o trabalho desenvolvido por Evaristo Eduardo de Miranda, doutor em ecologia e Chefe-Geral da Embrapa Monitoramento por Satélite, quanto à disponibilidade de terras para ampliação da produção de alimentos e de energia, para a reforma agrária, para o crescimento das cidades e para a instalação de obras de infraestrutura no Brasil. Fez ver que:

Segundo pesquisa realizada pela Embrapa Monitoramento por Satélite, em termos legais, apenas 29% do País seria passível de ocupação agrícola. Cerca de 71% do território está legalmente destinado a minorias e a proteção e preservação ambiental. Como na realidade mais de 50% do território já está ocupado, configura-se um enorme divórcio entre a legitimidade e a legalidade do uso das terras e muitos conflitos.

Consignou, então:

> Nos últimos anos, um número significativo de áreas foram destinadas à proteção ambiental e ao uso exclusivo de algumas populações, enquanto uma série de medidas legais restringiu severamente a possibilidade de remoção da vegetação natural, exigindo sua recomposição e o fim das atividades agrícolas nessas áreas. A demanda ambiental para a criação de novas UCS [unidades de conservação], corredores ecológicos, áreas de restauração ecológica e conservação prioritária da biodiversidade visa quase três milhões de quilômetros quadrados. A demanda de terras para colonização, assentamento e reforma agrária é da ordem de dois milhões e novecentos mil quilômetros quadrados. A demanda para criação e ampliação de terras indígenas situa-se entre cinquenta e cem mil quilômetros quadrados. A demanda de áreas para quilombolas chegaria a duzentos e cinquenta mil quilômetros quadrados. A demanda agrícola para expansão de alimentos e energia até 2018, mesmo com a conservação de pastagens em áreas agrícolas e ganhos de produtividade, situa-se entre cem mil e cento e cinquenta mil quilômetros quadrados. Essa demanda adicional representa quase seis milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados, uma área equivalente à soma dos territórios da Argentina, Bolívia, Uruguai, Peru e Colômbia. Além disso, há de contar-se as demandas do crescimento das cidades, da infraestrutura viária, industrial e energético-mineradora, a exemplo da implementação das obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. É fisicamente impossível conciliar o uso atual e atender à totalidade das demandas futuras.

Ainda há mais. Repetindo o que veiculei durante o exame da ADI 2.399-3/AM, relembro as palavras de Cristovam Buarque sobre a Amazônia, quando o Senador da República referiu-se, ainda que indiretamente, ao tema:

> Durante debate recente em uma Universidade, nos Estados Unidos, o ex-governador do Distrito Federal, Cristovam Buarque, do PT, foi questionado sobre o que pensava da internacionalização da Amazônia. O jovem introduziu sua pergunta dizendo que esperava a resposta de um humanista e não de um brasileiro. Segundo Cristovam, foi a primeira vez que um debatedor determinou a óptica humanista como o ponto de partida para a sua resposta:
>
> De fato, como brasileiro eu simplesmente falaria contra a internacionalização da Amazônia. Por mais que nossos governos não tenham o devido cuidado com esse patrimônio, ele é nosso. Como humanista, sentindo o risco da degradação ambiental que sofre a Amazônia, posso imaginar a sua internacionalização, como também de tudo o mais que tem importância para a Humanidade. Se a Amazônia, sob uma ótica humanista, deve ser internacionalizada, internacionalizemos também as reservas de petróleo do mundo inteiro. O petróleo é tão importante para o bem-estar da humanidade quanto a Amazônia para o nosso futuro. Apesar disso, os donos das reservas sentem-se no direito de aumentar ou diminuir a extração de petróleo e subir ou não o seu preço. Da mesma forma, o capital financeiro dos países ricos deveria ser internacionalizado. Se a Amazônia é uma reserva para todos os seres humanos, ela não pode ser queimada pela vontade de um dono, ou de um país. Queimar a Amazônia é tão grave quanto o desemprego provocado pelas decisões arbitrárias dos especuladores globais. Não podemos deixar que as reservas financeiras sirvam para queimar países inteiros na volúpia da especulação. Antes mesmo da Amazônia, eu gostaria de ver a internacionalização de todos os grandes museus do mundo. O Louvre não deve pertencer apenas à França. Cada museu do mundo é guardião das mais belas

> peças produzidas pelo gênio humano. Não se pode deixar que esse patrimônio cultural, como o patrimônio natural amazônico, seja manipulado e destruído pelo gosto de um proprietário ou de um país. Não faz muito, um milionário japonês decidiu enterrar com ele um quadro de um grande mestre. Antes disso, aquele quadro deveria ter sido internacionalizado. Durante este encontro, as Nações Unidas estão realizando o Fórum do Milênio, mas alguns presidentes de países tiveram dificuldades em comparecer por constrangimentos na fronteira dos EUA. Por isso, eu acho que Nova York, como sede das Nações Unidas, deve ser internacionalizada. Pelo menos Manhattan deveria pertencer a toda a Humanidade. Assim como Paris, Veneza, Roma, Londres, Rio de Janeiro, Brasília, Recife, cada cidade, com sua beleza específica, sua história do mundo, deveria pertencer ao mundo inteiro. Se os EUA querem internacionalizar a Amazônia, pelo risco de deixá-la nas mãos de brasileiros, internacionalizemos todos os arsenais nucleares dos EUA. Até porque eles já demonstraram que são capazes de usar essas armas, provocando uma destruição milhares de vezes maior do que as lamentáveis queimadas feitas nas florestas do Brasil. Nos seus debates, os atuais candidatos a presidência dos EUA têm defendido a ideia de internacionalizar as reservas florestais do mundo em troca da dívida. Comecemos usando essa dívida para garantir que cada criança do mundo tenha possibilidade de ir à escola. Internacionalizemos as crianças tratando-as, todas elas, não importando o país onde nasceram, como patrimônio que merece cuidados do mundo inteiro. Ainda mais do que merece a Amazônia. Quando os dirigentes tratarem as crianças pobres do mundo como um patrimônio da Humanidade, eles não deixarão que elas trabalhem quando deveriam estudar; que morram quando deveriam viver. Como humanista, aceito defender a internacionalização do mundo. Mas, enquanto o mundo me tratar como brasileiro, lutarei para que a Amazônia seja nossa. Só nossa.

Também vale registrar que, em 1987, o professor Plínio Correia de Oliveira, autor de *Tribalismo indígena*, diante dos trabalhos de elaboração da Carta de 1988, advertiu:

> O projeto de constituição, a adotar-se em uma concepção tão hipertrofiada dos direitos dos índios, abre caminho a que se venha a reconhecer aos vários agrupamentos indígenas uma como que soberania *diminutae rations*. Uma autodeterminação, segundo a expressão consagrada.
> (*Projeto de Constituição angustia o País*. São Paulo: Vera Cruz, 1987. p. 119 e 182 da obra citada.)

Proféticas palavras tendo em conta, até mesmo, o fato de o Brasil, em setembro de 2007, haver concorrido, no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, para a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas. Mesmo diante de onze abstenções e quatro votos contrários – Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália –, sendo que a Colômbia foi o único país ibero-americano que não votou a favor, abstendo-se, o Brasil, outrora em oposição, veio a aderir. Segundo cláusulas do instrumento, o direito à terra é um dos mais importantes, não podendo acontecer ação alguma em terras indígenas sem consentimento prévio, afastadas as operações com fins militares ou a utilização como depósito de resíduos tóxicos. Mas a problemática maior está na cláusula reveladora da autodeterminação dos povos indígenas, o que sugere a vinda à balha de independência mitigadora da soberania nacional. No caso

presente, tudo isso ocorre a alcançar espaço territorial brasileiro que já foi alvo de disputa com a Venezuela – o norte de Roraima.

Por isso mesmo, o comandante da Amazônia, General Heleno, indagado sobre a cobiça internacional, afirmou:

> Essa é uma questão que extrapola o componente militar. A cobiça internacional não se manifesta por ações explícitas de força. Ela age de forma sub-reptícia, pouco transparente e dissimulada. Fica difícil entender por que pouquíssimas ONGs dedicam-se a socorrer a população nordestina enquanto centenas delas trabalham junto às populações indígenas. Algumas, ao que parece, investem milhões de dólares na região. Não se trata de uma questão de governo, mas uma questão de estado, uma questão de soberania[55].

Sim, é preocupante haver tantos olhos internacionais direcionados à Amazônia enquanto população carente, como a nordestina, não conta com o apoio desejável. A questão veio a ser escancarada em 8 de dezembro de 2008, quando o mesmo jornal, *O Estado de São Paulo*, compromissado com o destino da nação, noticiou que aguardava assinatura do Presidente da República decreto restringindo a entrada de ONGs e missionários em terras indígenas. Em chamada, na publicação, apontou-se que:

> As iniciativas do Governo Federal para ter maior controle sobre as organizações não governamentais que atuam na Amazônia são uma espécie de resposta às críticas dos meios militares. Elas começaram a ser anunciadas em abril, logo após o comandante militar da Amazônia, general Augusto Heleno Ribeiro Pena, ter dito durante uma palestra que a política indigenista praticada no País é "lamentável, para não dizer caótica".
>
> Segundo o general, que é contrário à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol em área contínua, como determinou o presidente da República, existem ONGs internacionais que estimulam os índios a lutar pela divisão do território nacional.
>
> Dias depois, o ministro da Justiça, Tarso Genro, admitiu a existência de ONGs que "escondem interesses relacionados à biopirataria e à tentativa de influência na cultura indígena, para apropriação velada de determinadas regiões.

Essas últimas são palavras de Ministro de Estado, são palavras de técnico em Direito.

No relatório da Comissão da Câmara dos Deputados, de 2004, aparecem notícias preocupantes, que têm origem em visão de dignitários. Al Gore, ex-Vice-Presidente dos Estados Unidos da América, em 1989, chegou a dizer com todas as letras: "Ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos nós". François Mitterrand, ex-Presidente da França, em 1989, veiculou: "O Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia". Mikhail Gorbachev, ex-Presidente da Rússia, em 1992, bateu em idêntica tecla: "O Brasil deve delegar parte de seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes". No mesmo sentido foi a fala de John Major,

---

[55] *O Estado de São Paulo* de 25-11-2007.

ex-Primeiro-Ministro do Reino Unido, em 1992: "As nações desenvolvidas devem estender o domínio da lei ao que é comum de todos no mundo, as campanhas ecologistas internacionais sobre a região Amazônica estão deixando a fase propagandística para dar início a uma fase operativa, que pode, definitivamente, ensejar intervenções militares diretas sobre a região".

Revela-se, portanto, a necessidade de abandonar-se a visão ingênua. O pano de fundo envolvido na espécie é a soberania nacional, a ser defendida passo a passo por todos aqueles que se digam compromissados com o Brasil de amanhã. Essas considerações hão de ficar nos anais do Supremo, para registrar-se o que realmente veio à balha no julgamento desta ação popular.

Dos documentos e tendências dos grupos que os elaboraram

Sobre as visões defendidas pelos grupos no processo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol e São Marcos, cabe transcrever parte do voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa no julgamento da ADI 1.512-5/RR:

> (...)
>
> 11. Anote-se que na busca da consumação dessa proposta se batem duas correntes formadoras de opinião que no local disputam seguidores; **a primeira decorrente da pressão dos católicos, com o apoio da igreja e da Funai**, encabeça a tese da definição do ato através de demarcação contínua; enquanto a outra, a favor dos blocos ou ilhas, separando as terras dos brancos das dos indígenas, e de modo descontínuo, **por ela propugnam os evangélicos e o governo do Estado**, aí incluindo todo o estamento político oficial, **inclusive os seus senadores e deputados federais**.
>
> A agravar esse quadro realístico permanece uma outra crucial realidade. Com o passar dos tempos as vilas, **mescladas de brancos e índios**, foram se formando, como dão conta as implantações da Vila Surumu, Maloca do Barro, Vila Água Fria, Maloca Maturuca, Vila Socó, Vila Uirimatã, Maloca do Uirimatã, Vila Mutum, Maloca Bismark e Maloca Raposa, mantendo a administração pública, em boa parte dessas aglomerações, tanto por parte do Estado de Roraima quanto pela União, escolas públicas de 1º e 2º Graus, quartéis da polícia militar, polícia federal, cadeias públicas, abastecimento de água, quartel do Exército, delegacias de polícia civil, geradores de eletricidade, com rede de postes e fios, postos de saúde e telefônico da Telaima, postos das receitas estadual e federal, em vários desses lugarejos. Há serviços de ônibus, pistas de pouso para pequenos aviões, e em muitas casas há televisões conectadas com antenas parabólicas, repetidoras de rádio e toda uma estrutura de atividades desenvolvidas pelos habitantes desses núcleos.
>
> 12. O exame desse tema seguramente vai demandar, ademais, que se atenha à legislação da época, no caso, no meio dela, a Lei 601, de 1850, e seu Decreto 1918, de 1854, que a regulamentou, e pela qual se dava legitimação à posse dos que detêm a terra. Sustenta a Funai que essas terras não eram e não são devolutas e sim pertencentes tradicionalmente aos índios, sendo nulos os títulos que foram expedidos.
>
> Já por aí se vai vendo que o emaranhado **de fatos e ações concretas** exige e exigirão percuciente análise de toda uma legislação do século passado e meticulosa pesquisa de documentos e possivelmente a coleta de depoimentos de eventuais testemunhas que conhecem algo sobre o passado dessas fazendas e de seus primeiros possuidores.

Dois fatos podem ser tidos como incontroversos:

a) a área em que se situam os Municípios de Uiramutã e Pacaraima, desde os primeiros apontamentos acerca da origem, registra a presença dos índios Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona – voto do Ministro Maurício Corrêa na ADI 1.512-5/RR;

b) existem fazendeiros na região detentores de títulos de propriedade de terras cadastradas pelo Incra, registrados em cartório – voto do Ministro Maurício Corrêa na ADI 1.512-5/RR. Nesse ponto, cabe conferir, ainda, trecho do citado Despacho 80, de 20 de dezembro de 1996, posteriormente revogado, do então Ministro da Justiça Nelson Jobim (fls. 945 e 946, v. 4):

> 4.3.2. Imóveis titulados pelo Incra
>
> Por linha idêntica de raciocínio, tem a Administração Federal o dever ético e político de resguardar os títulos de propriedade outorgados pelo Incra sobre áreas então excluídas pela própria Funai dos limites da terra indígena.
>
> O Laudo 1981, na parte sul e sudoeste da área, fez delimitação que não atingia as margens dos rios Tacutu e Surumu.
>
> Respaldado nesse laudo de 1981, parte da área então excluída, no sul e sudeste, veio a ser objeto de titulação de terceiros pelo Incra, o que ocorreu de 1982 em diante.
>
> Impõe-se, assim, o restabelecimento da linha divisória estabelecida em 1981, em decorrência do que ficarão excluídas as propriedades mencionadas, o que, de resto, não trará prejuízos ao projeto demarcatório, em seu todo.
>
> Por outro lado, é de se observar que o levantamento antropológico de 1993, posterior ao de 1981, não contém fundamento específico algum que demonstre ser essa parte da área indispensável à preservação indígena. Na verdade, o laudo de 1993 é absolutamente silente quanto a qualquer fundamento revisor, nessa parte, do laudo anterior.
>
> 4.3.3. Fazenda Guanabara
>
> Igualmente a Fazenda Guanabara, de posse privada antiquíssima, situada no extremo leste da área (mapa, O-18), deverá ser excluída, sem comprometer a integridade da gleba indígena, à luz dos pressupostos constitucionais. É que o referido imóvel, anteriormente denominado *"Cuieria"* é de ocupação privada anterior a 1934, desde 1918, consoante reconheceu sentença judicial proferida em ação discriminatória movida pelo Incra (fls. 31 do processo nº 1959/96).
>
> Para não encravar o imóvel, sua exclusão deverá ser feita estendendo-se a respectiva linha divisória para o sul, em direção à cidade de Normandia, o que importará, também, na ampliação do espaço reservado a esse centro urbano.

É esse o contexto que o Supremo não pode simplesmente ignorar, solapando valores maiores, desconhecendo o fato de índios e não índios serem todos brasileiros, a eles estando assegurada constitucionalmente a "livre locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" – inciso XV do art. 5º da Carta Federal, rol das garantias constitucionais.

Que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca – e por que não falar dos quilombolas –, seja alijada deste julgamento.

Da petição inicial

O autor argumenta ter a Portaria 534 mantido os vícios da antiga Portaria 820, quais sejam, aqueles apontados em perícia realizada na Ação Popular

1999.42.00.000014-7, ajuizada por Silvino Lopes da Silva, que tramitou perante Vara Federal de Roraima e foi extinta em face da perda de objeto. Afirma haver a Comissão de Peritos, antes mesmo de apresentar resposta aos quesitos, concluído, por unanimidade, o seguinte (fls. 7 e 8):

> Que seja considerada nula de pleno direito a Portaria 820, de 11 de dezembro de 1998, do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, que declarou de posse indígena a "Terra Indígena Raposa Serra do Sol", por ter sido ato praticado após a vigência do Decreto 1.775/96, e não se ter pautado pelas normas ali prescritas, além de todo o processo ter sido eivado de erros e vícios insanáveis, tais como:
>
> i. Contou com a participação parcial de apenas um dos lados dos indígenas, o dos que defendem a demarcação em área contínua;
>
> ii. Teve a participação do Governo do Estado completamente comprometida, inclusive, por omissão e descaso do próprio Governo Estadual, à época;
>
> iii. A academia não foi devidamente convidada a participar, nem participou como deveria;
>
> iv. Sem razão explicitada, incluiu no grupo técnico interinstitucional, a Igreja Católica, única representante das entidades religiosas, com dois representantes;
>
> v. Os Municípios à época envolvidos, Boa Vista e Normandia, não participaram nem foram convidados a participar do grupo técnico;
>
> vi. Os produtores agropecuários, os comerciantes estabelecidos nas localidades, os garimpeiros, e os demais atores não foram sequer considerados;
>
> vii. O Grupo Interinstitucional de trabalho não apresentou "relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada" como manda o parágrafo 7º do Art. 2º do Decreto nº 22, de 04.02.91 (vigente à época), sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas;
>
> viii. O relatório apresentado pela antropóloga é uma coletânea de peças completamente independentes, sem formar um corpo lógico tendente a indicar qualquer tipo de demarcação;
>
> ix. O relatório não contém análise alguma da qual se possa tirar conclusões sobre importantes tópicos, tais como:
>
> a. Reflexos sobre os interesses da Segurança e da Defesa Nacionais;
>
> b. Reflexos sobre a importância da região para a economia do Estado de Roraima;
>
> x. O laudo antropológico da Funai (apresentado pela antropóloga *Maria Guiomar*) é uma reprodução, sem novidade alguma, de laudo anteriormente apresentado para justificar outro tipo de demarcação para as mesmas terras da Raposa Serra do Sol;
>
> xi. A Portaria 820/98 englobou na demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol a área constante do Parque Nacional Monte de Roraima, criado pelo Decreto 97.887, de 28.07.89;
>
> xii. A Portaria 820/98 englobou a área de 90.000 há dos Ingarikós, já demarcada anteriormente por meio da Portaria Interministerial nº 154, de 11.06.89, sem maiores explicações.

A conclusão semelhante chegou a Câmara dos Deputados, conforme relatório da Comissão Externa constituída para avaliar, no local, a situação da demarcação em área contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Eis o que consta às fls. 6566 a 6568, v. 25:

(...)

Os trabalhos desta Comissão mostraram que o processo de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol foi desenvolvido de forma irregular, contendo ilegalidades e inconstitucionalidades.

A elaboração de peças centrais do Laudo Antropológico por entidades ligadas à defesa dos direitos indígenas compromete a sua isenção, em prejuízo dos princípios da impessoalidade e da razoabilidade da atuação da Administração Pública.

Outrossim, o Laudo não comprova com o devido detalhamento e profundidade o atendimento aos requisitos do art. 231 da Constituição, como expressamente reconhecido no Despacho nº 80/96, do Ministério da Justiça.

Há contradição insolúvel entre a decisão das contestações administrativas à área pretendida, expressa no Despacho nº 80/96, e a Portaria de Identificação nº 820/98, ambos do Ministério da Justiça. A exclusão de áreas que não se caracterizam como indígenas ordenada pelo Despacho não foi efetuada pela Portaria, em violação ao art. 2º, § 8º e § 10, inciso III, do Decreto nº 1.775, de 1996, e em contradição aos motivos declarados pela Administração no procedimento administrativo de demarcação. Tal procedimento sujeita a Portaria à anulação pela Administração, e ao controle pelo Poder Judiciário.

Considerando as falhas havidas no processo demarcatório, a Portaria nº 820/98 inclui em área indígena terras que não atendem aos requisitos do artigo 231 da Constituição Federal. A Portaria é, portanto, inconstitucional.

A atual delimitação da área indígena Raposa Serra do Sol trouxe prejuízos para a segurança jurídica na região, violando direitos adquiridos e a autoridade da coisa julgada, em flagrante inconstitucionalidade.

Sendo a Constituição Federal um sistema normativo, é equívoco interpretar seu art. 231 isoladamente, como único fundamento constitucional para a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol e das terras indígenas em geral. O conteúdo do art. 231 deve ser compatibilizado com outros dispositivos constitucionais (e.g. soberania, art. 1; segurança nacional, art. 91, § 1º; autonomia federativa, art. 18; devido processo legal, art. 5º, LIV; garantia da propriedade, art. 5º, XXII) e princípios gerais da ordem jurídica (e.g. proteção da boa-fé dos atos jurídicos), de forma a que se atinja um equilíbrio entre os direitos das partes envolvidas).

A supressão do Município de Uiramutã, como consequência da Portaria nº 820/98, viola a autonomia de ente federado criado segundo regular processo constitucional, legitimado mediante consulta plebiscitária às populações interessadas.

A situação da área Raposa Serra do Sol em faixa de fronteira recomenda a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 91, § 1º, III, da Constituição Federal.

É certo que o interesse de proteção das comunidades indígenas há de ser respeitado, nos moldes do art. 231 da Constituição Federal. Cumpre entretanto lembrar que a Constituição é patrimônio de todos os brasileiros. A proteção que ela oferece vai muito além do citado artigo e suas disposições alcançam cada grupo, cada etnia e cada cidadão, para que na proteção de cada um de nós o bem coletivo se realize. Sendo a Carta Magna uma unidade normativa cabe interpretar a proteção ao interesse das comunidades indígenas de forma a não prejudicar – no caso gravemente – interesses legítimos e igualmente tutelados pelo texto constitucional. Caberá ao Poder Executivo da União, ente competente para a solução da controvérsia aqui exposta, ter sabedoria para concretizar esse objetivo.

Já o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 398 a 400 – v. 2 –, no qual se manifestou pela improcedência do pedido formulado, conclui em sentido diverso:

(...)

29. Em termos concretos, e seguindo o propósito do constituinte, uma vez positivada a tutela dos povos indígenas, a ação *administrativa* dá corpo ao modelo adotado, obedecendo ao regime legal em vigor – Decreto nº 1.775/96 e, antes dele, o Decreto nº 22/91 –, que encerra as seguintes fases: (i) estudo multidisciplinar, conduzido por antropólogo, como adiantado, que indicará os limites do território em conformidade com o art. 231 da Constituição da República; (ii) designação de grupo técnico especializado com a finalidade de realizar estudos complementares, "composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional"; (iii) encaminhamento do resultado do trabalho ao Presidente da Funai, que o publicará, em sendo aprovado, no Diário Oficial da União e no da unidade federada onde se localizar a área objeto de demarcação; (iv) abertura de prazo para impugnações, "desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação" referida, que serão julgadas pela Funai; (v) remessa do procedimento ao Ministério da Justiça, que poderá declarar, por portaria, os limites da terra indígena, prescrever as diligências que julgar necessárias ou desaprovar a identificação.

30. No caso estudado, da "Terra Indígena Raposa Serra do Sol", tome-se como posição do Ministério Público Federal a plena regularidade do procedimento administrativo que resultou no ato demarcatório/homologatório impugnado, porque fundado em consistente estudo antropológico, assim como criterioso na verificação de todas as fases procedimentais exigidas pela ordem legal, seguindo o pronunciamento já mencionado da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da instituição, que o acompanhou em todas as suas etapas (documento anexo).

31. Especificamente em relação ao contraditório e à ampla defesa – ponto atacado com maior ênfase –, o que abarca a alegação de participação deficitária de grupos e entidades determinadas no procedimento demarcatório, verifica-se rigoroso respeito aos comandos do Decreto nº 1.775/96, em especial aos seus arts. 2º, § 8º, e 9º, já declarados legítimos, como efetivos garantidores dos princípios citados, pelo Plenário dessa Corte, quando do julgamento do MS nº 24.045, *DJ* de 5.8.2005, e MS 25.483, *DJ* de 14.9.2007.

32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa *contínua* de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos.

33. Verificada, por meio dos estudos cabíveis, a presença dos elementos contidos no art. 231, § 1º, da Constituição da República, caracterizada está a posse indígena, devendo prevalecer sobre qualquer outra, porque essencial ao exercício da identidade do grupo, cabendo à União protegê-la e fazer respeitar todos os seus bens, assegurando-se ainda aos índios o usufruto exclusivo das riquezas ali existentes. A proteção, nesse nível, é efetivada por meio do ato demarcatório de competência do Ministério da Justiça, que será homologado, em seguida, por Decreto do Presidente da República.

34. Aí a origem da Portaria nº 534/2005 e do decreto homologatório da demarcação, de 15 de abril do mesmo ano, livres, como visto, dos vícios formais apontados, cabendo afastar, com base nas informações prestadas pelas autoridades rés e no art. 3º do Decreto nº 1.775/96 – segundo o qual "os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos [naquele] Decreto" –, a alegação de que a edição da nova portaria, revogadora daquela de 1998 (de nº 820), deveria

vir como consequência de procedimento absolutamente desvinculado daquele que precedeu a edição do ato anterior.

Nulidade do procedimento administrativo, por violação dos Decretos 22/1991 e 1.775/1996, considerada a não participação de todos os interessados – Ofensa ao contraditório e à ampla defesa

Vale lembrar ter o autor citado o relatório da Comissão de Peritos, em que arguida a nulidade do procedimento administrativo, considerando, entre outros aspectos, os seguintes (fl. 7):

> i. Contou com a participação parcial de apenas um dos lados dos indígenas, a dos que defendem a demarcação em área contínua;
>
> ii. teve a participação do Governo do Estado completamente comprometida, inclusive, por omissão e descaso do próprio Governo Estadual, à época;
>
> iii. A academia não foi devidamente convidada a participar, nem participou como deveria;
>
> iv. Sem razão explicitada, incluiu no grupo técnico interinstitucional, a Igreja Católica, única representante das entidades religiosas, com dois representantes;
>
> v. Os Municípios à época envolvidos, Boa Vista e Normandia, não participam nem foram convidados a participar do grupo técnico;
>
> vi. Os produtores agropecuários, os comerciantes estabelecidos nas localidades, os garimpeiros, e os demais atores não foram sequer considerados;

Sustenta a participação deficitária de grupos e entidades no processo demarcatório. É que o art. 9º do Decreto 1.775/1996 prevê, relativamente às demarcações então em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria de Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, poderem os interessados se manifestar no prazo de noventa dias, contados da respectiva publicação.

Cumpre consignar a distinção entre o direito de defesa dos interessados de terras cujos processos demarcatórios hajam começado antes do advento do Decreto 1.775/1996 – tal como o relativo à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, porquanto o grupo de trabalho foi constituído pela Portaria PP 1.141/1992, de 6 de agosto de 1992 – e aqueles cujos processos tenham tido início após a publicação do decreto.

No primeiro caso, o contraditório não alcança todas as fases do processo de demarcação, havendo apenas uma única oportunidade de defesa, já perante a autoridade do Ministério da Justiça.

Nesse ponto, cabe registrar ter o Plenário assentado a constitucionalidade do procedimento. Eis o trecho da ementa do acórdão alusivo ao MS 25.483-1/DF – relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto –, publicada no *Diário da Justiça* de 14-9-2007:

> (...)
>
> Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775/1996 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

(...)
Mandado de segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.

No voto, o Ministro Carlos Ayres Britto assim se pronunciou:

(...)
19. Da mesma forma, afasto a alegação de que aos impetrantes não foi ensejada oportunidade de defesa, no procedimento administrativo demarcatório das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol. O que faço, em primeiro lugar, acolhendo o entendimento de que, dada a possibilidade de os interessados se manifestarem sobre a demarcação, no prazo de 90 dias (art. 9º do Decreto 1.775/1996), não é de se falar em supressão da garantia da ampla defesa e do contraditório (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Em segundo lugar, as informações trazidas pelo Presidente da República dão conta que "os impetrantes, assim como o Estado de Roraima, foram cientificados do processo de demarcação da terra indígena e tiveram o prazo de contestação lhes facultado pelo art. 9º do Decreto 1.775/1996" (fl. 1095). Contestações, aliás, que foram feitas, analisadas e indeferidas pelo Ministro da Justiça (fl. 559), conforme se lê das informações prestadas pelo Presidente da República.
(...)

No tocante à alegação de supressão da garantia do contraditório e da ampla defesa, foi evocado o que decidido no MS 24.045-8/DF, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa no Plenário, em 24 de abril de 2005, quando fiquei vencido, consignando o seguinte:

No mérito, peço vênia ao Relator para conceder a segurança, porque a evocação do contraditório não se dá, evidentemente, considerado o Decreto 1.775/1996.
Esse decreto previu o contraditório, mas o fez para, de certa forma, reconhecer que até então estaria havendo transgressão do princípio constitucional do contraditório quanto ao processo administrativo em curso. E revelou que processos subsequentes ao decreto teriam o contraditório observado desde o início, enquanto aqueles já em andamento seguiriam, abrindo-se dali para frente a oportunidade de manifestação não só das pessoas jurídicas de Direito Público, como também de interessados.
Ora, se não houve a observância, como é exigido pela Constituição Federal, desde o início do processo administrativo, evidentemente, o contraditório foi inobservado.
Com essa óptica, peço vênia para conceder a ordem.

Nesse sentido, já me manifestara no julgamento do MS 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, relativamente ao processo administrativo de demarcação:

Acresce a isto que mesmo diante das consequências jurídicas do Decreto homologatório da demarcação – se é que ele realmente as tem – posto que formalmente baixado para os fins fixados no art. 231 da Constituição Federal, os Impetrantes não foram cientificados para, querendo, acompanhar o processo administrativo que lhe serviu de base e no qual se entendeu pelo enquadramento das terras como de ocupação indígena. Somente com a conclusão respectiva se lhes dirigiram cartas comunicando a reocupação da área pelos índios e conferindo o exíguo prazo de cinco dias para desocupação, sob pena de a Funai não se responsabilizar

por atos predatórios dos indígenas, seguindo-se o requerimento junto ao Ofício de Imóveis com o objetivo de alterar os registros constantes das matrículas.

O simples fato de tratar-se de um processo administrativo de demarcação de terras não exclui a observância das regras constitucionais asseguradoras do direito de defesa – incisos LIV e LV do art. 5º. O que se nota é que os Impetrantes tiveram os imóveis alcançados pelo Decreto de homologação, sem que tenham participado do processo administrativo que lhe deu causa.

Quanto à participação dos povos indígenas, aponta-se não haverem sido consideradas, no trabalho, as opiniões, manifestações e informações de grupos indígenas envolvidos – Wapixana, Patamona, Ingaricó e Taurepang –, apenas se tendo ouvido o grupo Macuxi.

Eis como o Relator se manifesta sobre o tema, o que torna o fato incontroverso, sobretudo em relação aos Ingaricós:

109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima (CIR). Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da Funai e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

Nesse ponto, valho-me da opinião dos professores *S. James Anaya* e *Robert A. Williams Jr*., externada em artigo veiculado em publicação jurídica da Universidade de *Harvard*[56] (tradução livre):

Como demonstrado anteriormente, à luz da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outras fontes de direito internacional, os povos indígenas têm o direito de proteção das terras que tradicionalmente ocupam e dos recursos naturais. Dessa maneira, as normas de direitos humanos que protegem os povos indígenas garantem, no mínimo, interesses em terras e recursos naturais obrigam aos estados a consultar com os grupos indígenas envolvidos sobre quaisquer decisões que possam vir afetar os interesses e adequadamente pesar esses interesses no processo de formação de decisões.

Os mencionados professores citam trecho de precedente da Suprema Corte do Canadá, no qual consignado o seguinte:

(...) existe sempre o dever de consulta (...) essa consulta deve ser feita em boa-fé e com a intenção de substancialmente abordar as preocupações dos povos aborígenes cujas terras estão em jogo. Na maioria dos casos, [a obrigação] será significativamente mais profunda que a mera consulta. Alguns casos (...) requerem o total consentimento da nação aborígene[57].

---

[56] "*The Protection of Indigenous People's Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*", in: *Harvard Human Rights Journal*. http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#Heading388. Acesso em 15-1-2009.

[57] Delgamuukw v. British Columbia [1997] 3 S.C.R. 1010 (Can.) (1997).

Observem o que preceitua o art. 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais:

> 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.

No mesmo sentido, a previsão do § 3º do art. 2º do Decreto 22/1991, também constante do Decreto 1.775/1996, ambos versando sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas:

> Art. 2º (...)
> (...)
> § 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

Na inicial, o autor popular afirma não interessar para muitos a demarcação contínua, pois provoca o isolamento dos silvícolas. Alega estarem os índios da reserva, em grande maioria, totalmente adaptados à sociedade envolvente. São índios ditos integrados. Chega a afirmar ter sido constatado, no local, que a maior parte dos silvícolas é contra a reserva tal como concebida, ressaltando a parcialidade do trabalho técnico que originou a Reserva Raposa Serra do Sol[58].

Em obra intitulada "Índios de Roraima", de autoria do Centro de Informação Diocese de Roraima, quanto aos índios Ingaricós, não ouvidos no processo, assevera-se o seguinte:

> Os Ingarikó integram sua dieta com peixe, pescado com anzóis de metal, e com caça, que apanham com arco e flecha e também com espingardas, obtidas através de trocas com os outros povos indígenas ou com garimpeiros brancos da região limítrofe. Além das espingardas, os Ingarikó obtêm, através de seu comércio, ferramentas, roupas e, até rádios gravadores.

Relativamente aos Wapixanas, vejam trecho consignado à fl. 75 do referido livro:

---

[58] Memorial apresentado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Maurício Corrêa. p. 4.

A relação com a sociedade dos brancos, hoje, desenvolve-se de várias maneiras, sobretudo através de um contato direto com a cidade.

É necessário ressaltar que, para as malocas da Serra da Lua e Taiano, a cidade dista menos de cem quilômetros, com estradas que atravessam toda a extensão destas duas regiões. Isto representa possibilidade cotidiana de transporte, tanto nos carros dos fazendeiros, como no ônibus de linha que liga Boa Visa a Taiano e Bonfim. Semanalmente chega, também, o caminhão da Funai. Além disso, em função desta facilidade de acesso, muitos Wapixana possuem bicicletas com as quais, em poucas horas de viagem, podem alcançar Boa Vista.

A cidade oferece aos jovens a possibilidade de trabalho que, além de resolver os próprios problemas econômicos, são uma solução para superar descordos com os pais, não mais resolvidos em termos rituais (ritos de iniciação ou de passagem), como ainda acontece com as moças.

(...)

Todo o território Wapixana, excluindo a área da Guiana, foi invadido por fazendas de gado. No início, pelas pertencentes aos descendentes das famílias dos primeiros colonos do Rio Branco, e, depois em tempos mais recentes, por outras que pertencem a comerciantes de Boa Vista. Muitos Wapixana, desde a implantação das primeiras fazendas, tornaram-se peões ou vaqueiros a serviços destas.

É muito difundido o costume do compadrio entre fazendeiros e índios. Assim, os Wapixana tornaram-se "parentes" desses fazendeiros, com todas as consequências que já vimos nos outros povos. Também usa-se, para obter mão de obra barata, pedir os filhos dos índios para serem criados nas fazendas.

(...)

O modelo de relação trabalhador-empregador que os empresários e fazendeiros trouxeram do sul do Brasil, nada tem a ver com a relação fazendeiro local-índio, a qual os Wapixana tinham se acostumado e se acomodado. Agora são fazendas de tipo "capitalista" e, assim, também a relação de produção tem que ser deste tipo. Os índios não entendem, mas percebem que algo mudou, como nos confirmou um velho Wapixana da maloca de Malacacheta: "onde é que se viu alguém cultivar capim no lavrado"?

(...)

É um tipo de invasão diferente dos fazendeiros e os índios geralmente convivem de modo pacífico com esses colonos. O surgimento de novos povoados acaba atraindo os Wapixana e muitos abandonam as malocas para morar no meio dos brancos.

Surge incontroversa a necessidade de consulta a todas as comunidades envolvidas na demarcação. O estágio de aculturamento talvez tenha avançado de tal maneira que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais. Não cumprir o dever de consulta pode vir a provocar maior lesão aos direitos humanos, pois parte-se da premissa errônea de que todas as comunidades desejam o isolamento.

Nulidade do procedimento administrativo, por violação dos Decretos 22/1991 e 1.775/1996, considerado o fato de o relatório do grupo interdisciplinar ter sido assinado por uma única pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai

As regras concernentes à designação de grupo técnico para elaboração de estudos sobre área a ser demarcada estavam previstas no art. 2º do Decreto

22/1991, então vigente quando iniciados os trabalhos de demarcação. Eis a íntegra do dispositivo:

> Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será precedida de identificação por Grupo Técnico, que procederá aos estudos e levantamentos, a fim de atender ao disposto no § 1º do art. 231 da Constituição.
>
> § 1º O **Grupo Técnico** será designado pelo órgão federal de assistência ao índio e será composto por técnicos especializados desse órgão que, sob a coordenação de antropólogo, realizará estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários.
>
> § 2º O levantamento fundiário de que trata o § 1º, caso seja necessário, será realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico.
>
> § 3º O grupo indígena envolvido participará do processo em todas as suas fases.
>
> § 4º Outros órgãos públicos, membros da comunidade científica ou especialistas sobre o grupo indígena envolvido, poderão ser convidados, por solicitação do Grupo Técnico, a participar dos trabalhos.
>
> § 5º Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar, perante o Grupo Técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias contados a partir da publicação do ato que constituir o referido grupo.
>
> § 6º Concluídos os trabalhos de identificação, o Grupo Técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.
>
> § 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este o fará publicar no Diário Oficial da União, incluindo as informações recebidas de acordo com o § 5º.
>
> § 8º Após a publicação de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo processo de demarcação ao Ministro da Justiça que, caso julgue necessárias informações adicionais, as solicitará aos órgãos mencionados no § 5º para que sejam prestadas no prazo de trinta dias.
>
> § 9º Aprovando o processo, o Ministro da Justiça declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.
>
> § 10. Não sendo aprovado o processo demarcatório, o Ministro da Justiça devolvê-lo-á para reexame, no prazo de trinta dias.

Pois bem, para a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, veio a ser publicada a Portaria 1.141, de 6 de agosto de 1992, designando o Grupo Técnico Interinstitucional. Não foi possível localizar a íntegra da Portaria, mas, no relatório sobre a Proposta de Demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, consta o seguinte (fl. 425, v. 2):

> Pelas Portarias n. 1.141/1992 de 6-8-1992, n. 1.285/1992 de 25-8-1992, n. 1.375/1992 de 8-9-1992 e n. 1.553/1992 DE 8-10-1992 (em anexo), o Presidente da Funai criou um grupo técnico interinstitucional, com a finalidade de identificar e realizar o levantamento fundiário da *área indígena Raposa Serra do Sol*. O grupo de técnico foi constituído por:
>
> **1. Funcionários da Funai (Fundação Nacional do Índio)**
>
> – *Maria Guiomar de Melo* (antropóloga);
>
> – *Zenildo de Souza Castro* (técnico em agrimensura);
>
> – *Antônio de Paula Nogueira Neto*;

– *Manoel Reginaldo Tavares* (engenheiros agrônomos), e;
– *Ozires Ribeiro Soares* (técnicos agrícolas).

2. Funcionários do Incra (Instituto Nacional de Reforma Agrária)

– *Nilton Sérgio Martins Costa de Freitas* (técnico agrícola).

3. Funcionários da Seimajus (Secretaria Estadual de Meio Ambiente, Interior e Justiça) do Estado de Roraima

– *Robério Bezerra de Araújo* (Secretário);
– *Antônio Humberto Bezerra de Matos*;
– *Luis Alfredo Mendes de Souza*;
– *Gerôncio Gomes Teixeira*;
– *Dorval Costa Júnior*;
– *Vagner Amorim de Souza*, e;
– *Meildes Fabrício Lemos* (técnicos agrícolas).

4. Pesquisadores da USP (Universidade de São Paulo)

– *Paulo José Brando Santilli* (antropólogo), e;
– *José Juliano Carvalho* (economista).

5. Membro do Cimi (Conselho Indígena Missionário)

– *Felisberto Assunção Damaceno* (advogado).

6. Membro da Diocese de Roraima

– *Ana Paula Souto Maior* (advogada)

7. Lideranças Indígenas indicadas pelo CIR (Conselho Indígena de Roraima)

– *José Adalberto da Silva*
– *Jucelino Joaquim Marques, Martins de Oliveira* (representantes das comunidades indígenas da região da serra)
– *Alcides Constantino* (representante das comunidades indígenas da região do baixo Cotingo)
– *Melqíades Peres Neto* (representante das comunidades indígenas da região do Surumu)
– *Severino Amaro*
– *João Batista Rufino de Souza* (representantes das comunidades indígenas da região da Raposa)
– *Odilon Ernesto Malheiros*
– *Donaldo Souza Marculino*, e;
– *Augostinho Paulinho*.

Consoante registrado no laudo da Comissão de Peritos Judiciais, o relatório desse Grupo Técnico é o documento a embasar e justificar todas as decisões do Governo Federal que deram origem ao Decreto de Homologação da Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. "Tudo girou em torno do resultado dos trabalhos desse grupo técnico interinstitucional, que conteria a participação de instituições que possuem interesses no caso" (fl. 1518, v. 6).

Segundo os peritos, a Funai deu "muita ênfase ao aspecto interinstitucional do Relatório do Grupo Técnico" e ao fato de terem "seguido à risca todas as normas administrativas e jurídicas", ao rebater o laudo antropológico apresentado pelo Governo do Estado, em 1993, argumentando (fl. 1518, v. 6):

> (...) 4. os trabalhos realizados no âmbito administrativo do Grupo de Trabalho instituído pela Funai, envolvendo além de quadros especializados da Funai e de

> outros órgãos da administração federal, técnicos do governo estadual de Roraima e pesquisadores de universidades públicas, seguiram à risca todas as normas administrativas e jurídicas que tratam do procedimento de identificação e demarcação de áreas indígenas; (...)

Pela regra do § 6º do Decreto 22/1991, "concluídos os trabalhos de identificação, o **Grupo Técnico** apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada".

Além disso, em 8 de janeiro de 1996, foi publicado o Decreto 1.775/1996, contendo novas regras sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, dando outras providências e revogando normas anteriores. A exigência da designação do grupo técnico especializado, porém, foi mantida com a finalidade de realizar estudos complementares. Confiram:

> Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.
>
> Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.
>
> **§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.**
>
> (...)
>
> § 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.
>
> § 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.
>
> § 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, **o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada**.

Pois bem, segundo o autor, no caso em exame, o Relatório do Grupo Interdisciplinar foi assinado por uma única pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai. Afirma demonstrar o fato a parcialidade e a consequente nulidade do procedimento administrativo. Assevera não se poder supor estar tal técnica representando todo o grupo, tampouco havendo prova do credenciamento. Argumenta não ter a maioria dos designados pela portaria tomado ciência do relatório. Alguns desconheciam, até mesmo, a respectiva nomeação. Afirma que os dois representantes do Estado de Roraima, por exemplo, não eram técnicos e sim motoristas.

A circunstância de o estudo antropológico ter sido subscrito por apenas um perito é incontroversa. Pude constatar pelo documento de fls. 423 a 548. Confiram ainda o item 32 do parecer do Ministério Público (fl. 399, v. 2):

> (...)
> 32. O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só ato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige de modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação de faixa *contínua* de terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos.
> (...)

No voto do Relator, está consignado:

> (...)
> 111. O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo: os antropólogos Maria Guiomar Melo e Paulo Brando Santilli. Este último indicado permanentemente prestigiado pela Associação Brasileira de Antropologia, de cujos quadros societários faz parte como acatado cientista. Ele foi o responsável pela confecção do parecer antropológico que, a partir dos estudos e levantamentos feitos pela Dra. Maria Guiomar (ela também um destacado membro da Associação Brasileira de Antropologia), serviu de base para os trabalhos demarcatórios em causa, assinando-o solitariamente, como estava autorizado a fazê-lo (tanto quanto a Dra. Guiomar). Afinal, é mesmo a profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena. O que se lhe mostra impertinente ou estranho é laborar no plano de uma suposta conveniência da busca de um consenso entre partes contrapostas e respectivos interesses, que ele, Paulo Santili, acertadamente não intentou.
> (...)

Com base no relatório da Câmara dos Deputados, aponta-se a nulidade do laudo em razão de ofensa ao princípio da impessoalidade. É que apenas integrantes do Conselho Indígena de Roraima haveriam composto o Grupo Técnico. Embora tenham representatividade, esta não abrange todos os índios, sobretudo aqueles que defendem a demarcação de forma não contínua. Abaixo trecho sobre o tema (fl. 6556, v. 25):

> Pode-se constatar que a participação do Conselho Indígena de Roraima – CIR e do Conselho Indigenista Missionário – CIMI foi decisiva na elaboração do Laudo. Com efeito, a análise da situação fundiária da Raposa Serra do Sol foi baseada em levantamento realizado pelo Conselho Indígena de Roraima – CIR. O texto chega mesmo a declarar que "foi visando ampliar seu campo de atuação política e defender sua terra, que o CIR encaminhou ao GT a pesquisa sobre a situação fundiária da AI Raposa Serra do Sol". Outrossim, o parecer jurídico do Laudo foi escrito pelo advogado Sr. Felisberto Assunção Damaceno, membro do CIMI.
>
> A elaboração de peças centrais do Laudo Antropológico por essas entidades compromete a isenção do trabalho, em prejuízo da impessoalidade da Administração Pública. (...)

A participação apenas do Conselho Indígena de Roraima mostra-se inquestionável. Confiram trecho do laudo antropológico (fl. 459, v. 2):

> O levantamento resultou na coleta de dados sobre 83 malocas, 181 posses, na sua maioria fazendas, 1 vila e 3 pontos de apoio aos garimpos dos rios Mau, Cotingo e Quino. Foi possível coletar informações abrangentes sobre a ocupação indígena e a dos posseiros. Contudo as informações relativas aos garimpos não foram suficientes para permitir uma análise mais global da situação.
>
> A equipe de trabalho se constituiu de 4 membros do CIR e uma advogada contratada para ser responsável pela coleta de dados e futura análise dos mesmos. Além dessa equipe volante, este trabalho contou com o apoio do assessor jurídico da Diocese e do CIR e sua secretaria no armazenamento dos dados coletados.

No laudo, elaborado por ordem do Juízo Federal, os peritos assim se pronunciaram (fls. 1519 e 1520, v. 6):

> O Conselho Indígena de Roraima (CIR), sem dúvida, representa parcela dos índios dessa região. O CIR defende, como sempre defendeu, a demarcação, com a retirada dos não índios da reserva. Porém, forçoso é reconhecer que existem outras organizações indígenas que também representam parte desses índios, tais como, a Associação dos Povos Indígenas de Roraima (APIR), a Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima (SODIURR), a Associação Regional Indígena do Rio Kinõ ao Monte de Roraima (ARIKON), o Conselho dos Povos Indígenas Ingaricó (COPING), e a Aliança de Integração e Desenvolvimento das Comunidades Indígenas de Roraima (ALIDICIR).
>
> (...)
>
> O grupo de trabalho interinstitucional criado pela Portaria 1.141/92 contém dez (10) índios, todos indicados pelo CIR. Compor um grupo de trabalho com a participação indígena indicada apenas pelo CIR é, no mínimo, parcial e injusto, por não conter representação das outras instituições e dos outros índios não favoráveis à demarcação, de forma contínua. Pelo menos no que diz respeito à representação indígena, a escolha dos membros da comissão foi tendenciosa ao favorecer apenas um dos lados da discussão.

A Comissão de Peritos também registrou ter tido a oportunidade de conversar com integrantes do Grupo Técnico Institucional, relatando o seguinte (fl. 1520, v. 6):

> (...) a Comissão de Peritos teve a oportunidade de conversar com o Sr. Antônio Humberto Bezerra de Matos (um dos técnicos agrícolas, representante do Governo do Estado) que afirmou não ser técnico agrícola e que não tomou conhecimento de sua nomeação pela Portaria 1.141, e nunca participou de atividade alguma relativa à demarcação em questão. Chegou a afirmar que nunca esteve na área Raposa Serra do Sol. A Comissão recebeu a visita do Sr. Gerôncio Gomes Teixeira (outro componente do GT) que informou que não era técnico agrícola e sim, Auxiliar Operacional Agropecuário e que esteve na área Raposa Serra do Sol conduzido pelo motorista Maíldes e acompanhando um "doutor de Brasília". Seu trabalho foi única e exclusivamente "medir alguns currais e contar algumas árvores" a mando do "doutor", em fazendas da região. Ficou surpreso ao saber que fazia parte de um Grupo Técnico Interinstitucional de tanta relevância para o Estado de

Roraima e que representaria o Governo do Estado, nessa Comissão. A Comissão de Peritos conversou também com os Senhores Vagner Amorim de Souza e Maíldes Fabrício Lemos (também pertencentes ao GT, como técnicos agrícolas) que afirmaram não serem técnicos agrícolas e, sim, motoristas, e que não sabiam que faziam parte do Grupo Técnico. A única atividade de ambos no processo de demarcação foi relativa à responsabilidade de conduzir algumas pessoas à área pretendida.

Eis o que consignado, nesse ponto, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, Relator:

(...)

108. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados "fatos públicos e notórios". Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no *Diário Oficial da União* já em abril de 1993, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/1991 e como decorrência do aforismo *tempus regit actum* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (Despacho 80/1996, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). Noutros termos, nulidade haveria tão somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela administração federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu.

109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima (CIR). Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da Funai e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

110. Também não vejo como causa de nulidade o fato de o advogado responsável pelo parecer jurídico (Felisberto Assunção Damasceno) haver sido indicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). Tal parecer não foi além de sua natureza opinativa e passou pelo crivo da Presidência da Funai, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e de outras instâncias administrativas em sucessividade processual endógena, como, v.g., o Consultor Jurídico da Casa Civil da Presidência da República. É o que também penso quanto à alegada *não participação* de membros do grupo oficial de trabalho na confecção de laudo antropológico, bem assim no que tange ao fato de servidores administrativos, devidamente treinados, efetivarem levantamentos de índole meramente censitária de pessoas e bens.

(...)

Relativamente à Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima (SODIUR), entidade que, conforme os fatos narrados no laudo produzido em Juízo, não foi ouvida no curso do processo demarcatório, vale transcrever trecho de reportagem veiculada no sítio eletrônico do Jornal *Folha de São Paulo*, em 27 de janeiro de 2009:

> Índios invadem sede da Funai em Boa Vista e Dourados
>
> Índios invadiram nesta terça-feira prédios da Funai em Boa Vista (RR) e Dourados (MS). Em Boa Vista, índios ligados à Sodiur (Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima) entraram no final da tarde na sede do órgão federal.
>
> Segundo o presidente da Sodiur, Silvio da Silva, os índios invadiram o prédio em protesto contra a possível retirada dos habitantes não índios do interior da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O grupo é favorável à permanência dos arrozeiros no local. O caso aguarda definição do STF (Supremo Tribunal Federal)[59].

Verificam-se, portanto, irregularidades no tocante ao procedimento administrativo visando a definir as terras indígenas. Não se sabe ao certo: a) as razões pelas quais o laudo foi subscrito por apenas um integrante do grupo, a Dra. Maria Guiomar de Melo – no voto do Relator, está consignada a participação do antropólogo Paulo Santilli); b) se todos efetivamente tiveram ciência de que integravam o grupo; c) se foram ouvidas todas as etnias interessadas.

Prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da reserva indígena ocorra em área contínua

De acordo com informações colhidas do memorial da União, a Reserva Raposa Serra do Sol corresponde a 7,79% do território do Estado de Roraima. Se englobadas todas as terras indígenas pertencentes ao referido ente, chega-se ao patamar de 46% do território estadual. Segundo alega a União, ainda assim a área não abrangida pelas reservas é mais extensa do que Estados como Alagoas, Espírito Santo e Rio de Janeiro.

Com fidelidade e revelando que a controvérsia envolve, na maior parte, indígenas aculturados, destaca o fato de ali habitar a terceira maior população indígena do país, produtora de 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz e 10 toneladas de feijão anuais bem como proprietária de 35.000 cabeças de gado, com venda de 3.000 bezerros ao ano (fl. 9806, v. 39). Afirma contribuírem os indígenas com a economia estadual.

Ressalta representarem as atividades agrícola e pecuária apenas 3,8% do Produto Interno Bruto do Estado de Roraima, ficando atrás, portanto, da administração pública – 58,2% –, da construção civil – 6,0% – e do comércio – 9,3% (fl. 9806, v. 39).

É certa a existência de fazendas de arroz no local. No relatório da Câmara dos Deputados, encontra-se consignado (fl. 6562, v. 25):

> (...) A área da reserva inclui fazendas regularmente tituladas pelo Incra, ou cujo domínio foi assegurado em sentença judicial transitada em julgado. A delicada situação fundiária da Raposa Serra do Sol envolve ainda a ocupação lícita de terras por não-índios que remonta a meados do século XIX, conforme destacado pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI 1.512/RR. O Ministro aponta que a Lei 601, de 1850, regulamentada pelo Decreto 1.818, de 1854, deu legitimação à posse dos que ali detém a terra, bem assim títulos de propriedade foram legitimamente expedidos

[59] http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u495227.shtml. Acesso em 18-2-2009.

pelo Estado do Amazonas quando a área ainda estava sob sua jurisdição (período anterior a 1943). Esses proprietários, entretanto, viram-se surpreendidos pela inclusão de suas terras na área pretendida pela Funai, em flagrante violação de direitos adquiridos e da coisa julgada.

No laudo pericial, há alusão ao tema (fl. 1528 e 1529, v. 6):

(...)

A economia do Estado de Roraima é ainda frágil e altamente dependente dos recursos federais. As novas perspectivas com a produção de grãos no lavrado (savanas) e de arroz irrigado nas várzeas estão a se apresentar como possíveis soluções para o problema econômico do Estado. Apesar das atuais atividades econômicas (arroz irrigado, pecuária e grãos) do Estado de Roraima não estarem ainda contribuindo de forma significativa para o desenvolvimento regional nem representarem fonte importante de recursos públicos para o governo estadual.

Na falta de uma política agropecuária consistente por parte do Estado de Roraima, devido à instabilidade da estrutura fundiária e às ameaças de desapropriação pela Funai, a atividade pecuária tem decrescido sistematicamente.

A evolução histórica da produção de arroz na região Raposa Serra do Sol demonstra que essa atividade vem ganhando força econômica, ao longo dos últimos anos, além de apresentar alta produtividade.

(...)

Independentemente de existirem áreas relativamente equivalentes para a produção agropecuária fora das áreas indígenas (principalmente Raposa Serra do Sol), a demarcação em área contínua traria fortes reflexos imediatos na produção agropecuária do Estado de Roraima, comprometendo um longo trabalho de planejamento agrícola realizado por órgãos públicos de pesquisa agropecuária, nos últimos anos.

A situação gerada pela demarcação em área contínua pode comprometer irreversivelmente a possibilidade de futura expansão da fronteira agrícola que poderia gerar alto crescimento econômico para o Estado, com reflexos no número de empregos e na oferta de alimentos abundantes e relativamente baratos para a Região Norte. Com o bloqueio de grandes áreas de savana atualmente utilizadas comercialmente pela agropecuária na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, poderia gerar de imediato forte pressão para implantação de novas pastagens em áreas florestais das bacias dos rios Uraricoera e Amajarí, por exemplo, bem como no Sul do Estado, causando, sem dúvida, elevados índices de desmatamentos.

A homologação da Área Indígena Raposa Serra do Sol, em área contínua, poderia gerar um êxodo rural, principalmente para a cidade de Boa Vista, de:

a. não índios empregados das propriedades agropecuárias que seriam desativadas;

b. não índios ligados a outras atividades comerciais e urbanas;

c. índios que estavam empregados nas atividades agropecuárias da região; e

d. índios que, de alguma forma, dependiam de atividades conjuntas com não índios.

Essa migração poderia agravar os atuais problemas de inchamento urbano da capital do Estado, devido à impossibilidade dessas pessoas serem absorvidas pela frágil economia atualmente existente em Roraima.

A União, apesar de reconhecer o grande crescimento geográfico das fazendas de arroz, afirma ter a produção dessa cultura se mantido estável desde 1992,

não caracterizando atividade imprescindível ao desenvolvimento econômico do Estado (fl. 9807, v. 39). Aduz estar à atividade agrária impulsionada por incentivos fiscais, o que afasta prejuízo na arrecadação. Além disso, assevera ser atividade mecanizada, o que não implica a perda de empregos. Sustenta existirem apenas sete arrozeiros questionando ainda a legalidade da demarcação.

No entanto, como antes salientado, a própria União reconhece ser a área de lavoura na região demarcada sete vezes maior, em extensão, do que a observada em 1992. Destaca grave desrespeito à legislação ambiental.

Um ponto que merece ser rechaçado é o de que a demarcação em ilhas implica ofensa a tratados de direitos humanos, que garantem a proteção a terras indígenas. Os direitos indígenas são distintos nos países americanos. Nos Estados Unidos, por exemplo, permite-se a ocorrência de um sistema jurídico próprio dentro das comunidades indígenas. Há notícia de existirem mais de 150 desses sistemas. E o país reconhece as decisões tomadas no âmbito das tribos, inclusive com possibilidade de execução[60] nas Cortes Americanas.

Transcrevo trecho do discurso de Santiago A. Cantón, Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que abordou as conclusões de caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a demarcação das terras Ianomâmi:

> No que se refere aos casos já decididos, há dois especialmente ilustrativos. O caso ianomâmi, decidido em 1985, fixou algumas referências iniciais na jurisprudência da Comissão sobre a relação entre a proteção dos direitos humanos e o meio ambiente. A queixa se referia à exploração de recursos naturais na região amazônica, inclusive à abertura de uma estrada em propriedades que tradicionalmente haviam estado em poder dos ianomâmi. Com a estrada sobreveio a invasão de operários, mineiros e colonizadores, o deslocamento de comunidades e a introdução de doenças contra as quais os ianomâmi careciam de mecanismos de defesa; as consequências foram devastadoras. As leis nacionais previam a demarcação das terras indígenas ancestrais, mas no caso dos ianomâmi isso não ocorreu. A Comissão recomendou a demarcação do território como medida essencial para remediar as violações. Ademais, a Comissão recomendou que os programas destinados ao atendimento das comunidades fossem realizados após consulta aos afetados. O dever de adotar medidas preventivas razoáveis nos casos de ameaça à vida e à integridade física e de consultar os afetados quanto à formulação e à aplicação da política pública são os dois princípios essenciais articulados nesse relatório.[61]

Como se percebe, há sim a obrigação de o país demarcar as terras indígenas – o que, aliás, é imposto pela própria Constituição Federal –, mas não existe um modelo demarcatório claramente definido, contínuo ou em ilhas, nem a exi-

---

[60] http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#Heading388. Acesso em 15-1-2009.

[61] Trecho da *Exposição do Embaixador Santiago A. Cantón, Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre o tema "Direitos Humanos e Meio Ambiente"*, AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) (Sessão da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos de 11 de abril de 2002).

gência de se ter como válido um processo que apresentou vícios, desde a elaboração do laudo antropológico.

Cumpre asseverar ser direito humano a proteção da propriedade privada. O simples reconhecimento de que terras privadas, intituladas pelo Estado (gênero), cuja legalidade dos títulos foi apurada em processo judicial transitado em julgado, nunca pertenceram aos respectivos proprietários poderá levar o Brasil a responder no cenário internacional. Eis o art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica:

> (...)
> Art. 21. Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
> 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
> 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.
> (...)

À luz dessas observações, novamente ressalto a necessidade de se fomentar o processo de elementos fáticos imprescindíveis ao deslinde, que deveriam ter sido colhidos durante a instrução. Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica – e romântica, portanto, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios. Os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região.

Difícil é conceber o chamado fato indígena, a existência de cerca de dezenove mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada – uma área doze vezes maior que o Município de São Paulo[62], em que vivem cerca de onze milhões de habitantes. Para mim o enfoque até aqui prevalecente soa desproporcional a discrepar, a mais não poder, da razoabilidade. E tudo, repito à exaustão, resultando de um processo demarcatório cujos elementos coligidos se mostram viciados, como se não vivêssemos em um Estado de Direito.

Aliás, surge paradoxo no que se assenta que a posse indígena a ser reconhecida e preservada é a existente à data da promulgação da Constituição – premissa de todo harmônica com o § 1º do art. 231 nela contido – e, em passo seguinte, desconhecendo-se o envolvimento de áreas limitadas, conclui-se pela subsistência da demarcação contínua, com limitações à liberdade de ir e vir de brasileiros, em verdadeiro *apartheid*, com o atropelo de situações devidamente constituídas, quer por títulos de propriedade reconhecidos como de bom valor pelo Estado, quer por decisão judicial. E tudo isso ocorre com abrangência incomum porque

---

[62] http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimidia/ShowEspeciais!destaque.action?destaque.idEspeciais=631. Acesso em 15-1-2009.

envolvidos índios e descendentes de índios aculturados e não povos indígenas em condições primitivas. A todos os títulos, tem-se, de um lado, situação inusitada – grande área na qual o cidadão comum não poderá entrar – e, de outro, adoção de critério que extravasa em muito o que concebido pelo Constituinte de 1998.

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marquês de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se, com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios. Cito o exemplo de ex-Governadores do Estado do Amazonas. Gilberto Mestrinho é filho de índio e Amazonino Mendes, neto. A informação está registrada em publicação do ex-Governador de Sergipe e ex-Ministro do Interior, de 1987 a 1990, João Alves Filho, que, por sinal, é bisneto de índio[63].

Para ter-se ideia do envolvimento de índios aculturados, em número significativo, não bastasse à política indigenista de integração havida desde a época de Nóbrega e Anchieta, passando mais recentemente pelo Marechal Rondon, constata-se a integração no campo político. O Prefeito do Município de Normandia – Orlando Oliveira – é da etnia Macuxi. O Prefeito do Município do Uiramutã – Eliésio Cavalcante de Lima – também é dessa etnia. O Vice-Prefeito do Município de Pacaraima – Albertino Dias de Souza – é da etnia Ingaricó. Das nove cadeiras da Câmara de Vereadores no Município de Normandia, três são ocupadas por descendentes de índios – Valdir Tobias, Davi Marcos Napoleão e João Menezes da Silva Neto. Já a Câmara do Município de Uiramutã, também contando com nove cadeiras, tem sete vereadores cuja ascendência é indígena: Albertino Dias de Souza, Dílson Domente Ingaricó, Eronildo Ensoro, Irmão Antonio, Manoel Bigode, Milton e Professor Damásio. Relativamente ao Município de Pacaraima, na Câmara, onde, do mesmo modo, existem nove cadeiras, são descendentes de índios os vereadores Professor Roseno e Diura Jane de Brito Tupinambá.

Como, então, em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não índios? O retrocesso é flagrante, não se coadunando com os interesses maiores de uma nacionalidade integrada.

As lutas incessantes pela almejada unidade, especialmente as capitaneadas por Dom Pedro II, não podem ser olvidadas, menosprezando-se a cláusula proibitiva da distinção presente a origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação. A óptica contrária desconsidera objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º).

Então, há de reconhecer-se a inteira procedência do que bem disse o professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Denis Lerrer Rosenfield em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo* de 8-12-2008:

---

[63] *João Alves Filho*: pronunciamentos, artigos e entrevistas (1987-1990): Brasília, 1990.

> A homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, de forma contínua ou descontínua, coloca um problema de ordem cultural e histórica, que concerne ao processo de formação de nosso próprio país. Na verdade, duas abordagens se defrontam: a da demarcação contínua, procurando fechar esse território como nação, numa economia de auto-subsistência; e a da demarcação descontínua mantendo intercâmbio entre as populações indígena, mestiça e branca...
>
> Vários pensadores e etnólogos se dedicaram a essa questão, com rigor científico e uma visão de integração dos indígenas à sociedade brasileira: Karl von den Steinen, Hebert Baldus, Eduardo Galvão, Egon Schaden e Darci Ribeiro, entre outros. Eram etnólogos com profunda visão humanista, e não ideólogos que advogavam por um suposto retorno a uma situação idílica e falsa de um estado de natureza bom e harmônico. Seguiam a ciência, e não a religião, como ocorre hoje com a política do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a orientação correlata da Funai.

Então, advertiu que a demanda dos índios é por postos de saúde e não pela volta do pajé, consignando:

> A demanda do caso é por postos de saúde, com enfermeiros, médicos e medicamentos e não pela volta do pajé. A demanda é por uma educação que, resgatando as tradições indígenas, ofereça a eles a possibilidade de uma boa integração ao mundo civilizado. A demanda não é por ausência de trabalho, mas por condições dignas de trabalho, não tornando o indígena um novo miserável urbano. A questão consiste numa adaptação eficaz e controlada ao mundo civilizado, de tal maneira que cause a menor dor possível aos indígenas e que estes possam usufruir os produtos da sociedade ocidental, almejados por eles mesmos. Tudo depende, evidentemente, do grau de aculturação em que se encontrem as diferentes tribos, não devendo haver uma regra de conduta única, mas políticas adaptadas a cada situação. A educação dos jovens, por exemplo, é uma forma de adaptação que se escalona no tempo e propicia, se bem feita, uma integração harmoniosa. Uma interação satisfatória deveria necessariamente contemplar a integração econômico-cultural, condição de novas formas de prestígio, auto-estima e aquisição de bens.

Instabilidade quanto à segurança nacional – faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana

O Plenário, no julgamento do MS 25.483-1/DF, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, concluiu não ser a manifestação do Conselho de Defesa Nacional requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Eis a ementa:

> *Mandado de segurança. Homologação do procedimento administrativo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol. Imprestabilidade do laudo antropológico. Terras tradicionalmente ocupadas por índios. Direito adquirido à posse e ao domínio das terras ocupadas imemorialmente pelos impetrantes. Competência para a homologação. Garantia do devido processo legal administrativo. Boa-fé administrativa. Acesso à justiça. Inadequação da via processualmente estreita do mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo*.
>
> (...)
>
> Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (*caput* do art. 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de

Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. (...)

Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.

Noto não ter estado presente à sessão, conforme noticiado no extrato de ata:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu em parte do mandado de segurança e, na parte conhecida, denegou-o, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Falaram, pelos impetrantes, o Dr. Luiz Valdemar Albrecht; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Gracie Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral Adjunta e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 4-6-2007.

Em laudo pericial, consignou-se (fls. 1531 e 1532, v. 6):

(...)

A área Raposa Serra do Sol, no caso de ser homologada de forma contínua, terá pouca densidade demográfica, vasta extensão de fronteira e controle limitado do Estado-Nação, o que poderá favorecer:

– A garimpagem ilegal;
– O contrabando;
– O narcotráfico;
– Refúgio para criminosos do Brasil, Guiana e Venezuela;
– O surgimento de movimentos separatistas; e
– Outros ilícitos.

A diminuição do controle do Estado-Nação sobre os destinos ambientais e estratégicos da Área do Norte/Nordeste de Roraima, entre a serra de Pacaraima e os cursos do Maú/Tacutu encerra questões de interesse nacional e proteção cultural e ambiental emblemáticas, quais sejam:

i – Vasta área de rochas proterozóicas riquíssimas em recursos minerais ainda intocados (ouro e diamante, entre outros), e única no norte da Amazônia (vide CPRM, 1990 e DNPM – Projetos e Molibdênio de Roraima), em fronteira trinacional (cópia anexa do mapa de áreas de futuras prospecções, recomendada pelo relatório geológico de 1990);

ii – Enorme espaço de biodiversidade ainda tão pouco estudado pela sociedade brasileira, apesar de solos predominantemente pobres e de baixa capacidade de suporte (Schaefer, 1991), oficialmente reconhecido no documento do MMA como a área RN024 – Território Indígena (TI);

iii – São Marcos e TI Raposa Serra do Sol (Avaliação e Identificação de ações prioritárias para conservação, utilização, (...) da Biodiversidade na Amazônia Brasileira, 1990);

iv – Área de elevada importância ambiental, que carece de medidas de proteção efetivas para sua conservação; área de grande interesse geopolítico devido aos problemas de limites entre a Guiana e a Venezuela.

Além disso, a possível diminuição do Estado em área tão complexa pode configurar grave erro histórico, que poderá suscitar futuras questões territoriais como processos de secessão, ou de integração, visto o ocorrido na Revolta do Rupununi (1969), quando índios habitantes da fronteira com o Brasil, comandados por fazendeiros, se rebelaram contra o governo da Guyana e tentaram proclamar um Estado

independente, imediatamente sufocada pelas autoridades de Georgetown. Existem evidências que este movimento foi em parte promovido pela Venezuela como forma de pressão em sua disputa territorial pela margem esquerda do Rio Essequibo.

Opinião semelhante é a do Comandante da Amazônia, General Augusto Heleno, externada em palestra no Clube Militar. Eis o que publicado no sítio eletrônico *G1 – Globo Notícias*[64]*:*

General considera terra indígena de fronteira risco à soberania

Rio de Janeiro (Reuters) – O general Augusto Heleno, comandante militar da Amazônia, classificou a transformação da faixa da fronteira norte do país em terras indígenas como ameaça à soberania nacional.

O militar não se mostrou preocupado em contrariar posição do governo, que defende a homologação de terras indígenas mesmo em regiões de fronteira, e disse que o Exército "serve ao Estado brasileiro e não ao governo".

Em palestra sobre a defesa da Amazônia no seminário "Brasil, ameaças a sua soberania", nesta quarta-feira, no Clube Militar, no Rio de Janeiro, o general falou de sua preocupação com os territórios indígenas na faixa de fronteira.

O general lembrou o compromisso brasileiro com declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o direito dos povos indígenas, que destaca a desmilitarização das terras indígenas como contribuição para a paz e o desenvolvimento econômico e social.

"Quer dizer que o problema somos nós?", perguntou o general sob aplausos entusiasmados da platéia de militares.

Para o general Heleno, a política indigenista está dissociada do processo histórico do país e precisa ser revista com urgência.

"É um caos, não funciona. Os problemas são enormes, o alcoolismo é crescente", disse o general referindo-se à situação de tribos amazônicas.

"Sou totalmente a favor do índio", frisou o general. "Não sou da esquerda escocesa que atrás de um copo de uísque resolve os problemas brasileiros. Eu estou lá na Amazônia vendo o que acontece com o índio brasileiro."

O general reiterou sua posição contrária à demarcação contínua da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima, que quase levou a um conflito violento entre a Polícia Federal e arrozeiros que serão obrigados a deixar a área.

Uma liminar do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a operação da Polícia Federal que desalojaria os fazendeiros de arroz que se recusam a deixar terras da reserva. Cinco grandes plantadores de arroz possuem oito fazendas na área indígena. O governo se propõe a pagar indenização pelas benfeitorias.

Segundo o general, o índio também é brasileiro e não deve ser excluído da convivência com outros brasileiros.

"Quer dizer que na Liberdade vai ter japonês e não japonês", comentou o general utilizando como exemplo o bairro paulista de forte presença japonesa. "Como um brasileiro não pode entrar numa terra só porque não é indígena", questionou.

Além da questão indígena, o general Heleno apresentou como ameaças à Amazônia os conflitos fundiários, as organizações não-governamentais e os diversos ilícitos.

Em sua opinião, o desenvolvimento da Amazônia vai acontecer independentemente da nossa vontade. "É impossível preservar a Amazônia como lenda, floresta

[64] http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,MUL404097-5601,00.html. Acesso em 22-8-2008.

verde. O que depende de nós é fazer com que (o desenvolvimento) aconteça de forma sustentável", defendeu.

Importa verificar as preocupações veiculadas pelo jornal *O Estado de São Paulo*, em editorial publicado na edição de 22 de janeiro de 2004, intitulado "Em causa a segurança nacional"[65]:

> Não sabemos se o mais grave seria o fato de o Ministério da Justiça, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e todos os que no governo federal se envolveram com a iniciativa de homologar a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, conhecerem ou desconhecerem os relatórios encaminhados ao Palácio do Planalto por órgãos de inteligência do governo, inclusive das Forças Armadas, apontando o risco que aquela demarcação, se feita em terras contínuas, poderá trazer à segurança do País. Se os conhecessem seria um contra-senso não atentar para suas graves advertências – a não ser que atribuíssem valor irrisório a sua credibilidade – e, se os desconhecessem, algo estaria muito mal na coordenação estratégica governamental. De qualquer forma, é bem possível que quando tiveram a ideia de levar avante essa demarcação os próceres indigenistas do governo não imaginavam o tamanho do problema que estavam criando, no capítulo que diz respeito à integridade territorial e soberania do País.
>
> De acordo com esses relatórios reservados, a demarcação em Roraima poderá causar "prejuízos para a segurança do País, para o desenvolvimento da região, além do risco de grave conflito" entre os que defendem e os que são contrários à reserva. Por sua vez, diz o general Luiz Lessa, presidente do Clube Militar, ex-comandante militar da Amazônia e profundo conhecedor da região: "É um absurdo (a demarcação contínua) porque há gerações de brasileiros que foram criados ali e não se pode, simplesmente, extinguir dois municípios." E acrescenta: "Ninguém é contra a demarcação, mas que ela seja feita em ilhas, porque as pessoas não podem ser expulsas do local onde moram e trabalham. Está faltando visão estratégica e de segurança." Para ele a polêmica é fruto da "pressão internacional (das ONGs) e o governo não está atento para o fato de que aquela área, que é de fronteira, é sensível e pode se transformar em um ponto de conflito".
>
> Mas não são só os setores de inteligência do governo e militares que veem nessa questão um risco à segurança nacional. Também setores acadêmicos revelam a mesma preocupação. O coordenador do Núcleo de Análise Interdisciplinar de Políticas e Estratégias (Naippe) da USP, Braz Araújo, e o pesquisador Geraldo Lesbat Cavagnari, do Núcleo de Estudos Estratégicos da Unicamp, sustentam que a demarcação da área indígena de Roraima em terras contínuas vai pôr em risco a segurança das fronteiras brasileiras. "Não existe outro país que permita que alguém ou um grupo tenha soberania na faixa de fronteira", argumenta Cavagnari, enquanto Araújo diz que "o Brasil vem fazendo demarcação de terras indígenas sem visão estratégica clara, apenas atendendo a demandas demagógicas". E o cientista da USP salienta, em matéria publicada ontem neste jornal, o que nos parece o aspecto mais grave na questão, ao lembrar que a região amazônica não está apenas em solo brasileiro e que há "contenciosos territoriais entre países da região".
>
> O ministro da Justiça resolveu criar um grupo interministerial, para resolver o impasse gerado pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol.

---

[65] http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2004/1/22/noticia.101516/

> Trata-se de uma "força-tarefa" que já agendou reuniões com os grupos de índios favoráveis e contrários à homologação da reserva, com representantes do governo estadual, da Igreja Católica, dos evangélicos, do Ministério Público Federal e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – e com os produtores rurais, não terá agendado?! Thomaz Bastos, agora, diz estar absolutamente convencido de que "as coisas precisam ser feitas com método e calma". Pena que o ministro não tivesse tido esse "método" e essa "calma" antes de anunciar a homologação demarcatória daquela reserva. Pois, como era de se prever, esse simples anúncio fez soar os tambores de guerra em um número cada vez maior de regiões do território nacional, visto que todo esse território – sempre é bom lembrar – já pertenceu integralmente às comunidades indígenas. Mato Grosso do Sul – com 14 fazendas ocupadas por índios, uma ordem judicial de reintegração de posse não cumprida, invasores jurando que resistirão até a morte, repórteres sendo recebidos à bala, etc.; Rio Grande do Sul, com estrada bloqueada pelos índios cainguangues; Alagoas e Bahia, com índios reivindicando áreas onde o governo assentou populações removidas por causa da construção de represas; enfim, parece que toda uma "demanda" reprimida – talvez desde o Descobrimento – dos que tiveram seus ancestrais expulsos de suas terras, pelos colonizadores portugueses, está vindo à tona.

A União alega não haver motivos para temer qualquer ato no sentido de se ameaçar a soberania do Brasil. Sustenta mesmo, pasmem, dever ser vista a presença exclusivamente indígena em área de fronteira como estratégia de segurança nacional (fl. 22), sufragando, implicitamente, a teoria das fronteiras mortas. Afirma mostrar-se plenamente possível a afetação ao uso das Forças Armadas, em se tratando de área indispensável para a segurança nacional, de área qualificada como indígena, consoante o disposto no Decreto 4.412/2002[66].

Vejam o que versa a Portaria 534/2005, ato normativo impugnado na presente ação:

> (...)
> Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.
> (...)

Eis como se pronunciou o Ministério Público Federal sobre o tema (fls. 403 e 404, v. 2):

---

[66] "Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:

I – a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;

II – a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infraestrutura e logística necessárias;

III – a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira."

(...)

40. A preocupação que vem sendo externada por comandante militar não parece, com as vênias devidas, procedente. De há muito são demarcadas áreas indígenas em faixa de fronteira, sendo exemplo recorrente o da área *yanomami*, toda ela em faixa de fronteira, em território de 10 milhões de hectares, objeto de portaria declaratória firmada, no início da década de 90, pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, eminente integrante das nossas Forças Armadas.

41. O atual Ministro da Defesa, Nelson Jobim, por diversas vezes, na condição de Ministro da Justiça, afirmou que a localização de áreas indígenas em faixa de fronteira não inviabiliza o seu reconhecimento como tal. Em despacho de 20 de dezembro de 1996, no exame do caso específico de que trata a presente (documento anexo), concluiu:

"4.3.5. Sobre a 'faixa de fronteira' e parques nacionais

Ressalte-se, ainda, que a localização de área indígena em faixa de fronteira não encontra óbice jurídico. A Constituição Federal não estabeleceu qualquer restrição à demarcação de terras indígenas em faixa de fronteira.

A qualificação jurídica das terras como 'faixa de fronteira' implica limitações de ocupação e de utilização que não guardam qualquer incompatibilidade com o domínio privado e, muito menos, com o público, ressalvadas as restrições estabelecidas em lei".

42. A concepção do Projeto Calha Norte, para a defesa das fronteiras nacionais, é de ocupação humana. Se a demarcação de áreas indígenas é vista como ameaça às nossas fronteiras, das duas, uma: ou se recusa aos índios a condição de humanos, ou se os tem por incapazes para os fins daquele projeto, conclusões, no mínimo, inadequadas.

(...)

O Ministro Menezes Direito, nas conclusões do voto-vista formalizado, assim se manifestou:

(...)

Destarte, julgo parcialmente procedente a presente ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras:

(...)

(v) usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional) serão implementadas independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai;

(vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai;

Vale, ainda, recordar o que preceituado no § 2º do art. 20 da Carta Federal:

Art. 20. (...)

(...)

> § 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Observem a necessidade de se conferir eficácia máxima aos princípios constitucionais. O Conselho de Defesa Nacional está previsto no art. 91 da Lei Fundamental, tendo, entre as competências definidas, as de: (a) propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre o efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; (b) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado Democrático.

Como não proferi voto na assentada em que julgado o MS 25.483-1/DF, quando a Corte concluiu pela desnecessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional, não posso deixar de registrar convicção sobre a matéria.

Entre o interesse individual e o coletivo, homenageio o coletivo. Homenageio também o perfeito funcionamento das instituições. Se é verdade que não há norma proibindo terras indígenas em faixa de fronteira, do mesmo modo é verdade que, na Lei Maior, está expressamente consignada a importância fundamental dessa faixa para a defesa do território brasileiro. Revelava-se, pois, imprescindível a participação do Conselho de Defesa Nacional, ante a possibilidade de existirem instabilidades naquela área da fronteira tríplice, área em que se encontram os territórios do Brasil, da Guiana e da Venezuela.

É público e notório que, em razão das posições ideológicas do atual Chefe de Estado, a Venezuela tem sido o país latino-americano que mais causa tensões no âmbito diplomático, não só em relação ao Brasil, mas também em relação a diversos outros países. As regiões fronteiriças são mais suscetíveis de turbulências e favorecem o contrabando e a presença de narcotraficantes. Lembro o recente episódio, ocorrido em março de 2008, em que o Exército da Colômbia invadiu o território equatoriano e provocou a morte do porta-voz internacional, considerado dirigente número dois do grupo "Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia", Raúl Reyes.

E aqui não estamos tratando de qualquer ocupação na faixa de fronteira, mas da demarcação de terras indígenas, o que, para alguns, pressupõe a imposição de uma série de restrições na circulação de pessoas para não prejudicar a vida dos índios, na sua grande parte aculturados.

Essas ponderações não foram apresentadas nem aos antropólogos nem ao Presidente da República. Talvez, até com a manifestação do Conselho, o desfecho tivesse sido igual. Penso, porém, que, na espécie, não se fez presente o pleno funcionamento das instituições, o pleno funcionamento de um Conselho que, mesmo com natureza de órgão de consulta, possui uma razão de ser, é custeado pela sociedade, que deseja vê-lo ativo. Não conferir essa eficácia ao dispositivo constitucional que determinou a criação do órgão é diminuí-lo.

Faz-se tão evidente a relevância do tema no texto constitucional que, no § 5º do art. 231, chega-se a autorizar a remoção dos grupos indígenas das terras ocupadas, quando no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso.

A importância da manifestação do Conselho de Defesa Nacional foi reconhecida pelo Ministro Menezes Direito. Sua Excelência, porém, considerou ter sido suprida a audiência, não havendo nulidade. Confiram o seguinte trecho do voto-vista proferido:

> (...)
> Neste caso, a farta divulgação de dados e as manifestações elaboradas sob diversas orientações, civis e militares, que foram levadas ao Ministro da Justiça e ao Senhor Presidente da República, que decidiu sem audiência do Conselho de Defesa Nacional, bem como o próprio julgamento desta Corte, deixam em outros planos de consideração a necessidade de ouvida.
> Tal situação se reforça com o precedente encontrado no MS 25.483, *DJ* de 14-9-2007, Rel. Min. Carlos Britto.
> Para o futuro, entretanto, com o pronunciamento da Suprema Corte sob a correta interpretação e aplicação do inciso III do § 1º do art. 91, entendo que se tratando de faixa de fronteira é recomendável que seja ouvido o Conselho de Defesa Nacional.
> (...)

Não tenho como concordar com o desfecho proposto. Se o texto constitucional exige tal providência, esta deve ser respeitada em todas as ocasiões, inclusive na espécie.

Vem à memória o caso *Bush versus Gore*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, definidor da eleição presidencial que os envolvia. No precedente, decidido em 12 de dezembro de 2000, o Tribunal americano concluiu transgredir a *equal protection clause* o sistema de contagem de votos adotado no Estado da Flórida. Porém, ordenou que a recontagem fosse interrompida, ante a necessidade de se respeitar o prazo fatal para encaminhamento do resultado presente o candidato vencedor daquele Estado, que coincidiu com a data do julgamento. Os votos, então, jamais foram recontados. Até hoje se questiona o desenlace da eleição. Quem, de fato, foi o real vencedor. E critica-se a decisão da Corte que, mesmo reconhecendo a violação constitucional, não autorizou o prosseguimento da recontagem, potencializando aspecto temporal. Pairam dúvidas se todos os votos foram computados.

Não podemos proceder, na espécie, da mesma maneira, permitindo mácula no julgamento do Supremo, criando uma nuvem cinzenta sobre a não observância do devido processo legal. Reconhecer a necessidade de manifestação do Conselho para o futuro, deixando de aplicar o dispositivo constitucional na hipótese, não pode ser admitido. Não se verifica situação de urgência! Friso novamente que o Supremo tem a guarda da Carta Federal e não pode despedir-se desse dever, imposto de forma expressa pelo Constituinte de 1988, sob pena de comprometimento da própria credibilidade.

Também sob esse ângulo, porque a Lei Maior não foi observada no que revela como formalidade essencial a audição do Conselho de Defesa Nacional,

há de julgar-se procedente o pedido formulado, atentando o Supremo para a responsabilidade que possui. É sua a última palavra sobre a Constituição, e não deste ou daquele órgão.

Ofensa ao equilíbrio federativo, presente o fato de a área demarcada ocupar grande parte do território do Estado de Roraima

A Câmara dos Deputados assim deixou registrado (fl. 6542, v. 25):

> (...)
> 5. A questão federativa
> Como já vimos, Roraima está longe de desempenhar plenamente – nos campos fundiário, econômico, fiscal e político-institucional – o papel esperado de um Estado da Federação. Mas os aspectos federativos do conflito em questão vão além.
> Se o Presidente da República homologar o decreto de demarcação nos termos definidos pela Funai, deixará de existir um município inteiro: Uiramutã, cujas terras ficam integralmente dentro da Área Indígena Raposa Serra do Sol.
> Com uma população de 4.742 habitantes, conforme os resultados do último censo do IBGE, o Município foi criado pela Lei 98, de 17 de outubro de 1995.
> A despeito da polêmica, a Comissão pôde constatar que a criação do município expressou a vontade da grande maioria da população local, composta majoritamente por índios. Cerca de dois terços dos 1.727 eleitores então cadastrados ali participaram do plebiscito para emancipação da antiga vila de Uiramutã. Mais de 90% deles votaram a favor da constituição do município, que foi reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2003.
> Embora pobre e com baixíssima densidade demográfica (0,59 habitante por km²), Uiramutã possui três postos de saúde; agência bancária; serviço postal; várias escolas indígenas (muitas, inclusive, vinculadas ao CIR), onde os alunos estudam tanto o português como o macuxi e o ingarikó; e um promissor programa de agricultura familiar, implementado em conjunto com o governo federal, que ajudou o município a conquistar o Prêmio Mário Covas de Município Empreendedor.
> Outros dois municípios têm áreas sobrepostas às da reserva: Normandia, ao Sul, cuja ocupação remonta a 1904; e Paracaima, a Oeste. Nesses casos, as sedes municipais – compreendendo toda a zona urbana – ficam fora das terras indígenas.
> Mas o problema é mais grave no Município de Uiramutã. A União Federal não pode desrespeitar a autonomia municipal, nem pode um ente federado simplesmente riscar do mapa outro ente federado.

Quanto ao assunto, o Ministério Público Federal manifestou-se deste modo:

> A alegação de ofensa ao equilíbrio federativo e à autonomia de Roraima está divorciada da realidade. A área indígena Raposa Serra do Sol representa pouco mais de 7% do território daquele Estado, que, desde a sua criação, conta com a presença de numerosos grupos indígenas, sendo a população em questão ali residente a terceira maior do país, só perdendo para aquelas localizadas nos Estados do Amazonas e Mato Grosso. A existência de tal população, aliás, terá sido um dos fatores determinantes da criação do novo Estado.

Volto a afirmar: a ausência de citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia – alcançados pela demarcação – para integrar a relação processual surge como vício insanável, a impor o retorno do processo ao estágio próprio.

Das razões apresentadas para a demarcação em faixa contínua

A União, em memorial apresentado, justifica a demarcação em faixa contínua a partir dos seguintes aspectos:

(...)

V. Da área reservada à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Necessidade da faixa contínua. Aspectos culturais, produtivos e religiosos.

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, conforme disposição contida no decreto homologatório ocupa uma faixa contínua de 1.747.464 hectares, ou seja, 14.474,64 km² (área representada por todo o Estado de Roraima), equivalendo menos de 8% do território estadual.

Na região, existem 194 aldeias, nas quais vivem aproximadamente 19.000 indígenas de cinco etnias, quais sejam: Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingaricó e Taurepang, que se comunicam através de dialetos oriundos de uma mesma língua denominada Pemon/Kapon.

Todas essas aldeias são formadas por índios que compõem o mesmo grupo familiar, havendo relações matrimoniais entre membros de tribos diferentes, posto que os vínculos de parentesco acabam por impedir os casamentos entre membros da mesma tribo.

Assim, embora distintos, os grupos indígenas ocupam áreas próximas, contidas dentro de um território único, qual seja, a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que permite aos indígenas a mobilidade e a interação necessárias à sua reprodução física, segundo seus usos, costumes e tradição.

Como já relatado acima, a atividade indígena deve ser preservada num sentido amplo.

A Constituição Federal reconhece não apenas a ocupação física das áreas habitadas pelas tribos, mas, sim, a ocupação tradicional do território indígena, o que significa reconhecê-lo como toda a extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo.

São incorporadas não só as áreas de habitação permanente e de coleta, mas também todos os espaços necessários à manutenção das tradições do grupo. Entram nesse conceito, por exemplo, as terras consideradas sagradas, os cemitérios distantes e as áreas de deambulação.

Assim ao se garantir que a Reserva Serra do Sol fosse demarcada em uma faixa contínua de terras, procurou-se atender a todos os requisitos legais atinentes à matéria, preservando-se a identidade histórica e cultural dos silvícolas que lá habitam.

Com efeito, a alteração do território original de Raposa Serra do Sol, por meio da demarcação de "ilhas", dificultaria o ritual acima descrito, em nítida ofensa ao texto constitucional, que protege as terras necessárias à reprodução física e cultural dos indígenas.

(...)

Outro aspecto de relevo é que a produção agrícola na reserva é realizada segundo o modelo de revezamento das áreas de plantação. De tempos em tempos, os índios abandonam as áreas de plantio, reiniciando a lavoura em novas terras. Após um certo período, retornam aos terrenos abandonados, e lá reiniciam a atividade agrícola.

De fato, a fragmentação de Raposa Serra do Sol impediria a prática da agricultura nesse modelo, em contrariedade à Constituição Federal, que protege as terras indígenas utilizadas para as atividades produtivas. Com feito, restringindo-se a área ocupada pelos índios, não seria mais possível realizar o revezamento dos terrenos de plantio, em prejuízo da agricultura indígena.

Cumpre ainda asseverar que na Reserva Raposa Serra do Sol localiza-se o Monte Roraima (Parque Nacional do Monte Roraima), que possui grande significado místico para todas as etnias que vivem nas aldeias da reserva.

A demarcação em ilhas privaria muitas das comunidades da reserva do acesso ao monumento, impedindo, consequentemente, o direito constitucionalmente garantido ao livre exercício de suas crenças.

Sobre o tema, vale observar algumas passagens do laudo antropológico (fl. 448, v. 2):

4. Situação atual

É extremamente complexo realizar uma análise sociológica sobre a situação vigente na área. Por um lado, a diversidade cultural impossibilita ao pesquisador ter um conhecimento abragente sobre os fenômenos culturais que permeiam cada uma das etnias. Por outro lado, a penetração da sociedade envolvente ocorrida através de várias frentes de expansão e em momentos históricos distintos dificulta uma análise sistemática entre os índios e os regionais.

Ao nos defrontarmos com um universo tão distinto, em um curso espaço de tempo, observamos ser viável realizar apenas uma análise das relações interétnicas existentes na região. As relações vigentes entre os índios (diversas etnias) com os segmentos da sociedade nacional, que são representados por vários grupos, categorias profissionais e classes sociais.

Abaixo, a conclusão (fl. 468, v. 2):

(...)

A demarcação da Área Indígena Raposa Serra do Sol não afetará negativamente a economia do Estado de Roraima. A atividade pecuária extensiva, da forma que é praticada dentro da área indígena, não necessita de muito investimento de capital para ser realizada. O que faz com que a atividade não tenha muita produtividade ou rentabilidade, faltando assim contribuir de maneira substancial para a economia do novo estado. Ademais o Estado possui outras áreas de lavrado onde a pecuária ainda pode se desenvolver.

A demarcação não trará socialmente efeitos dramáticos: e uma combinação da atividade pecuária com outras atividades que faz possível a sobrevivência econômica da maioria dos ocupantes da área indígena; mais da metade deles não moram dentro da área indígena e as ocupações não empregam muita mão de obra de não índios. A demarcação da terra afetará crucialmente 61 ocupantes que nela tem suas atividades principais, mas que certamente terão mais condições de se refazer economicamente do que 1778 pais de família índios.

As fazendas, sítios e garimpos localizados na área trazem inúmeros prejuízos às comunidades indígenas, que estão impedidas de crescer em todo o seu potencial social, econômico e cosmológico. Os inúmeros conflitos envolvendo fazendeiros, garimpeiros e índios, com consequências graves e não raras fatais para as comunidades indígenas e seus membros, causados pela disputa pela terra e seus recursos naturais, só terão uma definição com a demarcação da terra indígena.

Não existe ainda nenhuma infraestrutura dentro da área indígena que demande uma quantia substancial de indenização. Pelo contrário, com poucas exceções, as benfeitorias existentes das fazendas e sítios são precárias. As benfeitorias existentes na vila e pontos de apoio ao garimpo poderão ser utilizadas pelas próprias comunidades indígenas futuramente.

> A demarcação da terra tradicionalmente ocupada é uma obrigação legal do Estado Brasileiro a ser cumprida até junho de 1993 e um direito imprescindível dos Macuxi, Ingarikó e Wapixana que resitiram a mais de cem anos de colonização.

Pois bem, somente em passe de mágica se pode conciliar o ditame constitucional no sentido da preservação da posse indígena existente em 1988 – terras ocupadas – com a desproporcional demarcação contínua. Os fenômenos se contrapõem. A lei do menor esforço, no que se deixou de levantar os espaços territoriais realmente ocupados pelos indígenas e protegidos, a partir de então, com a pecha de nulidade de atos de transferência subsequentes, mostra-se nefasta e não atende aos interesses maiores de nacionalidade, harmonizando-se, isto sim, com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo crer que, em 1988, número limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta.

A seriedade da questão é tanta que os deputados Aldo Rebelo e Ibsen Pinheiro acabam de apresentar, no corrente mês, o Projeto de Lei 4.791, objetivando melhor definir a demarcação de terras indígenas. Assim o fizeram afastando a premissa de ser a apatia o mal da nossa quadra. Visa o projeto, inclusive, além de nova sistemática de demarcação, à intervenção do próprio Legislativo. Essa notícia consta de artigo do já citado professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Denis Lerrer Rosenfield, sob o título "Demarcação de terras indígenas", veiculado no Jornal *O Estado de São Paulo* do último dia 16 de março. Ressalta o articulista que:

> O País já possui mais de 108 milhões de hectares de terras indígenas, o que corresponde a 13,5% do território nacional, para uma população que não ultrapassa 400 mil pessoas em terras propriamente rurais. No caso dos indígenas que vivem nas cidades, o problema é completamente outro, pois já são aculturados. Seus problemas são sociais, educacionais, de saúde, de moradia e de trabalho e, como tais, devem ser enfrentados. A questão, aqui, não é de ordem fundiária. Ora, tal extensão corresponde a uma boa fatia do continente europeu, correspondendo a muitos países. Logo, qualquer nova demarcação deveria ser extremamente criteriosa. Por exemplo, há em curso, em Mato Grosso do Sul, como bem observam os dois parlamentares, uma disputa por demarcação de uma área de mais de 10 milhões de hectares de terra fértil. "A região concentra parte substancial da produção rural de Mato Grosso do Sul, onde trabalham 30 mil agricultores, e responde por 60% da produção de grãos daquele Estado". Pode uma unidade federativa ser amputada de uma parte tão substancial de seu território?

E, então, conclui:

> O Brasil é uma unidade federativa, não uma comunidade de nações. O processo histórico que conduziu a esse arcabouço constitucional, construído com muita dor e luta, não pode ser levianamente questionado por movimentos socias, por ONGs nacionais e estrangeiras e organizações políticas que procuram redesenhar o País. Surge aí a ideia e, pior, a pretensão de formação de nações indígenas, com direito à autodeterminação e ao autogoverno. Os mais engajados, como o Cimi, vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e ONGs internacionais, já falam de reconhecimento internacional dessas nações em organismos internacionais.

> Advogam para que o País reconheça a Declaração dos Povos Indígenas, que sinaliza para esse caminho. A soberania nacional ficaria inviabilizada, com o País não podendo mais explorar livremente os seus recursos minerais e hídricos. Inclusive a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal estaria comprometida.
>
> O clima de insegurança está instalado, podendo ter como desfecho situações de violência. "Proprietários cujos títulos foram regularmente emitidos pelo governo brasileiro se veem subitamente na condição de invasores de suas próprias terras, em clara violação aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, que regem a relação entre o Estado e seus administrados". Não se resolve um problema fundiário criando outro, em que os protagonistas, proprietários rurais e indígenas, aparecem ambos como vítimas. Eis por que a cautela democrática proposta pelos deputados Aldo Rebelo e Ibsen Pinheiro deve ser levada em máxima consideração.

Caberia, então, indagar qual a motivação desse projeto. Haveria a influência do que sinalizado, embora não encerrado este julgamento, pelo Supremo? Que a reflexão seja profícua.

De tudo, surge o descompasso. Abandonou-se a premissa constitucional voltada à apuração da posse indígena em outubro de 1988 para ter-se, quem sabe considerado o menor esforço, a demarcação contínua como se, em toda a extensão territorial alcançada, houvesse a referida posse. O segundo descompasso está ligado à inviabilidade de harmonizar-se o isolamento ventilado, afastando-se a presença de brasileiros da área com a demarcação contínua. Uma coisa é dar-se a verificação da posse pelos indígenas em 1988 e preservá-la, impedindo-se a permanência de terceiros. Outra diversa, que não se coaduna com os ditames constitucionais, que a todos submetem, é fazer-se a demarcação contínua e, aí, em área de tamanho incompatível com o conceito de posse, chegar-se à exclusão dos que não sejam considerados, na via direta ou indireta, indígenas.

Neste caso, caminhar-se-á, na verdade, para o indesejável separatismo, para a limitação à liberdade de ir e vir prevista na Carta da República quanto a tantos outros brasileiros a formarem a maioria. Nesse contexto, vê-se o abandono do princípio de coerência da Constituição ressaltado pelo Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em parecer apresentado a partir de consulta formalizada pelo Dr. Luiz Aparício Fuzaro, quando, então, citou o mestre vienense Hans Kelsen:

> Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem[67].

Há de fazer-se justiça. A Constituição brasileira mostra-se um todo composto de normas interligadas, que não apresentam, considerado, ao menos, o texto primitivo, contradições. O que se passa a ter é visão distorcida, à mercê de interpretação discrepante do que nela se contém, potencializando-se certos dispositivos, e se lhes dando alcance insuplantável, em detrimento de outros, como se houvesse, no Documento Maior, preceitos de hierarquias diversas. Repito, à exaustão, para ouvidos que não se fazem sensíveis à realidade: a Carta Federal consagra, acima de tudo, a ordem natural das coisas, é ato de inteligência decor-

---

[67] *Teoria Pura do Direito*. Tradução Portuguesa. Coimbra: Amado. Tomo 2, 1962, p. 28.

rente da vontade do povo brasileiro, não possuindo normas em prejuízo de outras, não possuindo normas de patamares diferentes. Deve-se perceber essa verdade maior, sob pena de grassar a insegurança jurídica no que vieram a predominar critérios circunstanciais, critérios momentâneos, destoantes de valores perenes. Nesse mesmo sentido, considerado o instituto da propriedade, tem-se a visão do Professor e ex-Ministro integrante deste Tribunal José Carlos Moreira Alves, externada também em parecer que chegou às mãos do Colegiado.

Sob o prisma da demarcação setorizada, não é demais mencionar o entendimento do Ministério do Interior logo após a promulgação da Carta de 1988. Em pronunciamento à delegação parlamentar norte-americana em visita ao Brasil, em Brasília, no dia 13 de janeiro de 1989, o então ministro João Alves Filho esclareceu[68]:

> O objetivo dessa política está orientado para a preservação e melhoria das condições de vida e valorização da cultura das sociedades indígenas, impedindo a desarticulação de suas economias e autonomias tribais, assegurando-se os mecanismos de preservação, delimitação e demarcação de terras.

Em momento algum, versou-se o que viria à balha mais tarde, ou seja, o abandono do levantamento da real posse indígena em 1988, para ter-se não só a demarcação contínua que a despreza como também visão isolacionista, afastada a permanência de não índios na área demarcada.

Das terras indígenas – Garantia constitucional – Confronto com os direitos adquiridos anteriormente à Constituição de 1988

Sustenta a União inexistir direito adquirido por particulares em relação a terras de posse indígena, sendo nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras ou a exploração das riquezas naturais delas constantes. As terras pertencem à União, tendo os silvícolas posse permanente. Assevera que o processo de demarcação é meramente declaratório e não constitutivo.

Eis trecho da ementa do RE 183.188-0/MS, relatado pelo Ministro Celso de Mello, publicado no *Diário da Justiça* de 14 de fevereiro de 1997:

> (...)
> – A importância jurídica da **demarcação administrativa** homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – **reside** na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), **acham-se afetadas**, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, **unicamente**, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.
> **A questão das terras indígenas – sua finalidade institucional.**
> – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios **incluem-se** no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

---

[68] *João Alves Filho*: pronunciamentos, artigos e entrevistas (1987-1990). Brasília, 1990.

A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma **propriedade vinculada ou reservada**, que se destina a garantir **aos índios** o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (**CF**, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º), **visando**, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

(...)

Vale transcrever a ementa do acórdão relativo ao RE 219.983-3/SP, do qual fui Relator, julgado pelo Plenário em 9 de dezembro de 1998:

Bens da União – Terras – Aldeamentos indígenas – Art. 20, incisos I e XI, da Carta da República – Alcance. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas.

No voto proferido, fiz um retrospecto do tratamento conferido às terras ocupadas por indígenas no País, sob a égide das Constituições anteriores:

(...) A esta altura cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a "(...) terras que tradicionalmente ocupam (...)", é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versaram sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estudo atual em que revelada a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do art. 231, a ocupação, utlizando-se da expressão "(...) as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" veio, no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende como terras tradicionalmente ocupadas. Atente-se para a definição, no que, ante a necessidade de preservar-se a segurança jurídica, mais uma vez homenageou a realidade.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ela habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Mais do que isso, no parágrafo seguinte cuida a Carta da República de deixar explícita a necessidade de ter-se, como atual, a posse:

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Esse precedente serviu de fundamento para a edição do Verbete 650 da Súmula do Supremo, com a seguinte redação:

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

No voto condutor deste julgamento, do Ministro Carlos Ayres Britto, está consignado ser o marco temporal da ocupação a data em que a Carta de 1988 veio à balha:

> I – **o marco temporal da ocupação**. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente *ocupam*, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Contudo, examinando o confronto do direito dos indígenas com o daqueles que ocupavam as terras – e a ocupação não admite sobreposição –, ainda que anteriormente à promulgação da Carta, o Ministro Carlos Ayres Britto, Relator, assentou:

> (...) E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". **O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios.** (...) Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.

É necessária a análise do objetivo da norma inserta no § 6º do art. 231 do Diploma Maior:

> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Nesse ponto, valho-me do voto que proferi no julgamento do MS 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, quando, Relator, fiquei vencido, tendo o Colegiado indeferido a ordem, ressalvando aos impetrantes o direito de buscar as vias ordinárias:

Qual é o alcance do disposto no art. 231 da Constituição Federal de 1988? Implica a garantia de permanência dos indígenas nas terras? Assegura o retorno dos indígenas a terras em alguma época, ainda que perdida no tempo, ocupadas, fulminando-se uma cadeia de títulos devidamente registrados?

(...)

À época da alienação das terras pelo Estado, passando, portanto, ao particular, vigorava a Carta de 1934 que, no art. 129, assim dispunha:

> Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

O preceito foi repetido, sob o n. 154, na Carta de 1937.

A Constituição de 1946 também mostrou-se tímida quanto à proteção das terras indígenas, adotando o critério das duas que a precederam, com ligeira modificação formal do texto:

> "Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem"

Constata-se a existência de dois preceitos distintos: o primeiro de natureza programática, no que direcionado ao respeito à posse dos silvícolas. O segundo, de cunho proibitivo quanto à transferência.

Somente com a Lei Básica de 1967 cuidou-se da matéria em maior extensão. Estabeleceu-se a inalienabilidade das *terras habitadas* pelos silvícolas, remetendo-se, então, à legislação federal e aludiu-se à posse permanente, reconhecido o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nela existentes – *caput* do art. 198. A previsão sobre o usufruto resultou do fato de, mediante o art. 4º, inciso IV, de tal Carta, haverem sido incluídas entre os bens da União "as terras ocupadas pelos silvícolas", definição que não ocorreu com as Constituições de 1934 (art. 20), de 1937 (art. 36) e na de 1946 (art. 34), valendo notar que esta última sequer usou da forma alargada das duas primeiras, que contemplaram a referência genérica aos "bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor", isto quanto ao domínio federal.

Pois bem, com o Diploma Maior de 1967 foram cominadas a nulidade e também a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza de atos que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de *terras habitadas* pelos silvícolas – § 1º. Previu-se mais, ou seja, que tais fenômenos – nulidade e extinção de efeitos – não dariam aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio – § 2º.

Quando da entrada em vigor de tais preceitos – em 1967 – e pelos trabalhos antropológicos realizados, os indígenas – hoje cerca de 150 – já estavam há pelo menos vinte e sete anos longe de suas terras e, portanto, quer para a definição do domínio da União, quer para a proteção aos próprios silvícolas já não se podia falar em terras por eles ocupadas. O Estado alienara-as em dezembro de 1937, ou seja, trinta anos antes da inovadora disciplina constitucional.

A Emenda Constitucional de 1969 não implicou alteração de tais normas, conforme depreende-se, até mesmo, da repetição dos números dos artigos, parágrafos e incisos a eles relacionadas.

E o que houve com a promulgação da Carta de 1988? Uma revolução na matéria, fulminando-se situações de há muito constituídas sob o pálio de ordens constitucionais precedentes?

Por acaso desconheceram-se títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, ou seja, há mais de meio século, viabilizando-se o retorno dos silvícolas a terra ocupadas em período anterior?

A resposta é desenganadamente negativa.

É certo que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impôs à União o dever de concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Todavia, ao cogitar-se dos bens da União, dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isso, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado. Aludiu-se às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – inciso XI do art. 20, o que, no campo da razoabilidade, da segurança da vida em Estado Democrático de Direito, faz pressupor situação de fato definida – a ocupação – muito embora presentes conflitos quanto aos limites em que verificada. No particular, é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas de que participaram. Não, a tanto não leva a interpretação da atual Carta, nem da que lhe antecedeu. Em momento algum visou-se a corrigir as imensas injustiças praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade.

A atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for à situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no art. 231 está ligado, no particular, às "terras que tradicionalmente ocupam" (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão. De acordo com o § 1º, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios "as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições". Constata-se que toda a definição parte do pressuposto de as terras virem sendo habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o § 1º do citado artigo veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Por outro lado, a regra sobre a nulidade, extinção e ausência de produção de efeitos jurídicos, verdadeira superposição de consequências, isto quanto aos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes, ressalvando relevante interesse público da União – § 6º – não tem alcance suficiente a fulminar alienação que foi formalizada por unidade da Federação há mais de meio século, sob pena de abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido, pois o art. 232 da Carta cogita da legitimação das comunidades e organizações indígenas para ingressar em Juízo em defesa dos direitos e interesses adquiridos. Fico a imaginar o descalabro do enfoque abrangente que respaldou o Decreto de homologação. Para os fins do art. 231 da Constituição Federal, admitiu-se não a habitação das terras indígenas em período ao menos posterior à Carta de 1967, mas até 1938. Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios.

Não, a isto não conduzem os preceitos constitucionais aplicáveis à espécie. Preveem não a devolução das terras das quais de há muito foram retirados os indígenas e que hoje estão na titularidade de pessoas diversas, mas asseguram a permanência dos índios nas que por eles estão habitadas, podendo-se cogitar de retroação à vigência da Carta de 1967, a que pela primeira vez dispôs sobre o tema com as consequências drásticas acima consignadas. A retroação aos idos de 1938, com a

declaração de ineficácia dos títulos formalizados e despejo sumário daqueles que nelas estão alojados, é passo demasiadamente largo, que não atende aos ditames constitucionais, especialmente quando estes também albergam o direito de propriedade.

Razões humanísticas, o clima da ECO 92 – época em que foi assinado o Decreto homologatório – não se sobrepõem à Lei Máxima. Configuram ato violador do direito líquido e certo dos Impetrantes à propriedade da qual são titulares a demarcação tal como homologada – ou seja, a partir da constatação de que até 1938 os índios estiveram nas terras, e para os fins do art. 231 da Carta Federal – e a nulidade, extinção e retirada dos efeitos jurídicos dos atos sucessivos de alienação a partir de 1937 – fl. 79.

Acresce a isto que mesmo diante das consequências jurídicas do Decreto homologatório da demarcação – se é que ele realmente as tem – posto que formalmente baixado para os fins fixados no art. 231 da Constituição Federal, os Impetrantes não foram cientificados para, querendo, acompanhar o processo administrativo que lhe serviu de base e no qual se entendeu pelo enquadramento das terras como de ocupação indígena. Somente com a conclusão respectiva se lhes dirigiram cartas comunicando a reocupação da área pelos índios e conferindo o exíguo prazo de cinco dias para desocupação, sob pena de a Funai não se responsabilizar por atos predatórios dos indígenas, seguindo-se o requerimento junto ao Ofício de Imóveis com o objetivo de alterar os registros constantes das matrículas.

O simples fato de tratar-se de um processo administrativo de demarcação de terras não exclui a observância das regras constitucionais asseguradoras do direito de defesa – incisos LIV e LV do art. 5º. O que se nota é que os Impetrantes tiveram os imóveis alcançados pelo Decreto de homologação, sem que tenham participado do processo administrativo que lhe deu causa.

Por tudo isso, concedo a ordem pleiteada para cassar o Decreto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, datado de 21 de maio de 1992, e que foi publicado no dia imediato, relativo às terras situadas no Município de Aral Moreira – Estado de Mato Grosso do Sul – e que nele estão discriminadas.

É o meu voto.

Sob o ângulo de haver o domínio da União, cabe transcrever a ementa do acórdão relativo ao RE 101.037-1/SP, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, publicada no *DJ* de 19 de abril de 1985:

Ilhas oceânicas. CF, art. 4-ii. Há de ser entendida esta expressão em seu sentido técnico e estrito, visto que o constituinte de 1967 por certo não pretendeu inscrever, abruptamente, no domínio da união, bens situados em centros urbanos, nas ilhas litorâneas, e integrantes do patrimônio de Estados, Municípios e particulares. Mérito da sentença singular e do acórdão do TFR. Hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário da União.

Analisando a superveniência da Carta de 1967, no âmbito do dispositivo que incluiu entre os bens da União as ilhas oceânicas, destacou Sua Excelência:

Parece seguro que o constituinte de 1967, ao empregar o termo "ilhas oceânicas" no art. 4º-II do texto maior, fê-lo no exato sentido e limitado que reconhecidamente ostenta há tanto tempo entre nós. A tese da União não é desarrazoada à consideração simples do texto constitucional, no preciso tópico em exame. Não seria correto, entretanto, enunciar pela metade os efeitos dessa tese, usando-a como

obstáculo ao usucapião postulado por uma família que se instalou há cinquenta anos num terreno de Ilhabela, e escamoteando, no mesmo passo, tudo quanto de absurdo a referida tese importa consigo, sobretudo à vista das circunstâncias em que se produziu a Carta de 1967, e do fato de que a federação é ainda, embora tantos o ignorem, a forma do Estado brasileiro. A ler na expressão "ilhas oceânicas" o que leem, neste momento, os patronos da fazenda federal, e dada a realidade elementar de que contra o comando constitucional não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se contraponha, teremos três Unidades federadas – não menos que três Unidades federadas – perderam, em 1967, suas capitais para o patrimônio da União. Em São Luís do Maranhão, bem assim em Vitória e Florianópolis, o Estado e o Município já não deteriam seus bens dominicais, nem os de uso especial, nem os de uso comum do povo. Ter-se-ia extinto, igualmente, o patrimônio privado. Do palácio do governo à casa de família, da catedral ao clube recreativo, das lojas e fábricas à praça pública, tudo se haveria num repente convertido em patrimônio da União por obra do constituinte de 1967, tomado este – logo este – por um rompante de audácia que teria assombrado os legisladores da Rússia de 1918. Igual fenômeno ter-se-ia abatido sobre importante centros urbanos do Estado de São Paulo, situados em ilhas costeiras, bem como sobre outras incontáveis cidades e povoações que se estendem pelo litoral atlântico. A modéstia, no entanto, terá levado os patronos da fazenda federal a silenciar sobre essas admiráveis consequências do seu conceito de "ilhas oceânicas", preferindo enunciá-lo tão só em face do particular que reclama do Judiciário o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Surge o problema alusivo ao interesse jurídico dos fazendeiros que possuem título de propriedade legitimado pelo Incra em área posteriormente demarcada. A União sustenta a nulidade dos títulos, pois a terra sempre lhe pertenceu, ante o art. 231 do Diploma Maior.

Vejam o que consignou a respeito o Ministro Peçanha Martins, do STJ, no julgamento do MS 4.821/DF pela Primeira Seção daquela Corte:

(...)

E perguntar-se-á, diante dessas normas, e das provas pré-constituídas nesses autos: serão nulos os títulos e respectivos registros, inclusive os originais expedidos pelo Estado do Maranhão? Diz a Funai que sim, porque as terras seriam de posse permanente indígena. Pode, porém, a própria União, que é a proprietária da terra indígena, declarar, por um dos seus órgãos, a posse permanente indígena? Penso que não. O contrário seria admitir pudesse a União ser parte e juiz do seu próprio interesse. De outro lado, como admitir se faça tábula rasa do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais consagrados por todas as Constituições democráticas? Invoca-se o processo estabelecido no Decreto 22, de 04.02.1991, que em nenhum momento faz qualquer referência ao contraditório e a ampla defesa do cidadão brasileiro ou mesmo estrangeiro que estiver ocupando tais terras ou delas for proprietário também por compra direta ao Estado, a quem a própria Constituição defere a propriedade das "terras devolutas não compreendidas entre as da união" (art. 26, IV). Vale dizer que nos termos do art. 20, "são bens da união: II – As terras devolutas indispensáveis a defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e a preservação ambiental definidas em lei; XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

A Lei 6.001/1973 comete a órgão federal a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas (art. 35), e, no art. 36, prescreve:

"Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitam."

E no parágrafo único complementa:

"Parágrafo único. Quando as medidas judiciais previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva".

Como se constata, o Estatuto do Índio, como não podia deixar de ser, submete ao Poder Judiciário a solução dos litígios que envolvam as terras indígenas, mormente a posse delas. E não poderia deixar de ser assim num estado de direito democrático. A União, volto a dizer, não poderá ser parte e juiz da causa. Estou hoje convencido que tem razão o eminente Min. José de Jesus quando aponta a necessidade de ação discriminatória para identificar a propriedade das chamadas terras indígenas que estejam ocupadas por terceiros. No caso dos autos, por exemplo, há que se indagar qual dos órgãos da União terá procedido com acerto: O Banco do Brasil, que examinou os títulos de propriedade, os mesmos que só conferem presunção *juris tantum*, e concedeu vultoso financiamento aos proprietários? ou o Ibama que concedeu-lhes autorização para desmatamento e implantação de serraria? ou, ainda o Grupo de Trabalho Interministerial que emitiu o Parecer 197, de 30-8-1988, de que resultou a edição da Portaria 158/88 (doc. 100), retificando a Portaria Interministerial 076/88 (doc. 158) e reduzindo a área indígena a uma superfície de 65.700 ha?

Qual dos órgãos da administração direta e indireta está certo? E, sobretudo, quando estaria correta a União: na edição da Portaria 76 ou, ao revés, na de nº 158? Tais dúvidas e incertezas não poderiam justificar a edição da Portaria s/nº impeditiva do trânsito e permanência dos que ocupam e lavram a terra nem nos regimes autoritários ou ditatoriais. No estado de direito democrático brasileiro, a Portaria, ilegal no seu item III, porque editada por autoridade não autorizada por lei, como bem assinalou o Min. Milton Pereira, e inconstitucional toda ela, porque desatende aos princípios constitucionais da liberdade de ir e vir, desrespeita o princípio do contraditório e ampla defesa e ignora o devido processo legal, violentando o direito de propriedade.

Eis como concluiu o Colegiado:

Processual civil. Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Posses outorgadas pelo Incra. Despacho do Ministro da Justiça 38/1996.

1. O ato ministerial impugnado desobedeceu as prescrições do Decreto 22/1991 e desconsiderou os Decretos presidenciais 67.557/1970 e 68.443/1971, consoante os quais a área objeto do presente mandado de segurança foi declarada de interesse social, para fins de reforma agrária, delas não podendo ser desapossadas as inúmeras famílias ali assentadas pelo Incra, desde 1982.

2. Segurança concedida para, confirmando a liminar, anular o Despacho 38/96.

É hora de finalizar este voto de mérito, que reconheço já ir longe. O tema impôs-me uma reflexão maior, em que pese não ter frutificado o pedido antecipado de vista – o qual resultaria no terceiro voto e não no nono – em face da circunstância de os colegas que me antecedem na ordem de votação não haverem consentido. Paciência, o Colegiado sempre reserva algumas surpresas. Nem por isso – a documentação o comprova – deixei de debruçar-me sobre a momentosa controvérsia, procedendo como se fosse relator do processo, procedendo como se tivesse que veicular o primeiro voto no caso.

Julgo procedente o pedido inicial, fixando os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior:

a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada;

b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas;

c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado;

d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório.

e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

É o voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, temos votos tomados no conjunto. Não sei se seria interessante adentrar o tema de fundo para, até mesmo, possuirmos uma visão abrangente do que está nesse embrulho que precisa ser aberto.

Apresentei matéria, Presidente titular, ao nosso Vice-Presidente. Ele deve estar transmitindo-a a Vossa Excelência.

Terminei a parte alusiva às preliminares. Todos sabemos haver disciplina revelando que preliminares devem ser votadas separadamente e que só se examina a matéria de fundo uma vez suplantadas. Mas, como disse, a situação é complexa e já se tomaram votos considerado o todo da matéria. Daí ter indagado se não seria interessante – e mencionei o saneamento, em seis alíneas, que, sob a minha óptica, deve ocorrer do processo – passar ao voto quanto ao tema de fundo, como fizeram os colegas que votaram antes de mim.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Agradeço ao Ministro Marco Aurélio que nos brindou com um brilhantíssimo voto, um denso estudo sobre a matéria. Estou certo de que, após os votos detalhados do Ministro Carlos Britto, do Ministro Menezes Direito, o qual pediu vista, e agora do Ministro Marco Aurélio, e, claro, de todos os votos que se seguiram, a questão indígena amanhã já não mais será a mesma, ganhará uma nova dimensão institucional.

Sabemos aqui que há coincidências, ou não, nas abordagens, mas fundamentalmente se está a dar um novo delineamento que nos ensina a todos.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto do Ministro Marco Aurélio e fiz um mundo de anotações – claro, eu não as lerei, porque senão tomarei as seis horas ou mais utilizadas pelo Ministro Marco Aurélio.

O que há de central no voto do Ministro Marco Aurélio já consta do meu voto e do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito seguramente.

Uma a uma das contraditas, uma por uma, tudo está devidamente respondido, equacionado à luz da Constituição, à luz da lei da ação popular e da legislação infraconstitucional, a partir do Estatuto do Índio, sobre a questão indígena.

Agora, claro, o que há de lateral, periférico, não comentarei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Para mim, não é periférico; para mim, é conteúdo, porque diz respeito à nacionalidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu ouvi Vossa Excelência sem interrompê-lo. Peço a Vossa Excelência, também, que não me interrompa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, apenas Vossa Excelência não queira adjetivar o que lancei em meu voto. Respeite o voto que proferi.

Já afirmei, várias vezes, que não faço questão de formar na corrente majoritária. Faço questão, isto sim, que conste da ata como votei na espécie. Agora, respeito o voto alheio e não penso que seja adequado criticar o voto do Colega, apontando-o como de conteúdo periférico, como se tivesse aqui delirado, presente o que está em jogo neste processo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas, Vossa Excelência, vamos convir, nós já sabemos disso. Esse mantra já é conhecido, Excelência.

Vossa Excelência falou tanto de voto lírico, romântico, e a quem Vossa Excelência estava se referindo?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência é um poeta, mas não queira acusar um golpe que não foi dirigido a Vossa Excelência, a quem respeito. Não se sinta atingido pelo que veiculei neste voto. Imaginei estar seguindo a minha ciência e consciência no voto proferido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas vamos superar, Excelência. Vossa Excelência fez o seu voto, eu o ouvi. Muito bem, a questão é tão grande, maior do que todos nós, tão importante para o nosso País – até para a humanidade – que exige de nossa parte uma centrada atenção no que interessa. Vamos superar esses dissensos.

Agora, eu peço a Vossa Excelência que ouça a minha tréplica, como eu ouvi, atentamente, a réplica de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, se Vossa Excelência quiser, posso retirar-me.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, absolutamente.

Vamos, então, à confirmação do meu voto, porque, no fundo, eu estou apenas confirmando.

Senhor Presidente, o objeto da ação popular – como todo mundo sabe –, desta ação, foi, centralmente, a defesa do patrimônio público, ou de entidade de que o poder público participe.

Então, eu assento que não é possível, em ação popular, o chamamento ao feito de pessoas que buscam a preservação de interesses privados: defesa da propriedade privada, bens privados etc.

Quanto ao Estado de Roraima, ele não praticou nenhum ato lesivo ao patrimônio público para comparecer na condição de litisconsorte passivo necessário. Ele não praticou nenhum ato. A ação popular é dirigida contra a União, esta, sim, apontada como autora de ato lesivo ao patrimônio público – exatamente ao patrimônio de Roraima.

Quanto a admitir o Estado no polo passivo – aliás, foi o que ele pediu: depois de encerrada a instrução processual, o Estado veio a esta Corte pedir a sua admissão no processo como autor. Ora, a ação popular só pode ser promovida por cidadão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como autor ou como litisconsorte passivo?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sim, mas pode ser promovida por cidadão.

A lei diz que a prova da cidadania se faz com a apresentação do título de eleitor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não podemos confundir litisconsorte ativo com passivo, Excelência.

Vossa Excelência está se contradizendo. Afirmou, inicialmente, que ele requereu – como se quisesse defender os atos atacados na inicial da ação – a participação como parte passiva e, já agora, aponta que teria requerido como parte autora. De duas, uma: ou como parte passiva ou ativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, Excelência, está aqui no meu relatório:

> 14. Dois dias depois (7-5-2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo (petição 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos [salvo engano, dez anexos] aquela unidade federativa também requereu [palavras da unidade federativa] seu ingresso no feito, na condição de autor (...)

Pronto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, é que Vossa Excelência teria mencionado o litisconsórcio passivo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, eu estou dizendo – agora eu acho que Vossa Excelência...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, sim, estou satisfeito.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, eu segui a lei e supero isso.

Agora, se não bastasse isso, nós decidimos, aqui, em questão de ordem. Eu trouxe a questão de ordem, agitei-a e propus – no que fui chancelado por unanimidade, inclusive com o voto de Vossa Excelência – que o Estado de Roraima fosse admitido na condição de assistente. Por unanimidade, a Corte já deliberou sobre isso. É questão superada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é superada, porque o julgamento não está concluído, Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Estou dizendo a Vossa Excelência que tive o cuidado, na qualidade de Relator...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quando o processo se encontra no juízo, a qualquer momento pode ser revista uma decisão interlocutória – o que se dirá quanto ao Colegiado.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Vamos estabelecer, aqui, um contraditório durante a minha exposição. Vamos incidir em um movimento de ioiô ou de estica-e-puxa, porque digo algo, e Vossa Excelência imediatamente passa a contrabater. Então, por favor, deixe-me concluir o meu raciocínio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência votou. Não sei por que está tão preocupado com um voto discrepante, já tendo o apoio de oito integrantes da Corte – aliás de sete, pois Vossa Excelência é o oitavo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu fiquei tão feliz ouvindo o voto de Vossa Excelência. Primeiro, porque Vossa Excelência estudou e trouxe aqui – e Vossa Excelência não fez um voto de mais de seis horas para homenagear a prolixidade ou render loas à superficialidade. Não faria isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência sabe que não sou dado a isso. Não retruco, normalmente não me estendo quando voto, muito embora divirja muito no Plenário. Utilizo, quase sempre, o poder de síntese.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Estou dizendo que fiquei feliz com o voto de Vossa Excelência porque me possibilitou...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, se está havendo o contraditório, é porque, após o meu voto, Vossa Excelência pediu a palavra para quê? Para retrucar o que assentei isoladamente. Por isso não posso silenciar.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, Excelência, estou mantendo o meu voto e dizendo por que o faço. Está difícil.

O voto de Vossa Excelência me agradou sobremodo porque me colocou à prova. E eu tenho temperamento, caráter e vocação para rever os meus pontos de vista quando entendo que eles são equivocados.

Mas, no caso, não. Acho que não estou equivocado em absolutamente nada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda bem que Vossa Excelência apenas acha!

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): No central, mantenho o meu ponto de vista e entendo o seguinte:

Primeiro, Vossa Excelência não entendeu o meu voto naquilo em que passou a analisá-lo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não interpreto voto, Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas interpretou. Em segundo lugar, Vossa Excelência tem uma visão da Constituição diametralmente oposta à minha na matéria. Apenas isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não. Votei e transcrevi trechos. Não interpretei o seu voto. Fui fiel ao que Vossa Excelência consignou.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Isso não é desdouro para nenhum de nós dois. O Direito legislado é, muitas vezes, uma moldura aberta e cabe mais de um recheio.

Vossa Excelência entendeu de um jeito – e fez muito bem, com a eloquência que lhe é peculiar –, eu entendi de outro e estou aqui a confirmar, *data venia* de entendimento contrário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos deixar, então, que o Presidente colha os demais votos e proclame o resultado.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Estou a confirmar o acerto das posições que sustentei perante a Corte. Mas, Vossa Excelência me levou, durante as seis horas – ou pouco mais –, a anotar e confirmar...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Perdoe-me o cansaço que lhe provoquei!

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, não cansou de jeito nenhum. Estou aqui aceso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se pudesse, retiraria tudo o que foi veiculado nesta assentada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, estou aqui aceso e feliz. Aprendi com Vossa Excelência, como todos nós aprendemos aqui e ali; agora, não há vício formal, nem no processo administrativo nem no processo judicial.

As partes e seus assistentes não experimentaram nenhum cerceio – estou falando no plano do devido processo legal e da oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

As sedes dos Municípios de Pacaraima, Normandia, e Uiramutã ficaram inteiramente de fora do processo demarcatório – até porque Pacaraima já diz com a reserva São Marcos, e não com a reserva Raposa Serra do Sol.

O modelo de demarcação, para mim, é o contínuo, não o fracionado em ilhas, o fatiado por porções – tipo queijo suíço –, em que os índios ficam com os buracos e os não índios, sobretudo os fazendeiros, com o queijo propriamente dito.

A demarcação por ilha é uma possibilidade muito grande de matar os índios de fome e impedir que eles tenham essa possibilidade de se reproduzir fisicamente e culturalmente.

Os eventuais títulos de propriedade sobre terra comprovadamente indígena, por laudos antropológicos sérios, bem elaborados e subsidiados por muitos outros elementos de retratação da realidade, os quais deixaram clarissimamente posto que os índios das cinco etnias ocupavam as terras que afinal foram demarcadas como de usufruto exclusivo deles e, portanto, de propriedade da União. A data limite, ou o marco temporal fixado pela Constituição em 5 de outubro de 1988 está correto. Só que os índios estavam ali, segundo os laudos, nas imediações, e não estavam em certas áreas, hoje ocupadas por fazendeiros, porque foram escorraçados, porque foram expulsos, porque foram violentamente impedidos de materializar a sua ocupação tradicional, que é uma ocupação qualificada pela perdurabilidade, impedida, no caso, por um ato de violência.

Então, não há nenhuma contradição no meu voto, os laudos são perfeitos. Eu analisei minuciosamente, mas minuciosamente, todas essas increpações, acusações, suspeitas de parcialidade dos elaboradores do parecer antropológico, Paulo Santilli, e do próprio laudo antropológico, Dra. Maria Guiomar de Melo. Todas essas acusações de que servidores participaram do processo, fazendo levantamentos censitários, e que o motorista teria operado também como se técnico fosse. Tudo foi devidamente analisado e contrabatido, a meu sentir, com robustez; com poder, portanto, de convencimento.

A semântica adotada pela Constituição nos seus arts. 231 e 232 – eu já estou concluindo – é que exige de nossa parte uma interpretação mais refinada, mais requintada, porque foi a semântica dos índios, e não a semântica dos não índios. Quando a Constituição diz para a ocupação, para a posse, para a produção, reprodução, a semântica "habitação" a ser utilizada pelo intérprete não é a dos não índios, a tradicional, coloquial; é a dos índios propriamente ditos, porque a Constituição diz o seguinte – vou ler para confirmar o acerto do meu juízo:

> Art. 231. São reconhecidos [são reconhecidos, não outorgados, não concedidos; são reconhecidos, diz a Constituição, para retratar uma situação jurídica de superdireito, ou seja, obedecendo a lógica do desde sempre, porque, se a Constituição dissesse "outorgados", a lógica seria do doravante] sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [não imemorialmente, porque, aí, os laudos técnicos teriam que ser não antropológicos, como efetivamente o foram, mas arqueológicos, e a Constituição não queria laudo arqueológico para falar de imemorialidade; ela se contentava com laudos antropológicos, e por isso é que falou de tradicionalidade], competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

E, agora, vem a parte mais importante com a qual eu termino minha participação:

> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas [semântica da habitação] em caráter permanente [semântica de permanência], as utilizadas para suas atividades produtivas [semântica de utilização], as imprescindíveis

à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ou seja, segundo os usos, costumes e tradições deles, dos índios e não dos não índios – é por isso que estou falando de uma semântica diatópica, especialíssima, bem ao gosto do notável sociólogo português Boaventura de Sousa Santos.

O que fez a Constituição – inclusive, anulando, ela mesma, os títulos de supostos proprietários, ou posseiros, em terras indígenas –, longe de incidir em romantismo ou lirismo, foi resgatar mesmo uma dívida histórica e assentar um compromisso fraternal, essa terceira geração de direitos do indivíduo. A Constituição quis, com os arts. 231, 232 e outros dispositivos esparsos, num total de 18 dispositivos sobre a questão indígena, dar um cobro, um fim na visão portuguesa da questão indígena que era de ver os índios como se fossem inferiores e como se não pudessem, com sua cultura específica, contribuir para a afirmação do caráter nacional, para plasmar o caráter nacional. A Constituição superou, de uma vez por todas, a visão do colonizador sobre os índios, que é uma visão preconceituosa, cruel, exploradora, etnocida, uma visão, enfim, escravagista. Então, a Constituição, decididamente, optou pelo prestígio das etnias indígenas como formadoras do caráter nacional e coautoras da ideologia nacional. Isso não é romantismo, não é lirismo, isso é interpretação de Direito Constitucional Positivo.

Senhor Presidente, com essas minhas breves palavras, mantenho o meu voto, com as achegas do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no sentido, portanto, de reconhecer a regularidade do processo de demarcação das terras indígenas, o formato contínuo de demarcação, a consequente anulação dos títulos de propriedade, de posse, ou até concessões cartorárias, estatais, – no meu voto, eu também falo sobre isso –, com a imediata cassação da liminar. E deixaremos, para um segundo momento, a discussão sobre as condições de operacionalização desta nossa decisão, constantes do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assim como a data precisa da desocupação da área pelos fazendeiros que lá ainda se encontram.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Quero registrar**, inicialmente, **a Excelência** dos votos **proferidos** no julgamento **da presente** causa, **com especial** destaque **para os votos** proferidos pelos eminentes Senhores Ministro CARLOS BRITTO, **Relator**, Ministro MENEZES DIREITO **e**, hoje, pelo Sr. Ministro MARCO AURÉLIO.

Entendo, Senhor Presidente, **consideradas** as nulidades ora invocadas, **que a presente causa** se mostra formalmente em ordem, **sem** quaisquer vícios aptos a invalidá-la.

Assinalo, desde logo, que **todos** os possíveis interessados na solução do litígio **intervieram** na presente relação processual, **sendo certo que se observou**, quanto a todos eles, **a garantia constitucional** pertinente ao "*due process of law*".

Isso significa, tal como **acentuou** o eminente Relator, que essa garantia constitucional **foi respeitada tanto** no âmbito **desta** causa **quanto** no curso do procedimento de demarcação administrativa *da Terra Indígena Raposa Serra do Sol* que a FUNAI promoveu no Estado de Roraima.

Na realidade, a FUNAI **observou**, de modo estrito, **as exigências** inerentes à cláusula do "*due process of law*", **tendo em vista** as graves consequências jurídicas **derivadas** da demarcação administrativa de terras indígenas, **ensejando**, a **qualquer** interessado, **a possibilidade** de se insurgir **contra** referido procedimento administrativo.

Ao assim proceder, a FUNAI **observou** o magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **estabeleceu e consolidou** em torno do alcance **dos incisos** LIV **e** LV do art. 5º da Constituição da República.

Como se sabe, o Estado, **em tema de restrição** à esfera jurídica **de qualquer** cidadão **ou** entidade, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois** – cabe enfatizar – **o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo poder público, **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais, **exige a fiel observância** do princípio do devido processo legal (**CF**, art. 5º, LIV **e** LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 1/176 **e** 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "**O Direito à Defesa na Constituição de 1988**", p. 71/73, item 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 401/402, 5. ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 290 **e** 293/294, 2. ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 102/103, item 2.3.9, 32. ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo **e** José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, **v.g.**).

A jurisprudência dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo poder público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida**, ou não, de caráter disciplinar (**RDA** 97/110 – **RDA** 114/142 – **RDA** 118/99 – **RTJ 163/790**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 253/2002 – **RE 140.195/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE 191.480/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 199.800/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**):

RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW". *– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou** de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em limitação de direitos – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (**CF**, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.*

*A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege** e **condiciona** o exercício, **pelo poder público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes**. **Doutrina**.*

(**RTJ 183/371-372**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Isso significa, pois, **que assiste** ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanação** da própria garantia constitucional do "*due process of law*" (**independentemente**, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes, **consoante prescreve** a Constituição da República, em seu art. 5º, **incisos** LIV **e** LV.

Vale referir, neste ponto, **importante** decisão **emanada do Plenário** do Supremo Tribunal Federal **que bem exprime** essa concepção da garantia constitucional do "*due process of law*":

*(...) **3**. **Direito de defesa** ampliado com a Constituição de 1988. **Âmbito de proteção** que contempla **todos** os processos, judiciais **ou** administrativos, **e não se resume** a um simples direito de manifestação no processo. **4**. Direito constitucional comparado. **Pretensão** à tutela jurídica **que envolve não só** o direito de manifestação e de informação, **mas também** o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. **5**. **Os princípios** do contraditório **e** da ampla defesa, **assegurados** pela Constituição, **aplicam-se a todos os procedimentos administrativos**. **6**. **O exercício pleno** do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) **10**. **Mandado de Segurança deferido para determinar observância** do princípio do contraditório **e** da ampla defesa (**CF**, art. 5º, LV).*

(**RTJ 191/922**, Rel. p/ o ac. Min. GILMAR MENDES – **Grifei**.)

Vê-se, portanto, **que o respeito efetivo** à garantia constitucional do "*due process of law*", **ainda que se trate** de procedimento administrativo (**como o instaurado** no caso ora em exame), **condiciona**, de modo estrito, **o exercício** dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, **inclusive** a Funai, **sob pena** de descaracterizar-se, **com grave ofensa** aos postulados **que informam** a própria concepção do Estado Democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado, **especialmente** quando tais deliberações **possam comprometer** a esfera jurídica do particular.

Esse entendimento – **que valoriza a perspectiva constitucional** que deve orientar o exame do tema em causa – **tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário, **tal como o expendido**, dentre outros **já previamente referidos**, pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**O Processo em Evolução**", p. 82/85, **itens** ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária).

Tenho para mim que o procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol **não apresenta** vício de nulidade **que pudesse justificar** a sua invalidação.

Na realidade, **observou-se**, em referida demarcação administrativa, **a cláusula constitucional** do devido processo, **aí incluídas** a garantia do contraditório **e** da ampla defesa, **valendo referir**, ainda, que o ato de homologação, **além** de haver emanado de autoridade competente, o Presidente da República, **também não dependia**, para se revelar juridicamente eficaz, **de prévio** assentimento do Conselho de Defesa Nacional, **mesmo** que se tratasse, como sucede na espécie, de áreas **situadas** em faixa de fronteira.

É importante assinalar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o MS 25.483/DF**, Rel. Min. CARLOS BRITTO, **impetrado**, precisamente, **contra** o Decreto presidencial de 15/04/2005, **veio a denegar** o "*writ*" mandamental, **por reconhecer a plena regularidade jurídica** do procedimento de demarcação administrativa da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, **proferindo**, então, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> ***MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.***
>
> *(...)*
>
> ***Cabe à União demarcar** as terras **tradicionalmente** ocupadas pelos índios ("**caput**" do art. 231 da Constituição Federal). **Donde competir** ao Presidente da República **homologar** tal demarcação administrativa.*
>
> ***A manifestação** do Conselho de Defesa Nacional **não é requisito de validade** da demarcação de terras indígenas, **mesmo daquelas** situadas em região de fronteira.*
>
> ***Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa, se**, aos Impetrantes, **foi dada a oportunidade** de que trata o art. 9º do Decreto 1.775/96 (**MS 24.045**, Rel. Min. Joaquim Barbosa).*
>
> ***Na ausência** de ordem judicial **a impedir** a realização **ou** execução de atos, **a administração pública** segue no seu dinâmico existir, **baseada** nas determinações constitucionais **e** legais. **O procedimento administrativo** de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol **não é mais** do que o proceder conforme a natureza jurídica da administração pública, **timbrada** pelo autoimpulso **e** pela autoexecutoriedade.*

Mandado de segurança *parcialmente conhecido para se* ***denegar*** *a segurança.*
(**Grifei**.)

Torna-se relevante observar, neste ponto, que a demarcação administrativa em questão, **embora iniciada** em momento **anterior** ao da edição **do Decreto** 1.775/1996, **viabilizou**, aos interessados, **o exercício pleno** do direito de defesa **e** do contraditório, **considerado** o que dispõe **o art. 9º** desse mesmo decreto presidencial, **eis que se ensejou**, a todos, **a oportunidade** de apresentar defesa, **como bem assinalou** o eminente Relator **da presente** causa.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, **que o procedimento administrativo** de demarcação ora questionado **observou**, com fidelidade, as fórmulas rituais **e** as garantias processuais **necessárias** ao reconhecimento **da inteira** validade jurídica **de mencionada** demarcação administrativa.

Note-se que o estatuto de regência do procedimento em causa **tem** por suporte **o Decreto 1.775/1996**, cuja compatibilidade com o texto da Constituição, **especialmente** com a exigência de respeito ao contraditório **e** à ampla defesa, **já foi reconhecida** em diversos julgados **desta** Suprema Corte (**MS 21.649/MS**, Rel. Min. MOREIRA ALVES, **v.g.**), **como aquele** que se acha consubstanciado em decisão assim ementada:

> ***MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SEGURANÇA INDEFERIDA.***
> *(...)*
> ***Ao estabelecer um procedimento diferenciado*** *para a contestação de processos demarcatórios* ***que se iniciaram antes*** *de sua vigência,* ***o Decreto 1.775/1996 não fere*** *o direito ao contraditório* ***e*** *à ampla defesa.* ***Proporcionalidade*** *das normas impugnadas. Precedentes.*
> ***Segurança indeferida.***
> (**MS 24.045/DF**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.)

Sustenta-se, também, **a invalidade** do laudo pericial de exame antropológico, **porque** subscrito **por apenas um** profissional da área de antropologia, **havendo sido questionada**, ainda, a suposta ampliação da área indígena já demarcada.

Tais objeções foram bem afastadas no douto voto que o eminente Relator proferiu **e cujos fundamentos**, por consistentes, **foram reafirmados** no voto (vista) do eminente Ministro MENEZES DIREITO, **de que reproduzo** as seguintes passagens:

> ***Nesse ponto, não enxergo nenhum vício no procedimento demarcatório. No que se refere à existência de apenas uma assinatura no relatório*** *do grupo técnico* ***e*** *à não participação de alguns de seus componentes indicados,* ***é importante lembrar que o procedimento demarcatório*** *da chamada Terra Indígena Raposa Serra do Sol* ***foi regulado*** *por dois instrumentos normativos distintos:* ***o Decreto*** *22/1991* ***e o Decreto*** *1.775/1996.*

Enquanto o primeiro estabelecia *que "o Grupo Técnico será designado pelo órgão federal de assistência ao índio e será composto por técnicos especializados desse órgão que, sob a coordenação de antropólogo, realizará estudos etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários",* ***o segundo prevê*** *que "a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos* ***por antropólogo*** *de qualificação reconhecida,* ***que elaborará****, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio,* ***estudo antropológico de identificação****", bem como que "o órgão federal de assistência ao índio* ***designará*** *grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional,* ***coordenado por antropólogo****, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etnohistórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação".*

Ora*,* ***se há*** *uma diferença* ***entre*** *um* ***e*** *outro diploma normativo* ***no que se refere*** *à chamada fase de identificação do processo de regularização,* ***esta é****, no Decreto 1.775/1996,* ***a expressa exigência*** *de um laudo antropológico para fundar a regularização da área.* ***De todo modo****, o certo é que tanto em um quanto em outro fica clara a atribuição* ***do antropólogo*** *de um papel preponderante,* ***que envolve*** *a coordenação de todo o trabalho.* ***Assim****,* ***o relatório do antropólogo*** *é o "foco" desse processo (cf. Rodrigo Pádua Rodrigues Chaves. A identificação de terras indígenas e os relatórios de identificação e delimitação da FUNAI: reflexões sobre a prática da antropologia no Brasil. "in" Antropologia e Identificação. Rio de Janeiro: Contracapa, 2005. p. 137 a 146).*

Dessa forma*,* ***nem a presença****, ao lado de especialistas, de representantes que não ostentavam essa condição ou que só refletiam a orientação de um grupamento indígena,* ***nem a assinatura*** *do relatório do grupo* ***apenas*** *pela antropóloga* ***chega a prejudicar*** *a validade do trabalho ali apresentado,* ***já que esta era*** *a coordenadora desse trabalho.*

Tampouco parecem apresentar problemas *a inclusão de área já demarcada* ***ou*** *a diferença da área declarada da terra indígena.* ***E desde já me limito*** *a verificar a regularidade da declaração de área* ***entre*** *a edição das Portarias 820/1998* ***e*** *534/2005,* ***porque****, antes disso, o processo de demarcação* ***não fora concluído****, o mesmo se dando quanto à área dos Ingarikós, e os ajustes então efetuados ficaram no âmbito do trabalho a ser realizado, bem como das atribuições de seus responsáveis.*

O que o autor sustenta *é que a diferença,* ***para maior****, entre a área declarada no Decreto homologatório de 15-4-2005* ***e*** *na Portaria 534/2005 (1.747.464 ha)* ***e aquela*** *indicada na Portaria 820/1998 (1.678.800 ha)* ***não estaria justificada****.*

Convenço-me de que*, também nesse ponto,* ***não lhe assiste razão****. Em verdade,* ***trata-se*** *de consequência possível da medição realizada* ***após*** *a fixação dos marcos* ***e*** *a atualização do mapa e do memorial descritivo, como consta das informações prestadas pelo Diretor-Geral de Demarcação, Sr. Manoel Francisco Colombo, no ofício de fl. 1.620.*

De todo modo*, qualquer dúvida sobre a eventual majoração da área demarcada* ***é afastada*** *na simples comparação entre a descrição dos limites em cada uma das portarias.* ***Os marcos geográficos são exatamente os mesmos****, muito embora suas coordenadas geodésicas* ***variem*** *minimamente,* ***o que se deve por certo*** *à maior precisão na sua localização exata.* ***Compare-se*** *a redação do art. 2º da Portaria 534/2005* ***com o texto*** *do art. 1º da Portaria 820/1998.* ***Não se cuida****, portanto,* ***de ampliação*** *da área indígena* ***já demarcada****. A flutuação, neste caso, ocorreu durante o curso da demarcação.*

No que se refere a essas irregularidades formais, portanto, não vejo como reconhecer a incidência do art. 2º da Lei 4.717/1965.
(**Grifei**.)

Em suma: **não vislumbro** qualquer eiva de nulidade no procedimento administrativo de demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, **acolhendo**, desse modo, **e no que se refere** à análise **de todas** as supostas nulidades jurídicas **que teriam comprometido** a validade de referida demarcação administrativa, **os doutos e fundamentados** votos **proferidos**, **no ponto**, pelos eminentes Ministros CARLOS BRITTO, Relator, **e** MENEZES DIREITO.

Inexistindo, desse modo, **quaisquer** nulidades de ordem processual, **passo a analisar** o fundo **da presente** controvérsia mandamental.

Inquestionável, Senhor Presidente, sob múltiplos aspectos, **que o exame** da presente causa **faz instaurar** discussão em torno de temas **impregnados** do mais alto relevo constitucional, **a começar** por aquele que se refere **à questão da terra**, **analisada** sob a perspectiva **dos povos indígenas**.

Não obstante a centralidade de que se reveste a questão **pertinente** às relações que os povos indígenas **mantêm** com a terra, **é preciso ter presente**, tal como acentuaram os eminentes Ministros CARLOS BRITTO **e** MENEZES DIREITO, **que o art. 231** da Constituição – **ao reconhecer**, aos índios, **direitos** sobre as terras "*que tradicionalmente ocupam*" – **estabeleceu**, de maneira bastante precisa, **quanto** ao *fato da ocupação indígena*, **um marco temporal**, que, **situado** em 05 de outubro de 1988, **atua** como aquele "*insubstituível referencial*" **a que aludiu**, em seu voto, o eminente Ministro CARLOS BRITTO.

Isso significa que a proteção constitucional **estende-se** às terras **ocupadas** pelos índios, **considerando-se**, para efeito dessa ocupação, **a data** em que promulgada **a vigente** Constituição, **vale dizer**, terras por eles **já** ocupadas há algum tempo, **desde** que existente a posse indígena **no momento** da vigência de nossa Lei Fundamental, **tal como assinalou** o eminente Relator, **ao fazer referência**, em seu douto voto, **ao** "***marco temporal da ocupação***":

> ***Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data*** *da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988)* ***como insubstituível referencial*** *para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam".* ***Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco*** *as terras* ***já ocupadas*** *em outras épocas,* ***mas sem continuidade suficiente*** *para alcançar* ***o marco objetivo*** *do dia 5 de outubro de 1988.* ***Marco objetivo*** *que reflete o decidido propósito constitucional de colocar "uma pá de cal" nas intermináveis discussões sobre* ***qualquer*** *outra referência temporal de ocupação de área indígena.* ***Mesmo que essa referência*** *estivesse grafada em Constituição anterior.* ***É exprimir: a data de verificação do fato*** *em si da ocupação fundiária* ***é o dia*** *5 de outubro de 1988,* ***e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude*** *da subitânea proliferação de aldeias,* ***inclusive*** *mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos,* ***sob o único propósito*** *de artificializar a expansão dos lindes da demarcação;* ***b) a violência*** *da expulsão de índios para descaracterizar*

a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. ***Numa palavra****, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental brasileira é a "chapa radiográfica" da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (...).*

(**Grifei**.)

Daí a observação que o eminente Ministro MENEZES DIREITO fez, **a esse respeito**, em seu douto voto:

(...) ***Em primeiro lugar****, as terras indígenas* ***são terras ocupadas*** *pelos índios.* ***Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais*** *ocupam;* ***não são terras que ocupavam*** *até certa data* ***e não ocupam*** *mais. São terras* ***ocupadas*** *pelos índios* ***quando*** *da promulgação da Constituição de 1988.*

O marco para a determinação *da ocupação indígena (5-10-1988)* ***decorre do próprio*** *sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios,* ***que não poderia*** *deixar de abranger* ***todas*** *as terras indígenas* ***existentes quando da promulgação*** *da Constituição,* ***sob pena*** *de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios* ***após*** *sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer* ***após*** *a Constituição de 1946,* ***mesmo*** *tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras.* ***A mesma razão pode ser extraída*** *do voto do Ministro Victor Nunes Leal no julgamento* ***do RE*** *44.585 (DJ de 11-10-1961).*

A correta extensão *da proteção iniciada pela Constituição de 1988* ***exige****, pois,* ***que a presença dos índios seja verificada na data*** *de sua promulgação (...).*

A ocupação é*, portanto,* ***um fato*** *a ser verificado.*

Em segundo lugar*, as terras indígenas são terras ocupadas tradicionalmente pelos índios.*

Para José Afonso da Silva*, tantas vezes citado neste processo,* ***ao contrário*** *do que prevalecia nas Constituições anteriores,* ***o advérbio*** *"tradicionalmente"* ***não deve ser*** *entendido como referente a uma ocupação* ***desde*** *tempos* ***mais*** *que pretéritos,* ***uma ocupação imemorial****:*

> *"Terras* ***tradicionalmente*** *ocupadas* ***não revela aí*** *uma relação temporal.* ***Se recorrermos*** *ao Alvará de 1º de abril de 1680* ***que reconhecia*** *aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão,* ***veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial****.* ***Não quer dizer****, pois, terras* ***imemorialmente*** *ocupadas,* ***ou seja****, terras que eles estariam ocupando* ***desde*** *épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles" (...).*
>
> *(...)*

O conceito indica modo de ocupação*, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra.* ***É um novo ângulo*** *em relação* ***ao que previam*** *as Constituições anteriores que,* ***se*** *de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos,* ***de outro pode*** *significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o "modus vivendi" que se deseja preservar.*

A Constituição *acabou adotando* ***o termo*** *que já vinha previsto* ***no art. 11*** *da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT* ***e no art. 14*** *da Convenção 169,* ***que a substituiu****.*

Esse modo de ocupação*, por sua vez,* ***foi definido*** *na própria Constituição,* ***no § 1º*** *do art. 231.*

(...)

*"**Terras** que os índios tradicionalmente ocupam" **são**, desde logo, **terras já ocupadas** há algum tempo pelos índios **no momento** da promulgação da Constituição. **Cuida-se** ao mesmo tempo **de uma presença constante e de uma persistência** nessas terras. Terras **eventualmente** abandonadas **não se prestam** à qualificação de terras indígenas, **como já afirmado** na Súmula 650 deste Supremo Tribunal Federal. **Uma presença bem definida** no espaço ao longo de certo tempo **e uma persistência** dessa presença, **o que torna** a habitação permanente **outro** fato a ser verificado.*

(...)

***Proponho**, por isso, **que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato**, **mas**, **sim**, **a do fato indígena**.*

***A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve** uma escolha **que prestigia** a segurança jurídica **e se esquiva** das dificuldades práticas de uma investigação **imemorial** da ocupação indígena.*

***Mas a habitação permanente não é** o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. **Em verdade**, é o parâmetro para identificar a base **ou** núcleo da ocupação das terras indígenas, **a partir do qual** as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar.*

(**Grifei**.)

É por tal razão que a posse indígena das terras **ocupadas na data** em que passou a viger a Constituição de 1988 **exige**, para configurar-se, **para além** da mera ocupação física, **a conjugação** de outros fatores, **como aqueles** de caráter econômico, de natureza cultural e antropológica **e**, ainda, **os** de índole ecológica, **a evidenciar**, em decorrência **de sua própria complexidade**, **que a posse indígena**, tal como disciplinada pelo texto constitucional, **não se reduz** à dimensão **nem se confunde** com a noção **ou** o conceito de posse civil.

Vale referir, neste ponto, **fragmento** de douta – **e conhecida** – peça jurídica que o eminente Ministro GILMAR MENDES **elaborou**, **quando** Procurador da República, **ao oferecer**, em nome da União Federal, **contestação na ACO 362/MT**, Rel. Min. DJACI FALCÃO:

***110**. **Cumpre notar**, outrossim, **que a posse a que se refere** o preceito constitucional **não pode** ser reduzida a conceito **de posse do Direito Civil**, como pretendem os autores. **A posse dos silvícolas abrange** todo o território indígena propriamente dito, isto é, "toda área por eles habitada", **utilizada** para seu sustento **e** necessária à preservação de sua identidade cultural'. **Tal peculiaridade não passou despercebida** ao saudoso Ministro Victor Nunes, que, **em pronunciamento** verdadeiramente luminoso, **fixou o efetivo alcance** da proteção constitucional à posse dos silvícolas, **como se constata**, "in verbis":*

*"**Aqui não se trata** do direito de propriedade comum: **o que se reservou** foi o território dos índios. (...). **O objetivo da Constituição Federal** é que ali **permaneçam** os traços culturais **dos antigos** habitantes, **não só** para sobrevivência dessa tribo, **como para** estudo dos etnólogos **e para outros** efeitos de natureza cultural **ou** intelectual.*

***Não está em jogo**, propriamente, **um conceito** de posse, **nem** de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; **trata-se do 'habitat' de um povo**.*

***Se** os índios, **na data** da Constituição Federal, **ocupavam** determinado território **porque desse território** tiravam seus recursos alimentícios, **embora** sem terem construções **ou** obras permanentes que testemunhassem posse*

*de acordo com o nosso conceito, essa área, **na qual e da qual** viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, **existente na data** da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. (...)*

__Não foi isso__ que a Constituição quis. __O que ela determinou__ foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, __'vivendo'__ naquele território, __porque__ a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

__Entendo__, portanto, que, __embora__ a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, __a Constituição Federal dispôs__ sobre o assunto __e retirou__ ao Estado __qualquer__ possibilidade de reduzir a área que, __na época__ da Constituição, __era ocupada__ pelos índios, __ocupada__ no sentido de utilizada por eles __como seu ambiente ecológico__."

(__RE 44.585__, Rel. Min. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, p. 360/361.)

(...)

__112__. Portanto, __não se pode__, conceitualmente, __atribuir__ à posse de Direito Civil __a mesma__ dimensão da "posse indígena". __Enquanto aquela__ é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa' (...), __a__ "__ocupação efetiva__ da terra" pelo silvícola __deve ser definida__ tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. (...)

(...)

__114__. __Não há dúvida de que o conceito de__ "__posse indígena__" dimana __do próprio__ texto constitucional, __como demonstrado__ no preclaro voto proferido pelo saudoso Ministro Victor Nunes. __Não há__, pois, __como reduzir__ a sua expressão, por mais relevantes que possam parecer os argumentos nesse sentido. (...)

(**Grifei**.)

Daí a importância jurídica que assume, **nesse contexto**, Senhor Presidente, **o reconhecimento oficial**, consubstanciado **no decreto presidencial** de homologação administrativa, **de que determinada** área qualifica-se como terra **tradicionalmente** ocupada por comunidades indígenas.

Não constitui demasia observar, neste ponto, que as terras **tradicionalmente** ocupadas pelos índios, **embora** pertencentes ao patrimônio da União (**CF**, art. 20, XI), **acham-se afetadas**, por efeito de destinação constitucional, **a fins específicos**, voltados, **unicamente**, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica **e** cultural dos índios, dos grupos indígenas **e** das comunidades tribais.

A Constituição da República, na realidade, **criou**, em seu art. 231, § 1º, **uma propriedade vinculada ou reservada**, **destinada**, **de um lado**, **a assegurar**, **aos índios**, **o exercício** dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (**CF**, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º) **e**, **de outro**, **a proporcionar**, às comunidades indígenas, **bem-estar e condições necessárias** à sua reprodução física e cultural, **segundo** seus usos, costumes e tradições (**CF**, art. 231, "***caput***" e seu § 1º).

Daí a advertência de LUIZ FELIPE BRUNO LOBO ("**Direito Indigenista Brasileiro**", p. 53, 1996, LTr), **para quem** "***A propriedade das terras indígenas** outorgada à União **nasce com o objetivo** de mantê-las reservadas a seus legítimos possuidores. **Há um vínculo indissolúvel** entre a reserva a que se*

destina **e** *a natureza desta propriedade.* ***Por esta razão*** *são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis*" (**grifei**).

Emerge, claramente, do texto constitucional, **que a questão da terra** representa **o aspecto fundamental** dos direitos **e** das prerrogativas constitucionais **assegurados** ao índio, **pois este**, **sem** a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, **expõe-se** ao risco gravíssimo **da desintegração** cultural, **da perda** de sua identidade étnica, **da dissolução** de seus vínculos históricos, sociais **e** antropológicos **e da erosão** de sua própria consciência **e** percepção **como integrante** de um povo **e** de uma nação **que reverencia** os locais místicos de sua adoração espiritual **e que celebra**, neles, **os mistérios insondáveis** do universo em que vive.

É por essa razão – salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 856, item n. 3, 30. ed., 2008, Malheiros) – que o tema **concernente** aos direitos sobre as terras indígenas **transformou-se** "*no ponto central dos direitos constitucionais dos índios*", **eis que**, para eles, **a terra** "*tem um valor de sobrevivência física e cultural*". **É que** – prossegue esse eminente constitucionalista – **não se ampararão** os direitos dos índios, "***se*** *não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas,* ***pois a disputa dessas terras e de sua riqueza*** *(...)* ***constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil***" (**grifei**).

A intensidade dessa proteção institucional **revela-se tão necessária** que o próprio legislador constituinte **pré-excluiu** do comércio jurídico as terras indígenas ("*res extra commercium*"), **proclamando** a nulidade **e declarando** a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio **e** a posse de tais áreas, **considerando**, ainda, **ineficazes** as pactuações negociais **que visem** a exploração das riquezas naturais nelas existentes, **sem possibilidade** de quaisquer consequências de ordem jurídica, **inclusive** aquelas **que provocam**, **por efeito de expressa recusa constitucional**, a própria denegação do direito à indenização **ou** do acesso a ações judiciais **contra** a União Federal, **ressalvadas**, **unicamente**, **as benfeitorias** derivadas da ocupação de boa-fé (**CF**, art. 231, **§ 6º**).

Cumpre ter presente, por isso mesmo, **a correta advertência** feita por DALMO DE ABREU DALLARI ("**O que são Direitos das Pessoas**", p. 54/55, 1984, Brasiliense):

> *(...)* ***ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras*** *ocupadas por indígenas* ***pertencem*** *à União,* ***mas os índios têm direito*** *à posse permanente dessas terras e a usar* ***e*** *consumir com exclusividade* ***todas*** *as riquezas que existem nelas.* ***Quem tiver adquirido****, a qualquer tempo,* ***mediante*** *compra, herança, doação* ***ou*** *algum outro título,* ***uma terra ocupada por índios****,* ***na realidade não adquiriu coisa alguma****, pois estas terras* ***pertencem*** *à União* ***e não podem*** *ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor,* ***dispondo*** *a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores* ***não terão direito*** *a qualquer indenização.*
> (**Grifei**.)

É por tal razão que já se decidiu, no regime constitucional anterior – **em que havia norma semelhante** (**CF/69**, art. 198, § 1º) **à que hoje** se acha

consubstanciada no art. 231, **§ 6º**, da Constituição de 1988 – **que a existência** de eventual registro imobiliário de terras indígenas **em nome** de particular **qualificava-se** como situação juridicamente irrelevante **e** absolutamente ineficaz, **pois**, em tal ocorrendo, **prevaleceria** – como **ainda hoje** prevalece – **o comando** da norma constitucional referida, "***que declara nulos e sem nenhum efeito jurídico*** *atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas*" (**Revista do TFR**, vol. 104/237 – **grifei**).

O fato de as áreas **objeto** de posse indígena **estarem situadas** em faixa de fronteira **não impede nem atua** como obstáculo jurídico **a que sejam demarcadas**, administrativamente, pela União Federal, **para efeito** da proteção constitucional **dispensada** aos índios **pelo art. 231** da Constituição da República.

É que a existência, **ao longo** das fronteiras terrestres do Brasil, de terras **tradicionalmente** ocupadas pelos índios **não se revela** incompatível **nem compromete** os interesses estratégicos de nosso País **ou** a defesa do território nacional, **pois**, como bem **afirmou** o eminente Ministro EROS GRAU, "*nossas faixas de fronteira estão mais adequadamente protegidas quando compostas de terras indígenas*".

A circunstância de a faixa de fronteira **constituir** área **indispensável** à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil **e** à proteção da soberania nacional **justifica**, plenamente, **todas** as medidas **preconizadas** no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO **proferiu** nesta causa, **notadamente** aquelas **concernentes à desnecessidade de prévia autorização** da FUNAI **ou de consulta prévia** às comunidades tribais interessadas, **para efeito** de instalação, em tais áreas indígenas, de unidades militares **e** de atuação, nessas mesmas áreas, **de qualquer** das Forças Singulares.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Especialmente, Ministro Celso, porque se está fixando, de forma muito clara, que não haverá óbice ao trânsito de forças armadas nessa área. De modo que se está assentando isso claramente nos vários votos; do contrário, se tivesse que haver licenças, certamente isso seria pertinente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Também entendo** que a demarcação, **em terras contínuas**, da área indígena Raposa Serra do Sol **foi muito bem justificada** nos votos que me precederam, **especialmente** naqueles proferidos pelos eminentes Ministros CARLOS BRITTO, Relator, **e** MENEZES DIREITO, **valendo reproduzir**, ainda, **no ponto**, o que observou, em seu douto voto, **o eminente** Ministro EROS GRAU:

> ***01.*** *O art. 231 da Constituição do Brasil* ***reconhece*** *aos índios os direitos originários "sobre as terras que tradicionalmente ocupam",* ***"competindo*** *à União demarcá-las".* ***Isto é: incumbe*** *à União demarcá-las* ***como elas são, continuamente ou em ilhas; vou repetir****: como elas são tradicionalmente ocupadas, continuamente* ***ou*** *em ilhas.* ***Essas terras, como elas são****, é que devem ser demarcadas pela União.*
>
> (...)
>
> ***08.*** ***É certo*** *que,* ***na data*** *de vigência da Constituição de 1988,* ***as cinco etnias indígenas*** *que lá estão* ***ocupavam****, tradicionalmente,* ***a área*** *de Raposa Serra do Sol.* ***Não há****, nos autos,* ***prova nenhuma*** *de que isso não ocorresse.* ***A posse*** *dos índios* ***é***

***remota e incontestável**, razão pela qual **decreto** de 15 de abril de 2005, do Presidente da República, **homologou a Portaria 534**, do Ministro da Justiça, de 15 de abril, **demarcando** as Terras Indígenas Raposa Serra do Sol **em** "**terras contínuas**".*

***Ademais**, existe, no caso, coisa julgada – o **MS 25.483**, Relator o Min. Carlos Britto – coisa julgada expressiva **da plena correção** do procedimento dessa demarcação. **Aqui nem se trata**, como se vê, de boa-fé administrativa, **mas de boa-fé judicial**, nada justificando que este Tribunal **volte-se** contra si próprio no que decidiu.*

***09. As Terras Indígenas** Raposa Serra do Sol **foram demarcadas em** "**terras contínuas**", **porque eles**, os índios, **assim tradicionalmente as ocupavam**, em outubro de 1988. (...) **as aldeias** das cinco etnias de Raposa Serra do Sol **movimentavam-se**, **movimentam-se**, **deslocando-se** de um ponto a outro **por inúmeras** razões. **Uma delas**, **não a única**, a atinente à circunstância de a agricultura indígena obedecer a necessária rotatividade do solo, **de sorte a prevenir** seu esgotamento **e permitir** o plantio pelos grupos domésticos durante todo o ano. **Eis o que a Constituição protege**: "as terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições" (§ 1º do art. 231).*

***A alteração do território original** de Raposa Serra do Sol, **mediante** a demarcação **não** contínua, **mas** 'em ilhas', **apenas** seria admissível **se** houvesse, nestes autos, prova **completa** de que os índios **ocupavam**, tradicionalmente, **em ilhas**, as terras de que se cuida, **Terras Indígenas** de Raposa Serra do Sol. **Mas essa prova não há**.* (**Grifei**.)

Confesso, Senhor Presidente, **que me preocupava** a constatação de que o Estado de Roraima **havia perdido considerável** base territorial, **em possível violação a um dos postulados estruturantes** da organização institucional do Estado brasileiro, **qual seja**, **o princípio da Federação**.

Parecia-me que Roraima **estava sofrendo** um sensível processo de "*desestadualização*", **com grave comprometimento** – causado **por sensível** perda de base territorial – **de sua própria** autonomia, **dada a extensão**, no âmbito dessa unidade federada, **de vastas** áreas sujeitas ao regime de dominialidade federal, **tais como** a faixa de fronteira, as terras indígenas **e**, em determinadas situações, as unidades de conservação **instituídas** pela União Federal **e fiscalizadas** pelo IBAMA, **além daquelas reservadas** à implantação de unidades militares **vinculadas** às Forças Armadas, **notadamente** ao Exército.

A minha preocupação, Senhor Presidente, **tem por fundamento** a circunstância de que, **tais sejam** as dimensões territoriais **de determinado** Estado-membro, **a demarcação administrativa** de terras indígenas, em futuros procedimentos, **poderá** afetar, **perigosamente**, o princípio da Federação, **com virtual inibição** da autonomia institucional de que se acha impregnada **cada uma** das pessoas políticas **que compõem** a organização federativa em nosso sistema constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Celso de Mello, em parte, isso já foi contemplado no voto do Ministro Menezes Direito.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O Poder Executivo da União**, na realidade, **pode**, Senhor Presidente, **mediante utilização abusiva** da demarcação administrativa de terras indígenas, **comprometer**, gravemente, **a incolumidade**

jurídica do Estado Federal brasileiro, **promovendo dramática redução** da base geográfico-territorial **de certa** unidade federada, **fazendo-o** mediante reconhecimento, **como terras indígenas** – **pertencentes**, em consequência, ao patrimônio da União Federal –, **de extensas áreas** localizadas no Estado-membro.

Daí a necessidade, Senhor Presidente, **de rígido** controle jurisdicional, **quando** regularmente provocado **por quem** se julgue **injustamente** lesado, do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas – **sem prejuízo** da possibilidade, na fase administrativa do procedimento demarcatório, **de prévia** audiência pública, **com ampla** participação das unidades federadas interessadas –, **em ordem a impedir que a autonomia institucional** do Estado-membro **venha a ser afetada** em decorrência **de substancial redução** de sua base física, **causada pelo arbitrário** reconhecimento, **como área indígena**, de terras cuja ocupação **não se ajuste** aos parâmetros **definidos** no art. 231 da Constituição **e**, também, no Estatuto do Índio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De tudo resulta – acho que há quase um consenso, também foi focado no voto do Ministro Marco Aurélio –, ser necessário uma ampla audiência, uma ampla participação.

Acredito que, para o futuro, temos que ter uma revisão completa. Isso resulta, claramente, daquele catálogo de questões trazidas pelo Ministro Menezes Direito, especialmente quanto à participação de outros entes. Isso, no que o Tribunal está dizendo, é que o processo de demarcação é muito sério para ser tratado pela Funai.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Exatamente**, Senhor Presidente. **Desejo salientar**, no entanto, **que a preocupação** que venho de mencionar no caso presente **foi afastada** com a **recente** edição, pelo Senhor Presidente da República, **da MP** 454 **e do Decreto** 6.754, **ambos** de 28-1-2009, **pois**, com tais diplomas normativos, **viabilizou-se** a transferência dominial, **em favor** do Estado de Roraima, de área **equivalente** a seis milhões de hectares, **o que corresponderia**, aproximadamente, **a ¼** (**um quarto**) **da área total** do território geográfico dessa **mesma** unidade da Federação.

Com as considerações ora expostas, Senhor Presidente, **mas apoiando-me**, fundamentalmente, **nos doutos votos** proferidos pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, Relator, **e**, também, pelo eminente Ministro MENEZES DIREITO, **entendo**, com toda a vênia, **que se revela inacolhível** a pretensão jurídica **deduzida** pelo autor popular.

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Antes de encerrar, quero apenas ressaltar a importância do debate hoje aqui travado; da importância, Ministro Marco Aurélio, do voto-vista de Vossa Excelência, mesmo que já em nono lugar. Veja Vossa Excelência que nós, aqui, todos aprendemos e há muitas coincidências – muito provavelmente a mídia, amanhã, mostrará as dissidências – entre o

voto de Vossa Excelência e outros aspectos já pontuados nos votos dos Ministros Carlos Britto e Menezes Direito e, agora, ressaltado de forma muito clara, no voto do Ministro Celso de Mello.

De modo que não se sinta constrangido pelo fato de ter pedido vista; pelo contrário, Vossa Excelência trouxe uma brilhante contribuição e deu mostras, ao repassar todos esses assuntos, de que nós não estamos apenas decidindo este caso. Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso.

Creio que, amanhã, nós teremos a oportunidade de resolver as questões, fixar os aspectos ligados à parte dispositiva, inclusive quanto à eventual repercussão da decisão sobre novos procedimentos administrativos, até mesmo os que estão em curso de demarcação. Aí, então, trarei o meu voto que será, realmente, breve, porque espero que dediquemos um pouco mais de tempo na discussão das fórmulas que venhamos a ter como consensuais.

EXTRATO DA ATA

Pet 3.388/RR — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Advogado: Cláudio Vinícius Nunes Quadros). Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (Advogado: Antonio Glaucius de Morais), Estado de Roraima (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Roraima), Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e Espólio de Joaquim Ribeiro Peres (Advogado: Luiz Valdemar Albrecth). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Assistentes: Fundação Nacional do Índio – FUNAI (Procurador: Procurador-Geral Federal), Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai (Advogado: Paulo Machado Guimarães).

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio que, preliminarmente, suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de: 1) citação das autoridades que editaram a Portaria 534/2005 e o decreto de homologação; 2) citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; 4) citação de todas as etnias indígenas interessadas; 5) produção de prova pericial e testemunhal; e 6) citação dos detentores de títulos de propriedade consideradas frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo, e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória: a) audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; b) audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como

termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado; d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e e) audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira; e, após o voto do Ministro Celso de Mello que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 18 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, na sessão de ontem, após o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente suscitava a nulidade do processo, tendo em conta a ausência de citação das autoridades que editaram a Portaria 534 e o decreto de homologação; citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; intimação do Ministério Público para acompanhar, desde o início, o processo; citação de todas as etnias indígenas interessadas; produção da prova pericial e testemunhal; citação dos detentores de títulos de propriedade, consideradas as frações da área envolvida, em especial dos autores de ações em curso no Supremo; e que, quanto ao mérito, julgava procedente o pedido, fixando, como parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, a audição de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada, a audição de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado, em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação se faça sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada com a participação do Estado de Roraima, bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; e audição do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira, e, após o voto do Senhor Ministro Celso de Mello, que julgava parcialmente procedente a ação, o julgamento foi suspenso para continuação na sessão seguinte. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, com voto já proferido na assentada anterior.

Senhores Ministros, eu agora passo ao meu voto na matéria.

O Sr. Paulo Machado Guimarães (Advogado): Vossa Excelência me permite usar da palavra, pela ordem, na matéria?

Em nome das Comunidades Indígenas Socó e outras, que são assistentes, submeto à apreciação de Vossa Excelência e dos demais Ministros desta Corte uma questão de ordem que está com cópia na bancada para todos os Senhores e Senhoras Ministras, em que suscitamos uma questão de ordem no sentido de que seja analisado o cabimento da renovação da oportunidade de sustentação oral das partes, autor, réu e assistentes em relação a uma questão nova consubstanciada nas condições submetidas à apreciação da Corte no voto-vista de Sua Excelência o Ministro Menezes Direito e, também, acrescidas, ontem, no voto do Ministro Celso de Mello.

Invocamos e nos amparamos no precedente representado na questão de ordem apreciada por este Tribunal no RE 353.657, cujo Relator foi o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, em que foi renovada a oportunidade de sustentação oral às partes em função de uma matéria relacionada à modulação de efeitos na aplicação da decisão desse recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministros, se não houvesse óbice, eu preferiria proferir o voto para, depois, nos manifestarmos sobre essa questão; ou, se quiserem, poderemos decidir.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, manifesto-me no sentido de que Vossa Excelência proferiria o voto primeiro, até porque podem surgir outras questões também.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Menezes Direito: É melhor decidir logo a questão de ordem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência se manifesta no sentido da rejeição?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Pela rejeição.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, eu voto pela concessão do prazo porque as dezoito propostas feitas no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inovam, radicalmente, em relação ao que foi proposto na ação popular. Não se debateu a respeito dessas propostas em nenhum momento, ao longo da discussão deste processo.

Portanto, eu acho perfeita. Se a Corte está determinada a impor essas dezoito condições, que ela, pelo menos, ouça o que as partes interessadas têm a dizer sobre elas.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Com o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *data venia.*

Voto no sentido de não possibilitar a sustentação oral por entender que as propostas de voto do Ministro Menezes Direito operacionalizam a nossa decisão e resolvem problemas em concreto. Mas, o central permaneceu intocado, porque, aqui, o que o autor popular pede? A nulidade do processo; isso nós já rejeitamos. Segundo, que a demarcação não seja pelo formato contínuo; nós já rejeitamos também. Dissemos: o processo é hígido, lícito portanto, é limpo, escorreito, está saneado. E, por outro lado, o formato demarcatório é mesmo o contínuo e não insular.

Nessa medida, está centralmente decidida a questão.

Agora, o Ministro Menezes Direito, com essa técnica criativa, inteligente, de condicionar a execução de nosso julgado a algumas providências, entendo que essa proposta atua no campo da operacionalização do nosso decisório.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Algumas sim, Ministro Britto, mas outras não.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas isso já foi, de qualquer forma, referendado nos vários votos proferidos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas a Corte estará decidindo uma questão séria, que trará constrangimentos a comunidades, sem jamais debater, sem que as partes tenham podido debatê-la, trazer os seus argumentos.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, com o devido respeito, também vou acompanhar o voto pela rejeição, porque a circunstância de, eventualmente, os julgadores suscitarem questões, fundamentos, razões e argumentos que não foram previstos pelas partes, compõe o mecanismo de julgamento, isto é, ninguém pode prever o que ocorrerá na cabeça do juiz. Toda vez em que for invocado um argumento, um fundamento, uma questão nova no curso do julgamento incidentalmente, se isso for suficiente para justificar nova sustentação oral, iremos abrir precedente perigosíssimo, em que, sempre se for suscitada questão nova, teremos de interromper o julgamento para recomeçá-lo com sustentação!

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, essa questão nova inova; ela neutraliza, em boa parte, aquilo que se concederá em alguns tópicos, sim.

VOTO
(Sobre questão de ordem)
(Confirmação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eu havia me manifestado com relação à proposta de Vossa Excelência no sentido de que terminássemos primeiro a votação e examinássemos a questão depois. Não votei, portanto, na questão suscitada pelo eminente Advogado.

Peço vênia para indeferir o pleito também, afirmando que não houve nenhuma inovação no que diz respeito ao contexto fático. Os fatos são imutáveis ou não se modificaram ao longo das nossas discussões. Na verdade, como disse o eminente Ministro Cezar Peluso, o que foi modificado foram argumentos, quer dizer, argumentos jurídicos trazidos para as diversas decisões proferidas no Plenário.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Vossa Excelência me permite? Além do que muitos fundamentos do voto do Relator estão contemplados nas achegas do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Ou seja, não houve inovação nos fundamentos em rigor.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro Britto, Vossa Excelência me permite? Eu leio um memorial distribuído ontem ou anteontem pelo Procurador-Geral da República. Ele examina uma a uma algumas das condições impostas e diz o seguinte:

> Observe-se agora o conteúdo das condições V e VI:
>
> "**Condição V**: O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;"
>
> Chamo a atenção para esta parte final:
>
> "**Condição VI**: A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;"
>
> Diz o Procurador-Geral:
>
> "Não é preciso qualquer esforço para se constatar que tais condições conferem primazia completa e incondicionada à política de defesa nacional, em detrimento dos direitos indígenas. Ademais, elas tornam a tutela dos direitos indígenas dependente das leituras sobre segurança nacional realizadas por órgãos vinculados às Forças Armadas, que, pelo seu perfil institucional, tenderão muitas vezes a supervalorizar riscos e ameaças, em detrimento dos interesses constitucionalmente protegidos das comunidades indígenas.
>
> Não bastasse a primazia incondicionada à política de defesa nacional, elas excluem o direito dos povos indígenas de serem ouvidos antes da adoção de decisões que lhes afetem. Neste sentido, as condições ofendem francamente o disposto no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT:"

Ele analisa várias dessas condições.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Tudo bem, Excelência. E exatamente esses dois pontos, se Vossa Excelência me permite, consubstanciam anteparos institucionais na perspectiva da Federação e da segurança nacional que eu coloquei no meu voto e o Ministro Direito também.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu citei esses dois pontos de maneira aleatória. Citei de forma aleatória para demonstrar que essas condições inovam.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É uma questão de leitura, eu estou entendendo que não. São anteparos que já constam dos nossos votos, do meu e do Ministro Direito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Inovam em relação à Constituição, ao que diz a Constituição.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, todos sabem que sou aberto à fala dos senhores advogados, aos esclarecimentos que devem ser prestados pelos profissionais da advocacia nesse múnus público que é o revelado pela defesa no processo.

Ocorre que, embora estejamos vivendo – e vou parafrasear um livro sobre Roosevelt e Leonor – tempos muitos estranhos, há de se respeitar uma certa organicidade nos julgamentos.

O que tivemos na espécie? A prolação de um voto, como tantos outros proferidos até aqui no julgamento deste processo, que concluiu pelo acolhimento em parte do pedido inicial. Possível extravasamento desse pedido inicial não se resolve no campo da rediscussão da matéria, como se pudéssemos voltar ao *statu quo ante* e ter-se, até mesmo, o aditamento da peça primeira da ação e, então, partir para a fase de contestações e de instrução do processo.

Não creio que seja móvel para reabrir-se a sustentação da Tribuna, até mesmo sem reabrir-se a instrução do processo, a circunstância de ter surgido, na prolação de um voto, repito, um novo enfoque para julgar a causa desta ou daquela maneira.

Por isso, compreendendo até mesmo a angústia do profissional da advocacia, entendo que não cabe nova sustentação, porque teríamos que cientificar os demais representantes quanto à reabertura da discussão, a reabertura da fase de sustentações, isso para que houvesse o tratamento igualitário.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, eu não havia chegado a votar, mas quero fazer uma observação antes disso.

Estou inteiramente de acordo com as preocupações do Ministro Joaquim Barbosa. A meu ver, temos que discutir isso. Se não foi discutido, temos de discutir, debater, ainda que o tempo se prolongue.

Admito que, do ponto de vista processual, seria extremamente complicado. Mas vou acompanhar o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – eu sempre acompanho o Direito –, não obstante todas essas preocupações do Ministro Joaquim Barbosa.

Se houver uma questão de fato, pode eventualmente ser esclarecida, mas a minha preocupação permanece no mesmo tom do Ministro Joaquim Barbosa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, entendo perfeitamente as preocupações do nobre Advogado, porém lembro que o Supremo julgou, em duas ações diretas, 1.105 e 1.127 – parece-me –, aquele dispositivo, o art. 7º do Estatuto da OAB, que propiciava exatamente a possibilidade de o Advogado falar após o voto do Relator. Isso foi julgado inconstitucional pelo Plenário. A relatoria foi do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Contra o meu voto. Veja a abertura.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, apenas para dizer exatamente que essa organicidade acaba decorrendo daí.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A organicidade não pode violar algo que é fundamental: o *due process of law.*

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, e estamos seguindo o devido processo legal, porque foi feita a votação exatamente a partir do que foi posto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não estamos seguindo o devido processo legal. Nós estamos examinando uma ação que foi proposta com um objetivo, com o pedido específico claro. Nós estamos prestando a jurisdição dando outro resultado que ninguém sabe de onde surgiu. Não foi debatido em nenhum momento.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas nós vamos debater aqui ponto por ponto. Nós vamos debater cada um.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Já que vamos debater, por que não ouvir as partes interessadas?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Como diz o Relator, a centralidade está posta.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Por que não ouvir as partes interessadas? Elas têm algo a dizer. Isso se chama *due process of law.*

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também entendo que havia a possibilidade de dois pedidos: de se julgar improcedente a ação, completamente, como se poderia julgar procedente a ação, deitando por terra toda a demarcação

e colocando, restabelecendo o *status quo.* O que o Tribunal está fazendo é julgando parcialmente procedente, com ressalvas, mas estabelecendo determinadas condições.

Não me parece que haja qualquer violação, aqui, do devido processo legal, porque esse pedido está entre as múltiplas possibilidades aqui colocadas. Entre o tudo e o nada, há um universo possível, em termos de lógica. Portanto, não há – creio – nenhuma violação. Claro que, já na assentada anterior, quando o Ministro Menezes Direito trouxe seu voto, foram feitas considerações sobre possível heterodoxia da construção, mas isso decorre do modelo de sermos Corte constitucional e de termos de construir soluções tendo em vista a gravidade dos temas que são afetados à Corte.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite – só para lembrar –, isso não é nenhuma novidade no campo processual. Só para dar um exemplo, digamos, mais evidente, suponhamos que o Tribunal, como acontece frequentíssimas vezes, ao examinar uma causa, verifique a existência de nulidade de caráter absoluto que ninguém discutiu. O Tribunal está impedido de, *ex officio,* independentemente de nova inquirição ou de nova audiência das partes, proclamá-lo? Não. Isso faz parte, vamos dizer, do campo da cognição oficial do Tribunal. Se todas as vezes em que o Tribunal tiver de se pronunciar sobre aquilo que está dentro do campo lógico e jurídico da sua cognição, precisar ouvir novamente as partes, nós não terminaremos nenhum julgamento.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É a dinâmica decisória.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Rejeitada a questão de ordem, com as devidas vênias ao Ministro Joaquim Barbosa. Eu passo ao meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Não há respostas precisas e diretas para o problema apresentado ao Tribunal. Soluções de improcedência ou procedência, total ou parcial, dos pedidos apresentados, não abarcam a totalidade das questões suscitadas em toda a sua complexidade e diversidade.

A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.

Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa,

fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas a federação em seu conjunto – efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.

A decisão de hoje, dessa forma, tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema – inclusive por meio de verificação *in loco* de suas reais dimensões –, levam em conta esse conteúdo propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação.

Assim, não pretendo, de maneira alguma, impor soluções definitivas e exatas para os problemas enfrentados. Analiso todas as questões que no processo foram suscitadas e aceno, com isso, para o futuro, numa hermenêutica que leva em conta um "pensamento de possibilidades" (Häberle).

Passo então à análise do caso.

Senhores Ministros, Senhoras Ministras. Esta é uma questão que me toca de maneira bastante profunda. Eu fui aluno externo do Seminário Jesus Maria José, de Diamantino, dos padres jesuítas, e nós convivíamos lá com os índios. Na época, os jesuítas estavam incumbidos daquilo que eles chamavam Missão de Pacificação. Eu conheci, por exemplo, o Padre austríaco Johann Dornstauder, que é tido como o pacificador dos canoeiros *rikbatksa*. Era um padre que atuava na prelazia de Diamantina, na época, uma das maiores prelazias do mundo, e, por isso, tive a oportunidade de conviver com essa realidade. Tive amigos índios e lembro-me, na minha classe, de Daniel Cabixi. Portanto, eu conheço um pouco essa realidade aqui exposta.

Em 1987, por uma dessas contingências da vida, tive a oportunidade de discutir, na Procuradoria-Geral da República, a questão das terras indígenas. Vivíamos, naquele momento, um quadro bastante desfavorável para a União e para as populações indígenas. O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Soarez Munhoz, nos autos da ACO 278, entendera que a posse indígena haveria de coincidir com o conceito de posse do Direito Civil, rompendo com uma antiga jurisprudência pacífica, sustentada em votos de Victor Nunes Leal, Hermes Lima e outros.

Em razão disso, alguns advogados se animaram a propor ações de anulação ou de reivindicação, as chamadas desapropriações indiretas. Uma delas, a mais ousada, me coube contestar na condição de Procurador da República.

Tratava-se da ACO 362, inicialmente da relatoria do Ministro Djaci Falcão, em que se reivindicava a anulação de toda a demarcação do Parque Indígena do Xingu ou a correspondente indenização para o Estado de Mato Grosso.

Jovem Procurador, à época, fiquei preocupado com esse debate, com o conceito de posse indígena estreito firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Não vislumbrava quase solução diante da pré-compreensão dominante naquele momento. Até que um dia, num lampejo, ao elaborar a contestação, de mais de cento e oitenta páginas, que discutia os vários assuntos e conceitos relacionados

à posse indígena, propomos um conceito dessa posse nas suas múltiplas dimensões, representando um regresso à noção de que ela envolvia a ideia de um *habitat* de valores culturais.

No entanto, parecia que esse conceito era de difícil aceitação pela Corte naquele momento histórico. E, de fato, o que impressionou os Ministros foi a prova de que, muito provavelmente, os laudos periciais que haviam embasado a demarcação já imune à ação rescisória eram falsos.

Essa falsificação havia se dado de forma muito grave porque os vários peritos sustentavam que na área onde hoje se situa o Parque Indígena Xingu não havia índios. A tese básica consistia em afirmar que os índios se situavam entre o paralelo 12 e o paralelo 13, latitude sul, tendo sido levados posteriormente para o Parque Indígena Xingu.

Essa tese, acolhida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, foi objeto de uma reflexão mais profunda pela Corte ao deparar-se com as demonstrações de laudos periciais falsos. Em 14 de outubro de 1993, ao julgar a ACO 323/MG, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, que tratava da área dos índios Krenak de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal entendeu por não mais aplicar a jurisprudência firmada na ACO 278. A Corte voltou a reconhecer que o conceito de posse indígena não coincidia com a posse de Direito Civil, que não podia haver essa equivalência ou essa equiparação.

O fato é que, apesar de a ACO 362 ainda não ter sido julgada, a tese ali sustentada restou amplamente aceita.

Tenho a impressão, também, de que o estudo desenvolvido naquela contestação, publicado à época pela Procuradoria-Geral da República, teve alguma influência no debate que se seguiu durante o processo constituinte. Creio que nesse sentido o estudo também teve os seus méritos, alargando esse conceito. Todavia, ainda hoje eu me deparo até com transcrições literais desse trabalho, às vezes em trabalhos da própria Procuradoria, e eu não vejo sequer referência à autoria do estudo. Isso não tem a menor relevância. Eu, de vez em quando, até me lembro do apologo em que Machado dizia: eu tenho servido de agulha para linhas ordinárias.

E a questão, agora, é retomada nesse debate belíssimo que nós estamos desenvolvendo ao longo das diversas sessões de julgamento desta Pet 3.388.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas

Um dos pontos relevantes desse debate circunscreve-se à averiguação da legalidade e da constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Sabemos que compete à União, nos termos do art. 231, *caput*, da Constituição, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O art. 19 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) estabelece que as terras indígenas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio (Funai), serão administrativamente demarcadas de acordo com o procedimento estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Quando se iniciou o procedimento de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, estava em vigor o Decreto 22, de 4 de fevereiro de 1991. No curso dos trabalhos, o referido ato normativo foi revogado e substituído pelo Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996.

Aqui também tive a oportunidade, quando no Governo, de discutir o processo demarcatório. No Governo Fernando Henrique Cardoso, estando o Ministro Nelson Jobim na gestão do Ministério da Justiça, se desenhou no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade do Decreto 22, que regulamentava o procedimento demarcatório, porque ele não assegurava o contraditório e a ampla defesa.

Isso repercutiria sobre os casos já homologados, as demarcações já efetuadas, como também afetaria as demarcações em curso. Tendo em vista esse contexto, o Ministro Nelson Jobim pensou numa solução que veio a se materializar no Decreto 1.765, de 1996. O objetivo era assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa àqueles que seriam ou poderiam ser afetados por um ato drástico, o ato de demarcação que, com a configuração administrativa da declaração de área indígena, afirma a inexistência da propriedade.

Esse decreto foi objeto de muitas discussões. Participei, com o Ministro Nelson Jobim, de um debate na *Folha de S. Paulo* sobre esse decreto, e se afirmava, na época, que o decreto tenderia a eliminar os direitos indígenas quando, na verdade, o que se buscava era regularizar o procedimento do contraditório neste âmbito, o procedimento administrativo com o devido processo legal.

Faço um parêntese para lembrar que, na época, o Professor Dalmo de Abreu Dallari sustentou a tese contrária. Dizia ele que não havia de ter contraditório nesta área, que se estava apenas a inventar uma fórmula para retirar o direito dos indígenas, quando o Governo inclusive tinha a preocupação de reabrir o prazo para as demarcações em curso, para tornar prejudicados até os mandados de segurança que estavam em curso no Supremo Tribunal Federal, porque se sabia que a jurisprudência do Tribunal, não só nessa matéria, mas em outras idênticas, como nós vimos depois nos casos de anulação de atos pelo Tribunal de Contas da União, que a tendência do Tribunal era afirmar o contraditório e a ampla defesa nas mais diversas relações.

Quando da minha indicação para esta Casa, o Doutor Abreu Dallari afirmou num artigo publicado na *Folha de S. Paulo* de 8 de maio de 2002:

> Já no governo Fernando Henrique, o mesmo Dr. Gilmar Mendes, que pertence ao Ministério Público da União, aparece assessorando o ministro da Justiça Nelson Jobim, na tentativa de anular a demarcação de áreas indígenas. Alegando inconstitucionalidade, duas vezes negada pelo STF, "inventaram" uma tese jurídica, que serviu de base para um decreto do presidente Fernando Henrique revogando o decreto em que se baseavam as demarcações.

O decreto a que se refere Sua Senhoria é esse Decreto 1.775, que tinha como objetivo apenas estabelecer o contraditório e a ampla defesa e que, agora,

estamos dizendo que tem regulamentação insuficiente, e precisa, inclusive, ser devidamente adensado.

Vejam os Senhores que o Professor, aqui, também falseou dados, faltou com a verdade. Hoje o decreto está aí como tábua de salvação, reconhecem todos. Vejo o esforço do Doutor Paulo Machado no sentido de preservá-lo, embora ele tenha sido objeto de impugnação numa ação direta de inconstitucionalidade que foi rejeitada, pois não estabelecia nada mais do que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tal como preconiza a jurisprudência do Tribunal. Portanto, essas questões, creio, estão bem equacionadas.

O Decreto 22/1991, no art. 2º, § 3º, dispunha apenas que os órgãos públicos federais, estaduais e municipais deveriam, e as entidades civis poderiam, prestar, perante o grupo técnico, informações sobre a área objeto de estudo, no prazo de trinta dias, contados da publicação do ato de constituição do referido grupo. Não havia, pois, a possibilidade de que os interessados se manifestassem sobre a existência de vícios ou irregularidades no procedimento ou no relatório produzido.

A principal inovação trazida pelo novo decreto (art. 2º, § 8º) foi a possibilidade de os Estados, Municípios e demais interessados, desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo do relatório circunstanciado produzido pelo grupo técnico, apresentarem as suas razões, instruídas com todas as provas pertinentes, com a finalidade de pleitear indenização ou de demonstrar a existência de vícios, totais ou parciais, no relatório produzido pelo grupo de trabalho.

Encerrado o referido prazo, deve a Funai (art. 2º, § 9º) encaminhar o procedimento administrativo, com parecer a respeito das razões e provas apresentadas pelos interessados, ao Ministro da Justiça, que poderá adotar as seguintes providências (art. 2º, § 10): (i) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação; (ii) determinar diligências complementares; (iii) desaprovar a identificação e determinar o retorno dos autos à Funai.

O Decreto 1.765 ressalvou a validade dos trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente à sua edição, desde que compatíveis com os princípios nele estabelecidos (art. 3º). Com relação aos procedimentos iniciados anteriormente à vigência do Decreto 1.775/1996, foi assinalado o prazo de noventa dias, contados da publicação do decreto, para que os interessados se manifestassem, com a apresentação dos arrazoados e das provas pertinentes (art. 9º).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 24.045-8/DF, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 5-8-2005, entendeu não violar o direito ao contraditório e à ampla defesa o estabelecimento de procedimento contraditório diferenciado para os processos de demarcação que se iniciaram anteriormente à vigência do Decreto 1.775/1996 (possibilidade de manifestação no prazo de noventa dias após a publicação do referido decreto). Eis o teor da ementa desse julgado:

> *Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Segurança indeferida.* Imprescindibilidade de citação

da Funai como litisconsorte passiva necessária e ausência de direito líquido e certo, por tratar a questão de matéria fática. Preliminares rejeitadas. Ao estabelecer um procedimento diferenciado para a contestação de processos demarcatórios que se iniciaram antes de sua vigência, o Decreto 1.775/1996 não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa. Proporcionalidade das normas impugnadas. Precedentes. Segurança indeferida.

Registre-se que o Ministro Marco Aurélio, em voto isolado, suscitou a impossibilidade de se convalidar os atos praticados anteriormente à edição do Decreto 1.775/1996. Segundo ele, se desde o início do procedimento não foi observado o contraditório, como exige a Constituição, a posterior previsão de um prazo para que os interessados se manifestem não é suficiente para a convalidação dos atos anteriormente praticados.

No MS 25.483-1/DF, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 14-9-2007, em que se impugnava o decreto presidencial de homologação da portaria de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, esta Corte afirmou o seguinte: "(...) Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa)". A ementa do acórdão consigna o seguinte:

Mandado de segurança. Homologação do procedimento administrativo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol. Imprestabilidade do laudo antropológico. Terras tradicionalmente ocupadas por índios. Direito adquirido à posse e ao domínio das terras ocupadas imemorialmente pelos impetrantes. Competência para a homologação. Garantia do devido processo legal administrativo. Boa-fé administrativa. Acesso à Justiça. Inadequação da via processualmente estreita do mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto. Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (*caput* do art. 231 da Constituição Federal). Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa. A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira. Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775/1996 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a administração pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo autoimpulso e pela autoexecutoriedade. Mandado de segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.

Cumpre destacar que, naquela ocasião, o Tribunal também deixou consignado que a manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.

Neste ponto, é preciso fazer um parêntese para deixar claro que não se pode dizer que esse julgamento expresse entendimento pacificado no âmbito da Corte, não passível de revisão. Consoante explicitado nas reflexões seguintes que faço sobre o tema, para as demarcações (futuras) que envolvam áreas de fronteira, a manifestação do Conselho de Segurança Nacional deve ser colhida, tendo em vista a relevância geopolítica da questão e as implicações sobre a segurança e a soberania nacionais.

No referido mandado de segurança, em virtude das próprias limitações desse instrumento processual, que não admite dilação probatória, não foram apreciadas as questões atinentes à existência de vícios formais e à higidez do laudo antropológico no qual se embasou a demarcação.

No tocante às fases e exigências procedimentais, há poucas diferenças entre o procedimento previsto pelo Decreto 22/1991 e o veiculado pelo Decreto 1.775/1996.

Na vigência do Decreto 22/1991, o procedimento demarcatório deveria se iniciar com a designação de grupo técnico, composto por técnicos especializados da Funai e coordenado por antropólogo. Esse grupo procederia à identificação da área a ser demarcada e teria a incumbência de realizar todos os estudos etno-históricos, sociológicos, cartográficos e fundiários necessários.

O referido ato normativo previa também a possibilidade de que, caso necessário, o levantamento fundiário fosse realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico. O grupo técnico também tinha a faculdade de convidar outros órgãos públicos, membros da comunidade científica ou especialistas no grupo indígena envolvido na demarcação.

Verifica-se, portanto, que a convocação de tais entidades, órgãos ou indivíduos configurava mera faculdade do grupo técnico. Ao revés, a participação do grupo indígena era obrigatória em todas as fases do procedimento.

Concluídos os trabalhos, o grupo técnico deveria apresentar relatório circunstanciado à Funai, que, aprovado, seria publicado no *Diário Oficial da União*. Após, o processo seria encaminhado ao Ministro da Justiça, que, entendendo pela sua aprovação, deveria expedir portaria, sujeita a posterior homologação do Presidente da República, na qual seriam definidos os limites da terra indígena e determinada a sua demarcação.

Com o advento do Decreto 1.775/1996, além das alterações já apontadas, relativas ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados, também se verificam algumas outras alterações pontuais.

O procedimento não mais deve se iniciar com a designação do grupo técnico, mas com a nomeação de um antropólogo de qualificação reconhecida, que deverá, em prazo fixado na portaria de nomeação, elaborar estudo antropológico de identificação.

Somente após será designado grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores da própria Funai e coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares.

A solicitação de colaboração de outros órgãos públicos e de membros da comunidade científica continua a ser uma faculdade do grupo técnico. A participação da comunidade indígena, por outro lado, é obrigatória em todas as fases.

O relatório circunstanciado produzido pelo grupo técnico deve ser publicado, de forma resumida, não apenas no *Diário Oficial da União*, mas também no da unidade federativa. Tal publicação deverá ser acompanhada de memorial descritivo e mapa da área a ser demarcada e será afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

As considerações realizadas já permitem adentrar a análise dos alegados vícios ou irregularidades no procedimento de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Inicialmente, registre-se que o debate público sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol vem se acentuando desde meados da década de 1970. Desde então, vários estudos foram realizados e, por diversas vezes, se esboçou a demarcação da área. Todavia, será objeto desta análise apenas o procedimento administrativo que culminou na edição, pelo Ministro da Justiça, da Portaria 820/1998, posteriormente substituída pela Portaria 534/2005.

Por intermédio da Portaria 1.141, de 6 de agosto de 1992, foi criado Grupo Técnico Interinstitucional constituído por cinco servidores da Funai, um servidor do Incra, sete representantes do Estado de Roraima, inclusive um Secretário de Estado, dois pesquisadores da USP, um membro do Conselho Indígena Missionário (CIMI), um membro da Diocese de Roraima, dez lideranças indígenas indicadas pelo Conselho Indígena de Roraima (CIR).

O relatório produzido pelo mencionado grupo técnico, no qual se basearam todos os atos posteriores de demarcação, foi assinado apenas pela antropóloga Maria Guiomar de Melo, representante da Funai.

Por outro lado, o Relatório da Comissão de Peritos apresentado à 1ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Roraima informa que vários dos indicados para compor a comissão não chegaram a ser cientificados desse fato. Outros componentes, embora comunicados da participação, não puderam participar ou não participaram efetivamente dos trabalhos, caso dos representantes do Estado de Roraima.

Nesse ponto, quanto à necessidade de participação, no grupo técnico, de representantes de outras entidades ou órgãos públicos ou de especialistas pertencentes às instituições universitárias ou de pesquisa, vale relembrar que, nos termos do Decreto 22/1991 (vigente no início do procedimento) e do Decreto 1.775/1996 (vigente quando de sua conclusão), é facultado ao órgão federal de assistência aos índios (Funai) solicitar a contribuição dessas entidades ou órgãos. Não se afigura, pois, uma exigência inafastável, apta a inquinar o procedimento administrativo, caso não venha a ser atendida.

Registre-se que a assinatura do relatório por apenas um componente do grupo atende à exigência formal do art. 2º, § 6º, do Decreto 22/1991 e do art. 2º, § 6º, do Decreto 1.775/1996, tendo em vista possuir a antropóloga que presidiu os trabalhos a atribuição de representar todo o grupo.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Britto supera a alegação dos autores da ação popular – e essa parece ser a solução mais consentânea com as peculiaridades e complexidades que envolvem o caso concreto –, ao asseverar que a subscritora do relatório seria profissional de qualificação reconhecida (membro da Associação Brasileira de Antropologia) e que ela estaria autorizada a assinar o laudo "solitariamente", da mesma forma que o subscritor do laudo ou parecer antropológico.

O tratamento conferido à questão pelos Decretos 22/1991 e 1.775/1996 parece, todavia, não ser o mais adequado ao atendimento das exigências constitucionais constantes do 5º, LIV, LV, e do 231 da Constituição, devendo, pois, ser reformulado, de modo a reduzir a margem de subjetividade inerente ao procedimento de demarcação de terras indígenas.

Isso porque, não obstante a demarcação se destine à efetivação (estabelecimento de limites) do direito originário dos índios à posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, é indubitável que essa atividade confere a quem a realiza certa margem de discricionariedade (mesmo que limitada) na interpretação dos dados apurados e na definição de critérios que nortearão o trabalho. Não obstante a Constituição (art. 231, § 1º) preveja as balizas para definição do que se deva entender por terra indígena, a demarcação da área envolve um mínimo de apreciação subjetiva.

Desse modo, com a finalidade de reduzir a parcialidade e a subjetividade dos trabalhos, necessária se faz a sua elaboração por mais de um profissional de qualificação reconhecida, de modo a possibilitar a *"*junção de perspectivas ou de horizontes*"*, mitigando, assim, a possibilidade de que convicções pessoais ou ideológicas possam determinar o rumo dos trabalhos.

Questão de tal magnitude, que envolve tantos e tão variados interesses, não poderia estar sujeita à apreciação de apenas um indivíduo, por melhor que seja a sua qualificação. Entendo, portanto, ser falaciosa a alegação de que se trataria de mera atividade declaratória ou concretizadora, haja vista não ser a antropologia uma "ciência exata", o que se infere, inclusive, das manifestações discrepantes juntadas aos autos, todas – ou quase todas – formuladas por especialistas de qualificação reconhecida.

No tocante à participação dos grupos indígenas envolvidos no procedimento, não se pode olvidar que a legislação de regência do procedimento demarcatório dispõe ser essa participação um requisito obrigatório.

O mencionado Relatório da Comissão de Peritos informa que a única organização a ter participado do grupo de trabalho (CIR) representava apenas 47% dos índios envolvidos e que, por conseguinte, a referida exigência formal de oitiva de toda a população indígena não teria sido atendida.

A Funai, por sua vez, infirma tal alegação, asseverando existir uma carta de compromisso entre as organizações indígenas do Estado de Roraima e o Governo Federal, em que as referidas organizações concordariam com a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Sobre esse ponto, também acompanho o voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, do qual transcrevo o seguinte trecho:

> 109. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima (CIR). Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições. Todos forneciam informações e nenhum deles subscreveu o relatório nem o parecer antropológico, elaborados pela antropóloga Maria Guiomar Melo, servidora da Funai, e pelo Prof. Paulo Santilli, respectivamente.

Quanto ao relatório, afirmam os mencionados peritos que ele constituiria reprodução simplificada de documento semelhante produzido pela mesma antropóloga, oito anos antes, no qual ela teria defendido a demarcação "em ilhas", com um total de 1.577.850 ha. No relatório posteriormente produzido, ela, no entanto, teria sustentado a tese contrária (demarcação contínua), bem como a demarcação de uma área maior.

Ademais, o relatório seria composto por partes desconexas, das quais se destacam manifestações da CIR e da Cimi, representantes dos índios.

O Ministro Carlos Britto afirma, no entanto, que o relatório teria atendido a todos os requisitos da legislação e o aumento da área demarcada (em relação aos levantamentos realizados na década de 1990) seria comum em demarcações. Segundo ele, "o que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo".

Cumpre asseverar, também, que o Decreto 1.775/1996 – considerado constitucional por este Supremo Tribunal Federal (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa) – foi editado com a finalidade de possibilitar a efetiva manifestação dos interessados no procedimento demarcatório, prevendo, inclusive, a abertura de novo prazo para o pronunciamento dos interessados nos procedimentos iniciados ainda sob a vigência do ato normativo anterior (Decreto 22/1991).

Impossibilidade de revisão do procedimento demarcatório: a coisa julgada administrativa

Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuciente voto do Ministro Menezes Direito.

Não obstante parte considerável da jurisprudência e da doutrina entenda de forma diversa, afirmando a inexistência de coisa julgada ou preclusão no procedimento administrativo demarcatório, o entendimento aqui defendido se revela coerente com o *princípio da segurança jurídica*, haja vista a necessidade de se resguardar a previsibilidade das relações jurídicas e a tranquilidade social nas áreas contíguas à demarcada.

Contrariamente a essa tese, argumenta-se que a existência de coisa julgada ou preclusão administrativa nos procedimentos demarcatórios estaria em descompasso com princípio da autotutela, previsto na Súmula 473 desta Corte e no art. 53 da Lei 9.784/1999.

Todavia, enfatizo, nesse ponto, o julgamento do MS 24.268/MG, no qual este Supremo Tribunal Federal deixou assentado entendimento no sentido de que o exercício do poder-dever conferido à administração pública de rever seus próprios atos eivados de ilegalidade não pode elidir o dever de proteção à confiança e boa-fé dos administrados diante de situações jurídicas criadas pelo poder público. Na ocasião, teci algumas considerações sobre o tema da segurança jurídica, as quais trago novamente à colação:

> A propósito do direito comparado, vale a pena trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:
>
> "É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o principio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (*Treue und Glauben*) dos administrados.
>
> (...)
>
> Esclarece *Otto Bachof* que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (*Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, Tubingen 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).
>
> Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter

duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria."

(COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 18, n. 46, 1988, p. 11-29.)

Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico "affaire Dame Cachet":

"Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso affaire Dame Cachet, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos affaires Vallois e Gros de Beler, ambos também de 1923 e pelo affaire Dame Inglis, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

Hauriou, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: 'Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo'. E conclui: 'Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.' (*La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.)"

(COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 18, n. 46, 1988, p.11-29.)

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

"Miguel Reale é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado 'Revogação e Anulamento do Ato Administrativo' em capítulo que tem por título 'Nulidade e Temporalidade'. Depois de salientar que 'o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia', diz ele que 'é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)'".

(COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 18, n. 46, 1988, p. 11-29.)

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

> "O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica."
>
> (*Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 91.)

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé. Diz:

> "Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público."
>
> (*Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 95 e 96.)

Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14 de novembro de 1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim Ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. *Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. ed., Berlim/Nova Iorque, 1992, p. 289.)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do Professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

> "Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico –, mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

> Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei."
> (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.)

Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de *grave* e *insanável* erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.

Sobre o tema da coisa julgada administrativa, cito as seguintes lições:

> Pode-se e deve-se falar, sim, em coisa julgada administrativa. Não infirma a sua existência a possibilidade de reexame jurisdicional do ato. O que a expressão traduz é a impossibilidade de se rever, de ofício ou por provocação, o ato (ou a decisão no processo administrativo), em sede administrativa, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Trata-se de um imperativo dos princípios da Administração Pública em geral, dos da boa-fé, moralidade e segurança jurídica (dentre outros), em particular.
>
> Também não infirmam as verdades abstratas, genéricas, em tese, da revogação e anulação do ato administrativo, por iniciativa até da própria Administração. Quanto à revogação, é pacífico que não deve ela se dar quando de sua prática possam decorrer lesões (ou ameaças) a direitos de terceiros, direitos, esses, que inquestionavelmente emergem de uma decisão em um processo administrativo, em benefício do administrado. Quanto à anulação, propomos a mesma sorte de considerações.
>
> A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. **La dona è móbile** – canta a ópera; a Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública, mais acima referidos, impõem. Ao decidir o processo administrativo a administração manifesta um entendimento sobre o padrão de legalidade (e, quando cabível de conveniência) que baliza a matéria em exame ou o interesse em disputa. E seria inadmissível que mudança unilateral de opinião pudesse desconstituir o que definido sob o crivo do contraditório e observância do devido processo legal (nesse sentido, aliás, expressamente dita a Lei Federal 9.784, de 1999, no parágrafo único, XIII, de seu art. 2º). A consideração

> superveniente da ocorrência de ilegalidade na decisão processual só poderá autorizar o seu desfazimento pela via, também processual, também abalizada pelo contraditório e ampla defesa, da revisão do processo administrativo. Ou seja, o que no processo administrativo se afirmou só em outro poderá ser desfeito. A processualização incontestável da Administração, imposta pela Constituição de 1988, dita inexoravelmente a submissão da matéria aos parâmetros aqui enunciados.
> (FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. *Processo administrativo.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44-45).

Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal, neste julgamento.

A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações e expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela administração pública.

Não se pode olvidar, também, que o art. 67 do ADCT estabeleceu o prazo máximo de cinco anos para a conclusão de todas as demarcações de terras indígenas. Embora o prazo já tenha se esgotado, revela-se patente a finalidade do dispositivo de evitar delongas ou tergiversações no cumprimento, pelo ente público, do dever que lhe fora constitucionalmente imposto.

Nesse sentido, revela-se premente a adoção de critérios objetivos e de limites temporais claros para a resolução das questões fundiária, ambiental e indígena em nosso País, a fim de que o quadro de insegurança jurídica que hoje presenciamos possa ser, enfim, debelado ou, pelo menos, atenuado. Não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.

A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas.

Tal possibilidade revela-se, de fato, preocupante. Principalmente em um contexto como o nosso, em que parcela considerável do território nacional encontra-se afetada – ou a ser afetada – a um sem-número de finalidades públicas (proteção do meio ambiente, dos povos indígenas e quilombolas, promoção da reforma agrária, por exemplo).

De fato, segundo informações prestadas pela Embrapa, 26,95% do território nacional estaria ocupado por unidades federais e estaduais de conservação ambiental e terras indígenas. Desse modo, o Brasil figuraria como o país com a maior extensão de áreas afetadas a uma finalidade pública, quase o dobro dos Estados Unidos, país que, não se pode olvidar, possui território mais extenso do que o nosso.

Ademais, 31,54% do território seria constituído por reservas legais (art. 1º, § 2º, III, da MP 2.166-67, de 24 de agosto de 2001) e 16,94%, áreas de proteção permanente (APPs), mapeadas ou estimadas pelo Governo Federal. Assim, quase

76% do território nacional estaria afetado a uma finalidade pública, excluída, portanto, de qualquer atividade produtiva.

O estudo da Embrapa revela dados ainda mais preocupantes: para a satisfação das demandas futuras (ambientais, indígenas, fundiárias, quilombolas), o território remanescente – excluídas as referidas áreas já afetadas a determinada finalidade pública – não seria suficiente.

Ante o exposto, conclui-se que, demarcada a terra indígena, o procedimento não é passível de revisão, salvo hipóteses excepcionais, em que verificada a existência de vícios insanáveis. Alterações dos limites da área demarcada fundadas apenas no juízo de conveniência e oportunidade da administração pública são, sob qualquer pretexto, vedadas.

No caso sob análise (demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), não se vislumbra a possibilidade de revisão do procedimento demarcatório, tendo em vista já ter sido atestada, por esta Corte, a sua correção.

Violação da soberania e da defesa nacionais

Dentre os diversos argumentos contrários à validade da Portaria 534/2005, de 13 de abril de 2005, o autor popular destaca suposta violação da soberania e da defesa nacionais (fls. 11, 15, 21-22 da inicial desta Pet 3.388-4).

Os fundamentos desta alegação se sustentariam em três fontes: (a) Aviso 03157/SC-2/ENFA do Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas à época, (b) Relatório de Peritos resultante da perícia determinada pela 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima (p. 17-18 e p. 48-49) e (c) Relatório Parcial 003/2004 da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre a demarcação de terras indígenas da área indígena Raposa Serra do Sol de 2004 (p. 46-50).

Em síntese, o que se alega é o seguinte:

(a) risco de controle e proteção de áreas demarcadas de enorme riqueza mineral, ocupadas por minorias pouco expressivas da população brasileira e sujeitas a pressões nacionais e internacionais, tais como: garimpagem ilegal, contrabando, narcotráfico, refúgio para criminosos do Brasil, Guiana e Venezuela, surgimento de movimentos separatistas e outros conflitos;

(b) especificamente no tocante à área da Raposa Serra do Sol, a pretensão da Venezuela de estender a sua fronteira até o Rio Essequibo em território guianense, por se tratar de região de grande interesse geopolítico;

(c) intenção da Organização das Nações Unidas (ONU) de restringir a atuação das forças armadas em território indígena, demonstrada na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (arts. 3º, 26 e 34), a ensejar processos de secessão ou integração;

(d) esvaziamento da segurança, da integridade territorial e da defesa nacional, pois a área demarcada situa-se inclusive em faixa de fronteira e haverá diminuição de seu controle pelo Estado brasileiro;

(e) ausência de consideração prévia e consistente no processo de demarcação, quanto à soberania e à defesa nacional, por meio da oitiva do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, §1º, III, da CF/1988), para análise militar estratégica.

Conforme memoriais distribuídos à Presidência do STF, nesse ponto, a Fundação Nacional do Índio (Funai), o Ministério Público Federal (MPF) e a União Federal defendem a inexistência de qualquer violação da soberania ou da defesa nacional, pela demarcação da área nos termos em que homologada, em razão de que todo o procedimento adotado estaria conforme a Constituição e a legislação de regência. Em sentido contrário, manifestam-se o autor popular e o Estado de Roraima.

A questão da soberania e da defesa nacional a ser aqui considerada se remete, em suma, às seguintes questões:

(a) possível limitação do ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas na área demarcada, para proteção e fiscalização das fronteiras brasileiras;

(b) possibilidade jurídica de ocupação indígena em terras consideradas como faixa de fronteira e unidades de conservação ambiental e o consequente enfraquecimento do controle e fiscalização das fronteiras brasileiras (com a Venezuela e a Guiana);

(c) possível mitigação da autonomia do Estado brasileiro, após a definição da demarcação das terras indígenas, em face de interesses internacionais, como o que ressaltaria a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso I, aponta a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Topograficamente, essa determinação está contida no Título I da Constituição, em que se enunciam os princípios fundamentais. Tal fundamento constitui vetor de interpretação de todas as demais disposições constitucionais, inclusive aquelas relacionadas à demarcação e posse permanente de terras indígenas.

Ao mesmo tempo, sabe-se que a representação da República Federativa brasileira, no âmbito internacional, está incumbida à União Federal, a qual dispõe de bens e competências para o exercício da soberania e da defesa nacional. Nesse sentido, destaca-se o art. 20 da Constituição:

> Art. 20. São bens da União:
> (...)
> II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
> (...)
> XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
> (...)
> § 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Apreende-se que a Constituição determina como bens de propriedade exclusiva da União Federal não só as terras indispensáveis à garantia da soberania e da defesa nacionais, mas também aquelas destinadas à ocupação tradicional dos índios. A estes, portanto, resguarda-se exclusivamente a posse permanente e o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Aos índios não se concede a propriedade das terras ocupadas, que é exclusiva da União Federal. O que a Constituição determina é uma afetação pública específica às terras habitadas pelos índios, em razão da proteção constitucional a eles conferida. Nesse sentido, destaca-se o art. 231 da CF/1988:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
>
> (...)
>
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

A interpretação do art. 231, § 5º, da Constituição evidencia que mesmo toda a proteção constitucional conferida aos índios é condicionada ao interesse da soberania do País, ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais.

É dessa segunda hipótese que se trata no presente caso, em que se busca harmonizar a ocupação indígena em terras consideradas indispensáveis à garantia da soberania e da defesa nacionais, seja por se tratar de ocupação de faixa de fronteira ou de áreas geopoliticamente estratégicas.

Nesse caminho, ressalto inicialmente que não se vislumbra conflito entre a possível ocupação daquelas áreas pelos índios e a garantia da soberania e defesa nacionais. Para se chegar a tal constatação, cumpre esclarecer melhor alguns pontos.

Fixada a premissa de que se trata de discussão a respeito da adequada afetação constitucionalmente determinada de bens de propriedade da União Federal, cuja utilização é expressamente condicionada ao respeito da soberania e defesa nacionais, o caminho para a concretização de tal condicionamento perpassa a análise da competência da União Federal para, no que aqui interessa:

Art. 21. (...):
(...)
III – assegurar a defesa nacional;
(...)
XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
(Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

Para cumprir esse duplo aspecto, de defesa nacional e de salvaguarda das fronteiras, que concretiza a soberania nacional, a União Federal se vale tanto das Forças Armadas, quanto da Polícia Federal, que também têm suas competências fixadas pela Constituição Federal, a saber:

Capítulo II
Das Forças Armadas

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Capítulo III
Da Segurança Pública

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;
II – polícia rodoviária federal;
III – polícia ferroviária federal;
(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
(Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
(Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)
(...)

A análise dos pontos destacados quanto à soberania e defesa nacional deve ser feita em consonância com as referidas disposições constitucionais e com a legislação de regência.

Feitas essas considerações, ressalte-se o conteúdo das disposições da Portaria 534/2005, que define os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no que interessa à questão da soberania e da defesa nacionais. São três referências que merecem destaque (uma consideração e dois artigos), a saber:

> (...)
> Considerando que o Decreto 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;
> (...)
> Art. 3º A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, §2º, da Constituição.
> Art. 4º Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:
> I – a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF) no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;
> II – os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;
> III – o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;
> IV – as linhas de transmissão de energia elétrica; e
> V – os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.
> (...)

A Portaria 534/2005 ressalva a possibilidade de ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas, nos termos do Decreto 4.412, de 7 de outubro de 2002, alterado recentemente pelo Decreto 6.513, de 22 de julho de 2008, que assim dispõe:

> *Decreto 4.412, de 7 de outubro de 2002*.
> Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências.
> *O Presidente da República*, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, no art. 15 da Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, e nos arts. 142 e 144, § 1º, inciso III, da Constituição,
> *Decreta*:
> Art. 1º No exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão compreendidas:
> I – a liberdade de trânsito e acesso, por via aquática, aérea ou terrestre, de militares e policiais para a realização de deslocamentos, estacionamentos, patrulhamento, policiamento e demais operações ou atividades relacionadas à segurança e integridade do território nacional, à garantia da lei e da ordem e à segurança pública;
> II – a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, de equipamentos para fiscalização e apoio à navegação aérea e marítima, bem como das vias de acesso e demais medidas de infra-estrutura e logística necessárias;

III – a implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira.

Art. 2º As Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, e a Polícia Federal, por meio do Ministério da Justiça, ressalvada a hipótese prevista no art. 3º-A deste Decreto, deverão encaminhar previamente à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional plano de trabalho relativo à instalação de unidades militares e policiais, referidas no inciso II do art. 1º, com as especificações seguintes: (Redação dada pelo Decreto n. 6.513, de 2008).

I – localização;

II – justificativa;

III – construções, com indicação da área a ser edificada;

IV – período, em se tratando de instalações temporárias;

V – contingente ou efetivo.

Parágrafo único. A Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional poderá solicitar manifestação da Fundação Nacional do Índio – Funai acerca de eventuais impactos em relação às comunidades indígenas das localidades objeto das instalações militares ou policiais.

Art. 3º-A. O Comando do Exército deverá instalar unidades militares permanentes, além das já existentes, nas terras indígenas situadas em faixa de fronteira, conforme plano de trabalho elaborado pelo Comando do Exército e submetido pelo Ministério da Defesa à aprovação do Presidente da República. (Incluído pelo Decreto n. 6.513, de 2008).

Parágrafo único. Não se aplicam a este artigo as disposições contidas no art. 2º deste Decreto. (Incluído pelo Decreto 6.513, de 2008).

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Ao interpretar todo o arcabouço normativo mencionado, apreende-se definitivamente não haver óbice jurídico para o ingresso, permanência e locomoção da Polícia Federal e das Forças Armadas na área demarcada, atendidas as exigências legais.

Possibilidade de ingresso e locomoção das Forças Armadas e da Polícia Federal

É bastante claro o art. 3º-A do Decreto 4.412/2002, em consonância com as disposições constitucionais, ao determinar a instalação de unidades militares permanentes em áreas integrantes da faixa de fronteira, como meio de cumprir as determinações constitucionais de defesa das fronteiras e do território nacional.

Além disso, o art. 4º da Portaria 534/2005 exclui da área de demarcação a área militar do 6º Pelotão Especial de Fronteira, equipamentos e instalações públicas, linhas de transmissão de energia, leitos de rodovias públicas; tudo a viabilizar um fortalecimento e controle da defesa das fronteiras e do território nacional.

A proteção das fronteiras e do território nacional conta, ainda, com a atuação de outras 3 bases avançadas na Região, a saber: 1º Pelotão de Fronteira – Bonfim, 2º Pelotão de Fronteira – Normandia, 3º Pelotão de Fronteira – Pacaraima; todos integrantes do 7º Batalhão de Infantaria da Selva (7º BIS) e do Projeto Calha Norte. E isso não prejudica a instalação de outros pelotões, conforme art. 3º-A do Decreto 4.412/2002.

Ademais, cumpre ressaltar que as Forças Armadas estão engajadas no Projeto Calha Norte, que é formado por 14 bases avançadas do Exército, com apoio da Aeronáutica e da Marinha e abrange 70 municípios brasileiros, 38 dos quais ao longo dos 5.993 km da faixa de fronteira (mais de 1/3 das fronteiras terrestres do País), nos Estados do Amazonas, Roraima, Pará e Amapá.

Segundo informações obtidas em página da internet que publica dados da Amazônia Legal, constam as seguintes informações sobre o referido projeto:

> Sua área de atuação corresponde a 14% do território nacional, praticamente inexplorado, esparsamente demarcado, fracamente povoado e praticamente sem vigilância terrestre, onde habitam cerca de 2.300.000 pessoas (apenas 1,2% da população brasileira), incluindo 25% da população indígena do país. Além das 14 bases avançadas, existem quatro Comandos de Fronteira, reunindo aproximadamente 1.000 homens cada, com armamento padrão e moderno do Exército Brasileiro e dois veículos de guerra, um Cascavel e um Urutu, em Boa Vista. Já as bases avançadas são constituídas pelos Pelotões Especiais de Fronteira, cujo lema é Vida, Combate e Trabalho. Um pelotão comum reúne 35 homens, mas estes, por serem especiais, reúnem 65 a 70, armados com metralhadoras e fuzis FAL 7.62 mais metralhadoras de mão e pistolas 9 mm.
>
> Fazem a pé o patrulhamento intensivo e ostensivo da floresta inóspita ou a bordo de embarcações rápidas, de alumínio, pelos inúmeros rios da região.
>
> A maioria dos soldados dos Comandos e dos Pelotões são índios pertencentes às etnias locais. Acostumados às dificuldades da floresta, incorporaram ao armamento militar seus armamentos rústicos, porém leves, como a zarabatana, cujo dardo pode atingir um alvo a 200 metros, e o arco e a flecha. Uma flecha disparada num homem a 10 metros de distância pode transpor seu corpo. (Disponível em http://www.amazonialegal.com.br/textos/Calha_Norte.htm. Acesso em: 26-8-2008.)

No mesmo sentido, as Forças Armadas contam com o apoio da estrutura existente do Projeto Sivam e Sidam, para controle e fiscalização das fronteiras brasileiras na região da Amazônia Legal.

A ocupação indígena em regiões inóspitas pode contribuir para um melhor controle das fronteiras. Não há, *a priori*, qualquer informação concreta na petição inicial e nos autos em sentido contrário.

Ressalte-se, ainda, que a atuação da Polícia Federal nas regiões indígenas e, inclusive, nas regiões de faixa de fronteira, resta assegurada, após o cumprimento dos procedimentos especificados nos arts. 1º e 2º do Decreto 4.412/2002.

Portanto, neste ponto, não vislumbro qualquer plausibilidade na alegação de violação à soberania e à defesa nacionais, pois **não há qualquer óbice jurídico para a ocupação indígena em áreas consideradas como faixa de fronteira**.

Isso não significa que a ocupação indígena deva deixar de observar, de acordo com o Decreto 4.412/2002 e no interesse da soberania nacional, as restrições de ocupação inerentes às áreas de defesa das fronteiras nacionais em faixa de fronteira brasileira, ou seja, respeitar o especial regime de administração ali existente.

Do mesmo modo, é proibido aos índios, por exemplo, o exercício impróprio de qualquer poder de polícia na área demarcada, seja em rodovias, seja incidente sobre bens públicos, que não aqueles sob os quais detêm a posse permanente e usufruto.

Também se proíbe a garimpagem e a faiscação nas terras demarcadas como indígenas, não integrando o usufruto dos índios, por expressa vedação da Lei 7.805, de 18 de julho de 1989:

> Art. 23. A permissão de lavra garimpeira de que trata esta Lei:
> a) não se aplica a terras indígenas;
> b) quando na faixa de fronteira, além do disposto nesta Lei, fica ainda sujeita aos critérios e condições que venham a ser estabelecidos, nos termos do inciso III, do §1º, do art. 91, da Constituição Federal.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e faiscação a ser realizada com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 23, alínea *b*, da Lei 7.805/1993.

Os índios não podem limitar o tráfego de pessoas em rodovias públicas, com barricadas ou com a imposição de quaisquer condições de acesso. Também não se pode restringir a utilização e funcionamento de equipamentos e instalações públicas, em detrimento do interesse público concretizado na defesa da integridade soberana do patrimônio público e da adequada prestação de serviços públicos porventura vinculados a tais bens.

Tais restrições são condicionantes à ocupação indígena na área, no interesse da soberania nacional, seja para instalação e movimentação militar, seja para livre locomoção e atuação da Polícia Federal, mas sempre de forma justificada e controlada, em harmonia com o usufruto e posse permanente dos índios nas áreas demarcadas.

Assim, não subsiste o argumento quanto ao impedimento da fiscalização de infrações de repercussão nacional ou internacional, relacionadas ao narcotráfico, ao contrabando e ao refúgio de criminosos, por exemplo.

Nesse ponto, registre-se a relevância da manifestação do Conselho de Defesa Nacional em casos de demarcação de terras indígenas, nos termos do art. 91, *caput* e §1º, inciso III, da Constituição, sobretudo para os casos futuros.

Não se olvida aqui que no julgamento do MS 25.483-1/DF (Rel. Carlos Britto, *DJ* de 14-9-2007), também relacionado à discussão de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, fixou-se a premissa de que a manifestação daquele Conselho não seria requisito de validade do procedimento demarcatório, ainda que em áreas situadas em região de fronteira. Eis o trecho do voto do Ministro Carlos Britto naquele julgado:

(...)

20. Também assim, não assiste razão aos impetrantes quanto ao argumento de que a ausência de manifestação do Conselho de Defesa Nacional nulifica o processo demarcatório em causa. Como foi ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, "**seria inimaginável a obtenção de manifestações do referido órgão de consulta sobre todos os eventuais ocupantes da faixa de fronteira**. Dada a abrangência dessa área, se exigiria do conselho atividade permanente e extremamente volumosa, incompatíveis com a natureza do órgão".

(Fl. 1159 – Grifo nosso.)

Dessa forma, adianto que no presente caso não há vício em razão da falta de manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Entretanto, entendo que a premissa fixada naquele voto não pode ser aceita de forma absoluta, nem sequer adotada como entendimento pacificado. O argumento vencedor daquele julgado, que reputo coerente, remete-se tão somente à possibilidade do referido Conselho vir a se manifestar sobre todo e qualquer procedimento de ocupação em faixa de fronteira.

Diferentemente disso, é notória a complexidade da análise de todos os elementos de soberania e defesa nacionais envolvidos em eventual demarcação de terra indígena sobreposta em faixa de fronteira e em regiões geopoliticamente estratégicas.

Assim, como reforço concreto à harmonia entre os valores constitucionais concernentes à soberania e à defesa nacionais e à proteção constitucional dos índios, entendo que para casos futuros, de semelhante repercussão, a manifestação do Conselho de Defesa Nacional certamente proporciona essenciais ganhos objetivos numa avaliação completa do procedimento demarcatório. A ausência de manifestação, nesses casos, poderá significar uma contrariedade à Constituição.

Restrições constitucionais à posse e ao usufruto das comunidades indígenas em áreas de unidade de conservação ambiental e a sua participação nos processos decisórios

Ultrapassado este ponto, destaco que o exercício interpretativo relativo à atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, em razão do interesse da soberania e defesa nacional, aponta para outro fato de relevância constitucional. Havendo demarcação de terra indígena em área administrada pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) (Lei 9.985, de 18 de julho de 2000), a ocupação indígena deve observar as restrições e o especial regime de administração daquela área, no que eventualmente for incompatível com o usufruto e posse permanente dos índios.

Ou seja, respeita-se aquela específica afetação pública em prol das presentes e futuras gerações brasileiras indígenas e não indígenas, em harmonia com a garantia de outro bem constitucionalmente relevante, que é a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no art. 225 da Constituição.

A harmonia desses interesses constitucionalmente relevantes, sobretudo em casos futuros de demarcação de terras indígenas, deve obrigatoriamente ser

observada pela administração pública federal, sob pena de descumprimento ao disposto no art. 225 da Constituição, que neste aspecto específico recebe regulamentação infraconstitucional no art. 5º, inciso X, da Lei 9.985/2000:

> Art. 5º O SNUC será regido por diretrizes que:
> (...)
> X – garantam às populações tradicionais, cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação, meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos;

Nesse ponto, acompanho o voto já proferido pelo eminente Ministro Menezes Direito, ao afirmar que, no que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, a limitação do direito indígena de posse e usufruto daquelas terras decorre das próprias disposições constitucionais, a gerar uma superposição de afetações, que se resolve a partir de uma interpretação que prestigie a unidade da Constituição.

Dentro da demarcação da Terra Raposa Serra do Sol encontra-se a unidade de conservação Parque Nacional do Monte Roraima, criada pelo Decreto 97.887, de 28 de junho de 1989, hoje regulado pelo art. 11 da Lei 9.985/1990.

Assim, as comunidades indígenas devem respeitar as restrições ambientais inerentes à conservação daquela unidade de conservação, bem como de outras que porventura venham a surgir.

Para concretizar essa tarefa, faz-se necessário um esforço conjunto, em que os órgãos ambientais (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e, eventualmente, órgãos estaduais ou municipais) delimitem as restrições ambientais próprias da unidade de conservação e comuniquem às comunidades indígenas, com auxílio da Fundação Nacional do Índio (Funai), para que aquelas tomem conhecimento e participem do processo de conservação ambiental, que é exigido constitucionalmente a todos os brasileiros (índios e não índios).

Isto se dá de acordo com o disposto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo 143/2002 e promulgada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004), ao ressaltar no seu art. 7º, item 4, que: "Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam".

É preciso deixar claro que a consulta e comunicação, com o auxílio da Funai, às comunidades indígenas é fundamental, inclusive para que elas manifestem sua opinião e contribuam para a construção conjunta de metas e restrições de uso das terras, a garantir a proteção ambiental das áreas de unidades de conservação.

Isso não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade, mas que a sua participação na construção de uma decisão potencializa a eficácia da conservação ambiental.

Nesse sentido, destaco as informações do Memorial Complementar conjunto distribuído à Presidência desta Corte pela AGU e pela Funai, neste ano

de 2009, em que se afirma que as comunidades indígenas devem participar da administração e conservação dos recursos naturais, como forma de proteção dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pois:

> Há experiências de sucesso quanto à gestão ambiental compartilhada de unidades de conservação entre a Funai, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e as comunidades indígenas.
>
> Dessa feita, é importante dar continuidade a esse modelo de gestão compartilhada, permitindo-se que os órgãos ambientalistas (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade) e indigenistas (Funai) conjuguem esforços na administração e conservação dos recursos naturais, sem deixar de lado a fundamental participação das comunidades indígenas interessadas.
>
> (Fls. 9-10 do Memorial.)

Portanto, acompanho o voto do Ministro Menezes Direito neste ponto, ressaltando a necessidade de participação, por meio de consulta e manifestação das comunidades indígenas, não como requisito de validade, mas como elemento adicional fundamental ao êxito do processo decisório de administração ambiental de unidades de conservação que se sobreponham às áreas de demarcação indígena. A concretização desta tarefa deve ser dar pela atuação conjunta e integrativa dos órgãos ambientais e indigenistas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Ultrapassada a análise das duas primeiras questões referentes à soberania e defesa nacionais, analiso a última questão enumerada, referente ao seguinte:

> (c) possível mitigação da autonomia do Estado brasileiro, após a definição da demarcação das terras indígenas, em face de interesses internacionais, como o que ressaltaria a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Como bem destacado nos itens 64 a 69 do voto do Ministro Carlos Britto, ao tratar da distinção inconfundível entre as categorias jurídicas de "terras indígenas" e de "territórios indígenas", é inconstitucional qualquer interpretação que indique a condescendência do Estado brasileiro com o incentivo de movimentos separatistas indígenas.

Da mesma forma, o Ministro Menezes Direito deixou claro em seu voto que a referida Declaração dos Povos Indígenas não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade do território e o princípio federativo.

Em primeiro lugar, a proteção constitucional do art. 231 e do art. 232 da Constituição são para brasileiros indígenas. É esse o sentido constitucional, preservando-lhes a cultura, o modo de vida e opção de seu desenvolvimento (pela aculturação ou não), mediante a concessão da posse permanente e usufruto de bens públicos especialmente afetados para tal fim. Mas a proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, da CF/1988, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.

Essa referência, aliada a uma interpretação sistemática da Constituição em relação aos conceitos de território, ente federativo, soberania e povo, já

demonstra inequivocamente a impossibilidade de se entender que a demarcação ora analisada seja incentivadora de um movimento separatista indígena ou da consideração político-jurídica de povo distinto do povo brasileiro.

Ao mesmo tempo, o voto favorável da República Federativa do Brasil à adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 13 de setembro de 2007 (107ª Sessão Plenária da ONU), não significa de forma alguma o alegado receio de incentivo ou de condescendência estatal à segregação ou à independência política no âmbito internacional.

Ao analisar o conteúdo da referida declaração, destaco os seus arts. 3º, 4º 26 e 34, que poderiam ensejar tal pensamento, como se apreende a seguir:

> Art. 3º
>
> Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
>
> Art. 4º
>
> Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.
>
> Art. 26.
>
> 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
>
> 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
>
> 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.
>
> Art. 36.
>
> 1. Os povos indígenas, em particular os que estão divididos por fronteiras internacionais, têm o direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação, incluindo atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros, assim como com outros povos através das fronteiras.
>
> 2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação desse direito.

Independentemente da forma de assimilação formal da declaração no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições apontadas são diretrizes para as políticas e legislações no âmbito nacional, que tratam da proteção dos povos indígenas. Isso significa que cabe a cada país soberano definir a forma de sua incorporação.

No caso da República Federativa do Brasil, o filtro interpretativo central é a Constituição Federal. Assim, só se pode compreender a referida declaração à luz da Constituição, que felizmente já alberga de maneira exemplar a proteção almejada na referida declaração, em comparação a vários outros países.

Desse modo, apreende-se que a própria declaração (arts. 3º e 4º) esclarece que o direito de autodeterminação refere-se às decisões inerentes ao sistema de

vida indígena, quanto ao seu meio de vida e de desenvolvimento econômico, social e cultural, em âmbito exclusivamente interno e local. Ou seja, não se trata de autodeterminação em âmbito jurídico-político como ente estatal independente em âmbito internacional. A própria declaração, em sua integralidade, demonstra esse aspecto, ante a contínua necessidade de diálogo e convivência entre os índios e o Estado soberano que os alberga quanto à implementação dos diversos direitos a eles assegurados.

Da mesma forma, a Constituição assegura aos índios brasileiros, nos arts. 231 e 232, a posse permanente e o usufruto das terras que ocupem tradicionalmente. É essa a opção constitucional brasileira, que aponta total sintonia com o disposto no art. 26 da referida declaração.

A possibilidade de contato cultural de povos indígenas que ocupem áreas de fronteiras internacionais com outros povos não é expressamente vedada, mas cabe, conforme item 2 do art. 36 da referida declaração, a regulamentação dessa possibilidade, diante do interesse soberano brasileiro em controlar a segurança de suas fronteiras.

A comprovação inequívoca de inexistência de violação à soberania e à defesa nacionais, por meio da adoção da referida declaração pelo Estado brasileiro, está presente no disposto em seu art. 46, a saber:

> Art. 46.
>
> 1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.
>
> 2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os diretos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática.

Assim, extrair do conteúdo da declaração a possibilidade de segregação ou incentivo à autodeterminação jurídica e política dos índios, como ente autônomo em âmbito internacional, não só é expressamente vedado pela referida declaração, mas também afronta a Carta das Nações Unidas (da qual o Estado brasileiro é integrante) e a Constituição Federal.

Desse modo, a concretização, no plano interno brasileiro, da Declaração passa, necessariamente, segundo o art. 46, pelas limitações previstas em lei, as quais só podem ser entendidas, no presente caso, como aquelas oriundas da Constituição Federal.

Nesse ponto, destaco, inclusive, que a interpretação oficial contida em documento da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) no Brasil, publicada em setembro de 2008, por meio de documento em forma de perguntas e respostas acerca da interpretação do conteúdo da referida declaração, parece seguir este caminho (disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf. Acesso em: 1º-12-2008).

Portanto, não vislumbro, no presente caso, violação à soberania e à defesa nacionais, desde que observadas as condicionantes estabelecidas neste voto.

Ressalto, novamente, que as comunidades indígenas devem observar os regimes de administração especial das unidades de conservação e de faixa de fronteira nos termos da legislação federal, por serem interesses constitucionalmente estabelecidos, permitida a sua participação, ao menos por meio de consulta e manifestação, o que não importa em requisito de validade para as decisões estatais tomadas, nos termos do art. 34 da Convenção 169 da OIT (*A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para pôr em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país*).

Deixo claro que a Declaração dos Povos Indígenas deve se submeter ao filtro interpretativo da Constituição Federal, não pode servir de parâmetro para fomentar direitos de secessão ou autonomia política no âmbito internacional e se refere exclusivamente ao direito de autodeterminação cultural interna de seus costumes e tradições.

Destaco, ainda, que é fundamental, para casos futuros de semelhante complexidade decisória, a necessidade de maior firmeza na exigência de manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e faiscação a ser realizada com autorização do Estado, mas nunca pelas comunidades indígenas, desde que haja aprovação do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 23, alínea *b*, da Lei 7.805/1993.

A natureza das terras indígenas na Federação brasileira

Para melhor compreensão do alegado conflito federativo relacionado à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, é necessário tecer algumas considerações relativas ao território envolvido no litígio.

Como já mencionado nos votos dos ilustres Ministros que me antecederam, a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, compreendendo a área descrita no art. 2º da Portaria 534, de 13 de abril de 2005, situando-se no Norte do Estado, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana.

A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, competência da União nos termos do art. 231 da Constituição, envolve, portanto, interesses do

Estado de Roraima e dos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, todos autônomos, nos termos do art. 18 da Constituição Federal.

A origem do Estado de Roraima remonta à criação da Capital, Boa Vista, em 1830. Em 1858, Boa Vista foi transformada em sede da então criada Freguesia de Nossa Senhora do Carmo do Rio Branco. Em 1890, foi criado o Município de Boa Vista do Rio Branco, pertencente ao Estado do Amazonas. Em 1943, o Presidente Getúlio Vargas transformou o Município de Boa Vista e parte do Município de Moura em Território Federal do Rio Branco, que passou a se chamar Roraima em 1962. A Constituição Federal de 1988 transformou o Território de Roraima em Estado da Federação (art. 14 do ADCT).

A transformação do Território de Roraima em Estado da Federação seguiu as normas e os critérios adotados quando da criação do Estado de Rondônia (Lei Complementar 41/1981).

A Lei 10.304, de 5 de novembro de 2001, dispôs sobre a transferência das terras pertencentes à União ao Estado de Roraima. No entanto, a Medida Provisória 454, de 28 de janeiro de 2009, alterou a redação dos arts. 2º, 3º e 4º da referida lei.

Pela nova redação dada ao art. 2º, ficam excluídas da transferência de que trata a lei, além das áreas relacionadas nos incisos II a XI do art. 20 da Constituição Federal, as terras destinadas ou em processo de destinação, pela União, a projetos de assentamentos; as áreas de unidades de conservação; as áreas afetadas, de modo expresso ou tácito, a uso público comum ou especial; as áreas destinadas a uso especial do Ministério da Defesa e as áreas objeto de títulos expedidos pela União que não tenham sido extintos por descumprimento de cláusula resolutória. A nova redação do art. 3º determina que as terras transferidas ao domínio do Estado de Roraima sejam utilizadas, preferencialmente, em atividades de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, de assentamento, colonização e de regularização fundiária. A aplicabilidade do diploma legal está condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo.

O atual Estado de Roraima possui 15 Municípios, todos fazendo fronteira com a Venezuela ou com a Guiana ou, ao menos, abrangendo parte da faixa de fronteira.

A maior parte da população, 200.568 (duzentos mil quinhentos e sessenta e oito) pessoas, se concentra na Capital Boa Vista. O Município de Normandia possui população urbana de 1.453 (um mil quatrocentos e cinquenta e três) e rural de 4.639 (quatro mil seiscentos e trinta e nove), sendo do total 4.422 (quatro mil quatrocentos e vinte e dois) indígenas. O Município de Pacaraima possui população urbana de 2.758 (dois mil setecentos e cinquenta e oito) pessoas e rural de 4.231 (quatro mil duzentos e trinta e um), sendo do total 3.761 (três mil setecentos e sessenta e um) índios. O Município Uiramutã possui população urbana de 525 (quinhentos e vinte e cinco) pessoas e rural de 5.258 (cinco mil duzentos e cinquenta e oito), sendo a população indígena de 5.138 (cinco mil cento e trinta e oito) pessoas.

O Município de Normandia, cuja sede se encontra fora da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, foi criado por meio da Lei 7.009/1982, ao ser emancipado do Município de Boa Vista.

Os Municípios de Pacaraima e Uiramutã foram criados pelas Leis estaduais 96/1995 e 98/1995, que foram objeto de impugnação pelo Procurador-Geral da República na ADI 1.512, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, como registrado pelo Relator em seu voto. O Procurador-Geral questionou, especificamente, os artigos das referidas leis que determinavam que as sedes dos dois Municípios seriam instaladas nas vilas com os mesmos nomes, que se localizavam nas terras indígenas "São Marcos" e "Raposa Serra do Sol". A ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida pelo Tribunal, por demandar o exame de "um estado de fato concreto e contraditório".

Segundo informações, 46% do território do Estado de Roraima já é terra indígena demarcada, sendo 7,79% correspondentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. As atividades agrícola e pecuária representam 3,8% do produto interno bruto do Estado, a administração pública representa 58,2%, a construção civil 6% e o comércio representa 9,3% do PIB.

A preservação dos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã parece ser uma preocupação de todos os envolvidos na demarcação.

Nas audiências públicas realizadas na Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, a Comissão Temporária Externa do Senado ouviu os representantes das Associações Indígenas Sodiurr, Aridom e Alidcir que expuseram o entendimento pacífico de que "a criação do Município de Uiramutã se constitui em conquista indígena, na medida em que, tendo obedecido à previsão constitucional de realização de plebiscito, revela o anseio da maioria esmagadora da população local de ter uma estrutura estatal que propicie os serviços públicos básicos" (fl. 19 do Relatório Parcial 3/2004).

Em audiência realizada na Maloca Ingarikó, em 7 de fevereiro de 2004, a Comissão Temporária Externa ouviu as lideranças indígenas da Comunidade Mapaé, o Líder Religioso Ingarikó e a Representante das mulheres. A etnia Ingarikó manifestou desejo pela manutenção dos municípios e das rodovias, necessários para o escoamento de sua produção (fls. 19-20 do Relatório Parcial 3/2004).

O Governo do Estado de Roraima e as Prefeituras Municipais de Normandia, Uiramutã e Pacaraima colocam como principal argumento contrário à homologação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol a possibilidade de extinção dos Municípios. Aventam, inclusive, a possibilidade de extinção do próprio Estado de Roraima. Sustentam que a demarcação da área representará diminuição do território dos entes federados em questão, acarretando diminuição das atividades econômicas e governamentais na região e possibilitando, inclusive, o êxodo rural de índios e não índios para a Capital já inchada.

A alegação de possível extinção dos Municípios foi rechaçada pelo Ministro Relator ao consignar as características específicas das terras demarcadas, nos seguintes termos:

> É como dizer: sinto-me desobrigado de entrar na discussão sobre a possibilidade de um decreto federal extinguir Municípios, pois o fato é que nenhum deles foi extinto por ato do Presidente da República. Sem falar que o ato em si de demarcação de terras indígenas não significa varrer do mapa qualquer unidade municipal, já que não se pode confundir (veremos isso) titularidade de bens com senhorio de um território político. Ademais, é de todo natural que o Município de Uiramutã seja ocupado por índios em quase sua totalidade, porquanto, ali, mesmo no censo anterior à reclamada extrusão, os índios somavam 90% da população local. E quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", nada tendo a ver, portanto, com a presente demanda.

Como bem salientou o Ministro Carlos Britto, não há que se falar em extinção de Municípios, uma vez verificado, inclusive, que as sedes dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia não se situam na área demarcada da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Em relação à alegação de diminuição do território do Estado de Roraima, ressalte-se que a área do território nacional que compõe o Estado de Roraima já previa as terras indígenas situadas em seu território como bens da União no tempo de sua criação.

Quanto à transformação do Território Federal de Roraima em Estado, assim dispôs o art. 14 do ADCT:

> Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.
>
> § 1º A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.
>
> § 2º Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.
>
> § 3º O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos.

Frise-se, pois, que as terras indígenas são bens da União e não Território Federal. Tais terras são território dos Estados e Municípios em que estão situadas. Logo, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não representa diminuição do território do Estado de Roraima, pois não altera seus limites geográficos.

Registre-se que, atualmente, a República Federativa do Brasil não possui nenhum Território Federal. Os Territórios poderão vir a ser criados em conformidade com as disposições dos arts. 18, § 2º, e 33 da Constituição.

Em relação especificamente às terras da Raposa Serra do Sol, o art. 4º da Portaria 534/2005 excluiu da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol o 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã, a sede do Município de Normandia (que já havia sido excluída pela Portaria 820/98), os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das

rodovias federais e estaduais, afastando o conhecimento da ação quanto à pretensão autoral de vê-los excluídos da área demarcada. Assim, tal como consignou o Relator, essa questão não deve ser objeto de análise.

Restam, portanto, as áreas correspondentes às Vilas "Água Fria", "Socó", "Vila Pereira" e "Mutum", às titulações conferidas pelo Incra, à Fazenda Guanabara e às propriedades dos pequenos rizicultores privados que passaram a ocupar as terras a partir de 1992.

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores à demarcação, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro Menezes Direito:

> O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas. Nessa discussão, já se lançou mão de inúmeros argumentos e algumas teorias, em especial a do indigenato, trazendo-se a lume os sistemas vigentes sob as nossas Constituições de outrora.
>
> Toda essa discussão está, se não superada, pelo menos destituída da relevância antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988.
>
> Nos termos do § 6º do art. 231:
>
> > § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.
>
> O constituinte quis suplantar todas as pretensões e os supostos direitos sobre as terras indígenas identificadas a partir de 1988.
>
> (...)
>
> *Conclui-se que, uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5-10-1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios.* Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.
>
> No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.
>
> Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.
>
> Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste

Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro Celso de Mello (RE 183.188/MS, *DJ* de 14-2-1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE 94.414, Rel. Min. Moreira Alves (*DJ* de 19-4-1985).

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios.

A posse indígena e a posse civil

Cumpre notar que a posse a que se refere a Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda a área habitada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao saudoso Ministro Victor Nunes, que, em pronunciamento verdadeiramente luminoso no RE 44.585, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata:

> Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras.
>
> O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.
>
> Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, num de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo.
>
> Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhas sem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas. (G. n.)
>
> Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.
>
> Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico.
>
> (RE 44.585, Rel. Min. Victor Nunes, *Referências da Súmula do STF*, 1970, v. 25, p. 360-361.)

Trata-se, sem dúvida, de manifestação fulgurante do saudoso magistrado e humanista. É interessante notar que a tese, brilhantemente desenvolvida pelo

eminente juiz, em 1961, veio a ser adotada, integralmente, pela Constituição de 1988, como se pode depreender da leitura de seu art. 231, § 1º:

> São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua preservação física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. 1, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas.

Nesse sentido, irretocáveis as considerações desenvolvidas pelo Ministro Menezes Direito em seu percuciente voto, segundo as quais a teoria do indigenato, comumente utilizada na definição dos contornos da posse indígena, deve ser substituída pela teoria do fato indígena. Desse modo, indagações acerca da "imemorialidade" da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional. A expressão "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os "usos, costumes e tradições" indígenas).

Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF/1988, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal ("habitadas em caráter permanente"); b) fator econômico ("utilizadas para as suas atividades produtivas"); c) fator ecológico ("imprescindíveis à preservação dos recurso ambientais necessários ao seu bem-estar"); d) fator cultural ou demográfico ("necessárias a sua reprodução física e cultural").

No caso em exame, a grande área demarcada, superior ao território de países como Portugal e Bélgica, suscitam algumas preocupações.

Há algum tempo tenho certa perplexidade quanto à justa, à adequada interpretação dessa norma, tendo em vista esses parâmetros estabelecidos. Sem dúvida nenhuma, é um tema que nos preocupa, tendo em vista a dimensão das áreas eventualmente demarcadas e os pressupostos que lastreiam a opção por essa demarcação, levando em conta, sempre, um dado paradigma, o do índio isolado. A própria fórmula do texto constitucional, do § 1º do art. 231, talvez suscite uma reflexão.

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que possam ser levantadas contra a posse indígena e a eventual imprecisão de seus contornos, não se deve perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, EC 1, art. 198).

Antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa

(*normative Kraft*). Estará atuando, assim, de forma compatível com o princípio de hermenêutica constitucional que recomenda a adoção de exegese que preserve a integral eficácia da norma constitucional (princípio da força normativa da Constituição) (*Konrad Hesse, Grudzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg,* 1984, p. 28).

De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo *naif*. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.

A correta aplicação da norma do § 1º do art. 231 da Constituição deverá levar em consideração o grau de aculturação de cada etnia. Assim, o nível de aculturamento de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena.

Por certo que grupos indígenas pouco integrados praticam suas atividades produtivas de forma mais rudimentar, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de etnias mais sedentarizadas. Nesse sentido, o relatório elaborado pela Comissão de Peritos, ao responder à questão 6 apresentada pelos Senhores Silvino Lopes da Silva e Alcides da Conceição Lima Filho, analisa os diferentes resultados possíveis para a determinação da área necessária à demarcação a partir das características específicas de cada etnia. Segundo consta do relatório:

> *Questão 6:*
>
> Considerando que existem 09 (nove) adensamentos com 91 (noventa e uma) malocas, totalizando uma população por volta de 10.500 (dez mil e quinhentas) pessoas, sendo Ingarikó, Saraó, Vale do Rio Quinó, Carapur-Canãa, Maturca, Raposa-Surumu, Cutia, Xuriunuatemu, Cedro, Patativa e que vivem salutarmente integrados com os não índios até os dias de hoje. Pergunta-se: uma área de 450.000 hectares é suficiente para uma população de 10.500 pessoas?
>
> *Resposta 6:*
>
> A área de 450.000 ha em questão precisa ser contextualizada. Que área seria essa? Em blocos conforme a proposta do Estado de Roraima, ou continua?
>
> Pode-se questionar o aspecto "salutarmente" integrados, já que existem alguns grupos em estado de não integração total ou parcial com os não índios e até entre outras etnias na TI em questão (caso dos Ingarikós).
>
> Apenas como exercício, os 450.000 ha podem representar área mais que suficiente para garantir a subsistência material e cultural dos povos indígenas aí residentes, devem ser realizados levantamentos detalhados dos recursos de solos e etnobotânicos do entorno de cada adensamento, em escala adequada (1:20.000 ou mais detalhada), de modo a avaliar tecnicamente a capacidade de suporte da

subsistência e extrativismo dos entornos e a população sedentarizada ideal para cada caso, nos moldes vigentes.

Em tese, uma área de 450.000 ha para o equivalente a 12.874 índios se traduziria numa relação de aproximadamente 34,9 ha por habitante, suficiente para grupos sedentarizados. Considerando que cerca de 70-75% da área do NE de Roraima possui solos não aptos à exploração agrícola itinerante (Schaefer, 1994; Furley, 1994), teríamos então cerca de 100.000 ha de terras efetivamente aptas (em maior ou menor grau) ao cultivo. Considerando os períodos de pousios típicos adotados na região, de cerca de 10-15 anos de abandono para 2 anos de cultivo, poder-se-ia estimar uma área de aproximadamente 5.000 – 10.000 ha, que seria suficiente para prover a subsistência da população total da região, mediante técnicas rudimentares de cultivo. Grande parte dos restantes 350.000 ha de área de relevo muito desfavorável, poderia ser utilizada para pastoreio extensivo e extrativismo vegetal, nos moldes existentes há mais de 250 anos na região. (...)

A vida social das comunidades indígenas hoje existentes no Norte/Nordeste de Roraima é indissociável da estrutura social-econômica trazida pelos colonos brasileiros de origens diversas que desde meados do século XVIII, e mesmo na vizinha Guyana (Hills, 1961) implantaram a cultura do gado na área de Savanas e Campos de Roraima. (...).

Tais considerações são suficientes para demonstrar a importância das particularidades de cada etnia, especialmente no que diz respeito à sua integração com as comunidades vizinhas, para a identificação do fato indígena e a definição da área a ser demarcada.

No caso da Raposa Serra do Sol, fiquei mais ou menos seguro ao ler o laudo elaborado pelo Professor Carlos Schaefer para a Justiça Federal e constatar que houve a preocupação com os níveis de aculturação.

Não é razoável, simplesmente, fazer esse resgate histórico memorialista de um espaço em que se desenvolveram as culturas. É preciso que o procedimento seja devidamente ajustado, tendo em vista os três outros círculos referidos no § 1º do art. 231.

O debate enveredou para uma discussão que já tinha sido posta quando do processo de demarcação: se deveria haver demarcação contínua ou não. E, talvez, essa seja até uma falsa questão, ou uma questão inadequada, porque, diz Schaefer, por exemplo: pode-se fazer uma área contínua de culturas totalmente diversas, como sói acontecer aqui, com um milhão e setecentos mil hectares, ou com um milhão de hectares. Como poderia haver áreas descontínuas?

A rigor, são opções que, talvez, lances opiniáticos tenham decidido, e esse é um problema. Não se trata, no entanto, de haver áreas descontínuas, e sim, do tamanho da área demarcada. Justamente por isso, Schaefer expõe uma série de exercícios de diferentes formas de demarcar a mesma área, inclusive de múltiplas possibilidades de áreas descontínuas.

Por isso, o debate quanto ao texto constitucional, que decidiu por um modelo de área contínua, parece-me uma colocação inexata. Se fosse assim, por que não juntar todas as áreas indígenas de Roraima?

Então, essa questão, com as vênias de estilo, precisa ser devidamente matizada. Poderá ser feita a opção entre demarcação contínua e descontínua? Isso dependerá das características específicas das áreas e das etnias envolvidas no procedimento demarcatório. Far-se-á um todo se houver um conjunto. Por exemplo, em relação ao Parque Nacional do Xingu, nas palavras de Karl von den Steinen, não havia nenhuma dúvida de que isso era um todo mais ou menos integrado culturalmente. O Quarup é uma festa comum, de certa forma. A ideia de que as tribos trocavam embaixadores confirmava essa teoria constatada por Karl von den Steinen no século XIX. Portanto, imaginar um modelo de *cluster*, de separação, aqui, seria terrível, porque estaríamos a segmentar culturas que, realmente, tinham uma base de integração, inclusive territorial.

Mas a questão não está pré-decidida a partir do texto constitucional, porque, realmente, ele preconiza aquilo que, expressamente, vimos a partir do art. 231, § 1º:

> Art. 231. (...)
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Esses dados são suscetíveis de certa plasticidade, tendo em vista essas variações culturais. Não estamos diante de uma ciência matemática aqui, felizmente a antropologia não tem essa pretensão.

Daí, também, a necessidade aqui multirreferida de haver um grupo técnico plural, com múltiplas visões, tendo em vista a complexidade da interpretação que o texto constitucional está a reclamar, para que haja, de fato, uma adequada garantia de proteção constitucional aos índios, sem prejuízo de outros valores. É fundamental essa compatibilização, essa "concordância prática" no sentido utilizado por Konrad Hesse.

Terra indígena como bem da União

Ainda quanto às áreas demarcadas, cumpre ressaltar a natureza das terras indígenas no contexto da forma do Estado brasileiro. Como bem esclarecido pelo Ministro Relator, e já referido acima, as terras indígenas são bens da União e não Território Federal.

Os Territórios Federais, como dispõe o art. 33 da Constituição, integram o território da União e serão organizados, quando criados, nos termos de lei específica, podendo ser divididos em Municípios e contar com órgãos judiciários de primeira e segunda instância, Ministério Público e defensores públicos federais, além do governador nomeado na forma da Constituição e da Câmara Territorial.

As terras indígenas são bens da União e território dos Municípios e Estados em que estão situadas, afetadas à ocupação dos índios brasileiros.

Importante registrar que o Estatuto do Índio tratava das terras dos índios no Título III, permitindo que as áreas reservadas fossem organizadas em "reserva in-

dígena", "parque indígena", "colônia agrícola indígena" e "território federal indígena". Essas normas não foram recepcionadas pela Constituição de 1988, que passou a prever apenas a forma de organização em "Terra Indígena".

Como bem esclareceu o Ministro Menezes Direito, "ainda que a Constituição não tenha se utilizado do termo na sua exatidão, o tratamento detalhado que dedicou à questão dos índios e de suas terras suplanta o modelo do Estatuto e faz dela a sede por Excelência do estatuto jurídico das terras indígenas, praticamente dispensando outros regramentos".

A participação dos Estados e Municípios no processo demarcatório: aplicação do princípio da fidelidade à federação (*Bundestreue*)

Ponto importante diz respeito à questão federativa.

Estamos diante de um texto constitucional que, na linha da nossa tradição, galvaniza com cláusula pétrea o princípio federativo, e o texto de 1988 é ainda muito mais radical ao referir-se também ao Município. E isso tem algum sentido, não pode se fazer *tábula rasa* dessas unidades políticas.

Não se pode simplesmente desaparecer unidades políticas por se entender que elas são indevidas ou foram criadas com uma má intenção.

Peço vênia ao Ministro Carlos Britto para, neste ponto, discordar de seu voto, na parte em que entende que a competência da União deve ser exercida *contra* os Estados e Municípios.

A afetação do território de uma unidade federada precisa ter realmente um referencial jurídico sério. É preciso que, mais do que o direito de participação, de ser ouvido, se assegure lugar neste grupo aos Estados e Municípios afetados pela demarcação.

Entendo que a competência da União deve ser exercida com a participação efetiva dos Estados e Municípios abrangidos pela área a ser demarcada. Participação que, como consignado pelo Ministro Menezes Direito, é obrigatória, devendo ocorrer "sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto 1.775/1996".

A previsão do art. 2º, § 8º, do Decreto 1.775/1996 não é suficiente para abarcar todo o arcabouço constitucional que envolve a matéria.

O decreto apenas refere o direito de manifestação e de apresentação de provas durante o procedimento demarcatório, não consignando expressamente o direito dos Estados e Municípios de participar da tomada de decisão do ato administrativo, ou de terem, pelo menos, seus argumentos analisados de forma fundamentada.

O Decreto 1.775/1996, neste ponto, não pode deixar de ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal. Assim, à luz do princípio federativo, há que se garantir o direito dos Estados e dos Municípios envolvidos de participar efetivamente do processo administrativo demarcatório, devendo integrar o Grupo Técnico especializado designado pelo órgão federal para realizar o levantamento fundiário de que trata o decreto.

Ressalte-se que a participação dos Estados e Municípios na demarcação de terras indígenas não poderá ser meramente burocrática. Sua atuação deve ser garantida pelos princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Como há muito enfatiza a doutrina constitucional, o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, mas a uma "pretensão à tutela jurídica", como bem anotava Pontes de Miranda.

Essa pretensão à tutela jurídica, consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém o **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; **o direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e o **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berucksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Dessa forma, o direito dos Estados e Municípios de participar do processo demarcatório abrange o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão federal responsável pela demarcação, órgão que tem o dever de lhes conferir atenção, considerando, séria e detidamente, as razões apresentadas ao fundamentar sua decisão.

Além disso, faz-se necessária uma reformulação do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, com a elaboração de novas normas que incluam os Estados e Municípios nesse procedimento, em todas as suas fases.

Isso porque, toda a competência estabelecida pela Constituição, seja da União, dos Estados ou dos Municípios, tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação, decorrência lógica do princípio federativo.

Com efeito, o procedimento administrativo de demarcação das terras dos índios destaca a preocupação com os fundamentos antropológicos, etno-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos e fundiários. Não podemos esquecer, todavia, dos aspectos políticos, econômicos e militares também envolvidos, que repercutem diretamente na própria estrutura da federação.

Em razão disso, podemos afirmar que, no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas, deve a União preservar a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios, dever que decorre do próprio princípio federativo. De igual modo, a ação dos Estados e Municípios é orientada pelo dever de fidelidade para com a União e de cooperação para com a realização dos objetivos da República.

Destarte, cabe aos entes da federação se comportarem, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais entes. É o que a doutrina alemã chama de *Bundestreue* (princípio da lealdade à federação) ou *Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens* (princípio do comportamento federativo amistoso) ou, de acordo com Peter Häberle, *Bundesfreundlich* (conduta favorável à organização

federativa) (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2001, p. 264).

O princípio da lealdade à federação, extraído da própria existência do Estado Federal, do próprio princípio federativo, foi construído pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã, podendo ser hoje identificado no art. 23 da Constituição de Bonn, especialmente nos números 2 e 7, com a redação dada pela Reforma Constitucional de 1992. (GRIMM, Dieter. *El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales*. In: El federalismo en Europa. Barcelona: Hacer Editorial, 1993, p. 60).

O Tribunal Constitucional Federal alemão conceituou o princípio da lealdade à federação como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federal de atuar de acordo com o espírito do referido pacto e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto (*BverfGE* 1,299 (315)).

Para o Tribunal Constitucional alemão, a simples existência de um sistema federal implica um dever de lealdade ao princípio federativo. Isso significa que os entes, no exercício de suas competências, são obrigados a respeitar os interesses uns dos outros (CURRIE, David. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. The University of Chicago Press: Chicago and London, 1994, p. 77).

Assim, o princípio da lealdade à federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, não apenas político e moral. (Rovira, Ennoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986, p. 247).

Este princípio não implica, nunca, obrigações principais, mas, sim, complementares. Consubstancia-se num filtro à liberdade da União e dos Estados no exercício de suas competências, de modo a evitar o abuso.

No caso das demarcações de terras indígenas, competência privativa da União, a aplicação do princípio da fidelidade à federação determina o direito de participação (direito de voz e voto) no procedimento demarcatório de terras indígenas, visando à efetivação dos direitos constitucionais dos índios brasileiros, mas garantindo que, diante de alternativas igualmente válidas de concretização desses direitos, seja escolhida a que melhor preserve o princípio federativo.

A execução de políticas públicas em terras indígenas

Estivemos o Ministro Carlos Britto, a Ministra Cármen Lúcia e eu – este é outro ponto que também gostaria de abordar – no território da Raposa Serra do Sol. É um vastíssimo território. Sobrevoa-se uma aldeia e, depois de trinta minutos de voo, se vê uma outra aldeia.

Na aldeia Ingaricó percebe-se a presença indígena, a angústia e a falta de presença do Estado. Os índios estão entregues um pouco à própria sorte. Precisam, para se deslocar a Boa Vista, para as coisas mais prosaicas da vida como obter uma pensão do INSS, de caminhar dois dias até a Vila Água Fria e, depois, tomar um ônibus para Boa Vista, viagem que dura 10 horas.

É este o quadro preocupante: abandono completo do Poder Público. Faz-se a demarcação e nada mais. Essa responsabilidade precisa ser examinada.

Lá os índios falam com muita naturalidade na presença das ONGs. Perguntamos ao tuxaua Gerson o que ele faria ali naquela aldeia muito próxima ao Monte Roraima. Estamos a falar de uma tríplice fronteira, em que índios inclusive migram para o outro lado. Portanto, há uma questão de segurança nacional. E ele dizia: "Ah, nós gostaríamos de explorar os valores, o ecoturismo nesta região, afinal o monte Roraima é lendário, é algo místico".

E nós perguntávamos, então, por que ele não fazia. Ele disse: "a ONG que nos dava suporte até há pouco era contra esta exploração. Mas nós nos desavençamos, agora estamos livres para essa exploração". "E onde está essa ONG?", perguntei eu. "Bem ali, muito próximo", foi a resposta.

A ONG que tinha sido expulsa por eles continuava lá porque trouxeram um outro grupo indígena para perto. Portanto, há um fenômeno também de atomização, graças exatamente à falta de presença do Estado.

São questões delicadas que precisam ser registradas quando estamos discutindo este tema, porque isso não é para ser manipulado. Essa é uma realidade que nós vimos: a falta de presença do Estado. Falta um professor, um agente do SUS, que possa dizer: está havendo um abuso, um narcotraficante está entrando aqui, as Farc podem estar chegando, ou seja lá o que for.

Como ressaltou o Ministro Relator, as terras indígenas, embora bens da União, não deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e os Municípios em que se situam:

> Assente, pois, que terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico, seja de direito público interno, seja de direito público externo, nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil. (...)
>
> Sem que esse especialíssimo regime constitucional de proteção indígena, contudo, venha a significar recusa a cada qual dos entes federados brasileiros da adoção de políticas públicas de integração dos nossos índios a padrões mais atualizados de convivência com o todo nacional. Políticas públicas de mais facilitado acesso à educação, lazer, saúde, ciência, tecnologia e profissionalização, de permeio e desfrute dos direitos políticos de votar e até de ser votado.

Importante registrar que a elaboração das políticas públicas direcionadas especificamente às comunidades indígenas são de competência da União, executadas e fiscalizadas pela Fundação Nacional do Índio, podendo contar com a participação dos Estados e Municípios, bem como instituições governamentais e não governamentais, nos termos definidos pela União, conforme as legislações específicas.

Isso não invalida, porém, o direito de acesso universal e igualitário às políticas públicas desenvolvidas pela União, Estados e Municípios para todos os cidadãos brasileiros. Como bem ressaltado pelo eminente Relator, os índios brasileiros são cidadãos brasileiros e, como todo brasileiro, têm garantido o acesso, sem discriminação, às políticas sociais e econômicas disponíveis.

Assim, por exemplo, quanto às políticas de assistência à saúde, dispõe a Lei 8.080/1990, com os acréscimos dados pela Lei 9.836/1999, caber à União o financiamento do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena de que tratam os arts. 19-A a 19-H da referida lei, garantido o acesso das populações indígenas ao Sistema Único de Saúde como um todo, de acordo com suas necessidades:

> Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.
>
> Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.
>
> Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não governamentais poderão atuar complementando o custeio e execução das ações.
>
> (...)
>
> Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.
>
> § 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.
>
> § 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.
>
> § 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.
>
> Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso.

O Decreto 3.156, de 27 de agosto de 1999, que dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, ressalta:

> Art. 1º A atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade e a equanimidade dos serviços de saúde.
>
> Parágrafo único. As ações e serviços de saúde prestados aos índios pela União não prejudicam as desenvolvidas pelos Municípios e Estados, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

(...)

Art. 3º O Ministério da Saúde estabelecerá as políticas e diretrizes para promoção, prevenção e recuperação da saúde do índio, cujas ações serão executadas pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA.

Parágrafo único. A Funai comunicará à Funasa a existência de grupos indígenas isolados, com vistas ao atendimento de saúde específico.

Registre-se que a Portaria do Ministério da Saúde 1.163, de 14 de setembro de 1999, dispõe sobre as responsabilidades na prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, e estabelece que as ações de assistência à saúde dar-se-ão por intermédio da Funasa, em estreita ligação com a Secretaria de Assistência à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde.

Em relação à educação, a Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001, determina a responsabilidade pela formulação das políticas ao Ministério da Educação, cabendo a execução das políticas aos Estados e Municípios, com o apoio financeiro do Ministério da Educação. O Decreto 26, de 4 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre a educação indígena no Brasil, assim determina:

Art. 1º Fica atribuída ao Ministério da Educação a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena, em todos os níveis e modalidades de ensino, ouvida a Funai.

Art. 2º As ações previstas no art. 1º serão desenvolvidas pelas Secretarias de Educação dos Estados e Municípios em consonância com as Secretarias Nacionais de Educação do Ministério da Educação.

Portanto, as legislações pertinentes disciplinam as responsabilidades dos entes da federação quanto às políticas devidas aos povos indígenas, não sendo necessário maior aprofundamento na matéria.

Chego, então, a essas conclusões, nas linhas básicas daquilo que foi defendido no voto do Ministro Ayres Britto, com os aditamentos do voto do Ministro Menezes Direito, inclusive para **explicitar que a competência da União para a demarcação das terras indígenas tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação, sendo obrigatória a efetiva participação dos Estados e Municípios, em todas as fases do procedimento, observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.**

Ao finalizar, gostaria apenas de recomendar que a execução do julgado, tal como nós fixarmos, seja confiada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa do seu Presidente, com a supervisão do Relator desta ação, Ministro Carlos Britto.

A decisão que hoje tomamos incidirá sobre uma realidade fática cuja alta complexidade já é bastante conhecida e, por isso, sua execução será extremamente dificultosa.

Em casos como este, em que há resistências ou potenciais oposições ao efetivo e célere cumprimento da decisão judicial, não tem sido estranho a Cortes Constitucionais a prática da delegação da jurisdição sobre os atos executórios a Tribunais ou juízes locais, os quais, por sua maior proximidade aos fatos e

capacidade operativa para rápida resposta às lides, podem realizar a execução com maior rapidez e eficiência.

Lembro, a título de exemplo, o famoso caso *Brown v. Board of Education*, decidido pela Suprema Corte norte-americana. Como todos sabemos, esse conhecido caso marcou a história da luta contra as práticas racistas nos Estados Unidos na década de 1950, quando a Corte Suprema, superando o precedente do caso *Plessy v. Fergunson* – em que fixara a fórmula *separate but equal* (separados mas iguais) –, determinou que as escolas públicas admitissem e assim procedessem à matrícula de negros e brancos em igualdade de condições.

O cumprimento da decisão do caso *Brown* recebeu intensa resistência das entidades educacionais, o que levou a nova demanda na Suprema Corte, resultando na decisão do também famoso caso *Brown II* (349 U.S. 294), em que aquele Tribunal delegou aos Tribunais locais a execução da decisão e a apreciação de todos os incidentes de execução.

Assim, **proponho ao Plenário que a execução desta decisão seja delegada, com supervisão do Ministro Relator desta ação, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja jurisdição, em seu aspecto territorial e material, abrange os fatos decorrentes da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.**

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação, na linha do voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, com as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, **acrescentando às condições estabelecidas a obrigatoriedade de participação efetiva dos Estados e Municípios no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.**

É como voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Gilmar Mendes (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), prometo, da próxima vez, esforçar-me um pouco mais.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pela neblina e pela chuva.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sobre as propostas constantes do voto do Ministro Menezes Direito, já houve, inclusive, manifestações dos Ministros, ausentes hoje, Celso de Mello e Ellen Gracie.

Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência teria?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Umas sugestões meramente pontuais, se Vossa Excelência permitir?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por favor.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro Menezes Direito, na primeira condição, sugiro a Vossa Excelência a seguinte modificação:

i: "O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal)" – Vossa Excelência colocou

"pode ser suplantado", de maneira genérica. Eu substituiria por só "pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º," – da Constituição Federal. Vossa Excelência colocou: "interesse público da União". Eu poria como está na Constituição: "relevante interesse público da União", apenas isso.

ii: "o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos". Se Vossa Excelência quiser adotar a linguagem da Constituição, em vez de exploração, "o aproveitamento". Está lá assim "o aproveitamento". Está bom assim?

iii: "o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra dos recursos minerais". Na Constituição, tem "das riquezas minerais". Se Vossa Excelência quiser fazer a adaptação "das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional".

Agora, eu acrescentaria, porque está na Constituição também, "assegurando-se-lhes" – assegurando aos índios – "a participação nos resultados da lavra na forma da lei". Não tem problema nenhum, está na Constituição.

iii: "O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes" – aos índios – "a participação nos resultados da lavra na forma da lei". É o § 3º do art. 231. Eu também deixei isso claro no meu voto, fico muito à vontade para sugerir.

iv: "o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira". Aqui tenho uma dúvida: não sei se é permitido garimpagem em terra indígena? Mas Vossa Excelência deve ter feito um estudo mais.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Dependendo da autorização.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Muito bem. Então, não faço sugestão.

v: "o usufruto dos índios" – Vossa Excelência colocou: "fica condicionado". Eu preferia, acho que fica bem mais harmônico com a Constituição, *data venia*: "o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico." Isso também está no meu voto e me deixa à vontade.

Eu só tenho uma dúvida, Excelência: "e o resguardo das riquezas de cunho estratégico" – eu tiraria isso.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vou ponderar a Vossa Excelência o seguinte: que, na realidade, isso é essencial, porque, se não se fizer a ressalva no tocante ao resguardo das riquezas de cunho estratégico, vamos deixar omissa a matéria. Então, não há nenhuma consequência em manter.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Seriam essas riquezas, urânio, coisa desse tipo.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É exatamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu concordo.

"Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai". Isso aqui pode causar estranheza. Mas, na verdade, Vossa Excelência deixou claro e eu também, no meu voto, que a soberania nacional deve ser explicitamente preservada. O livre trânsito das Forças Armadas, da Polícia Federal, na sua missão de fiscalização das fronteiras, isso em nada diminui a opção constitucional pela proteção indígena. Isso é perfeitamente conciliável, é um anteparo institucional que homenageia a soberania nacional, que preserva melhor as fronteiras do País. Coloquei também em meu voto e estou de pleno acordo com Vossa Excelência.

vi: "A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará" – está certo também. Estou de pleno acordo.

vii: "o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação". Estou de pleno acordo. Também coloquei no meu voto, mas não com tanta explicitude e detalhamento como Vossa Excelência fez. Vossa Excelência fez melhor.

viii: "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação" – aqui, Excelência, eu não restringiria o usufruto dos índios. Eu diria isto: "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação", ou seja, uma dupla afetação – a afetação indígena e a afetação ambiental –, eu deixaria: fica sob imediata supervisão do Instituto Chico Mendes. Acho que está bom. Porque a intenção de Vossa Excelência foi exatamente essa. Pronto.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Como é que Vossa Excelência pôs aí?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, "o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a supervisão imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Espera só um instante. Vossa Excelência colocou "fica sob a supervisão"?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Isso, "imediata".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu preferia que mantivéssemos "sob a responsabilidade".

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pode ser.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Por causa da ideia de responsabilidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está certo. Estou de acordo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Esse instituto, qual é a natureza? É instituição pública?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É uma autarquia federal.

ix: "o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela

terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área". Vossa Excelência colocou: "em caráter apenas opinativo". Eu também usaria a linguagem da Constituição: "ouvidas as comunidades indígenas".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ouvidas.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): "ouvidas as comunidades indígenas, levando-se em conta" – Vossa Excelência colocou: "tradições e costumes dos indígenas". Como na Constituição tem "usos, tradições e costumes", então eu acrescentaria "usos, tradições e costumes".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência quer repetir, por favor, Ministro?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pois não: "o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas"...

O Sr. Ministro Menezes Direito: ..."que deverão ser ouvidas"...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): "(...) que deverão ser ouvidas" – ótimo –, "levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai". No mais, tudo igual.

x: "o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados" – Vossa Excelência colocou: "pela administração".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Porque é o Instituto Chico Mendes.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, pelo Instituto Chico Mendes.

xi: "deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;"

O Sr. Ministro Menezes Direito: Isso é o que já existe. Para ingresso, é preciso da autorização da Funai.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito, "observadas as condições estabelecidas pela Funai". Eu só queria que ficasse claro que, subjacente a isso, está a ideia – que me parece arrancar da própria Constituição – de que terra indígena não é território federativo. Então, não se destina à livre circulação dos não índios; não se destina à livre circulação.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Estou de acordo, tanto que depende da autorização da Funai.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, pronto, fica subentendido isso.

xii: "o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;"

No meu voto também deixei razoavelmente posto isso, mas Vossa Excelência explicita melhor.

Digo o mesmo quanto ao número xiii.

xiii: "a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão" (...), ou seja, é a questão do pedágio. Estou de pleno acordo e também coloquei isso no meu voto.

xiv: "as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas" (...). Aqui, Excelência, proponho a supressão, para que os índios não corram o menor risco de que suas terras possam ser objeto de outro negócio jurídico que não os listados aqui; porque a Constituição diz que as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis – indisponíveis – e os direitos sobre elas imprescritíveis.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas essa disposição é explícita no art. 231, § 2º, da CF, com o art. 18, *caput*, da lei especial de regência, que é a 6.001, de 1973.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ótimo. Aí, sugiro que tiremos essa xiv. Não aprovaríamos essa de número xiv para não render o menor ensejo à utilização das terras indígenas por outro negócio jurídico. Eu levaria ao pé da letra mesmo, com todo o rigor.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ficou: "é vedada", porque é uma vedação absoluta, porque a disposição é vedada; em técnica legislativa, a vedação é absoluta, não pode haver nada, "nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas". É em cima: "as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico"(...). Está explicitada a proteção, quer dizer, não pode nenhum outro tipo de negócio jurídico.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): "Que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade" – Então, vamos colocar: "que não restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta." Está bom assim?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Está bem.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pronto.

xv: "é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, (...);"

O Sr. Ministro Menezes Direito: Isso é a mesma coisa. É dispositivo do art. 231 e da lei de regência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito. Isso é Vossa Excelência homenageando a prescrição constitucional da exclusividade do usufruto.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Exclusividade, são os dois itens.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pronto. Subentendido isso, estou de pleno acordo.

xvi: "os bens do patrimônio indígena". Se Vossa Excelência me permite, como o patrimônio – parece-me – é da União, ou seja, é um bem público da União, a dominialidade é da União, eu começaria daqui:

xvi: "as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas observaram o disposto:"

O Sr. Ministro Menezes Direito: Está certo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Pronto: "bem como a renda indígena" – aqui já é a parte tributária.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É a parte tributária que está na Constituição: é a imunidade e a isenção.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Se Vossa Excelência concordar, eu colocaria "imunidade" mesmo, em vez de isenção. É a bem da União.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu só tenho de verificar isso. Vossa Excelência está com a Constituição aí à mão?

Verifique o art. 49, xvi, e art. 231, § 3º, porque eu tenho a lembrança de que faz menção à isenção.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): No xvi, não. Qual é o outro, Excelência?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Não é esse. Então está certo. Pode por imunidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): xviii: "os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis" (...) – Perfeito.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Desculpe-me, Ministro **Carlos Britto**, qual é?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A de número xviii:

xviii: "os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88)."

E, de fato, é isso mesmo. A Constituição diz que as terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É o § 4º do art. 231.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito.

Finalmente, este que é o mais complicado – a Ministra Cármen Lúcia já havia feito essa observação –, é o número xvii: "é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;"

Se for para Raposa Serra do Sol, eu estou de pleno acordo; agora, se for para estender a toda e qualquer demarcação já realizada, já efetivada, eu acho que precisaremos discutir um pouco mais isso, submeter a uma discussão aqui coletiva.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Claro, acho que devemos submeter, sim. Eu ponderaria, apenas, que nós não devemos considerar a aplicação, pelo que foi dito ao longo de toda a discussão, exclusivamente no caso da Raposa Serra do Sol. A ideia

da Corte foi a de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas. Então, nesse caso, haveria, sim, de ser examinada a matéria.

Eu entendo que, uma vez feita a demarcação, não deve caber a ampliação, porque a ampliação vai gerar consequências gravosas, inclusive para aqueles que, uma vez feita a demarcação e executada a demarcação, possam adquirir direitos em virtude dessa demarcação. Se nós admitirmos que é possível a ampliação, a cada momento, vamos ter esse embate.

Por outro lado, como tanto Vossa Excelência como os demais Colegas, incluído, creio, o Ministro **Marco Aurélio** me corrija, também o voto do Ministro **Marco Aurélio**, nós todos consideramos, efetivamente, uma data que foi a data da Constituição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, é premissa do meu voto e creio que de todos os demais, com detalhe. É que não participo, agora, da definição do alcance dessa acolhida parcial do pedido.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Claro, eu estou só lembrando, se Vossa Excelência me permitir, porque o nosso marco foi esse. Se esse marco é aceito pela Suprema Corte, evidentemente, se nós vamos admitir, a partir desse marco, novas ampliações, poderemos criar um impacto, que é extremamente negativo, atingindo direitos que são adquiridos após o processo de demarcação e de execução da demarcação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O Estatuto do Índio, se for necessário, já tem solução para isso, que é a desapropriação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite?

Isso aí é o pressuposto de toda a demarcação, isto é, se foi demarcado e, no ato da demarcação, se reconheceu que a área demarcada correspondia à posse efetivamente provada. Noutras palavras, se nós admitirmos que área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada. Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Mediante laudo técnico, antropológico.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Isto é, se nós deixarmos em aberto a possibilidade de discussão dos limites da demarcação, nós deixemos em aberto para todos os efeitos – e não é só para a ampliação – o alcance da posse na data da Constituição.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu queria fazer uma observação ainda, Senhor Presidente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de demarcação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A título de demarcação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, nada impede que certos indígenas, super aculturados, venham a adquirir outras áreas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Isso é outra coisa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ou até por desapropriação.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Carlos Ayres Britto**, queria fazer uma ponderação a Vossa Excelência, se Vossa Excelência me permitir?

Eu queria aduzir uma ponderação que me parece relevante. É que, uma vez feita a demarcação, pode ocorrer – e, veja que quando nós definimos o critério da demarcação, pelo menos, na maioria dos votos que foram proferidos na Suprema Corte, consideramos possível e até compatível com a Constituição Federal, e o Ministro **Gilmar Mendes** chamou a atenção para esse aspecto, que Vossa Excelência já havia chamado anteriormente, a demarcação contínua. O que significa que, necessariamente, se tem de utilizar o critério dos ciclos concêntricos, porque a agricultura indígena é a agricultura da coivara. Então, nós temos de admitir extensões maiores, por mais que elas possam aqui, ali e acolá ser assustadoras, temos de admitir a possibilidade dessas extensões serem maiores do que, à primeira vista, poderia ser necessário. Com isso, se amplia positivamente a possibilidade da demarcação. Agora, uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 1988, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório.

Então, eu peço vênia a Vossa Excelência, que trouxe tão grande contribuição aos debates, para insistir neste aspecto que me parece necessário manter esse princípio da vedação.

O Sr. José Antonio Dias Toffoli (Advogado-Geral da União): Senhor Presidente, Senhor Relator, uma matéria de fato em cima do marco temporal estabelecido pela Corte.

Antes, gostaria de, em nome da União, louvar a ampla discussão que houve na Corte e também dizer que, por parte da União, há acordo e concordância de que essas referências todas feitas pela maioria formada valerão não só para este caso concreto, mas para outro, em louvor ao princípio da segurança jurídica. Entendemos que isso é extremamente relevante e importante em tema bastante candente.

Em relação à questão fática propriamente dita, temos demarcações feitas anteriormente e posteriormente à Constituição de 1988. Então, tendo em vista o marco temporal fixado pela maioria, a União entende que aquelas demarcações feitas anteriormente a 1988 poderiam ter uma revisão; as posteriores a 1988, não. Não haveria ampliação àquelas posteriores à Constituição de 1988 porque o marco fático e normativo é o da Constituição de 1988.

VOTO
(Sobre o item xvii)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, de minha parte, acato. Esse divisor de águas, a Constituição de 1988.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O que está demarcado está demarcado; do contrário, isso gera uma instabilidade muito grande.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Como as demarcações anteriores também estão baseadas no pressuposto do fato da posse.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Do fato da posse. É o mesmo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Todas as demarcações estão baseadas no fato da posse.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, vou ficar voto vencido nessa parte. Acato a proposta do Advogado-Geral da União.

VOTO
(Sobre o item xvii)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu manteria a redação com essa ampliação, pedindo vênia ao Ministro **Carlos Britto**.

VOTO
(Sobre o item vxii)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu também vou manter, quando Vossa Excelência votou, já tinha excluído esse item em meu voto.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Aliás, desde que votou, logo depois do voto que proferi, Vossa Excelência já havia feito essa observação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente pela dificuldade que tenho de estabelecer isso de uma forma tão genérica. Peço vênia a Vossa Excelência e mantenho o que tinha votado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Que é extremamente pertinente. Vossa Excelência faz muito bem.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sendo assim, só me esqueci – e peço desculpa a Vossa Excelência – de sugerir a Vossa Excelência que não use a palavra "silvícola", e sim "comunidade indígena".

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência vai redigir o acórdão.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas não poderia fazer isso sem consultar Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Ayres**, quando Vossa Excelência fizer as correções, mande-me que eu incorporo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está certo. Quando dos trabalhos constituintes, a palavra "silvícola" foi eliminada da Constituição e a preferência recaiu sobre o substantivo "índios", porque os índios são os primitivos habitantes da América – os nativos –, ao passo que "silvícola" é o habitante da selva, ou seja, ainda de tanga. O fato é que não se precisa usar tanga para se merecer a proteção da toga. Então, eliminamos a palavra "silvícola", portanto, do texto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A partir da proposta do Ministro Marco Aurélio, inicialmente sobre a questão federativa – que foi ajustada por Sua Excelência – e, depois, quando o Ministro Celso de Mello trouxe a necessidade de que – desculpe-me, foi o Ministro Cezar Peluso, na verdade, já na assentada anterior, nós ficamos de estabelecer a necessidade de que, no próprio grupo...

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência me permitiria interrompê-lo, porque já alcancei o ponto que Vossa Excelência quer falar. E eu consultaria o Ministro **Britto**: talvez seja necessário acrescentarmos um item apenas para explicitar a necessidade da participação dos entes federativos quando fosse feita a demarcação, ou seja, incluirmos um item final.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Concordo.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Que Vossa Excelência redigiria, no sentido da necessidade imperativa de serem participantes do processo de demarcação os entes federativos envolvidos na área.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não apenas poderiam ser ouvidos, mas com participação efetiva.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Das comissões dos Estados e dos Municípios.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Efetiva nos processos.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito. Tanto no voto de Vossa Excelência quanto no meu, nós deixamos claros esses marcos como um necessário anteparo a eles: a federação e a soberania nacional. Deixamos isso muito bem vincado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então vamos incluir; Vossa Excelência redigirá então esse item.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Então, redijo.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Seria o último item, logo depois do item xviii, seria o xix, em que se assegurará a efetiva participação dos entes federativos durante todo o processo demarcatório.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E que essas condições são aplicáveis também aos procedimentos demarcatórios eventualmente em curso.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Em curso. Claro, para evitar qualquer risco de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Aí, eu não sei porque se isso implicaria um voltar à estaca zero. Não sei, Excelência. Não é melhor "doravante"?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na fase em que se encontra, não é?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Na fase em que se encontra. Pronto. Está bom. Eu farei isso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Lewandowski, Vossa Excelência?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, estou de acordo.

Até consta aqui do parecer do Ministério Público uma assertiva com a qual, *data venia*, não concordo, que diz que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica.

Eu entendo que devemos manter a proposta do eminente Ministro Menezes Direito, porque, na verdade, quando a Constituição, no art. 231, § 1º, estabeleceu que as terras indígenas são aquelas "tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente", na verdade o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Eu chamei no meu voto de chapa radiográfica.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E, portanto, não há possibilidade deste dinamismo pretendido pelo Ministério Público.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Joaquim Barbosa, Vossa Excelência julgava improcedente a ação.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu julgo totalmente improcedente. Portanto, eu sou contrário a todas essas dezoito condições.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E o Ministro Marco Aurélio julgava procedente a ação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Totalmente procedente. O voto que proferi foi exaustivo quanto ao mérito.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu acho que as condições estão aprovadas. Na questão quanto à vedação da ampliação, ficam vencidos os Ministros Carlos Britto, Eros Grau e Cármen Lúcia.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito. Eu redigirei e deixarei assentado na decisão esses votos vencidos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, resta a questão da execução.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A questão da execução. Eu havia proposto no meu voto, diante já dos antecedentes, que, é claro, a execução terá de ser supervisionada, *in totum*, pelo eminente Ministro Relator. Mas, tendo em vista a necessidade de detalhamento desta execução, os antecedentes, os incidentes verificados quando da liminar, a sugestão é que se confiasse este trabalho, esse mister, ao TRF da 1ª Região, ao seu Presidente, que, obviamente, poderia se valer do concurso de juízes auxiliares, se fosse o caso, mas reportando-se sempre ao Ministro Relator. Essa era a ideia que eu tinha colocado no meu voto.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, estou de pleno acordo. Perdão por interromper, mas estou de acordo, porque é o que nós fazemos ordinariamente, delegando aos Juízes a execução de certos atos processuais.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro Menezes Direito, creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama

judge-made law. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito. Faz o direito e delega a sua execução a um juiz. Mas delega, como? Delega fixando diretivas claras, fixando metas, fixando prazos. Nós não podemos delegar isso a um Tribunal Regional e aos juízes de Roraima sem essas diretivas claras, porque não nós sabemos qual é a realidade local. Se fizermos isso, nada vai acontecer.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito. Prazo, por exemplo. Vossa Excelência propõe?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu concordo com essa inovação que, aliás, acho muito louvável, mas tem de partir daqui diretivas muito claras, prazo, e, qualquer dúvida, o Relator resolve.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito, o Relator fica com a supervisão. Eu ficarei com a supervisão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Veja, não se trata de confiar aos juízes de Roraima, estou confiando aos Juízes Federais e ao Presidente do Tribunal Regional.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O Presidente tem sede em Brasília; o problema é lá em Roraima.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Joaquim Barbosa**, eu queria observar, se Vossa Excelência me permitir? Estou de pleno acordo com a ponderação de Vossa Excelência, mas a minha ideia é que, primeiro, nós definiríamos se seria possível fazer essa execução delegada ao Presidente. Acho que sim. É sempre clara, com a supervisão direta do eminente Ministro Relator.

Agora, a dúvida que tem é a seguinte: nós fixaremos, aqui no Plenário, esses requisitos a que Vossa Excelência se refere, por exemplo, questão de prazo da execução.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Acho que podemos delegar ao Relator.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Delegar ao Relator, que é o que estou imaginando.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Delega ao Relator, e, qualquer dúvida, ele traz em questão de ordem ao Plenário.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Quer dizer, permitindo ao Relator que leve a questão ao Plenário. Foi esta que foi a ideia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, apenas gostaria de recordar que, na última sessão, salvo melhor juízo, decidimos pela imediata retirada daqueles que se encontram em situação irregular ou ilegal na área. Acho que foi uma decisão que o Plenário tomou naquele momento, naquela assentada anterior, e que temos, *data venia*, que manter.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Mas essa decisão já pode ser tomada hoje, aqui, agora.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois é. Já foi tomada. Agora, estamos reafirmando que aqueles que se encontram ilegalmente na área têm de sair imediatamente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Estamos confiando ao Relator.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois não, é.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, acho importante que isso fique confiado também ao Relator, porque há situações concretas que podem exigir uma cautela.

Suponhamos que, na área, existam culturas em época próxima de recolhimento dos frutos etc., a imediata retirada pode comprometer isso e causar danos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Claro, imediata, dentro da razoabilidade que, certamente, o eminente Relator terá o critério de estabelecer.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso que precisa ser levada em consideração a situação.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É que esse processo já vem se arrastando; em rigor, o litígio começou há 30 anos no plano dos fatos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O importante é que não permitamos nenhuma tergiversação com essa decisão que tomamos hoje. Certamente, o eminente Relator conduzirá o processo com o prudente arbítrio, que lhe é peculiar, e as situações excepcionais merecerão tratamento excepcional também. Mas a decisão que me pareceu que esta Corte tomou foi pela imediata retirada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Acho que devemos marcar um prazo hoje. Ministro Lewandowski, pela imediata retirada, acho que devemos votar o prazo. O Ministro Joaquim Barbosa me parece coberto de razão.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Acho que temos que fixar prazo não só para a retirada, como para outras providências.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu acho que Vossa Excelência poderá avaliar, tendo em vista as situações concretas existentes. E, se for o caso, voltar ao Plenário.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A minha intenção, como supervisor dessa execução, não decidir solitariamente; sempre que entender que o caso é mais complexo, eu trarei aqui para o Pleno.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ou após o entendimento com o Presidente do TRF da 1ª Região estabelece as condições da execução.

O Sr. Ministro Eros Grau: Eu só queria fazer uma indagação porque não me lembro. O Ministro Lewandowski disse que isso já foi decidido?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Para mim, foi decidido.

O Sr. José Antonio Dias Toffoli (Advogado-Geral da União): Senhor Presidente, Senhor Relator, há uma liminar numa ação cautelar, proposta pelo governo de Roraima, na qual o Plenário deste Tribunal deu a cautela, até o julgamento final desta ação, para suspender a desintrusão dos não índios da área.

É importante relatar fatos: a ampla maioria dos não índios foi retirada de maneira pacífica, com pagamento das indenizações, com acordos feitos com a

Funai. O que resta na área são poucos ainda não índios ocupantes. A continuidade da desintrusão administrativa, portanto, é possível de ser feita pelo Poder Executivo, pela Força Nacional de Segurança, que está lá desde que houve o início desse trabalho de desintrusão.

A situação, segundo relatos do Presidente da Funai, que está aqui presente, que esteve na área, e sobrevoou a área há duas semanas, é de que vários fazendeiros da região já vinham retirando pertences, maquinários, animais que tinham na área.

Portanto, acho que a situação, por parte da União, é que quanto mais rapidamente essa situação for resolvida, menos possibilidade de conflito. São essas as informações que tenho de parte do Ministério da Justiça, da Força Nacional de Segurança e do Presidente da Funai.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Devemos cassar a liminar, saímos daqui já com a liminar cassada.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ela está cassada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Já está cassada, então. Agora, quanto ao prazo, eu acho que devíamos também marcar o prazo aqui, digamos quinze dias, ou coisa que o valha. Devemos já deixar assentado esse prazo.

O Ministro Lewandowski propõe imediatamente, não é?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim, imediato é até ser cumprido, evidentemente. Porque, na verdade, nós decidimos isso no ano passado, há muitos meses. Quer dizer, já havia uma maioria apontada no sentido desta solução que agora a Corte confirma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, mas a decisão está sendo tomada agora.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Pois é. De maneira que nós sempre decidimos, aqui, pela imediatidade do cumprimento de nossas decisões; nunca fixamos prazo de quinze dias, trinta dias, quarenta dias.

O Sr. Paulo Machado Guimarães (Advogado): Com a devida vênia da Corte, eu falo em nome dos produtores rurais que estão dentro da área da Raposa Serra do Sol.

E devo relatar – no sentido de contribuir – que esses estabelecimentos rurais estão em marcha, não houve um seccionamento das atividades. Lá têm culturas que foram semeadas há pouco; têm culturas em formação; têm frutos em maturação; têm lavouras em pleno estágio de colheita, e esses investimentos estão lá, e eu creio que são alimentos que poderão servir à comunidade nacional.

E há situações jurídicas consolidadas, onde há acordos judiciais homologados estabelecendo as regras da retirada, transitadas em julgado. Então, nessas questões, o que se espera é que esses direitos sejam resguardados. Aí creio que o açodamento neste momento – primeiro que não creio que exista urgência, mas que tem essa situação de fato lá.

Louvo a Corte no sentido de deferir ao Poder Judiciário a realização, impedindo que se faça truculência como se está prometendo lá, e que é de conhecimento da Corte, com ação cautelar, inclusive, depositada nas mãos do Relator, ontem, noticiando que a Polícia Federal está dizendo que julgado, aqui, hoje, de forma contínua amanhã vai tirar as pessoas de lá. Então, isto aí há necessidade de um tempo.

Creio que essas lavouras não se colherão antes do mês de julho todas elas; recolher essas culturas, mas são extensões, isso não são canteiros, e que tem de ser feita a colheita. São milhas e milhas de sacos de arroz que têm de ser recolhidos para alimentar os brasileiros.

Então, essa é a ponderação que, em nome dos produtores, eu faço neste momento.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Acho que essas questões todas devem ser deixadas à alta discrição do eminente Relator; e o Relator, se entender que a questão ultrapassa a sua discricionariedade, a sua prudência, trará ao Plenário, pontualmente, o que deva ser considerado pelo Plenário.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Em contato com o Presidente do Tribunal Regional fará a avaliação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Acho que, ao estabelecermos uma regra de caráter geral, desconhecendo a situação de fato do local e todas essas implicações possíveis, a Corte toma um passo que pode não trazer bons resultados de ordem prática.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Peluso**, Vossa Excelência me permitiria uma observação?

Nós, desde o início, quando examinamos essa matéria, agora, nesta assentada, nossa ideia central, como foi posta, era: primeiro fazia a execução delegada via Poder Judiciário exatamente para ter um controle jurisdicional sobre a execução, o que é absolutamente normal. Quem executa as decisões do Poder Judiciário é o próprio Poder Judiciário; num segundo momento, essa delegação fica na alçada do Ministro Relator, porque um ato de delegação em que o Ministro Relator comanda esse processo. Até porque, no exercício deste comando da execução, o Relator vai encontrar sempre, além da sua decisão, o anteparo da decisão da Corte. E até mesmo pode ensejar, se houver contrariedade, um chamamento ao próprio pronunciamento da Corte.

Então me parece, Senhor Presidente, com todo o maior respeito, que a nossa decisão deve-se limitar a determinar o julgamento, a execução já foi determinada, que é imediata, e esse conceito de imediato está nas mãos do eminente Ministro Relator, que poderá examinar as circunstâncias concretas de cada caso.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Cassada a liminar, isso já está assentado também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência poderá ter os entendimentos necessários com o Presidente do Tribunal Regional Federal para que se dê a devida execução.

A Sra. Joênia Batista de Carvalho: Senhores Ministros, só rapidamente. Eu gostaria, assim como o Advogado dos fazendeiros que se encontram hoje dentro da terra indígena, de falar em nome das comunidades que estão em Roraima, e as aqui presentes, acompanhando, atentamente, este julgamento.

Em abril, foi suspensa a liminar e foi dito, inclusive pelos próprios arrozeiros, que eles aguardariam apenas uma decisão final desta Corte para se retirarem e que acatariam essa decisão de imediato.

Uma vez reconhecida a ilegalidade da ocupação deles, acho que não se justifica ampliar um prazo, qualquer prazo que seja, para que eles continuem produzindo ilegalmente dentro da terra indígena e causando danos às comunidades. Era isso que eu gostaria de ponderar.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Muito obrigado a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, a Corte decidiu no sentido de que o Relator fica incumbido da execução. Se houver necessidade, algum incidente, trará em questão de ordem ao Plenário.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ou seja: a execução é imediata?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Imediata.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Agora, eu fixo o prazo da desintrusão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Relator, foi decidido o seguinte: cassada a liminar; a execução imediata. A forma de se operacionalizar é que está sendo delegada e aí com todos os dados.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É preciso ficar claro, Senhor Presidente, talvez seja necessário; é preciso ficar claro Ministra **Cármen Lúcia**, isso é importante, que a decisão da Corte é que a execução é imediata. Agora, vai-se operacionalizar de acordo com a orientação do Relator. Mas a decisão do Plenário da Corte é que a execução é imediata.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E a execução se dará sob a supervisão do Judiciário, não mais de execução administrativa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Questão de indenização por eventuais benfeitorias, tudo pode obstar. São questões cíveis e não podem obstar a retirada dos que se encontram ilegalmente. Isso, parece-me, precisa ficar bem claro também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Creio que, Ministro Carlos Britto, essas questões estão...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É. A parte executiva da nossa decisão, claro, ficará a cargo do Ministério da Justiça, da Polícia Federal; agora, a parte decisória, propriamente dita, ficará com o Poder Judiciário.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Sob as ordens de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sob as ordens de Vossa Excelência, e com a colaboração do Tribunal Regional Federal.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, o que também não exclui que o eminente Relator possa entrar em contato com os órgãos da União, os órgãos competentes, permitir uma certa continuidade da desintrusão administrativa nos termos em que vem sendo, eventualmente, conduzida.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Perfeito. O que deverei fazer ainda hoje.

O Sr. Paulo Machado Guimarães (Advogado): A execução ocorreria independente da publicação do acórdão?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Isso. Imediata.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O meu receio, eminente Relator, é que se criem tantos incidentes processuais que obstaculizem essa imediata execução.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas acho que está bem posto. Se eu tiver dificuldade para decidir solitariamente, eu trarei ao conhecimento da Corte as ocorrências para uma deliberação Colegiada.

EXTRATO DA ATA

Pet 3.388/RR — Relator: Ministro Carlos Britto. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto (Advogado: Cláudio Vinícius Nunes Quadros). Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (Advogado: Antonio Glaucius de Morais), Estado de Roraima (Procurador: Procurador-Geral do Estado de Roraima), Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e Espólio de Joaquim Ribeiro Peres (Advogado: Luiz Valdemar Albrecth). Requerida: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Assistentes: Fundação Nacional do Índio – FUNAI (Procurador: Procurador-Geral Federal), Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai (Advogado: Paulo Machado Guimarães).

Decisão: Suscitada questão de ordem pelo patrono da Comunidade Indígena Socó, no sentido de fazer nova sustentação oral, tendo em vista fatos novos surgidos no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido, vencido o Ministro Joaquim Barbosa. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo

as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não podem ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto

e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, da Lei 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, da Lei 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/1988, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, da CR/1988); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na AC 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 19 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.949 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Democratas – DEM — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 100 da Lei 11.514, de 14 de agosto de 2007. 3. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional, na estimativa das receitas do Projeto de lei orçamentária de 2008 e da respectiva lei. 4. Preliminar de não cabimento rejeitada: o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas de diretrizes orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 5. O art. 100 da Lei 11.514/2007 possui conteúdo normativo comum a qualquer programa orçamentário, que deve conter, obrigatoriamente, a estimativa das receitas, a qual, por sua vez, deve levar em conta as alterações na legislação tributária. 6. A expressão "legislação tributária", contida no § 2º do art. 165 da Constituição Federal, tem sentido lato, abrangendo em seu conteúdo semântico não só a lei em sentido formal, mas qualquer ato normativo autorizado pelo princípio da legalidade a criar, majorar, alterar alíquota ou base de cálculo, extinguir tributo ou em relação a ele fixar isenções, anistia ou remissão. 7. A previsão das alterações na legislação tributária deve se basear nos projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional. 8. Apesar da existência de termo final de vigência da CPMF e da DRU (31 de dezembro de 2007), não seria exigível outro comportamento do Poder Executivo, na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo, na sua aprovação, que não o de levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas, as quais já eram objeto de proposta de emenda constitucional (PEC 50, de 2007). O princípio da universalidade em matéria orçamentária exige que todas as receitas sejam previstas na lei orçamentária, sem possibilidade de qualquer exclusão. 9. Medida cautelar indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer da ação direta e, quanto ao mérito da cautelar, por unanimidade, indeferi-la, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de agosto de 2008 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo partido *Democratas (DEM)*, contra o art. 100 da Lei 11.514/2007.

A Lei 11.514, de 14 de agosto de 2007, dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária de 2008 e dá outras providências.

Segundo alegado na inicial, o dispositivo questionado "concede aos poderes responsáveis pela elaboração da lei orçamentária o poder de estimar receita que não tenha base na legislação e, sobretudo, na própria Constituição".

Eis o teor do dispositivo normativo impugnado:

> Art. 100. Na estimativa das receitas do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva Lei poderão ser considerados os efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional.
>
> § 1º *(vetado).*
>
> § 2º Se estimada a receita, na forma deste artigo, no Projeto de Lei Orçamentária de 2008:
>
> I – serão identificadas as proposições de alterações na legislação e especificada a receita adicional esperada, em decorrência de cada uma das propostas e seus dispositivos; e
>
> II – será identificada a despesa condicionada à aprovação das respectivas alterações na legislação.
>
> § 3º Caso as alterações propostas não sejam aprovadas, ou o sejam parcialmente, até 60 (sessenta) dias após a publicação da Lei Orçamentária de 2008, de forma a não permitir a integralização dos recursos esperados, as dotações à conta das referidas receitas serão canceladas, mediante decreto, nos 30 (trinta) dias subsequentes, observados os critérios a seguir relacionados, para aplicação sequencial obrigatória e cancelamento linear, até ser completado o valor necessário para cada fonte de receita:
>
> I – de até 100% (cem por cento) das dotações relativas aos novos subtítulos de projetos;
>
> II – de até 60% (sessenta por cento) das dotações relativas aos subtítulos de projetos em andamento;
>
> III – de até 25% (vinte e cinco por cento) das dotações relativas às ações de manutenção;
>
> IV – dos restantes 40% (quarenta por cento) das dotações relativas aos subtítulos de projetos em andamento; e

> V – dos restantes 75% (setenta e cinco por cento) das dotações relativas às ações de manutenção.
>
> § 4º A troca das fontes de recursos condicionadas, constantes da Lei Orçamentária de 2008, pelas respectivas fontes definitivas, cujas alterações na legislação foram aprovadas, será efetuada até 30 (trinta) dias após a publicação da mencionada Lei ou das referidas alterações.
>
> § 5º No caso de não aprovação das propostas de alteração previstas no *caput*, poderá ser efetuada a substituição das fontes condicionadas por excesso de arrecadação de outras fontes, inclusive de operações de crédito, ou por superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior, antes do cancelamento previsto no § 3º deste artigo.

O Requerente alega que a norma impugnada, ao permitir a inclusão de valores concernentes a fontes orçamentárias de caráter provisório na estimativa de receita para o exercício de 2008, autoriza que o orçamento anual seja elaborado com base em texto constitucional inexistente, como as propostas de emenda à constituição ainda em tramitação.

Dessa forma, aduz que o Poder Executivo, ao elaborar o projeto de lei orçamentária, e o Poder Legislativo, ao aprová-lo, poderiam considerar receitas decorrentes da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 50/2007 (PEC 50/2007), que prorroga até 31 de dezembro de 2011 a CPMF e a desvinculação de receitas instituída pelo art. 76 do ADCT.

Sobre o tema da prorrogação da CPMF e da desvinculação de receitas instituída pelo art. 76 do ADCT, o Requerente afirma que existem diversas proposições, de conteúdo variado, em tramitação no Congresso Nacional. Nesse quadro, assevera que todas essas proposições geram estimativas diferentes de receita, o que dificultaria ainda mais a elaboração do orçamento com base em fontes de receita ainda não constantes da Constituição vigente.

Sustenta, ainda, que a lei orçamentária deve ter por base o texto constitucional em vigor, "sob pena de incorrer em insanável vício de inconstitucionalidade". Alega-se, assim, que:

> Devem os Poderes Públicos observar as limitações do texto constitucional vigente. Assim, ao impor regras para a elaboração do orçamento para o exercício de 2008, descabe ao legislador admitir que não sejam considerados os limites temporais constantes dos arts. 76 e 90 do ADCT. Isso é, se o ordenamento constitucional vigente determina expressamente que a CPMF não pode ser cobrada após 31 de dezembro de 2007, não pode o legislador ordinário reconhecer aos poderes públicos a prerrogativa de elaborar o orçamento para 2008 sem a observância deste claro parâmetro temporal. O mesmo raciocínio se aplica à desvinculação de receitas (art. 76 do ADCT).
>
> Assim, o art. 100 da Lei de Diretrizes Orçamentárias estatui expressa permissão para que o projeto de lei orçamentária e a própria lei desprezem o disposto nos arts. 90 e 76 do ADCT. A propósito, o § 3º do referido dispositivo legal torna ainda mais evidente o descaso com a Constituição. Estipula efeitos para o caso de não haver a aprovação das proposições legislativas após sessenta dias da edição da lei orçamentária anual. Ora, o preceito em exame admite expressamente a vigência e, portanto, a execução do orçamento de 2008 com base em meras proposições

> legislativas, sem qualquer força normativa. Dispensa, por dois meses inteiros, a lei orçamentária já aprovada do devido cumprimento da Constituição vigente, em nome de supostas proposições de reforma constitucional em tramitação.
> (Fl. 8.)

Ademais, o Requerente argumenta que o referido art. 100 da Lei 11.514/2007 violaria o disposto no art. 167, VII, da Constituição Federal, pois estabeleceria ambiente de "ilimitação real de créditos", visto que "as restrições orçamentárias terão base em estimativa de receitas decorrente de fontes orçamentárias hipotéticas" (fls. 8-9).

Com relação à urgência da pretensão cautelar, sustenta o seguinte:

> Decorre o *periculum in mora*, na hipótese, do iminente envio ao Congresso Nacional do projeto de lei orçamentária para o exercício de 2008. Seria abusivo deixar que técnicos do Executivo e parlamentares trabalhem sobre regras orçamentárias incompatíveis com o texto constitucional em vigor. É ainda mais grave suportar autorização legislativa para que a lei orçamentária possa vigorar (art. 100, § 3º, da Lei 11.514/2007) com base em preceitos constitucionais hipotéticos, destituídos de qualquer força normativa. O esforço a ser empreendido brevemente na tarefa de confeccionar o orçamento corre o sério risco de ser absolutamente inutilizado caso não haja pronta intervenção judicial no caso.
> (Fl. 9.)

Por fim, requer:

> seja julgada procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 100 da Lei 11.514, de 2007, na parte em que autoriza a consideração, na estimativa de receita do projeto de lei orçamentária para 2008 e da respectiva lei, dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional.
>
> Pede-se também a concessão de medida cautelar *inaudita altera pars*, em vista da excepcional urgência e risco de dano à segurança jurídica, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, de modo a suspender a eficácia do preceito legal ora impugnado, até o julgamento final desta Ação, demonstrados à exaustão a probabilidade e a plausibilidade jurídica do pedido, bem como o perigo na demora da prestação jurisdicional.
> (Fl. 10.)

Apliquei ao feito o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999, requisitando informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional (fl. 113).

A Presidência da República aduz, preliminarmente, o não cabimento da ação, eis que a lei impugnada não ostentaria a autonomia, generalidade e abstração necessárias para ser objeto do controle em abstrato de constitucionalidade (fls. 131 e 139). Quanto à questão de fundo, a Advocacia-Geral da União argumenta, em síntese:

> Insta repisar que a CPMF e a DRU vêm sendo prorrogadas, por meio de seguidas emendas constitucionais, sendo que essas emendas constitucionais, em todas

as oportunidades anteriores, sempre foram julgadas constitucionais pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, jamais tendo sido admitido que tais emendas constitucionais tivessem ferido a qualquer dos incisos do § 4º, do artigo 60, da Constituição do Brasil.

Sem embargo de existirem, como informa o Partido Requerente, outras proposições em tramitação no Congresso Nacional, a PEC 50, de 2007, do Poder Executivo, com boa chance de ser aprovada, altera o artigo 76 e acrescenta o artigo 95 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando a vigência da desvinculação de arrecadação da União e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF).

Assim, francamente, nada nos indica que tanto a CPMF, quanto a DRU não venham a ser, novamente, prorrogadas via emenda constitucional, de modo que o receio do Partido Requerente não tem fundamento na realidade, tendo, portanto, agido bem o artigo 100 da LDO 2008, autorizado pelo § 2º do artigo 165 da Constituição Federal de 1988 ao recomendar essas alterações na legislação tributária e assim orientar a elaboração orçamentária para o ano vindouro.

(...)

Assim, deve ser colimado, da simples leitura do artigo 165, § 2º e 8º, que as leis orçamentárias não fixam as receitas a serem arrecadadas, limitam-se, apenas e tão somente, a prever as receitas, não sendo, consequentemente, indispensável que determinada receita prevista possa vir a ser, de fato, arrecadada ou venha a ser, obrigatoriamente, auferida.

Quando o § 2º, do art. 165, da Constituição Federal, atribui competência à lei de diretrizes orçamentárias para orientar a elaboração da lei orçamentária anual, e para dispor sobre as alterações na legislação tributária, está anuindo que essas alterações da legislação fiscal possam ocorrer por qualquer lei, isto é, por via de lei ordinária, lei complementar, e até mesmo, por via de futura emenda constitucional, mesmo porque norma de lei constitucional também é norma de lei – da lei constitucional.

(...)

Também não deve prosperar o argumento de que o § 3º do artigo 100 da LDO 2008 autoriza a execução do orçamento a custa de fontes de receitas não legalmente previstas. Primeiro porque os procedimentos previstos nos §§ 4º e 5º do artigo 100, c/c o § 2º do artigo 72, da LDO 2008, evitarão o comprometimento das referidas dotações antes da troca de fontes condicionadas pelos recursos pertinentes. E, segundo, a ocorrência da receita da fonte que custeia determinada despesa deve sempre anteceder a execução dessa despesa. Não há realização de despesas sem a efetiva arrecadação de receitas na fonte de recursos que a financia.

Por fim, a vedação de concessão ou utilização de créditos ilimitados, constante do art. 167, inciso VII, da Constituição Federal, refere-se à despesa e não à receita. A lei orçamentária sempre deverá especificar o valor da dotação de uma certa despesa. (Fls. 149/150, 153, 160/161.)

As informações do Congresso Nacional vieram no mesmo sentido. Sustenta a Advocacia do Senado Federal (fls. 164-168):

Razão não assiste ao partido autor.

Nada impede a inclusão da CPMF como receita para 2008, uma vez que a receita, do ponto de vista do orçamento, é uma estimativa, existindo sempre a possibilidade de não se concretizar.

Eventual prorrogação, ou não, da CPMF, poderia suscitar, na pior das hipóteses, a questão tributária de saber se é possível o aumento de tributo após o

orçamento. Esse não é o caso presente, posto que a CPMF está em vias de ser prorrogada, não majorada. De todo modo, ainda que ela fosse majorada, e, para piorar, no transcurso do orçamento de 2008, nenhum problema haveria sob o aspecto do orçamento.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado na vigência da Constituição de 1946, ainda válido hoje, é no sentido de ser "legítima a cobrança de aumento de tributo determinado por lei posterior ao orçamento, quando este já incluía o tributo, em termos genéricos, na previsão de receita" (STF, RMS 8.361, Relator Min.: Victor Nunes Leal). Por sua vez, a Súmula 66 do STF estabelece que "é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro".

Desse modo, nenhuma inconstitucionalidade há na norma impugnada. Nos termos do art. 100, da Lei 11.514/2007, os tributos atualmente existentes, eventualmente majorados, aumentarão a receita; os que não forem alterados, manterão a receita, assim como os tributos prorrogados, lembrando-se que um tributo prorrogado ou restaurado por emenda constitucional não é um tributo "veda pela Constituição vigente", pois a própria Constituição o prorrogou.

É o relatório, cuja cópia será distribuída aos demais Ministros desta Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Em primeiro lugar, analiso a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União quanto ao não cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Sustenta a Advocacia-Geral da União que a Lei 11.514/2007, por ser lei de diretrizes orçamentárias ("LDO 2008"), não possui autonomia normativa e caráter geral e abstrato suficientes para ser objeto do controle abstrato de constitucionalidade.

Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto. Assim, tem-se afirmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela "ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato"[1].

Na mesma linha de orientação, afirma-se que "atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal" (...), porquanto "a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato"[2].

---

[1] ADI 647, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 27-3-1992, p. 3801.

[2] ADI 842, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 14-5-1993, p. 9002; cf., também, ADI 647, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 27-3-1992, p. 3801, e ADI 767, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 18-6-1993, p. 12110.

Assim, tem-se afirmado que disposição constante de lei orçamentária que fixa determinada dotação configura ato de efeito concreto, insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação ("Os atos estatais de efeitos concretos – porque, despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional")[3].

Identifica-se esforço no sentido de precisar a distinção entre normas gerais e normas de efeito concreto na seguinte reflexão de Pertence:

> É expressiva dessa orientação jurisprudencial a decisão que não conheceu da ADI 2.100, 17-12-1999, *Jobim, DJ* de 1º-6-2001:
>
> > "Constitucional. Lei de diretrizes orçamentárias. Vinculação de percentuais a programas. Previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados do orçamento anterior no novo. Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata, ação não conhecida."
>
> A contraposição, no precedente, da disposição legal de efeitos concretos à regra geral e abstrata amolda-se à distinção, na obra póstuma de *Hans Kelsen*, entre a norma de caráter individual quando se torna individualmente obrigatória uma conduta única – e a norma de caráter geral – na qual "uma certa conduta é universalmente posta como devida" (Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, trad. G. Florentino Duarte, Fabris Ed., 1986, p. 11). "O caráter individual de uma norma [explica o mestre da Escola de Viena] não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas de modo geral. Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada; não apenas uma conduta única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa pessoa estabelecida em geral. Assim quando, p. ex., por uma norma moral válida – ordem dirigida a seus filhos – um pai autorizado ordena a seu filho Paul ir à igreja todos os domingos ou não mentir. Essas normas gerais são estabelecidas pela autoridade autorizada pela norma moral válida; para os destinatários das normas, são normas obrigatórias, se bem que elas apenas sejam dirigidas a uma pessoa individualmente determinada. Se pela autoridade para tanto autorizada por uma norma moral válida é dirigido um mandamento a uma maioria de sujeitos individualmente determinados e apenas é imposta uma certa conduta individualmente – como, porventura, no fato de um pai que ordenou a seus filhos Paul, Jugo e Friedrich felicitarem seu professor Mayer pelo 50º aniversário – então há tantas normas individuais quantos destinatários de norma. O que é devido numa norma – ou ordenado num imperativo – é uma conduta definida. Esta pode ser uma conduta única, individualmente certa, conduta de uma ou de várias pessoas individualmente; pode, por sua vez, de antemão, ser um número indeterminado de ações ou omissões de uma pessoa individualmente certa ou de uma determinada categoria de pessoas. Esta é a decisiva distinção".[4]

---

[3] ADI 283, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 12-3-1990, p. 1691.

[4] ADI 2.535, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 21-11-2003.

A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem número de leis.

Não se discute que os atos do poder público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aqueloutras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador, ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (*v.g.*, Lei de Orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento acima referido do Supremo Tribunal acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais: a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do poder público.

Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – *lei casuística* – de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações[5].

Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas.

---

[5] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, 1992, p. 625-6; Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 78.

Sem embargo, é importante ressalvar que, recentemente, o Tribunal[6] reconheceu o caráter normativo de disposições de lei orçamentária anual da União (Lei 10.640/2003, que disciplinou a destinação da receita da Cide-Combustíveis)[7]. Na espécie, por maioria, acolheu-se a preliminar de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade (ADI 2.925, Rel. Ellen Gracie, Rel. p/ o ac. Marco Aurélio, *DJ* de 4-3-2005). O acórdão assim está ementado:

> *Processo objetivo – Ação direta de inconstitucionalidade – Lei orçamentária. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. Lei orçamentária – Contribuição de intervenção no domínio econômico – Importação e comercialização de petróleo e derivados, gás natural e derivados e álcool combustível – Cide – Destinação – Art. 177, § 4º, da Constituição Federal.* É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do art. 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II do citado parágrafo.

Cito também a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence na ADPF 63 (*DJ* de 11-2-2005), na qual o eminente Ministro afirmou o seguinte:

> (...) o entendimento desta Corte, ao contrário do que afirma a Requerente, não é taxativo quanto à falta de abstração e generalidade das normas orçamentárias. No julgamento da ADI 2.925 (Ellen Gracie, *Inf.* 2.333), acentuei:
>
> "Na jurisprudência do Tribunal, creio, mesmo em norma de LDO – exemplo típico de norma concreta que se esgota com o ato que se destina a regrar, isto é, a elaboração do projeto do orçamento anual –, numa das poucas aberturas – pelo menos as minhas anotações consignam –, admitimos a ação direta, em parte. Refiro-me à ADI 2.108, em que conhecemos com relação a uma norma da LDO, porque vinculava a execução orçamentária mensal à receita líquida. Era uma norma de vigência temporária, mas pareceu-nos geral e, portanto, susceptível do controle direto de constitucionalidade. Assim também parece no caso concreto, ainda sem me aventurar a anunciar critérios gerais de orientação da jurisprudência."
>
> Na mesma linha, o eminente Ministro Gilmar Mendes:
>
> "Em se tratando de lei orçamentária, com maior razão, porque, se atentarmos para aquilo que está no texto, veremos que ele não guarda qualquer relação – como já destacado pelo Ministro Marco Aurélio – com as normas típicas de caráter orçamentário. Ao contrário, está dotado de generalidade e abstração, é claro que gravada pela temporalidade, como não poderia deixar de ser em matéria de lei orçamentária. Penso que é uma oportunidade para o Tribunal, talvez, rediscutir esse tema."

---

6 ADI 2.925, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 4-3-2005.

7 Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico dos Combustíveis.

A meu ver, essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional.

Portanto, entendo que o dispositivo impugnado, o art. 100 da Lei 11.514/2007, pode perfeitamente figurar como objeto desta ação direta de inconstitucionalidade.

Passo então a analisar o pedido de medida cautelar.

O art. 100 da Lei 11.514/2007 prevê que na lei orçamentária do ano de 2008 poderão ser considerados os efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional.

Trata-se de ordinário procedimento de estimativa de receita, comum a qualquer programa orçamentário anual, que deve ser realizado por meio da lei de diretrizes orçamentárias. A regra atende a comando constitucional, tal como estabelecido no art. 165, § 2º, da Constituição:

> Art. 165. (...)
> § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, *disporá sobre as alterações na legislação tributária* e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Sobre o conteúdo da lei de diretrizes orçamentárias, cito trechos da obra de Carlos Valder do Nascimento, *verbis*:

> Induvidosamente a Constituição empresta importância significativa ao processo orçamentário, quando confere um encadeamento lógico e sistemático ao planejamento da ação de Governo, envolvendo as etapas relativas ao Plano Plurianual de Investimento, às Diretrizes Orçamentárias e ao Orçamento Anual, enumerados pela ordem de preferência.
>
> Determinadas regras de caráter geral poderão ser adotadas pelo Poder Público no tocante à fixação do montante das despesas e das *receitas que, inclusive, deverão ser estimadas, tendo como parâmetros critérios permitidos pela legislação financeira*. Destaquem-se entre eles os preços, a taxa de câmbio, índices oficiais e outras variáveis vinculadas a procedimento dessa natureza.
>
> *Sendo a receita derivada a fonte maior de financiamento dos gastos públicos, na estimativa das receitas deverão ser considerados os efeitos em função das alterações promovidas pela legislação tributária. Tais modificações são sempre decorrentes do processo de revisão de determinados tributos, com a compatibilização do regime tributário em nível setorial e com a política financeira e monetária, modernização e simplificação de tributação*.[8]

---

[8] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77.

A Lei 4.320, de 17 de março de 1964, – que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal – dispõe, em seu art. 22, sobre o conteúdo e a forma da proposta orçamentária, prescrevendo que dela deverá constar a *estimativa de receita*.

Também a lei de responsabilidade fiscal, em seu art. 12, estabelece que "as previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, *considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante* e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas".

Registro comentários doutrinários a esse artigo, elaborados por Regis Fernandes de Oliveira:

> A norma é sábia, no sentido de obrigar o Chefe do Executivo e sua assessoria específica na área orçamentária e financeira, de forma a exigir que o projeto de lei reflita a realidade do momento. Não se pode elaborar projeto apenas para atender a uma formalidade legal. É importante que o agente administrativo visualize, a partir da vigência da lei de responsabilidade fiscal, que não mais pode "brincar" ao elaborar a peça orçamentária. Agora, é fundamental que reflita a realidade econômica, fixando alíquotas compatíveis, estabelecendo base de cálculo efetiva. A peça orçamentária deixa de ser mera formalidade a ser cumprida pelo Executivo e Legislativo, passando a ser, além de um programa de governo, item fundamental na responsabilidade do agente público.[9]

Em verdade, não há orçamento sem estimativa de receita. O orçamento-programa deve retratar, tanto quanto possível, a realidade financeira do Estado. A estimativa de receita, portanto, deve-se aproximar o máximo possível da efetiva realização das receitas. Assim, todo programa orçamentário deve explicitar, por força de lei, como visto, a receita arrecadada nos três últimos exercícios, a receita prevista para o exercício em que se elabora a proposta orçamentária, assim como a receita prevista para o exercício objeto dessa proposta.

Assim, a estimativa de receita deve estar baseada no comportamento das entradas financeiras definitivas dos últimos três anos e, ao mesmo tempo, deve levar em conta as possíveis alterações na legislação tributária, a conjuntura econômica ou qualquer outro fator financeiro que implique alteração na arrecadação de receita nos próximos dois anos.

Parece não haver qualquer dúvida de que a expressão "legislação tributária", contida no § 2º do art. 165 da Constituição, tem sentido lato, abrangendo em seu conteúdo semântico não só a lei em sentido formal, mas qualquer ato normativo autorizado pelo princípio da legalidade a criar, majorar, alterar alíquota ou base de cálculo, extinguir tributo ou em relação a ele fixar isenções, anistia ou remissão. Portanto, nele estão incluídos a emenda constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a medida provisória etc.

---

[9] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2007. p. 415.

Nesse sentido, a previsão das alterações na legislação tributária deve se basear, isso parece lógico, nos projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional.

O partido político requerente concentra seus argumentos na hipótese da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) de que tratam os arts. 74 e 75 do ADCT, e da desvinculação de receita da União (DRU) de que trata o art. 76 do ADCT. Isso porque, como enfatizado na petição inicial, tais receitas possuem prazo certo para serem extintas, especificamente o dia 31 de dezembro de 2007. Por isso, não poderiam tais receitas ser levadas em conta pela previsão orçamentária elaborada para o ano de 2008. Em síntese, sustenta o Requerente que, "ao autorizar a inclusão na estimativa de receita do projeto de lei orçamentária para o exercício de 2008 de valores concernentes a fontes orçamentárias de caráter provisório, como a CPMF, o legislador acabou por permitir que o orçamento anual seja elaborado com base em texto constitucional inexistente, hipotético, sem força normativa" (fls. 5-6).

No entanto, é preciso esclarecer que o preceito normativo impugnado não possui âmbito de aplicação restrito à previsão das receitas derivadas da futura arrecadação da CPMF e à desvinculação de receitas da União. Como analisado, o art. 100 da Lei 11.514/2007 possui conteúdo normativo comum a qualquer programa orçamentário, que deve conter, obrigatoriamente, a estimativa das receitas, a qual, por sua vez, deve levar em conta as alterações na legislação tributária; qualquer alteração, e não apenas a relativa à CPMF e à DRU.

Uma coisa é certa, portanto: não há inconstitucionalidade total do dispositivo impugnado.

Caso os argumentos utilizados pelo Requerente fossem plausíveis, poder-se-ia cogitar, nesse sentido, de uma suspensão da vigência apenas dessa norma relativa à CPMF e à DRU, sem redução do inteiro teor do dispositivo textual. Uma hipótese de suspensão da vigência da norma sem redução de texto, de forma a possibilitar a sua aplicação às outras múltiplas hipóteses de incidência.

Sem embargo, não há plausibilidade na fundamentação do Requerente.

Deve ser ressaltado, como o fez a Advocacia-Geral da União, que a CPMF vem sendo prorrogada por meio de seguidas emendas constitucionais (EC 12/1996, EC 21/1999, EC 37/2002, EC 42/2003), todas declaradas constitucionais por esta Corte (ADI 1.497; ADI 2.031; ADI 2.666). Assim sendo, apesar da existência de termo final de vigência da CPMF e da DRU (31 de dezembro de 2007), não seria exigível outro comportamento do Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo na sua aprovação, que não o de levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas, as quais já eram objeto de proposta de emenda constitucional (PEC 50, de 2007).

O *princípio da universalidade* em matéria orçamentária exige que todas as receitas sejam previstas na lei orçamentária, sem possibilidade de qualquer exclusão.

Em sessão plenária realizada no dia 12 de dezembro de 2007, o Senado Federal rejeitou a proposta de emenda constitucional que visava à prorrogação da vigência da CPMF até 31 de dezembro de 2011. Quanto à DRU, sua prorrogação foi aprovada e a Emenda Constitucional 56 foi promulgada em 20 de dezembro de 2007, com a seguinte redação:

> Art. 1º O *caput* do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais."
>
> Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.
>
> Brasília, em 20 de dezembro de 2007.

A frustração da receita referente à CPMF foi objeto de compensação na proposta orçamentária elaborada pelo Poder Executivo, por meio da redução de despesas e de alterações na legislação tributária.

Em 24 de março de 2008, o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.647, a qual estima a receita e fixa a despesa da União para o ano de 2008.

Com base nessas considerações, não vislumbro, nesse momento preliminar de análise do pedido de medida cautelar, qualquer inconstitucionalidade no art. 100 da Lei 11.514/2007.

Ante o exposto, voto no sentido de indeferir o pedido de medida cautelar.

DEBATE

O Sr. Ministro Carlos Britto: Daí a diferença entre fixação de despesa e previsão de receita. Quer dizer, a receita está no campo da previsibilidade, diferentemente da despesa, a ser de logo estabelecida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Exatamente. É claro que depois haverá os ajustes necessários, se não se confirmou, como no caso da CPMF não se confirmou. Mas a matéria, a rigor, já perdeu relevância prática, mas continua a ter relevância doutrinária e teórica.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Talvez sublinhar a importância de nós afirmarmos que a lei de diretrizes orçamentárias é, sim, sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade. Isso é muito importante nós fixarmos aqui, porque essa é uma preliminar que foi arguida, e nós estamos rejeitando para afirmar que, sim, a lei de diretrizes orçamentárias é suscetível de controle direto. Isso vem ao encontro daqueles precedentes relativos às medidas provisórias, em que eu até fiquei vencido no que concerne à movimentação ou alteração do orçamento.

Mas, neste caso, a situação é diferente, porque é uma lei de diretrizes orçamentárias que tem princípios gerais e, portanto, não tem aquela característica apenas administrativa. É importante fixar esse princípio.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Parece-me que o voto do eminente Relator homenageia a estrutura lógica da própria lei orçamentária, que é na base de previsão.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Quanto à LDO, não há nenhuma dúvida quanto a essa normatividade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aqui, quem trabalha no serviço público sabe que há uma diferença entre verbo e verba. A que marca a previsibilidade é o verbo; a verba é aquilo que entra.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que é fixada como despesa, a despesa fixada.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A norma é verbo.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Peço vênia**, Senhor Presidente, **para não conhecer** da presente ação direta, **eis que acolho**, no ponto, **a jurisprudência que tem prevalecido** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no sentido de que é inviável**, em situações como a ora em análise, **a utilização**, na espécie, do processo de controle normativo abstrato (**RTJ 167/63**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **ADI 416/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.292/MT**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **v.g.**).

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Perfeito. Mas quanto ao indeferimento da cautelar?

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Superada** a questão prévia **concernente** à incognoscibilidade da presente ação direta, **acompanho** Vossa Excelência **e**, em consequência, **indefiro** o pedido de medida cautelar.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.949-MC/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Democratas – DEM (Advogados: Admar Gonzaga e outros). Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Celso de Mello, conheceu da ação direta e, quanto ao mérito da cautelar, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu-a, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 14 de agosto de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECLAMAÇÃO 5.758 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Reclamante: União — Reclamado: Juiz do Trabalho da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo (Processo 00640-1977-007-02-00-1) — Interessado: Lair Correa Leme

Reclamação. Embargos à execução trabalhista. Intempestividade. Descumprimento da ADC 11-MC/DF. Exequente em idade avançada. Princípios da jurisdição e da dignidade da pessoa humana. Impossibilidade de suspensão da execução trabalhista até o julgamento definitivo da ação paradigma. Processamento imediato dos embargos. Reclamação julgada procedente.

1. A decisão que deixa de receber embargos à execução trabalhista opostos no prazo legal, afastando a aplicação do art. 1º-B da Lei 9.494/1997, descumpre a decisão proferida na ADC 11-MC/DF.

2. A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é razoável que, diante das peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determine suspensão da execução trabalhista e se imponha à parte que aguarde o julgamento definitivo da ação apontada como paradigma nesta Reclamação.

3. Reclamação julgada procedente para se determinar o imediato processamento dos embargos à execução opostos pela União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação, com observações, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Falou pela reclamante a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça. Ausentes o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, o Ministro Celso de Mello, licenciado (art. 72, inciso II, da LC 35/1979 – Loman), e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 13 de maio de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1.** Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pela União, em 19-12-2007, contra o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP que, ao não receber os embargos à execução opostos pela União nos autos do Processo 640/1977, teria descumprido o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 11/DF.

O caso

2. Lair Correa Leme, ora interessada, promoveu execução trabalhista contra a Rede Ferroviária Federal S.A., sucedida pela União, nos autos do Processo 640/1977, perante o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP.

3. Em 26-7-2007, o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo expediu o Mandado 929/2007 para a citação da União, cumprido em 2-8-2007, "para, querendo, opor embargos no prazo de dez dias" (fl. 21).

4. Em 13-8-2007, a União opôs embargos à execução, rejeitados pelo Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, ao fundamento de serem intempestivos (fl. 10).

5. Em 12-9-2007, a União opôs embargos de declaração (fls. 22-25), providos "para esclarecer a intempestividade dos embargos à execução" (fls. 26-27). Na sequência, a União interpôs agravo de petição (fl. 28), pendente de julgamento.

6. É contra a decisão que não recebeu os embargos à execução a presente Reclamação.

A União argumenta que a decisão que não recebeu os embargos à execução por serem intempestivos "colid[iria] expressamente com o disposto no art. 1º-B da Lei 9.494/1997 (acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001), o qual estabelece que o prazo a que se refere o *caput* dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, (...) passa a ser de 30 (trinta) dias (fls. 4-5).

Sustenta que haveria, assim, descumprimento do que decidido por este Supremo Tribunal na ADC 11/DF, em cujo julgamento se determinou ficarem "suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória 2.180-35" (fl. 5).

Requer o deferimento de medida liminar para "*suspender imediatamente* a execução trabalhista *00640-1977-007-02-00-1*, em curso perante a 7ª Vara do Trabalho de São Paulo (SP), de forma a impedir os danos provenientes da decisão proferida pelo juízo reclamado" (fls. 7-8).

No mérito, pede a procedência da Reclamação "a fim de cassar a decisão reclamada, com o recebimento dos embargos de devedor tempestivamente opostos pela União" (fl. 8).

7. Em suas informações, prestadas em 20-12-2007, a Juíza da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP salientou que "somente se aplica o direito comum em caso de omissão da [Consolidação das Leis do Trabalho], o que não ocorre no caso em tela, diante da norma expressa prevista no art. 884 da [Consolidação das Leis do Trabalho]" (fls. 39-40).

8. Em 23-1-2008, a Ministra Ellen Gracie, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, deferiu a liminar requerida pela União para o específico fim de suspender o processamento da Execução Trabalhista 00640-1977-007-02-00-1 (fls. 52-55).

9. Em 7-3-2008, por meio da Petição Avulsa STF 31.003, Lair Correa Leme noticiou ter oitenta anos e ressaltou que o processo ora sobrestado iniciou sua

tramitação há mais de 30 anos. Na oportunidade, juntou cópia das contrarrazões ao agravo de petição interposto pela União (fls. 65-74).

10. Em 29-8-2008, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela procedência da Reclamação (fls. 76-78) e argumentou que "não poderia a decisão reclamada (...) afastar a aplicabilidade da regra do art. 1-B da Lei 9.494/1997, a qual teve sua presunção de constitucionalidade reafirmada e protegida pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade" (fls. 77-78).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1.** O que se põe em foco na presente Reclamação é se, ao negar processamento aos embargos à execução opostos pela União, ao fundamento de que seriam intempestivos, o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP teria descumprido o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC 11-MC/DF.

Na assentada de 28-3-2007, no julgamento da ADC 11-MC/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

> *Ementa*: *Fazenda pública*. Prazo processual. *Embargos à execução. Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT. Ampliação pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal 9.494/1997*. Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados. Dissídio jurisprudencial sobre a norma. Ação direta de constitucionalidade. Liminar deferida. Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei 9.868/1999. *Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória 2.180-35.* (*DJ* de 29-6-2007, grifos nossos.)

A Medida Provisória 2.180-35/2001 prevê:

> Art. 4º A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: (...)
>
> "Art. 1º-B O prazo a que se refere o *caput* dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, *passa a ser de trinta dias*."
>
> (Grifos no original.)

2. O Mandado de Citação 929/2007, pelo qual o Juízo da 7ª Vara Trabalhista de São Paulo determinara a citação da União "para, querendo, opor embargos no prazo de dez dias" (fl. 21), foi cumprido em 2-8-2007 (fl. 21) e juntado aos autos naquela data (fl. 29).

Nos autos do Processo 640/1977**,** a União opôs embargos à execução em 13-8-2007, dentro, portanto, do prazo de trinta dias autorizado pelo art. 1º-B da Lei 9.494/1997.

Ao decidir que os embargos opostos pela União seriam intempestivos e que "a Medida Provisória que conferia 30 dias, para o expediente em tela, não [teria

sido] convertida em lei" (fl. 26), a decisão do Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP afastou a aplicação do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 e, com isso, descumpriu a decisão proferida nos autos da ADC 11-MC/DF.

Ao examinar a medida liminar requerida nos autos da Rcl 6.095/PR, caso análogo ao vertente, o Ministro Eros Grau decidiu:

> *Decisão*: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pela União contra ato do Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Maringá/PR, nos autos da Reclamação Trabalhista 01957-2005-021-09-00-8.
>
> 2. A reclamante alega que a autoridade reclamada, ao deixar de receber os embargos à execução opostos no prazo estabelecido no disposto no art 1º-B, da Lei 9.494/1997 [acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001], afrontou a autoridade do que decidido por esta Corte no julgamento da medida cautelar proposta na ADC 11-MC.
>
> 3. O Juízo reclamado, com esteio no disposto no art. 21 da Lei 9.868/1999, entendeu que "transcorrido o prazo de 180 dias sem a manifestação do STF, prevalece o entendimento já firmado pela Seção Especializada na Orientação Jurisprudencial 109" (fl. 412). (...)
>
> 7. É o relatório.
>
> Decido. 8. A reclamante aponta como violada a decisão liminar proferida na ADC 11-MC. Na ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 11, esta Corte determinou, com fundamento no disposto no art. 21, *caput*, da Lei 9.868/1999 que "ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória 2.180-35".
>
> 9. Ao examinar caso em tudo semelhante a este, Rcl 5.815-MC, *DJ* de 25-2-2008, em que a decisão afrontada seria a ADC 11-MC, o Ministro *Celso de Mello deferiu a medida cautelar para suspender o trâmite da reclamação trabalhista.* Há ainda outras decisões monocráticas no mesmo sentido, a Rcl 5.816-MC, Relator o Ministro *Gilmar Mendes*, *DJ* de 11-2-2008; a Rcl 5.813-MC, Relator o Ministro *Joaquim Barbosa*, *DJ* de 8-2-2008 e a Rcl 5.676-MC, Relator o Ministro *Menezes Direito*, *DJ* de 23-11-2007.
>
> Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, defiro a medida liminar para suspender o trâmite da Reclamação Trabalhista 01957-2005-021-09-00-8.
>
> (*DJ* de 6-6-2008.)

No mesmo sentido, são precedentes: Rcl 6.428-MC/SP de minha relatoria, decisão monocrática, *DJ* de 29-8-2008; Rcl 5.758-MC/SP, de minha relatoria, decisão monocrática, *DJ* de 7-2-2008; Rcl 5.669-MC/RS, de minha relatoria, decisão monocrática, *DJ* de 1º-2-2008; Rcl 6.186-MC/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, *DJ* de 19-8-2008; Rcl 6.173-MC/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, *DJ* de 19-8-2008; Rcl 6.221-MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, *DJ* de 1º-8-2008; Rcl 6.187-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, *DJ* de 25-6-2008; Rcl 6.151-MC/PR, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, *DJ* de 18-6-2008; Rcl 6.095-MC/PR, Rel Min. Eros Grau, decisão monocrática, *DJ* de 9-6-2008; Rcl 5.759-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJ* de 25-3-2008; Rcl 5.815-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática,

DJ de 3-3-2008; Rcl 5.816-MC/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, *DJ* de 18-2-2008; Rcl 5.813-MC/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, *DJ* de 18-2-2008; Rcl 5.676-MC/RS, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, *DJ* de 30-11-2007 e Rcl 5.665-MC/RS, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, *DJ* de 27-11-2007.

3. Descumprida, assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC 11-MC, pelo que há de se julgar procedente a presente Reclamação.

4. Entretanto – e não obstante a conclusão acima –, de se notar que esta ação volta-se contra decisão judicial proferida em embargos à execução opostos pela União nos autos do Processo 640/1977. Tanto significa que a matéria aqui cuidada é objeto de trâmite judicial *há mais de trinta anos,* sem que a ora interessada consiga receber o que o Poder Judiciário, em instâncias próprias e competentes, já lhe assegurou ser de direito.

Essa postergação contraria todos os princípios de ética constitucional que o Estado de Direito tem como fundamentos.

O princípio da jurisdição materializa-se como uma das garantias fundamentais do jurisdicionado, pelo qual lhe é assegurado ter seus litígios solucionados pelo Estado, detentor do monopólio da jurisdição.

A prestação jurisdicional é, portanto, uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é por outra razão que o legislador constituinte derivado inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição da República e explicitou que a todos "são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ao tratar das garantias constitucionais individuais, José Afonso da Silva assinala:

> O princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. (...) A primeira garantia que o (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República) revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição (...) A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não (...)
>
> [O direito a uma duração razoável do processo] foi instituído pela EC-45/2004, mediante o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, para estatuir que a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Aqui interessa o processo judicial, que é o resultado do exercício do direito de acesso à Justiça previsto no inciso XXXV (...) De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustra; daí criar-se mais essa garantia constitucional (...)
>
> Demais, a norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas.
>
> (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 430-432.)

5. Por esses motivos, sem desconhecer os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal naquela ação de controle concentrado de constitucionalidade, em cumprimento ao princípio da jurisdição, entendo não ser razoável, no caso vertente, que se determine a suspensão do Processo 640/1977 e se imponha à parte que aguarde o julgamento do mérito da ADC 11/DF.

Não bastasse isso, ao determinar a citação da União para, querendo, opor embargos à execução nos autos do Processo 640/1977, a própria autoridade reclamada fixou, expressamente, *o prazo de dez dias* para a realização do ato.

O mandado judicial foi cumprido (fl. 21) e juntado aos autos em 2-8-2007 (quinta-feira, fl. 29), e a União opôs seus embargos de execução em 13-8-2007 (segunda-feira, fls. 10-18), portanto, dentro do prazo estabelecido no mandado e, mais, vinte dias antes do término do prazo que a lei lhe facultava.

6. Pelo exposto, **voto no sentido de julgar procedente a presente Reclamação para determinar ao Juízo da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP que receba e dê imediato processamento aos embargos à execução opostos pela União nos autos do Processo 640/1977**.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhor Presidente, estes dois casos, como eu disse, são embargos à execução.

No caso da Rcl 6.428, a tramitação da reclamatória tem mais de treze anos. Portanto, se for suspensa essa ação, para aguardar aquela decisão simplesmente e não a tramitação, provavelmente nós teremos uma questão de tendência demasiada.

No caso da Rcl 5.758, em que é interessado Lair Correa Leme, o processamento da ação é objeto de tramitação há mais de trinta anos. Foi proposta em 1977.

Então, encaminho o meu voto no sentido da procedência da reclamação.

No entanto, proponho – requeiro, se for o caso – aos meus Pares que pelo menos cogitem da hipótese de julgarmos procedente a presente reclamação, determinando aos respectivos juízos que recebam, portanto, os embargos, porque não teriam sido intempestivos. Porém, que se dê processamento imediato a esses embargos por conta desses prazos de mais de trinta anos – numa tramitação, há a questão de prioridade, inclusive, pela idade dessas pessoas; no outro caso, são mais de treze anos –, ao invés de apenas julgarem procedente para determinar que os embargos sejam acatados e sejam suspensos até decisão de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

É o pleito que faço, porque, nesses casos, há peculiaridades.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, a cautelar, na declaratória de constitucionalidade, tem eficácia ímpar, que, de início, implica afastar até mesmo

a jurisdição. Está previsto que o Tribunal poderá suspender todos os processos versando a matéria. Isso realmente se verificou, e a Ministra Relatora veio a nos informar que a suspensão ocorreu em 2007: "ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória 2.180/35". Após a suspensão, o Juízo observou o que determinado na cautelar. Não houve o descumprimento da decisão.

Deu-se, então, a observância do que previsto na própria Lei 9.868/1999. O preceito opera independentemente de qualquer crivo judicial. O parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, é suficientemente claro ao revelar que:

> Art. 21. (...)
> Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Parou aí o legislador? Não. Foi adiante, para colar à ausência de observância desse prazo para julgamento uma cominação, que, a meu ver, surte efeitos, independentemente de qualquer crivo do Supremo: "...sob pena de perda de sua eficácia".

Ou seja, aquela liminar concedida pelo Tribunal vigorou por cento e oitenta dias. Nesse período, os juízos – não sei se é o mesmo ou se são vários – observaram o que decidido pelo Plenário. Passados os cento e oitenta dias, tiveram presente a normatização da matéria.

Assento, então, que, ao deferirmos a liminar em declaratória de constitucionalidade – e para mim essa liminar, prevista em lei, é de constitucionalidade duvidosa, porque suspende a jurisdição no território brasileiro –, colamos implicitamente a vigência estabelecida no parágrafo único do art. 21.

Por isso, tenho que os Juízos trabalhistas não desrespeitaram a decisão do Supremo. Apenas consideraram que a decisão deste Tribunal, precária e efêmera, caducou pela passagem do prazo de vigência previsto em preceito que, para mim, não é dispositivo, é imperativo.

Peço vênia à Relatora para julgar improcedentes os pedidos formulados.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhor Presidente, só um esclarecimento, para que fique claro.

Neste caso, quando a União opôs os embargos, na verdade – um dos juízes alega isso –, não foi naquele prazo de cento e oitenta dias, foi posterior. Apenas para ficar claro que ele não respeitou o prazo num período e, depois, o acatou. Neste caso, os embargos são posteriores ao período.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A União teria protocolado os embargos após os cento e oitenta dias?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): No prazo de trinta dias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E no prazo de vigência da liminar?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não. Depois do prazo de vigência de cento e oitenta dias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Depois do prazo de vigência, observando os trinta e não os cinco dias?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim.

EXTRATO DA ATA

Rcl 5.758/SP — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Reclamante: União (Advogado: Advogado-Geral da União). Reclamado: Juiz do Trabalho da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo (Processo 00640-1977-007-02-00-1). Interessado: Lair Correa Leme (Advogado: Walfrido de Sousa Freitas).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, com observações, contra o voto do Ministro Marco Aurélio. Falou pela reclamante a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça. Ausentes o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, o Ministro Celso de Mello, licenciado (art. 72, inciso II, da LC 35/1979 – Loman), e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 13 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MANDADO DE SEGURANÇA 22.538 — CE

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Impetrantes: Antonia Lucinda de Oliveira e outros — Impetrado: Presidente da República

Servidor público – Reajuste de vencimentos – Omissão atribuída ao Presidente da República – Pretendida existência, com base na Lei 7.706/1988, da obrigação de o Presidente da República fazer instaurar o processo legislativo – Impossibilidade de mera lei ordinária impor, em caráter obrigatório, ao Chefe do Executivo, o exercício do poder de iniciativa legislativa – Iniciativa vinculada das leis, que só se justifica em face de expressa previsão constitucional – Mandado de segurança indeferido.

O exercício do poder de iniciativa das leis – que possui matriz constitucional – não pode ser determinado em sede meramente legal.

– A disciplina jurídica do processo de formação das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de elaboração legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis.

– A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresso, a preveja.

Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao Chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa, pois a iniciativa vinculada – que nunca se presume – só pode derivar de expressa determinação constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o mandado de segurança, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Néri da Silveira e Ilmar Galvão.

Brasília, 23 de abril de 1997 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do eminente Procurador-Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (fls. 45/46):

***Cuida-se de mandado de segurança**, com pedido de medida liminar, impetrado por vários servidores públicos federais lotados na Superintendência do Incra no Estado do Ceará, contra ato atribuído ao senhor Presidente da República, consubstanciado na omissão em conceder reajuste legal de vencimentos aos servidores públicos federais em janeiro do corrente ano.*

***Segundo a impetração**, o direito líquido e certo dos servidores públicos impetrantes residiria no artigo 1º da Lei 7.706/1988 – que lhes garante em 1º de janeiro de cada ano, uma revisão geral da remuneração – dispositivo que estaria a dar aplicabilidade ao preceito normativo estatuído no art. 37, X, da Constituição Federal. Assim, fixado em lei o mês de janeiro de cada ano como a data-base para fins de revisão dos vencimentos do funcionalismo público federal, a decisão do Chefe do Poder Executivo da União de não conceder o reajuste previsto em lei estaria a configurar omissão lesiva ao direito público subjetivo dos impetrantes, corrigível pela via mandamental.*

***Postula-se**, **então**, **por medida liminar** impeditiva da omissão apontada e, no mérito, requer-se a segurança para, em síntese, compelir o Presidente da República a elaborar e mandar à apreciação do Congresso Federal mensagem contendo aumento salarial para os servidores públicos federais com o consequente reconhecimento do mês de janeiro de cada ano como a sua data-base.*

***Vieram as informações a fls. 35/42**, onde se impugna, em essência, pela inexistência de direito líquido e certo a amparar os impetrantes.*

***A liminar foi indeferida**, em bem lançado despacho de fls. 28/31.*

***A matéria objeto da pretensão deduzida** pelo impetrante neste "writ" já foi trazida ao conhecimento desta Suprema Corte nos autos do **Mandado de Segurança 22.439-DF**, Relator o Ministro Maurício Corrêa, oportunidade em que o plenário decidiu que o art. 37, inciso X, da Constituição Federal não dá amparo jurídico ao alegado direito público subjetivo à data-base dos servidores públicos, além de que a Lei 7.706/1988 – bem como qualquer outra – não pode ser invocada como a dar fundamento jurídico de validade à pretensão de compelir o senhor Presidente da República a encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei que preveja reajuste na remuneração geral dos servidores públicos federais.*

***O exercício da iniciativa de lei dispondo** sobre reajuste dos vencimentos pagos aos servidores públicos federais é matéria da competência constitucional privativa do Chefe do Poder Executivo Federal, não havendo qualquer ato normativo que possa obrigar o mais alto dignitário da Nação a apresentar projeto de lei sobre o assunto, à míngua de determinação constitucional a respeito.*

***Entendeu**, **também**, **o Supremo Tribunal Federal** que o art. 37, inciso X, da Carta Maior, longe de estabelecer a data-base do servidor público, apenas garante aos servidores públicos civis e militares a revisão geral de seus vencimentos, sempre nos mesmos índices e na mesma data.*

***Assim**, **reportando-se às razões jurídicas** aduzidas no julgamento do **MS 22.439-DF**, Relator Ministro Maurício Corrêa, na sessão plenária do dia 15 de maio de 1996, **o parecer é pela denegação da segurança**.*

(**Grifei.**)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Trata-se de mandado de segurança** impetrado com a finalidade de questionar **omissão** imputada pelos autores do presente "*writ*" ao Senhor Presidente da República por **não conceder** qualquer reajuste de vencimentos aos servidores públicos federais no mês de janeiro/1996, sob a alegação de que estes **não dispõem** de data-base para efeito de recomposição periódica de seus valores remuneratórios.

Os ora impetrantes sustentam que a Lei 7.706/1988 (art. 1º) **garante** aos servidores públicos, **em 1º de janeiro de cada ano**, uma revisão geral da remuneração, em ordem a recompor os efeitos danosos do processo inflacionário. **Mais do que isso**, enfatiza-se na presente impetração que o preceito legal em referência **desenvolve**, em toda a extensão de seu conteúdo eficacial, a normatividade emergente da cláusula inscrita no art. 37, X, da Constituição, de tal maneira que os servidores públicos da União, **na data-base que lhes foi definida em lei** (**mês de janeiro de cada ano**), têm direito público subjetivo à revisão de seus vencimentos (**fl. 4**).

Postula-se, **nesta sede mandamental**, o reconhecimento de que **assiste aos impetrantes** o direito à revisão dos valores remuneratórios que lhes são pagos, na razão de 35,30%, a partir de janeiro/1996, que constitui a data-base dos servidores públicos da União (**fl. 8**).

A pretensão mandamental deduzida pelos impetrantes na presente sede processual já foi apreciada – **e repelida** – pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento plenário do **MS 22.439/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **decidiu** que o art. 37, X, da Constituição **não confere** aos servidores públicos em geral o direito subjetivo a uma data-base, acentuando, ainda, que nenhuma lei, **inclusive a Lei 7.706/1988**, pode ser invocada como fundamento jurídico **válido** para compelir o Presidente da República a remeter ao Congresso Nacional proposição legislativa destinada a majorar o estipêndio funcional devido aos agentes estatais.

O Supremo Tribunal Federal, **no precedente em questão**, proclamou que **nenhum** ato legislativo, em nosso sistema constitucional, reveste-se de autoridade suficiente para **impor** ao Presidente da República o exercício do poder de iniciativa legislativa.

É que a disciplina normativa do processo de elaboração legislativa tem matriz essencialmente constitucional, **pois é no texto da Carta Política** que se acham delineados os princípios que regem o procedimento de formação das leis.

O poder de iniciativa das leis, por isso mesmo, **funda-se na Constituição** que define os órgãos investidos dessa prerrogativa de instauração do processo legislativo (CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 312, item n. 1, 11. ed., 1989, Saraiva).

Cumpre ter presente, de outro lado, o magistério da doutrina, que, ao versar a teoria geral do processo legislativo, refere-se à **iniciativa vinculada das leis**, que **somente** ocorre, **considerada** a qualificação **eminentemente**

constitucional do poder de agir em sede legislativa, nas hipóteses **exclusivamente** mencionadas **pelo próprio** texto da Carta Política.

Daí a exata observação de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que, **em obra monográfica** sobre o tema ("**Do Processo Legislativo**", p. 204, 3. ed., 1995, Saraiva), **acentua** que "***Caso oposto ao da iniciativa reservada é o da iniciativa vinculada***" (**grifei**), **salientando** que se tem por ocorrente a hipótese de **iniciativa vinculada**, "*quando a apresentação do projeto de lei sobre determinada questão* ***é exigida pela Constituição****, em data ou em prazo certo*" (**grifei**), **tal como o fez** a Carta Federal de 1969 em matéria orçamentária (art. 66, "*caput*") **e**, de forma **menos** incisiva, **a vigente** Constituição, em seu art. 166, § 6º.

Desse modo, para que o Chefe do Executivo **tivesse** o dever jurídico **de apresentar** projeto de lei **concernente** à revisão do estipêndio funcional dos servidores públicos, **seria imprescindível que a própria Constituição assim o determinasse**. Tal, porém, não ocorre, **cabendo assinalar**, ainda, que a norma **inscrita** no art. 37, X, da Carta Política, **além** de não legitimar a possibilidade de qualquer estipulação de data-base, **também não assegura** aos servidores públicos em geral direito subjetivo à revisão compulsória de vencimentos **em determinado período**.

Na realidade, o preceito constitucional em referência estabelece, **em tema de estipêndio funcional**, uma **única** e **específica** garantia em favor dos agentes estatais (civis ou militares), consistente na outorga de direito aos **mesmos** índices, com vigência a partir da **mesma** data, **sempre** que o Estado **proceder** à revisão geral da remuneração devida aos servidores públicos. **É o que ressalta**, a esse propósito, **o magistério da doutrina** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/249-250, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 2/375, 1990, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 362/363, 5. ed., 1995, Atlas; ADILSON ABREU DALLARI, "**Regime Constitucional dos Servidores Públicos**", p. 57/58, 2. ed., 1990, RT, **v**.**g**.).

É por essa razão que CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 3, tomo III/105-106, 1992, Saraiva), **ao comentar** o sentido da norma constitucional em questão, assinala, **com extrema propriedade**, que "***O conteúdo*** *do preceito* ***tem duas vertentes***. ***Em primeiro lugar****, impõe os* ***mesmos*** *índices,* ***o que significa*** *a adição de um percentual idêntico* ***para todos*** *os servidores.* ***De outra parte****, consagra-se* ***a identidade*** *de data,* ***ou seja****, a aludida revisão geral de remuneração* ***terá de ocorrer*** *simultaneamente para todos os servidores públicos, civis e militares.* ***Não significa que ele ocorrerá sempre na mesma data do ano. O preceito não parece ter qualquer conotação com a época em que se dará a revisão ou mesmo com a sua periodicidade****. O que ele impõe é, em síntese, que,* ***em havendo*** *previsão geral para os servidores, quer civis, quer militares, ela se estenderá inexoravelmente à outra categoria*" (**grifei**).

Concluindo: **cabe reafirmar** que, **em consequência** do modelo **consubstanciado** na Constituição da República, **nenhuma** lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, **dispõe** de autoridade suficiente **para impor**, ao Chefe do Executivo, **o exercício compulsório** do poder de iniciativa legislativa, **pois** a iniciativa vinculada – que **nunca** se presume – **só** pode derivar **de expressa** determinação constitucional.

Sendo assim, pelas razões expostas, **e considerando**, sobretudo, **as decisões plenárias** do Supremo Tribunal Federal **proferidas** nos julgamentos **do MS 22.439/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (**Sessão de 15-5-1996**), **e do MS 22.690/CE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **indefiro** o pedido de mandado de segurança.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, para deixar claro o meu entendimento a respeito da matéria em discussão, faço transcrever minha justificativa de voto:

> *Senhor Presidente, distingo reajuste de aumento. No tocante ao aumento, reconheço que o art. 61 da Constituição Federal prevê a iniciativa do Chefe do Poder Executivo – e aí temos, também, a atuação privativa quanto aos demais Poderes e o Ministério Público.*
>
> *Relativamente ao reajuste, a Carta de 1988 acabou por estender aos servidores em geral um princípio, uma prerrogativa que era da magistratura: a irredutibilidade dos vencimentos, instituto que tem de ser compreendido a ponto de se lhe conferir alguma eficácia. Portanto, não pode ser empolgado como algo que diga respeito apenas ao valor nominal, já que está ligado ao valor real, ao poder aquisitivo do que percebido pelo prestador dos serviços. Temos, no cenário jurídico, dispositivo constitucional, mencionado pelo nobre Ministro Relator, que cogita da revisão dos vencimentos sem distinção de percentual e de data, de forma linear, beneficiando servidores civis e militares. Creio que, neste caso, empolga-se, justamente, o tratamento diferenciado, o benefício concedido aos militares, deixando-se à míngua os servidores civis.*
>
> *Senhor Presidente, continuo convencido de que não tivemos a revogação da lei que, após a Carta de 1988, apontou janeiro como a data-base dos servidores. Ora, assentando que a iniciativa só diz respeito ao aumento e, também, que a Carta assegura a irredutibilidade dos vencimentos, concluo que na data-base a revisão desses há de ser feita com automaticidade.*
>
> *Por isso, peço vênia ao nobre Ministro Relator para conceder a ordem.*
>
> (MS 22.563-7/CE, relatado pelo Ministro Moreira Alves, perante o Pleno, e julgado em 23 de março de 1997.)

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

MS 22.538/CE — Relator: Ministro Celso de Mello. Impetrantes: Antonia Lucinda de Oliveira e outros (Advogada: Joelina Pereira Marinho). Impetrado: Presidente da República.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança, vencido o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Néri da Silveira e Ilmar Galvão.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 23 de abril de 1997 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.098 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Leonildo Ferreira dos Santos — Recorrida: União

Mandado de segurança – Pronunciamento judicial – Acórdão em conflito de competência – Adequação – Legitimidade e interesse. A parte no processo que deu origem ao conflito de competência, não integrando a relação processual deste último, conta com a adequação, a legitimidade e o interesse para questionar, mediante mandado de segurança, o que decidido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 26 de maio de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Superior Tribunal de Justiça negou seguimento a pedido formulado em mandado de segurança (fls. 134 e 135) e desproveu os embargos de declaração interpostos. Eis os fundamentos do acórdão (fls. 149 e 150):

> Esta a decisão embargada às fls. 134/5:
>
> "Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro Barros Monteiro que, conhecendo do Conflito de Competência 48.333/RJ entre os MM. Juízos da 3ª Vara do Trabalho de Londrina/PR e de Direito da 6ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, declarou competente este último, julgando prejudicado o pedido de liminar.
>
> Esta a decisão impugnada às fls. 120/1:
>
> 'Trata-se de conflito de competência suscitado por 'Proforte S/A – Transporte de Valores', que aponta como conflitantes o Juízo de Direito da 6ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro-RJ e a 3ª Vara do Trabalho de Londrina-PR.
>
> Alega a suscitante que, nos autos da execução trabalhista movida por Leonildo Ferreira dos Santos contra 'SEG – Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S/A' – que teve sua falência decretada em 26 de outubro de 2001 –, o MM. Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Londrina-PR determinou a penhora de bens para compelir a 'Proforte S/A – Transporte de Valores' ao cumprimento da sentença condenatória. Acrescenta que informou ao MM. Juízo Trabalhista sobre a decretação da falência da empresa reclamada e requereu a

expedição de certidão de habilitação para o crédito do exequente junto ao Juízo Falimentar, tendo sido indeferido tal pedido.

Aduzindo então que possui legitimidade e interesse na interposição desta medida judicial e que o Juízo competente para processar a execução trabalhista é o Juízo Falimentar, a empresa suscitou este conflito de competência.

2. A questão já se encontra pacificada nesta Corte. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que 'decretada a falência da devedora, os atos de execução já iniciados na Justiça do Trabalho prosseguirão no Juízo Falimentar, salvo se já aprazada a alienação dos bens' (CC 20.391-RS, por mim relatado). No mesmo sentido os CC 22.293-RJ, Relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e 19.468-SP, Relator o eminente Ministro Ari Pargendler, entre outros.

Acrescente-se que hipóteses idênticas à dos autos têm sido apreciadas por esta c. Seção, que, reiterando o entendimento pela competência do Juízo Falimentar, vem ressaltando o fato de que a falida em momento algum foi expressamente excluída do polo passivo das execuções trabalhistas. Neste sentido confiram-se, entre outros, os CC 39.490/RJ, 37.175/RJ e 39.025/RJ, todos de relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

3. Isto posto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do CPC, introduzido pela Lei 9.756, de 17-12-1998, conheço do conflito e declaro competente o Juízo da 6ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro/RJ, prejudicado o pedido liminar.'

Daí a presente irresignação mediante o presente *writ of mandamus*.

A Súmula 121, do ex-TFR, tem esta redação:

'Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão de natureza jurisdicional, emanado de Relator ou Presidente de Turma.'

Esta Súmula continua vigorante no âmbito do STJ, consoante o decidido pela Corte Especial no MS 2928-9/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* de 21-3-1994, p. 5425. No mesmo sentido: AgRg no MS 844/DF, *in RSTJ* 31/209, in Theotônio Negrão, 34ª ed., Nota 12 ao art. 5º, e Nota 12, ao art. 14, da Lei 1.533/1951, p. 1661 e 1679, respectivamente.

Acresce o julgado pela Corte no MS 9.575/SP, Agravo Regimental, de que fui Relator.

Ante o exposto, nego seguimento ao pedido."

Dito isto, inocorrendo qualquer das pechas de que trata o art. 535, do CPC, rejeito os embargos.

Daí o recurso ordinário de fls. 173 a 184, no qual o Impetrante esclarece ter ajuizado, em 20-9-1995, reclamação trabalhista, que tramitou na 3ª Vara do Trabalho de Londrina, contra a empresa SEG (Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S.A.). A ação foi julgada parcialmente procedente e transitou em julgado no dia 13-2-1997, o que ensejou o início do processo de execução. Paralelamente, informa haver a empresa, em 11-5-1994, por deliberação de assembleia, cedido 42,15% do próprio capital social para que fossem constituídas outras empresas, segundo cada atividade específica do ramo de segurança. A filial de Londrina teria sido transferida para a integralização de capital da SEG Transportes de Valores S.A., atual Proforte S.A. Transporte de Valores. Diante

desse fato, o Reclamante postulou no Juízo Trabalhista a declaração de sucessão de empresas, o que foi deferido. Assim, a Proforte foi intimada para pagar o débito ou nomear bens à penhora, tendo ingressado na execução, sem questionar, nem nos embargos interpostos, a sucessão das empresas. Em 26-10-2001, a antiga empresa, que fora dividida em várias outras, teve a falência decretada – após o trânsito em julgado da decisão que implicara a declaração de sucessão. Tal fato fez com que a Proforte suscitasse conflito de competência entre a 3ª Vara do Trabalho de Londrina e a 6ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, alegando que, diante da falência da SEG, o juízo competente para processar a execução seria o falimentar. O Superior Tribunal de Justiça teria fixado a competência do juízo falimentar, o que deu ensejo à impetração.

O Recorrente assevera que, além de o conflito de competência não ser um procedimento de natureza jurisdicional, pois não resolve a lide e não tem contraditório, o que estaria a afastar a pertinência do Verbete 121 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, na espécie, ainda houve ofensa à coisa julgada. Discorre sobre a sucessão de empresas efetivada e sobre os efeitos da sucessão trabalhista, insistindo em que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no conflito de competência deu-se em desrespeito à coisa julgada material. Ressalta que, em momento algum, foi cientificado da existência do citado conflito de competência, mas teve "seus interesses frontalmente atingidos, pois sabidamente a SEG nunca extinguirá o seu passivo. Houve, mais uma vez, afronta ao direito constitucional do contraditório" (fl. 183). Salienta que o efeito prático da decisão do conflito "intervém diretamente numa relação de direito material que já está resolvida e acobertada pelo manto da coisa julgada" (fl. 183). Nesse ponto, assevera não conter o conflito de competência capacidade de influenciar a relação de direito material das partes envolvidas.

A União apresentou as contrarrazões de fls. 189 a 194, ressaltando o acerto da conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que mandado de segurança não é instrumento processual idôneo à impugnação de acórdão.

O recurso foi admitido à fl. 196.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 205 a 207, preconiza o não provimento do recurso, nos termos do Verbete 267 da Súmula desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente constituído (fl. 13), restou protocolada no prazo assinado em lei. A publicação do acórdão impugnado deu-se no *Diário* de 5-12-2005, segunda-feira (fl. 153), ocorrendo a manifestação do inconformismo, mediante fac-símile, em 15 imediato, quinta-feira (fl. 159). O original foi protocolado no dia 21 subsequente, quarta-feira (fl. 173). Registro ser o Recorrente beneficiário da assistência judiciária gratuita (fl. 196).

Em primeiro lugar, consigno que ao pronunciamento individual na impetração seguiram-se embargos declaratórios, os quais vieram a ser apreciados não pelo autor do ato formalizado, que, iniludivelmente, possui carga decisória. O Relator do MS 10.995/RJ, no Superior Tribunal de Justiça, Ministro José Arnaldo da Fonseca, negou seguimento ao pedido evocando, para tanto, o Verbete 121 do antigo Tribunal Federal de Recursos, a revelar que "não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão de natureza jurisdicional, emanado de Relator ou Presidente de Turma". Os embargos de declaração foram submetidos à Corte Especial, que os desproveu apontando a inexistência de qualquer dos vícios capazes de levar ao acolhimento do que veiculado.

De qualquer forma, tal questão não é o que se faz em jogo neste recurso ordinário. Verifica-se não haver o Impetrante do mandado de segurança figurado no conflito de competência dirimido pelo Ministro Barros Monteiro, no qual, estando envolvidos o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Londrina/PR e o da 6ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, assentou-se incumbir a este último atuar na execução trabalhista. Não se poderia, assim, vislumbrar óbice à tramitação do mandado de segurança, porquanto o autor da execução em curso no Juízo do Trabalho e impetrante quanto ao ato do Superior Tribunal de Justiça relativo à solução do conflito de competência não figurou sequer como interessado neste último. Logo, jurisprudência no sentido da inadequação da via eleita, do manuseio do mandado de segurança, mostrou-se-lhe imprópria.

Vale frisar, por oportuno, a existência da legitimidade e do interesse em ver apreciado o tema de fundo e que veio a formalizar a causa de pedir da impetração. É que, em execução em curso, presente anterior sucessão trabalhista, acabou por prevalecer o envolvimento não da sucessora em si, mas da sucedida no que insolvente considerados ativo e passivo. A não se entender cabível o mandado de segurança, ficará fechada a porta ao interessado e impetrante para buscar a reversão do quadro referente ao conflito de competência. Embora haja uma decisão no campo judicial, não ganhou ela, diante da relação subjetiva do procedimento que a ensejou, contornos próprios a dizer-se da pertinência de recurso. Devem-se distinguir situações concretas, não se generalizando a jurisprudência no sentido da inadmissão de mandado de segurança contra ato judicial. A premissa é válida quando há a possibilidade de impugnação na via da recorribilidade.

Provejo este recurso para que o mandado de segurança impetrado tenha sequência, afastado o óbice apontado, ou seja, o não cabimento por estar dirigido contra pronunciamento judicial.

EXTRATO DA ATA

RMS 26.098/RJ — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Leonildo Ferreira dos Santos (Advogados: Mauro Shiguemitsu Yamamoto e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República Dr. Edson Almeida de Oliveira.

Brasília, 26 de maio de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA 26.696 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Impetrante: Vinícius Diniz Monteiro de Barros — Impetrado: Procurador-Geral da República

Mandado de segurança. 2. Ato do Procurador-Geral da República que, em sede de recurso administrativo, manteve decisão que indeferiu a inscrição definitiva do impetrante no 23º Concurso para provimento de cargos de Procurador da República. 3. Não comprovação do requisito de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no ato da inscrição (CF, art. 129, § 3º). Exigência declarada constitucional por este Supremo Tribunal Federal na ADI 3.460/DF. 4. Não realização de prova oral pelo impetrante. 5. Mandado de segurança prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar prejudicada a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de junho de 2009 — Gilmar Mendes, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Vinícius Diniz Monteiro de Barros, contra ato do Procurador-Geral da República que, em sede de recurso administrativo, manteve decisão que indeferiu a inscrição definitiva do impetrante no 23º Concurso para provimento de cargos de Procurador da República. Eis o teor da decisão impugnada:

> O exame do recurso e dos documentos que instruem o requerimento de inscrição definitiva revelam que, embora tenha o candidato *Vinícius Diniz Monteiro de Barros* obtido o grau de bacharel em Direito há mais de três anos, não demonstrou atender à exigência de três anos de atividade jurídica no exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito. Nego provimento ao recurso, pelos fundamentos expostos na decisão que indeferiu o pedido de inscrição definitiva. (Fl. 6.)

A decisão atacada baseou-se em norma do edital do concurso, que exige a comprovação, no ato da inscrição definitiva, do exercício de 3 (três) anos de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito, após a colação de grau (fl. 267).

A tese levantada no presente mandado de segurança, em síntese, é a de que, ao contrário do que entendeu o ato impugnado, o impetrante cumpre o referido requisito de 3 anos de atividade jurídica.

Inicialmente, sustenta o impetrante que exerceu, durante 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias, o cargo de Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, o qual, de acordo com a Lei 11.416, de 15 de dezembro de 2006, é cargo privativo de bacharel em Direito (fl. 74).

Alega, ainda, que exerceu por 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias, o cargo em comissão de Diretor I, de recrutamento amplo do Quadro Setorial da Lotação da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Governo de Minas Gerais (fl. 66), sendo este cargo público considerado pela Comissão Examinadora não privativo de bacharel em Direito (fls. 80-82).

Em razão disso, o impetrante ressalta que, "no ato de sua inscrição definitiva, foi demonstrado que, em parte dos três anos de sua atividade profissional, ele exerceu cargo privativo de bacharel em Direito e, em outra parte, cargo não privativo de bacharel em Direito, no qual sempre preponderou a interpretação e aplicação de normas jurídicas" (fl. 6). Portanto, segundo o impetrante, tais elementos seriam suficientes para atender aos requisitos contidos no edital do concurso e nas deliberações do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (Resolução 4/2006).

O impetrante também entende que "quando essa Corte julgou como constitucional, na ADI 3.460/DF, norma que restringia o conceito de atividade jurídica, classificando-a apenas como aquela resultante de cargo ou função privativos de bacharel em Direito, não declarou, em hipótese alguma, que eram inconstitucionais as disposições que fazem tal classificação de maneira mais abrangente" (fls. 6-7).

Em decisão de 8-6-2007 (fls. 286-290), indeferi a liminar pleiteada (*DJ* de 15-6-2007).

A autoridade impetrada, por meio da Secretaria de Concursos, prestou informações às fls. 298-304, como também o Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 308-316, opinando pela denegação da ordem. Ambos entenderam que, no momento da inscrição definitiva do concurso público, o impetrante não teria comprovado os 3 (três) anos de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito, estabelecido pelo art. 129, § 3º, da CF.

Advertem, ainda, que tal exigência foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460/DF, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 15-6-2007, cuja decisão tem eficácia *erga omnes* e vinculante.

Ressalto, por necessário, que o 23º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República teve sua homologação publicada, em 5-7-2007, no Diário Oficial da União, bem como os candidatos aprovados tomaram posse no dia 27-8-2007.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão de fundo já foi apreciada por este Supremo Tribunal Federal no recente julgamento da ADI 3.460/

DF, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 12-9-2006, no qual o Plenário da Corte declarou a constitucionalidade de Resolução do Conselho Superior do MPDFT, que exigia dos candidatos em concurso público de provimento de cargos de Promotor de Justiça, no momento da realização da inscrição definitiva, a devida comprovação do desempenho de atividade jurídica por pelo menos de 3 (três) anos, na qualidade de bacharéis em Direito (*Informativo STF* 438).

Na ocasião, o Tribunal assentou que "a norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de selecionar profissionais experientes para o exercício das funções atribuídas aos membros do Ministério Público, asseverando que *os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e que a expressão "atividade jurídica" corresponde ao desempenho de atividades privativas de bacharel em Direito* (*Informativo STF* 438).

Decidiu-se, também, que "*o momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso*, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos" (*Informativo STF* 438).

Os documentos presentes nos autos atestam, e a própria petição inicial o confirma, que o impetrante não possui três anos de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito, exercida após a colação de grau.

Segundo os elementos contidos nos autos, o impetrante exerceu, por 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias, o cargo em comissão de Diretor I, do Quadro Setorial da Lotação da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Governo de Minas Gerais (fl. 66). Após, o impetrante foi nomeado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, devido ao êxito em certame público, para exercer o cargo de Analista Judiciário, que desempenhou durante apenas 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias (fl. 74).

Ocorre que, segundo documento emitido pela Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais, o cargo em comissão de Diretor I, ocupado pelo impetrante, é cargo público de recrutamento amplo, portanto, não privativo de bacharel em Direito (fl. 77).

Nesse contexto, verifica-se, em juízo de mérito, que o impetrante não preencheu o requisito de 3 (três) anos de atividade jurídica previsto no art. 44 da Resolução 85/2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, com fundamento no art. 129, § 3º, da Constituição, exigência essa que teve sua constitucionalidade declarada pela Corte no já referido julgamento da ADI 3.460/DF.

Ante o exposto, voto pela **denegação** da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, estou de pleno acordo. Agora, causou-me estranheza a afirmativa de que o edital exigiu apenas preponderância de conhecimentos jurídicos no exercício do cargo, e não que o exercício do cargo se desse com aquela exigência da nossa decisão na ADI 3.460, ou seja,

que o cargo fosse privativo de bacharel em Direito, só pudesse ser ocupado ou provido por um agente, ou por um concursado, formado em Direito, com formação de nível superior em Ciências Jurídicas e Sociais. Estranhei isso, o edital falou de preponderância e não de privatividade.

A nossa ação direta de inconstitucionalidade já estava publicada?

O Sr. Advogado Thiago Naves: Não, o acórdão não estava publicado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Nem as notas, nem a ata de julgamento estava publicada?

O Sr. Advogado Thiago Naves: Exatamente em virtude dessa exigência simples da atividade preponderante é que ele se inscreveu no concurso, porque, se houvesse a exigência do cargo privativo – que ele realmente, *ipso facto*, não possuía –, então nem se inscreveria. Mas a exigência era clara, como sempre foi feito depois de 2004, de atividade privativa de bacharel em Direito. Por isso eu disse aqui, Excelência, que seria o caso, então, de se anular todos os concursos realizados a partir de 2004, nos quais se exigiam atividade preponderante, porque esse é um caso que se enquadra nessa hipótese.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O fato é que o edital não podia conter semelhante norma.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): O que tenho aqui, Ministro Carlos Britto, é a própria decisão do Procurador-Geral em que ele afirma, quando da inscrição definitiva:

> O exame do recurso e dos documentos que instruem o requerimento de inscrição definitiva revelam que, embora tenha o candidato (...) obtido o grau de bacharel em Direito há mais de três anos, não demonstrou atender à exigência de três anos de atividade jurídica no exercício da advocacia ou de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito.

O Sr. Advogado Thiago Naves: Senhor Presidente, o edital está juntado nos autos, e essa decisão se refere ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, e não ao próprio edital que previa simplesmente atividade preponderante, como foi feito a partir de 2004, depois de promulgada a ementa. Sempre foi feito dessa forma, tanto em 2005 quanto em 2006, e em "n" concursos, não somente os do Ministério Público Federal.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, todavia, como se trata de provimento de cargo de Procurador da República, vou acompanhar o voto de Vossa Excelência, com o devido respeito à brilhante atuação do Advogado que ocupou a tribuna.

EXTRATO DA ATA

MS 26.696/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Impetrante: Vinícius Diniz Monteiro de Barros (Advogados: João Batista de Oliveira Filho e outros). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), indeferindo a segurança, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia e, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie (Presidente) e os Ministros Celso de Mello e Menezes Direito. Falou pelo impetrante o Dr. Thiago Naves. Procurador-Geral da República Dr. Francisco Xavier Pinheiro Filho ante o impedimento do titular. Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 17-12-2007.

Decisão: Indicado adiamento. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Menezes Direito e, nesta assentada, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 28 de agosto de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eis o resumo deste processo efetuado pela Assessoria:

> Neste mandado de segurança o impetrante requer seja afastado o ato de 15 de maio de 2007, do Procurador-Geral da República (fl. 96), que indeferiu, em última instância administrativa, o pedido de inscrição definitiva no concurso público para provimento de cargo de procurador da República, impedindo-o de participar das fases subsequentes do certame – provas orais marcadas para os dias 14 e 15 de junho de 2007 – e a posterior submissão aos exames físico, de saúde e psicotécnico. Formula, ainda, pedido de reserva de vaga para a posse, caso ultrapasse as fases restantes do concurso.
>
> Alega ter logrado êxito nas fases anteriores, escritas, mas tivera o pedido de inscrição definitiva indeferido, ante a ausência de comprovação de efetivo exercício em atividade jurídica.
>
> Nada obstante comprovada a graduação de bacharel em Direito, em 16 de março de 2004 (fl. 31) e a habilitação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais, também em março de 2004 (fl. 95), a autoridade impetrada não reconheceu o período em que exercera o cargo de confiança intitulado Diretor I, na Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado de Minas Gerais, de dois anos, um mês e vinte e quatro dias, entre 15 de março de 2004 e 8 de maio de 2006 (fls. 63 a 67). Somado este período ao tempo em que atuou no cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais, de 8 de maio de 2006 a 19 de março de 2007 – nove meses e quinze dias (fl. 68) –, estaria satisfeito o requisito de três anos de atividade jurídica.
>
> Com o processo visa, então, a atribuir a valia de "atividade jurídica" ao exercício do cargo de Diretor I, da Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado de Minas Gerais, porquanto posterior ao título de bacharel.

Evoca, como regência, os seguintes instrumentos normativos:

Resolução 85, de 18 de abril de 2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

Art. 44. Apurados os resultados das provas subjetivas pela Comissão Examinadora, o Procurador-Geral da República fará publicar a relação dos candidatos aprovados nas provas escritas, convocando-os a requererem, no prazo de 10 (dez) dias, a inscrição definitiva.

§ 1º (...)

§ 2º A inscrição definitiva deverá ser requerida na Procuradoria da República na capital da unidade da federação em que efetivada a inscrição preliminar, em formulário próprio, assinado pelo candidato ou mediante procurador, acompanhado dos seguintes elementos de instrução:

I – (...)

II – comprovação de ter completado, à data da inscrição definitiva, 3 (três) anos de atividade jurídica, exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito;

(...)

§ 3º A comprovação do exercício de atividade jurídica será feita por intermédio dos seguintes documentos:

I – certidões de cartórios e secretarias, publicações, petições protocolizadas ou outro meio igualmente idôneo para a comprovação da prática de atos privativos de advogado, não bastando a mera inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;

II – certidão de exercício de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito.

III – certidão circunstanciada, com indicação das respectivas atribuições e prova dos atos reiteradamente praticados, relativamente ao exercício de cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito, em que prepondere a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Resolução nº 4, de 20 de fevereiro de 2006

Art. 1º Será considerada como atividade jurídica, desempenhada exclusivamente após a obtenção do grau de bacharel em direito, aquela exercida por ocupante de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, nos quais prepondere a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Parágrafo único. Serão admitidos, no cômputo do período de atividade jurídica, os cursos de pós-graduação na área jurídica realizados pelas Escolas do Ministério Público, da Magistratura e da Ordem dos Advogados, de natureza pública, fundacional ou associativa, reconhecidos pelas respectivas instituições, bem como os cursos de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação. (Incluído pela *Resolução* 11, de 7 de agosto de 2006.)

Art. 2º A comprovação da exigência do período de três anos de atividade jurídica deverá ser formalizada no ato da inscrição definitiva do concurso por intermédio de documentos e certidões que demonstrem efetivamente o exercício da atividade jurídica no período exigido.

Art. 3º É vedada a participação como membro de comissão ou de banca examinadora, àqueles que exerçam a atividade de magistério e/ou de direção de cursos destinados à preparação de candidatos a concursos públicos, até três anos após cessar as referidas atividades.

Sustenta o impetrante que a atividade como Diretor I, na Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado de Minas Gerais, guarda conformidade com a hipótese do inciso III do § 3º do art. 44 do Edital, porquanto, na ocupação do cargo, embora não privativo de bacharel em Direito, exercia, de forma preponderante, atividade relacionada com a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Às fls. 61, 62 e 78, estão os documentos apresentados aos organizadores do certame para a comprovação da preponderância da atividade jurídica. Neles, Secretários de Estado e o Vice-Governador do Estado de Minas Gerais atestam o exercício de atividade tipicamente jurídica pelo impetrante. Ao recurso administrativo interposto contra a negativa de inscrição foram juntados documentos visando a comprovar, de fato, o exercício de atividade jurídica:

a) fls. 99, 100 e 101: ofícios requisitando audiência e informações a entes públicos mineiros, da administração indireta, visando a elucidar questões trabalhistas afetas ao Ministério Público do Trabalho;

b) fls. 103 a 222 e 228 a 253: atas de audiências da Justiça do Trabalho e da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, várias assinadas ou atestando a presença do impetrante, na condição de representante do Estado de Minas Gerais;

c) fls. 223 a 227: orientações ao chefe da Consultoria Jurídica da COHAB-MG, acerca da necessidade de mudanças no edital do concurso para os quadros do ente público descentralizado.

O relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, votou no sentido de indeferir a segurança. Entende que a questão de fundo foi superada na ADI 3.460/DF, Relator ministro Carlos Ayres Britto, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 12 de setembro de 2006, quando o Supremo declarou a constitucionalidade da Resolução do Conselho Superior do MPDFT que exigia dos candidatos ao cargo de Promotor de Justiça, no momento da inscrição definitiva, a comprovação do desempenho da atividade jurídica por três anos, na qualidade de bacharéis em Direito. Assevera que a Corte assentou o entendimento de que o tempo de atividade jurídica conta-se a partir da conclusão do curso de Direito e que a expressão "atividade jurídica" corresponde ao desempenho de atividades privadas de bacharel em Direito.

No caso deste mandado de segurança, como o cargo de Diretor I exercido pelo impetrante é de recrutamento amplo, não exclusivo a bacharéis em Direito, o relator indeferiu o pedido formulado na inicial, negando o reconhecimento da atividade como jurídica.

O Ministro Carlos Ayres Britto, a seguir, votou acompanhando o relator.

O caso é peculiar, pois o julgamento da ADI 3.460/DF, em 31 de agosto de 2006, foi certificado no *Diário da Justiça* de 12 de setembro de 2006, e o acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 15 de junho de 2007.

A inscrição preliminar do concurso, oportunizada por 30 dias, encerrou-se antes do julgamento da ação direta, em 27 de agosto de 2006, pois o edital foi publicado em 28 de julho de 2006 (não há cópia deste edital no processo).

Na ADI 3.460/DF, Vossa Excelência ficou vencido, na companhia dos Ministros Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, proferindo voto no seguinte sentido:

a) padece de vício formal de inconstitucionalidade, por incompetência, norma do Conselho Superior do Ministério Público que regulamenta, diretamente, os requisitos do § 3º do art. 129 da Constituição Federal, considerados os incisos I e II do art. 37 da Carta da República.

b) no mérito, a referência a três anos de atividade jurídica não é em atividade específica que exija o grau de bacharel em Direito. No que concerne a concursos públicos, a visão deve ser aberta, viabilizando-se, tanto quanto possível, o acesso dos cidadãos em geral.

> No julgamento da ação direta anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, que, durante o processo legislativo da EC 45/2004, o substitutivo da deputada Zulaê Cobra, que previa a necessidade de "três anos de atividade privativa de bacharel em Direito", foi alterado no Senado, motivadamente, para ajustar-se à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Por esse motivo, alterou-se a redação final, passando a constar, no texto da Emenda, apenas "três anos de atividade jurídica".
>
> Vossa Excelência, nos Mandados de Segurança 25.514-5/DF e 25.499-8/DF, deferiu pedidos de liminar em situações análogas que envolviam o mesmo tema – atividade jurídica –, mas não pormenorizou o conceito no juízo precário.
>
> Por fim, elaborando uma pesquisa maior, verifico a existência de processos administrativos, no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público Federal, referentes ao certame imediatamente anterior – 22º Concurso –, em que o Colegiado adotou ampla aplicação para a expressão "atividade jurídica" (cópias anexas).

Observem a situação do impetrante – jovem de 27 anos que, inscrito no concurso para preenchimento de duzentas e nove vagas do cargo de Procurador do Ministério Público Federal, ficou entre os pouco mais de trinta candidatos aprovados nas provas escritas. Colou grau em 16 de março de 2004, vindo a lograr, no mesmo mês, habilitação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais (fls. 31 e 95).

Atuava, à época do concurso – e, ao que tudo indica, ainda atua –, como Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. À mercê de histórico escolar exemplar, emitido pela Universidade Federal de Minas Gerais (fls. 32 a 35), antes da ocupação do cargo na Justiça Eleitoral e após estágio no Ministério Público do Estado (fl. 46), foi nomeado para o cargo de Diretor I, código MG06-PH02, símbolo DR06, do Quadro Setorial de Lotação da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, tomando posse em 15 de março de 2004.

Discute-se, justamente, se o espaço de tempo em que exercido o cargo de diretor da aludida Secretaria, somado ao restante, perfaria, na data limite para a inscrição definitiva – a ser efetuada antes da prova oral –, o total dos três anos exigidos de atividade jurídica. No ato impugnado, está consignado (fls. 3 e 4):

> Conforme dispõe a Resolução 85/2006 do CSMPF (art. 44, § 3º), em harmonia com a Resolução 4 do CNMP, o tempo de atividade jurídica deve ser comprovado com documentação relativa ao exercício da advocacia, de cargo privativo de bacharel em Direito e de cargo, emprego ou função não privativos de bacharel em Direito, em que prepondere a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Dúvidas não pairam sobre a exigência, cujo texto básico está no § 3º do art. 129 da Constituição Federal:

> Art. 129. (...)
>
> § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Conforme salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 3.460-0/DF, não prosperou o substitutivo da Deputada Zulaê Cobra no

sentido da obrigatoriedade de três anos de atividade privativa de bacharel em Direito, prevalecendo a óptica assentada no gênero "atividade jurídica". Tanto o Conselho Superior do Ministério Público Federal quanto o Conselho Nacional do Ministério Público atentaram para o fato – Resolução 85/2006 e Resolução 4/2006, respectivamente.

Pois bem, cabe examinar se, no caso, o exercício da Diretoria I da Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado de Minas Gerais envolveu, ou não, a atividade jurídica. Consoante afirmado pelo Vice-Governador daquele Estado, professor licenciado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Dr. Antonio Augusto Junho Anastasia, o cargo em comissão outrora ocupado pelo impetrante foi concebido assentando-se o recrutamento amplo "para facultar ao titular da pasta a organização de sua assessoria direta", podendo ser nomeados servidores com formação de 3º grau, não necessariamente bacharéis em Direito. No ofício dirigido ao Secretário de Concursos do Ministério Público Federal, asseverou o Vice-Governador que o impetrante exercera o cargo de Diretor I, com a incumbência de implementar "o acompanhamento e assessoramento jurídico concernente aos atos emanados do Gabinete da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, bem como a representação do Secretário de Estado em audiências junto ao Ministério Público do Trabalho e do Estado de Minas Gerais, para o deslinde de questões pertinentes." E acrescentou:

> (...) Na mesma esteira, o candidato realizava o diálogo jurídico-institucional, tanto no âmbito interno da Secretaria, quanto em relação aos demais órgãos e entidades vinculadas, notadamente as empresas públicas mineiras. Cumpre sublinhar que, durante tempo considerável, o candidato de que se cuida era o único profissional de minha assessoria direta com formação superior em Direito, praticamente acompanhando e fiscalizando, com exclusividade, sob o prisma jurídico, a atuação interna da equipe formada pelo Gabinete.
>
> Por tudo quanto exposto, reitero que, como servidor da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, o candidato Vinícius Diniz Monteiro de Barros exerceu, de maneira preponderante, atividades afetas à interpretação e aplicação de normas jurídicas, explorando sua formação acadêmica com significativa eficiência.

Senhor Presidente, colocar em dúvida o que consignado pelo Vice-Governador do Estado de Minas Gerais é adentrar a perda de parâmetros, o abandono de princípios, a presunção do excepcional, do extravagante, a ensejar, inclusive, a remessa de cópias do documento ao Ministério Público Federal considerado o crime de falsidade ideológica. A tanto não se deve chegar, valendo notar que o impetrante apresentou à Comissão de Concursos declarações não só do Vice-Governador do Estado de Minas Gerais, como também da Dra. Renata Vilhena, no que assumiu a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais (fls. 61 e 62).

Ora, diante desse contexto, revelando expressamente como atividade preponderante do impetrante a jurídica, não cabe questionar o que asseverado, sob pena de presumir-se não o ordinário, o normal, em se tratando de atos praticados por agentes públicos, mas o excepcional, o extravagante. O caso bem demonstra o que venho observando quanto à quadra vivenciada. Supõe-se, até prova

em contrário, que todos sejam salafrários. Não adentro esse campo. Ao reverso, excomungo-o a mais não poder. Além disso, vale salientar que está em jogo a vida profissional de um jovem cuja aplicação ao aprimoramento do Direito salta aos olhos. Peço vênia a Vossa Excelência para conceder a segurança pleiteada consideradas não só noções leigas alusivas à Justiça, mas também esta como decorrente da ordem jurídica em vigor. É como voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Somente gostaria de lembrar, em resumo do meu voto, que invoquei a decisão na ADI 3.460, da relatoria do Ministro Carlos Britto, na qual

> (...) o Plenário da Corte declarou a constitucionalidade de Resolução do Conselho Superior do MPDFT, que exigia dos candidatos em concurso público de provimento de cargos de Promotor de Justiça, no momento da realização da inscrição definitiva, a devida comprovação do desempenho de atividade jurídica por pelo menos de 3 (três) anos, ...

Essa é a questão básica colocada.

> Na ocasião, o Tribunal assentou que "a norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de selecionar profissionais experientes para o exercício das funções atribuídas aos membros do Ministério Público, asseverando que *os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e que a expressão 'atividade jurídica' corresponde ao desempenho de atividades privativas de bacharel em Direito*" (*Informativo STF* 438).
>
> Decidiu-se, também, que "*o momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso*, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos" (*Informativo STF* 438).

Eu informava, então, que:

> Os documentos presentes nos autos atestam, e a própria petição inicial o confirma, que o impetrante não possui três anos de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito, exercida após a colação de grau.

Essa era a questão.

> Segundo os elementos contidos nos autos, o impetrante exerceu, por 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias, o cargo em comissão de Diretor I, do Quadro Setorial da Lotação da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Governo de Minas Gerais (fl. 66) [a esse cargo se refere o Ministro Marco Aurélio]. Após, o impetrante foi nomeado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, devido ao êxito em certame público, para exercer o cargo de Analista Judiciário, que desempenhou durante apenas 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias (fl. 74).
>
> Ocorre que, segundo documento emitido pela Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais, o cargo em comissão de Diretor I, ocupado pelo impetrante, é cargo público de recrutamento amplo, portanto, não privativo de bacharel em Direito (fl. 77).

Nesse contexto, verifica-se (...) que o impetrante não preencheu o requisito de 3 (três) anos de atividade jurídica previsto no art. 44 da Resolução 85/2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, com fundamento no art. 129, § 3º, da Constituição, exigência essa que teve sua constitucionalidade declarada pela Corte no já referido julgamento da ADI 3.460/DF.

O Sr. Roberto Gurgel (Vice-Procurador-Geral da República): Vossa Excelência me permitiria um esclarecimento de matéria de fato? É que, em fevereiro de 2009, o Procurador-Geral da República informou a esta Corte que o candidato não se submeteu às provas orais. Na verdade, não havia sido deferida medida liminar e, em razão disso, o candidato não participou das etapas subsequentes do concurso. O concurso já foi concluído, o resultado homologado e empossados os candidatos aprovados.

Era só isso.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e acompanho Vossa Excelência. Pergunto se não haveria o prejuízo por já não existir mais a possibilidade de a decisão ser eventualmente implementada, porque o concurso já se realizou, já se aperfeiçoou sem que ele tenha participado das fases subsequentes.

De toda sorte, quanto ao mérito, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, apenas para ressaltar um aspecto – não fiz a leitura das informações da assessoria, adotadas a título de relatório. O impetrante colou grau em 16 de março de 2004, a habilitação no exame da Ordem dos Advogados seguiu-se a essa data e o período que pretende computar – vejam bem – é de 15 de março do mesmo ano, 2004, a 8 de maio de 2006.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também assento o prejuízo da matéria face à conclusão do concurso. Uma vez que o candidato, ora impetrante, não obteve uma medida liminar, ele não se submeteu à segunda parte das provas, provas orais, no caso. Portanto não há como dar prosseguimento à ação.

Assento o prejuízo.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhor Presidente, **também** entendo **que sobreveio**, no caso, fato processualmente relevante, **pois** o impetrante – que **não** obtivera o provimento liminar por ele postulado nesta sede mandamental – deixou de participar, por tal razão, das fases subsequentes (provas orais).

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): É. Seria de qualquer forma mais adequado, uma vez que o candidato buscou a proteção judicial efetiva no momento adequado. Foi negada a liminar. Começamos o julgamento no sentido do indeferimento, tendo em vista a jurisprudência firmada.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas o fato superveniente torna prejudicado.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Exatamente.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, a matéria, de toda sorte, será trazida ao Plenário no MS 27.606, de que sou Relatora.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): A matéria até já foi trazida em outros.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Reconheço, desse modo, a situação de prejudicialidade que venho de referir.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

MS 26.696/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Impetrante: Vinícius Diniz Monteiro de Barros (Advogados: João Batista de Oliveira Filho e outros). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgou prejudicada a segurança, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a concedia. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de junho de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 27.443 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Adalberto Alves Pinto — Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União (TC 25049719964)

Mandado de segurança impetrado contra acórdão emanado do Tribunal de Contas da União – Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo público – Consequente inelegibilidade do gestor público (Lei Complementar 64/1990, art. 1º, I, *g*) – Pretendida atribuição de efeito suspensivo a recurso de revisão interposto no âmbito da corte de contas – Inviabilidade da outorga cautelar de eficácia suspensiva a mencionado recurso administrativo – Precedentes – Consumação, ainda, do prazo decadencial de cento e vinte (120) dias (Lei 1.533/1951, art. 18) – Consequente extinção do direito de impetrar, no caso, mandado de segurança – Incidência da Súmula 632/STF – Recurso de agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1º de outubro de 2008 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de recurso de agravo, **tempestivamente** interposto, **contra** decisão **que não conheceu** de mandado de segurança **impetrado** contra o Presidente do Tribunal de Contas da União (fls. 112/114).

A parte ora agravante buscava, **na presente** sede mandamental, **a** "***concessão da liminar*** *(...)* ***no sentido*** *de conceder efeito suspensivo ao recurso de revisão* ***interposto*** *contra o acórdão n.º 2.327/2006*" **e**, **no mérito**, "*a procedência da ação para ordenar em definitivo a exclusão do nome do impetrante da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas*" (fl. 9).

Eis o teor da decisão, que, por mim proferida, **sofreu** a interposição do **presente** recurso de agravo (**fls. 112/114**):

> ***Trata-se*** *de mandado de segurança, com pedido de liminar,* ***impetrado*** *com o objetivo* ***de questionar a validade jurídica*** *de deliberação* ***emanada*** *do E. Tribunal de Contas da União,* ***consubstanciada*** *no Acórdão 2.327/2006 que* ***julgou irregulares*** *as contas apresentadas pelo impetrante,* ***então*** *Prefeito do Município de*

Medeiros Neto, referentes ao Convênio 242/1992, firmado com a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE.

***Busca-se**, na presente impetração, **a** "**concessão da liminar** (...) **no sentido** de conceder efeito suspensivo ao recurso de revisão interposto contra o acórdão 2.327/2006" **e**, **no mérito**, "a procedência da ação para ordenar em definitivo a exclusão do nome do impetrante da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas" (fl. 9).*

***Cabe analisar**, **desde logo**, questão **concernente à ocorrência**, ou não, na espécie, **da decadência** do direito de impetrar mandado de segurança, **considerada** a data do ato ora impugnado **nesta** sede mandamental.*

***Verifica-se**, da análise dos documentos produzidos nos autos, **que o acórdão** do Tribunal de Contas da União – ato **impugnado** nesta sede processual – **foi publicado em 22-8-2006** (fl. 7), **e que**, na data de 26 de junho de 2008, o ora impetrante **foi** "surpreendido com a publicação de seu nome na lista de ex-gestores públicos que tiveram as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União" (fl. 3).*

***Isso significa**, portanto, **ainda que se pudesse** conhecer da presente impetração – **considerando** que o acórdão que se pretende impugnar **foi publicado em 22-8-2006** –, **que o** "**dies ad quem**" do referido lapso temporal para impetração deste "writ" **recaiu** em 20-12-2006, e **este** mandado de segurança foi protocolado **na Secretaria** desta Suprema Corte, **apenas em 1º-7-2008**, **quando já superado**, **em mais** de um (1) ano **e** seis (6) meses, **o prazo decadencial** a que se refere **o art. 18** da Lei 1.533/1951.*

***Forçoso concluir**, desse modo, **que se operou**, na espécie, **em virtude da consumação** da decadência, **a extinção** do direito de impetrar, **em tempo oportuno**, o mandado de segurança ora utilizado contra o ato estatal em causa.*

***Cumpre advertir**, por necessário, **que o preceito inscrito no art. 18** da Lei 1.533/1951 – **que delimita o âmbito temporal** de impetração do mandado de segurança – **não ostenta** qualquer eiva de inconstitucionalidade. **Foi por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal **veio a proclamar**, em reiteradas decisões, **a recepção** dessa norma legal **pela vigente** Constituição da República (**RTJ** 142/161 – **RTJ** 156/506):*

> *"**Não ofende a Constituição** a norma legal **que estipula prazo** para a impetração do mandado de segurança. A circunstância de a Constituição da República nada dispor sobre a fixação de prazo para efeito de ajuizamento da ação mandamental **não inibe** o legislador de definir um lapso de ordem temporal em cujo âmbito o 'writ' deve ser **oportunamente** impetrado."*
> *(**RTJ 145/186**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*
>
> *"– **Com o decurso**, 'in albis', **do prazo decadencial** de 120 dias, **a que se refere o art. 18** da Lei 1.533/1951 – **cuja constitucionalidade foi reafirmada** pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 142/161 – **RTJ** 145/186 – **RTJ** 156/506) –, **extingue-se**, de pleno direito, **a prerrogativa** de impetrar mandado de segurança." (**RTJ 177/774-775**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)*

***Cabe registrar**, ainda, por relevante, **que essa orientação jurisprudencial** acha-se, **presentemente**, consolidada **na Súmula 632** desta Suprema Corte, **cujo enunciado** assim dispõe: "**É constitucional lei que fixa o prazo de decadência** para a impetração de mandado de segurança" (**grifei**).*

***Impende assinalar**, finalmente, que, **segundo reconhece** esta Corte (**RTJ** 126/945 – **RTJ** 177/774-775, **v.g.**), **a extinção do direito de impetrar** o "writ" constitucional em questão **não** afeta **nem** compromete o direito material **eventualmente** titularizado pelo autor da ação mandamental, **a quem fica assegurado**, por isso mesmo, **o acesso às vias ordinárias**:*

"***MANDADO DE SEGURANÇA – PRAZO DECADENCIAL (Lei 1.533/1951, ART. 18) – CONSUMAÇÃO*** *(...) – RECURSO IMPROVIDO.*

*– **Não se conhece** de mandado de segurança **quando impetrado fora** do prazo decadencial **a que se refere** o art. 18 da Lei 1.533/1951.*

***A extinção** do direito **de impetrar** o 'writ' constitucional **não gera a extinção do direito material eventualmente titularizado** pelo impetrante, **a quem se reconhece**, em consequência, **observadas** as normas legais, **a possibilidade** de acesso às vias processuais ordinárias.*" *(**RTJ 158/846**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Isso significa**, portanto, que o ora impetrante, **querendo**, poderá **ajuizar** ação **contra** a União Federal, com pedido de medida cautelar (**ou**, até mesmo, de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional), **para**, mediante **invalidação prévia** da deliberação **emanada** do E. Tribunal de Contas da União, **obter a exclusão** do seu nome* "*da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas*" *(fl. 9).*

***Sendo assim**, e considerando as razões expostas, **não conheço** da presente ação de mandado de segurança, **restando prejudicada**, em consequência, **a apreciação** do pedido de medida liminar, **sem prejuízo**, no entanto, **de acesso** da parte ora impetrante às vias ordinárias.*

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso (fls. 120/128), **apoiando-se**, para tanto, **nos seguintes fundamentos** (fls. 121/127):

***O Agravante**, **na qualidade de ex-Prefeito** da cidade de Medeiros Neto, Bahia, teve suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União, conforme acórdão nº 2327/2006 (1ª Câmara do TCU). Por isso, figurou na lista publicada pelo TCU informando os ex-gestores públicos que, em tese, conforme o artigo 1º, I,* "*g*"*, da Lei Complementar 64/90, tiveram suas contas rejeitadas e por isso poderiam ser declarados inelegíveis pela Justiça Eleitoral.*

***Ocorre que o aqui Agravante não teve ciência** pessoal de que contra si havia um processo de Tomada de Contas Especial e que gerou a sua condenação e a do seu sucessor, Luiz Fernando Tostes, só que apenas este apresentou defesa administrativa. **O Agravante**, por ter rompido ligações com seu sucessor, **sequer ficou sabendo desse processo**.*

***Ao saber do ocorrido**, o prazo para o recurso de reconsideração já havia se expirado e, sendo assim, só lhe restou o Recurso de Revisão contra o acórdão nº 2327/2006 (1ª Câmara do TCU).*

(...)

***Sendo assim**, **para obter efeito suspensivo** ao Recurso de Revisão, o Agravante impetrou Mandado de Segurança com nítido caráter preventivo contra ato do Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União que não recebesse, no efeito suspensivo, o Recurso de Revisão ali interposto.*

***Diante do exposto**, **e dos documentos** juntados aos autos, a impetração se fez de forma preventiva, pois tendo em vista a comprovação de que o Recurso de Revisão havia sido interposto de forma tempestiva e de que o mesmo não possui efeito suspensivo, era possível identificar como causa de pedir próxima que o* "*writ*" *foi impetrado* "*(...) como forma de obter o efeito suspensivo ao Recurso de Revisão interposto contra o Acórdão do Tribunal de Contas da União.*"

Todavia, o Nobre Relator, "*permissa vênia*", *numa decisão totalmente dissociada da causa de pedir próxima, bem como do pedido, entendeu por bem não conhecer do remédio constitucional, ao argumento de que o objetivo do mandado de segurança era:*

"...***questionar a validade*** *jurídica de deliberação emanada do E. Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão 2.327/2006 que julgou irregulares as contas apresentadas pelo impetrante, então Prefeito do Município de Medeiros Neto, referentes ao Convênio 242/1992, firmado com a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE.*"

(...)

Ora, Excelências, o questionamento da validade *jurídica do Acórdão do TCU* ***está sendo realizado*** *no* ***Recurso de Revisão*** *que se encontra anexo e,* ***a impetração do*** "***writ***" *se deu com o* ***único objetivo*** *de se* ***obter o efeito suspensivo*** *ao Recurso,* ***ante a iminência*** *de vir a lhe ser negado efeito suspensivo.*

Não há*, pois,* ***que se falar*** *em prazo decadencial de um mandado de segurança que visava prevenir um ato coator que seria praticado pelo Presidente do TCU, quando o mesmo viesse a admitir o Recurso de Revisão sem o efeito suspensivo.*

(...)

Qual seria então *o ato que o Agravante temia quando da impetração? Justamente o recebimento do Recurso de Revisão, com efeito meramente devolutivo.*

Se na causa de pedir *houve um breve relato sobre o mérito do que seria discutido no Recurso de Revisão, este ocorreu apenas para destacar que o Agravante tinha a necessidade da tutela administrativa recursal no TCU, e mais nada. Em nenhum momento o Agravante requereu ao Supremo Tribunal Federal a anulação do acórdão do TCU, mas apenas demonstrou que, pelos fatos narrados e provas juntadas, tinha o direito líquido e certo de, preventivamente, obter a tutela jurisdicional para a concessão do efeito suspensivo ao recurso de revisão.*

Ademais, se o pleito *era preventivo, não havia como se fixar o* "*dies a quo*" *do ato coator.*

É importante ressaltar *que o direito líquido e certo se encontra presente no* "*mandamus*"*, bem como o relevante fundamento de direito e o perigo de dano irreparável, a saber:*

"*Relevante Fundamento de Direito*"*: Tendo em vista que a inelegibilidade é uma pena capital gravíssima aos que fazem da política sua profissão, o legislador decidiu, com base na ampla defesa e no interesse público, dar a possibilidade, também ampla, aos que tiverem suas contas rejeitadas, por essa razão, outorgou um rol de recursos passíveis de serem utilizados e, enquanto esses não se exaurirem, a decisão não se tornará definitiva e, portanto, não poderá ser declarada a inelegibilidade de quem tiver as contas rejeitadas. Em suma, por ter sido interposto o Recurso de Revisão, com fundamentos sólidos à reforma do Acórdão do TCU, o Agravante possui relevante fundamento de Direito para obter o efeito suspensivo pleiteado.*

Corroborando com tal alegação*, no último dia 6-8-2008, esse Egrégio Tribunal, ao julgar a ADPF 144, sob a relatoria do mesmo Ministro Relator do Mandado de Segurança que ora se combate, consignou que se aplica o princípio da presunção de inocência enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

(...)

Urge ainda destacar *que o artigo 5º, I, da Lei 1.533/1951 estabelece que, numa interpretação inversa, possa ser impetrado mandado de segurança contra recurso administrativo que não tenha efeito suspensivo.*

No mesmo sentido*, Alexandre de Moraes:*

"*... caberá Mandado de Segurança se o recurso existente não possuir efeito suspensivo que possibilite a correção imediata da ilegalidade, colocando em risco o direito líquido e certo*" *(Constituição do Brasil Interpretada, 5ª ed., p. 2527)*

Perigo de dano irreparável*: Quando da impetração, o Agravante corria o risco de que a publicação da rejeição das contas lhe trouxesse como efeito a inelegibilidade e com isso o prejuízo à sua campanha eleitoral. De fato, as impugnações vieram com base nesse justo receio e estão hoje a atormentar a vida política do Agravante, razão pela qual, se não concedida a liminar conforme requerido na inicial do* "*mandamus*"*, todo o investimento da campanha tornar-se-á em um grande dano irreparável, pois mesmo antes da decisão final do TCU no recurso de revisão, o Agravante poderá se tornar inelegível.*

Imaginem Vossas Excelências *se o Agravante for declarado inelegível pela Justiça Eleitoral, com base na rejeição das contas e for cassado seu registro e, posteriormente, o TCU, ao julgar o recurso de revisão, vier a anular o acórdão que rejeitou as suas contas. Nesse caso, estar-se-ia praticando uma grande injustiça e com isso um grande e irreparável prejuízo ao Agravante.*

(**Grifei.**)

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta Corte, **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Entendo não assistir razão** ao ora recorrente.

Registro, inicialmente, **ao contrário** do que se alegou nas razões recursais – de que "*a impetração do* '*writ*' *deu-se com o* ***único objetivo*** *de se obter o* ***efeito suspensivo*** *ao recurso [de revisão], ante a iminência de vir a lhe ser negado efeito suspensivo*" (fl. 123 – **grifei**) –, que a parte ora agravante **também buscava**, na ação mandamental ajuizada, a "*procedência (...) para (...) ordenar, em definitivo, a exclusão do nome do Impetrante da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas*" (fl. 9).

Verifica-se, por isso mesmo, que a parte ora recorrente, **objetivava**, nitidamente, **com esse** pedido (fl. 9, n. 4, item "**d**"), **desconstituir** os efeitos **do próprio** acórdão **que rejeitara** as contas do autor deste "*writ*" constitucional.

Daí por que entendo impertinente a alegação de que, "***se*** *na causa de pedir houve um breve relato sobre o mérito do que seria discutido no Recurso de Revisão, este ocorreu apenas para destacar que o Agravante tinha a necessidade da tutela administrativa recursal no TCU (...).* ***Em nenhum momento*** *o Agravante requereu ao Supremo Tribunal Federal a anulação do acórdão do TCU*" (fl. 125 – **grifei**).

Forçoso concluir, portanto, **como extensamente assinalado** na decisão objeto **do presente** recurso, **que se operou**, na espécie, **em virtude da consumação** da decadência, **a extinção** do direito de impetrar, **em tempo oportuno**, o mandado de segurança em questão.

Com efeito, **verifica-se**, da análise dos documentos produzidos nos autos, **que o acórdão** do Tribunal de Contas da União – ato **impugnado** nesta sede processual – **foi publicado em 22-8-2006** (fl. 7), **e que**, na data de 26 de junho de 2008, o ora impetrante **foi** "*surpreendido com a publicação de seu nome na lista de ex-gestores públicos que tiveram as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União*" (fl. 3).

Isso significa, portanto, **ainda que se pudesse** conhecer da presente impetração – **considerando** que o acórdão que se pretende impugnar **foi publicado em 22-8-2006** –, **que o** "***dies ad quem***" do referido lapso temporal para impetração deste "*writ*" **recaiu** em 20-12-2006, e **este** mandado de segurança foi protocolado, **na Secretaria** desta Suprema Corte, **apenas em 1º-7-2008**, **quando já superado**, **em mais** de um (1) ano **e** seis (6) meses, **o prazo decadencial** a que se refere **o art. 18** da Lei 1.533/1951.

Forçoso concluir, desse modo, **que se operou**, na espécie, **em virtude da consumação** da decadência, **a extinção** do direito de impetrar, **em tempo oportuno**, o mandado de segurança ora utilizado contra o ato estatal em causa.

Cumpre advertir, por necessário, **que o preceito inscrito no art. 18** da Lei 1.533/1951 – **que delimita o âmbito temporal** de impetração do mandado de segurança – **não ostenta** qualquer eiva de inconstitucionalidade. **Foi por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal **veio a proclamar**, em reiteradas decisões, **a recepção** dessa norma legal **pela vigente** Constituição da República (***RTJ*** 142/161 – ***RTJ*** 156/506):

> ***Não ofende a Constituição*** *a norma legal* ***que estipula prazo*** *para a impetração do mandado de segurança. A circunstância de a Constituição da República nada dispor sobre a fixação de prazo para efeito de ajuizamento da ação mandamental* ***não inibe*** *o legislador de definir um lapso de ordem temporal em cujo âmbito o "writ" deve ser* ***oportunamente*** *impetrado.*
> (***RTJ* 145/186**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> *– **Com o decurso**, "in albis", **do prazo decadencial** de 120 dias, **a que se refere o art. 18** da Lei 1.533/1951 – **cuja constitucionalidade foi reafirmada** pelo Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 142/161 – **RTJ** 145/186 – **RTJ** 156/506) –, **extingue-se**, de pleno direito, **a prerrogativa** de impetrar mandado de segurança.*
> (***RTJ* 177/774-775**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

Cabe registrar, ainda, por relevante, **que essa orientação jurisprudencial** acha-se, **presentemente**, consolidada **na Súmula 632** desta Suprema Corte, **cujo enunciado** assim dispõe: "***É constitucional lei que fixa o prazo de decadência*** *para a impetração de mandado de segurança*" (**grifei**).

Impende assinalar, finalmente, que, **segundo reconhece** esta Corte (***RTJ*** 126/945 – ***RTJ*** 177/774-775, **v.g.**), **a extinção do direito de impetrar** o

"*writ*" constitucional em questão **não** afeta **nem** compromete o direito material **eventualmente** titularizado pelo autor da ação mandamental, **a quem fica assegurado**, por isso mesmo, **o acesso às vias ordinárias**:

> ***MANDADO DE SEGURANÇA*** *–* ***PRAZO DECADENCIAL*** *(****Lei 1.533/1951****, ART. 18) –* ***CONSUMAÇÃO*** *(...) – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *–* ***Não se conhece*** *de mandado de segurança* ***quando impetrado fora*** *do prazo decadencial* ***a que se refere*** *o art. 18 da Lei 1.533/1951.*
>
> ***A extinção*** *do direito* ***de impetrar*** *o "writ" constitucional* ***não gera a extinção do direito material eventualmente titularizado*** *pelo impetrante,* ***a quem se reconhece****, em consequência,* ***observadas*** *as normas legais,* ***a possibilidade*** *de acesso às vias processuais ordinárias.*
>
> (***RTJ*** **158/846**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Isso significa, portanto, que o ora impetrante, **querendo**, poderá **ajuizar** ação **contra** a União Federal, com pedido de medida cautelar (**ou**, até mesmo, de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional), **para**, mediante **invalidação prévia** da deliberação **emanada** do E. Tribunal de Contas da União, **obter a exclusão** do seu nome "*da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas*" (fl. 9).

Mesmo que se pudesse superar tal óbice, **ainda assim não assistiria razão** ao impetrante, ora recorrente, **especialmente** se se considerar a inviabilidade da pretensão por ele deduzida, **voltada** à outorga, em "*caráter preventivo*", **de efeito suspensivo** ao recurso de revisão **interposto** no âmbito do Tribunal de Contas da União.

É que o recurso de revisão, **por expressa** determinação legal (**Lei 8.443/1992**, art. 35 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), **não possui**, no âmbito da Corte de Contas, **o efeito suspensivo** postulado pelo impetrante, ora recorrente:

> ***Art. 35****.* ***De decisão definitiva*** *caberá recurso de revisão ao Plenário,* ***sem efeito suspensivo****, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta lei,* ***e fundar-se-á****:*
>
> ***I*** *– em erro de cálculo nas contas;*
>
> ***II*** *– em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida;*
>
> ***III*** *– na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.*
>
> ***Parágrafo único****. A decisão que der provimento a recurso de revisão ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado.*
>
> (**Grifei.**)

O Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se sobre o tema em análise, **já enfatizou** a inviabilidade da ação de mandado de segurança, quando ajuizada com a finalidade de obter efeito suspensivo para o recurso de revisão no âmbito do Tribunal de Contas da União:

Mandado de segurança. Efeito suspensivo *a recurso de revisão interposto* ***perante*** *o Tribunal de Contas da União.*

*– **Pela disciplina desse recurso de revisão**, faz ele, às vezes, no plano administrativo, da ação rescisória no terreno jurisdicional, com relação à qual **a jurisprudência desta Corte tem entendido inadmissível a outorga cautelar de eficácia suspensiva** ao ajuizamento dela, **para obstar** os efeitos decorrentes da coisa julgada (**vejam-se**, a propósito, **os acórdãos na RTJ** 54/454 **e na RTJ** 117/1).*

*Mandado de segurança **indeferido**.*

(**MS 22.371/PR**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Grifei.**)

"***MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – SUSPENSÃO DOS EFEITOS. O mandado de segurança não é meio hábil*** *a suspender-se decisão do Tribunal de Contas da União,* ***mesmo*** *ante a notícia de pretender o Impetrante* ***ajuizar*** *a ação desconstitutiva do ato impugnado.*"

(**MS 22.696/BA**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Grifei.**)

Essa orientação – de que **não** se revela possível a esta Corte, tal como postulado pelo recorrente, **conceder** medidas cautelares **destinadas** a atribuir efeito suspensivo a recurso de revisão no âmbito do Tribunal de Contas da União – **foi reafirmada** nos recentes julgamentos plenários **do MS 27.426/DF**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **do MS 27.448-MC/DF**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **e do MS 27.462-MC/DF**, Rel. Min. MENEZES DIREITO.

Sendo assim, em face das razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um esclarecimento quanto ao objeto do mandado de segurança, porque, segundo o voto do Relator, ter-se-ia o envolvimento da decadência para impetração, o extravasamento do prazo previsto em lei. Mas qual seria o objeto do mandado de segurança, o encaminhamento da lista?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O encaminhamento da lista...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Nesse caso não haveria decadência, porque o encaminhamento teria se dado agora.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O encaminhamento da lista constitui mera consequência da deliberação do Tribunal de Contas da União que consubstanciou a rejeição de contas do ora recorrente.

O acórdão do TCU impugnado nesta sede mandamental foi publicado em 22-8-2006, o que significa que se exauriu, em 20-12-2006, o prazo decadencial a que alude o art. 18 da Lei 1.533/1951.

Daí o reconhecimento da extinção, no caso, do direito de impetrar o mandado de segurança em referência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas não podemos mudar o pedido formulado. Atacou-se, na verdade, o simples encaminhamento da lista. Tendo a assentar que não ocorreu a decadência, presentes as balizas do mandado de segurança. Agora Vossa Excelência adentrou a matéria de fundo para dizer que não haveria ilegalidade no encaminhamento dessa lista?

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): O encaminhamento da lista – **insisto** – constitui simples ato material, mera consequência da deliberação que o TCU proferiu em 2006.

Cabia, desse modo, ao ora recorrente, impugnar tal deliberação, em ordem a ver excluído o seu nome da lista de gestores públicos que tiveram as contas rejeitadas pelo TCU.

A pretendida exclusão do nome do impetrante, ora recorrente, da lista em questão **dependia**, portanto, de prévia invalidação do ato decisório emanado da Corte de Contas. **Só** que essa decisão, publicada em 22-8-2006, não constituiu objeto de impugnação, em tempo oportuno, em sede de mandado de segurança.

Não tem sentido, pois, que o impetrante, ora recorrente, agindo tardiamente, se insurja, somente agora, contra o mero efeito material resultante daquela deliberação.

Foi por tal razão que assinalei, na decisão agravada, "*(...) que o ora impetrante, **querendo**, poderá **ajuizar** ação **contra** a União Federal, com pedido de medida cautelar (**ou**, até mesmo, de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional), **para**, mediante **invalidação prévia** da deliberação **emanada** do E. Tribunal de Contas da União, **obter a exclusão** do seu nome 'da lista de gestores que tiveram as contas rejeitadas'*" (fl. 114 – **grifei**).

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vejo que não foi fundamento da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello a decadência, em si, porque, considerado o pedido, não houve entre o ato atacado mediante o mandado de segurança e a impetração os cento e vinte dias. Não ocorreu a decadência. O tempo não passou a ponto de prejudicar a própria impetração. Mas há a matéria de fundo que Sua Excelência também abordou e, sob esse ângulo, peço vênia para divergir. Continuo convencido de que, em se tratando de ação tão nobre como o mandado de segurança, como também o é o *habeas corpus*, o processo deve vir devidamente aparelhado, após a audição do Ministério Público, ao Colegiado para julgamento. Não cabe atuar individualmente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): A decisão deste recurso de agravo teve por fundamento, por **único** fundamento, Senhores Ministros, o reconhecimento da consumação, no caso, do prazo decadencial a que se refere o art. 18 da Lei 1.533/1951. **Somente** esse fundamento **e nenhum outro**!

Compete ao Relator da causa, de outro lado, examinar, dentre outros requisitos, aquele concernente ao prazo decadencial de cento e vinte (120) dias, por se tratar de matéria de ordem pública, suscetível, até mesmo, de conhecimento "*ex officio*". Essa atribuição insere-se na esfera de competência monocrática do

Relator da causa, a quem compete verificar **todos** os pressupostos concernentes à ação ajuizada, ainda que se trate da ação de mandado de segurança.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, dou provimento ao agravo para que o processo venha ao Colegiado devidamente aparelhado.

EXTRATO DA ATA

MS 27.443-AgR/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Adalberto Alves Pinto (Advogados: Manuel Carlos de Jesus Maria e Sandra Albuquerque Dino e outro). Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União (TC 25049719964).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 1º de outubro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

HABEAS CORPUS 83.163 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Pacientes: Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos e José Trinca — Impetrantes: Érica Trinca e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processo penal. Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/1995. Não aplicação.

O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 1 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (1) ano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence (Relator), Eros Grau e Marco Aurélio.

Brasília, 16 de abril de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão.

VOTO
(Proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator): Indago da Turma se aplicamos orientação vigente ou a submetemos ao reexame do Plenário.

VOTO
(Sobre proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, penso oportuna a submissão da matéria, como estamos fazendo quanto à inconstitucionalidade da Lei 8.072/1990, versando o regime de cumprimento da pena ao Plenário. Surge a incoerência, quer dizer, ambos os institutos deságuam na extinção da punibilidade, uma vez ultrapassado o período de prova da suspensão.

Quanto ao instituto da prescrição, não se considera o concurso nas duas formas, material e formal, nem a continuidade delitiva, e as consideramos quanto à suspensão do processo, que também deságua na extinção da punibilidade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator): Impressionou-me muito, no Plenário, o argumento *ad terrorem*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, mas há remessa ao art. 77. Às condições do art. 77, quando os elementos subjetivos serão considerados. Vossa Excelência ressaltou isso no voto, no Plenário.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator): Duas lesões corporais culposas levaram à condenação, o que não me pareceu a melhor solução.

Deixo ao critério da Turma reabrir ou não a questão.

VOTO
(Sobre proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estou de pleno acordo com os votos vencidos que Vossa Excelência bem retratou na leitura do seu voto. O argumento da analogia com a situação da prescrição é convincente.

VOTO
(Sobre proposta de remessa ao Pleno)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, alguns delinquentes que cometem pequenos crimes reiteradamente ficariam amparados pelo *sursis*?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, porque o art. 89 ressalva.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator): Uma coisa é admitir em tese, outra, decidir em cada caso: porque senão Vossa Excelência não pode admitir para quem esteja sendo acusado de vinte e tantas infrações, mas, também, para aquele que esteja sendo acusado de duas infrações culposas.

Esse problema do volume das imputações pendentes se desloca, segundo penso, para um segundo momento, que é o do mérito do processado, para receber ou não a proposta de suspensão condicional do processo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A discussão está na primeira parte, quanto à pena, em saber se é levada em conta a pena mínima prevista para o tipo ou com o acréscimo da continuidade ou do concurso formal.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator): A solução dominante na Casa mistura situações inteiramente diversas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A minha preocupação é não acobertar essa reiteração de pequenas práticas delituosas, não se operando o *sursis* como um estímulo para o retorno à delinquência.

Entendo perfeitamente o ponto de vista de Vossa Excelência e gostaria de louvar esse magnífico estudo com que todos fomos brindados na sessão de hoje.

EXTRATO DA ATA

HC 83.163/SP — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pacientes: Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos e José Trinca. Impetrantes: Érica Trinca e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente pedido de *habeas corpus* a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Primeira Turma.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 19 de agosto de 2003. Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O parecer do Ministério Público Federal da lavra do il. **Wagner Batista**, expõe o caso com precisão e opina, nestes termos:

> Ilustres advogados impetram *habeas corpus* originário, substitutivo de recurso ordinário não interposto em favor de *Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos* e *José Trinca*, insurgindo-se contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que restou assim ementado:
>
> > *"Processo penal, suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/1995. Infrações cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva. Não aplicação. Súmula 243/STJ.*
> >
> > A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, quando a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o *quantum* de 01 ano. Incidência da súmula 243/STJ (Resp. 316.216/SP, Rel. Min. Gilson Dipp)
> >
> > Ordem denegada."
>
> Neste substitutivo, insistem na tese de que os pacientes têm o direito a verem seus processos suspensos, nos moldes do que preceitua o art. 89 da Lei 9.099/1995, já para o efeito deste artigo, as penas mínimas impostas para os crimes imputados aos pacientes devem ser consideradas isoladamente e não cumulativamente.
>
> Não foram pedidas informações, fl. 27.
>
> É o breve relatório.
>
> A ordem deve ser denegada.
>
> É cediço o entendimento de que o benefício do *sursis* processual não se aplica nas hipóteses em que os crimes foram cometidos em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pela soma das penas, seja pela incidência da majorante, seja superior ao limite previsto pela lei.

Júlio Fabbrini Mirabete, a respeito, preleciona:

"No caso do concurso material de crimes, só é possível a suspensão condicional do processo se, somadas as penas mínimas dos delitos, não superam elas, no total, o limite de um ano. Caso contrário, possibilitar-se-ia a suspensão condicional do processo por crimes que, em concurso, vão estabelecer uma pena mínima bastante superior ao limite indicado na lei, o que contraria frontalmente seu espírito. De todo modo, seria inaceitável que o processo ficasse suspenso quanto a uma das infrações penais, a que é cominada pena mínima não superior a um ano, e prosseguisse quanto às demais, em flagrante desacordo com o princípio que inspirou o legislador na criação do novo instituto de evitar a *persecutio criminis* apenas na hipótese em que se possibilita, em tese, a aplicação a pena igual ou inferior a um ano."

O Supremo Tribunal Federal já firmou orientação no sentido de que, em se tratando de concurso material de crimes, para se aferir se o acusado faz jus ou não à suspensão condicional do processo, o *quantum* relativo às penas a ser levado em consideração para a incidência do art. 89 da Lei 9.099/1995, é aquele ao qual se chega com a soma das penas mínimas abstratamente cominadas. Veja-se que, no caso, o somatório das penas mínimas cominadas resulta em 2 anos, 6 meses e 15 dias, montante que não permite o *sursis* processual.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

Ementa: suspensão condicional do processo penal (Lei 9.099/1995, art.89) – Concurso de infrações – Continuidade delitiva – Acréscimo penal – Superação do limite penal mínimo referido no art. 89 da Lei 9.099/1995 – Pedido indeferido. A suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, não se estende aos crimes cometidos em concurso formal, ou em concurso material, nem àqueles praticados em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada infração penal, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um (1) ano, a que se refere o preceito legal em questão. Precedentes de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal. (HC 80837/SP – São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello, *DJ* de 31-8-2001 PP-00036 EMENT VOL-02041-03 PP-00472, Julgamento: 26-6-2001 – Segunda Turma)

Ementa: *Hábeas Corpus*. O art. 89 da Lei 9.099/1995 não se aplica quando se trata de crime continuado se a soma da pena mínima do crime mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano. Em se tratando da aplicação do art. 89 da Lei 9.099/1995 a crime continuado, "não cabe o argumento da aplicação analógica do art. 119 do CP, disposição específica, que não comporta ampliação para o caso em exame, uma vez que levaria a resultado flagrantemente contrário ao princípio que inspirou o legislador na criação do novo instituto (já não se trata, em face da quantidade da pena, de infração de menor potencial ofensivo, de molde a se aplicar o princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração). Aliás, se fosse o caso de ser invocada similitude, caberia lembrar o caso da suspensão condicional da pena em que também é considerada a soma das penas (no concurso material) ou a pena única agravada (no concurso formal e no crime continuado), bem como a hipótese da concessão da fiança (onde igualmente se leva em conta a soma das penas mínimas, que não podem ser consideradas isoladamente – CPP art. 323-I)." Ademais, se assim não fosse, ter-se-ia que, em caso de crime continuado em que os delitos da mesma espécie tivessem penas diversas, sendo a mais grave com a pena mínima superior a um ano, o mesmo não ocorrendo

com as demais, o processo ficaria suspenso para os crimes de pena mínima inferior ou igual a um ano, o mesmo não ocorrendo com relação ao de pena mínima superior a esse limite, o que evidentemente não se coaduna com a finalidade da suspensão condicional do processo que diz respeito ao processo como um todo para evitar a estigmatização derivada dele próprio, e, em consequência, a decorrente da sentença condenatória. "*Habeas corpus* indeferido." (*Habeas corpus*, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 25-5-2001 PP-00011 *Ement Vol*-02032-03 PP-00582, Julgamento: 18-3-1999 – Tribunal Pleno)

Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO
(Aditamento ao relatório)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Senhor Presidente, na última sessão da Turma, dei conta aos meus eminentes Colegas do voto vencido que proferira quando dessa decisão plenária. A Turma, por unanimidade, resolveu, em face das alterações posteriores na composição do Tribunal e das razões deduzidas naquele voto vencido, submeter o caso novamente à consideração do Pleno.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): O último dos precedentes invocados no parecer da Procuradoria-Geral da República é o HC 77.242, denegado pelo Plenário em 18-3-1999, nos termos do voto do Relator, o em. Ministro **Moreira Alves**, sintetizado com precisão na ementa.

Naquele julgamento, fiquei vencido na honrosa companhia do eminente Ministro **Marco Aurélio**.

Recordo o voto vencido que então proferi, nestes termos (ler cópia anexa).

A doutrina do *leading case*, entretanto, tem sido acolhida por ambas as Turmas (*v.g.*, HC 77.610, Primeira Turma, 3-9-1999, **Sanches**; RHC 80.143, Primeira Turma, 13-6-2000, **Sanches**, *DJ* de 21-6-2000; HC 80.721, Segunda Turma, 10-4-2001, **Néri**, *DJ* de 30-4-2001; HC 78.876, Segunda Turma, 30-3-1999, **Corrêa**, *DJ* de 27-4-1999), não obstante já houvessem antes decidido em sentido contrário (*v.g.*, HC 75.193, Primeira Turma, 10-6-1997, **Sanches**, *DJ* de 28-8-1997; HC 76.717, 18-9-1998, **Corrêa**, *DJ* de 14-10-1998).

Dadas as alterações posteriores na composição do Tribunal, indago da Turma se aplicamos a orientação vigente ou a submetemos ao reexame a Plenário.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Senhor Presidente, a releitura deste acórdão me fez persistir na minha posição dissidente naquela decisão

plenária. Realmente, a meu ver, o ponto está na distinção corretamente feita pelo Professor Luiz Flávio Gomes: admitir-se a consideração isolada de cada uma das penas não leva, só por si, à suspensão condicional do processo; ela pode ser evitada com uma solução muito mais adequada às inspirações do instituto, se o conjunto de fatos criminosos considerados ou os dados pessoais do acusado não recomendam essa suspensão.

Por esses fundamentos, à vista da decisão da Turma, também, neste caso, concluo por deferir parcialmente o *habeas corpus*, nos mesmos termos.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, também participei da decisão do caso que deu origem à jurisprudência e, se os Ministros não se opuserem, gostaria de pedir vista para examinar os novos argumentos e a reiteração destes feitos pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

EXTRATO DA ATA

HC 83.163/SP — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pacientes: Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos e José Trinca. Impetrantes: Érica Trinca e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, concedendo parcialmente a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemes Fonteles.

Brasília, 21 de agosto de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO
(Vista)

I – Relatório

1. O caso

É *habeas corpus* originário contra acórdão do STJ que assim decidiu:

> *Processo penal, suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/1995. Infrações cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva. Não aplicação. Súmula 243/STJ.*
>
> A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal ou em continuidade,

quando a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o *quantum* de 1 ano. Incidência da Súmula 243/STJ.
(HC 25.435, Rel. Min. Paulo Medina.)

Os réus foram denunciados por porte de arma sem licença da autoridade (art. 19 do Decreto-Lei 3.688/1941[1] e art. 10 da Lei 9.437/1997[2]), corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.252/54[3]) e por crime de caça de fauna silvestre (art. 29 da Lei 9.605/1998[4]).

Alegam que o representante do Ministério Público deixou de apresentar proposta de suspensão condicional do processo, sob a alegação de não preenchimento dos requisitos legais.

(...)
O *Parquet*, por sua vez, confirmou sua posição por entender não estarem preenchidos os requisitos ensejadores do *sursis* processual ao vislumbrar concurso de crimes, que somados, excedem ao preconizado pela Lei 9.099/95, não obstante a pena mínima, em cada um dos delitos imputados, ser de um ano ou inferior.
(...)
(*Inicial* – p. 3.)

Requerem a concessão da ordem para que se dê oportunidade à aceitação do *sursis* processual nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995[5].

---

1 Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais):
"Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:
Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente."

2 Lei 9.437/1997:
"Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Pena – detenção de um a dois anos e multa."

3 Lei. 2.252/1954:
"Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la."

4 Lei 9.605/1998:
"Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
Pena – detenção de seis meses a um ano, e multa."

5 Lei 9.099/1995:
"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)."

Para tanto, apontam que a incidência do citado dispositivo não exige somatório das penas mínimas dos crimes praticados em concurso material, formal ou continuidade delitiva, mas a consideração dessas penas de maneira isolada.

A juíza de 1ª instância, em 3-9-2002, julgou pela ausência dos requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/1995.

Impetrado novo *habeas corpus* perante o TJSP, foi ele denegado em 5-9-2002, com base no mesmo argumento.

Houve, enfim, denegação de *habeas corpus* impetrado perante o STJ, em julgamento de 15-4-2003, com referência expressa à Súmula 243, que tem a seguinte redação:

> O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.

Contra essa decisão, foi impetrado o presente *habeas corpus*.

2. Procuradoria-Geral da República

Manifestou-se pelo indeferimento da ordem.

3. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Pertence trouxe a tese novamente ao Plenário do Tribunal em virtude de suas alterações de composição.

Fez referência ao seu voto proferido no HC 77.242.

Naquela oportunidade, *Pertence* e *Marco Aurélio* restaram vencidos diante da maioria que votou no sentido de que as penas mínimas dos crimes praticados em concurso deveriam ser somadas para se verificar a ocorrência do período de um ano para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95.

Votaram com a maioria os Ministros *Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa* e *Nelson Jobim.*

Naquela oportunidade, *Pertence* sustentou dois argumentos:

(a) não haveria como construir analogia entre a suspensão condicional do processo e o *sursis*.

Assim sustentou:

> (...)
> O *sursis* pressupõe o curso total do processo e a condenação: é, por isso, um substitutivo da execução da pena privativa de liberdade (...) inspira-o apenas a preocupação de obviar as consequências perversas da prisão de duração curta, reconhecidas até pelos que ainda acreditam em algum efeito positivo do encarceramento.
> (...) à concessão do *sursis* o que importa é o total da pena a cumprir e não a maior ou menor gravidade de cada um dos crimes que resultaram na soma da conta penal a pagar.

Diversamente a suspensão condicional do processo (...) visa evitar os inconvenientes do processo – o estigma, a distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial congestionado (...).

(b) a suspensão do processo guarda semelhança com a prescrição.

(...)

Adite-se que, ao contrário do *sursis*, tanto a prescrição, quanto a suspensão condicional do processo redundam-se cumpridas as condições impostas – na extinção da punibilidade.

Por outro lado – este, o prisma que mais me impressiona – a interdição da suspensão condicional do processo, nas hipóteses consideradas, parte de uma circunstância – a cumulação objetiva de imputações diversas em *simultaneus processus* – que, embora seja a regra na hipótese de concurso de infrações – não é essencial, tanto que o Código provê o instituto da unificação de penas, para que se apliquem as regras de fundo do concurso, se não observadas, a tempo, por qualquer motivo, as regras processuais da conexão, das quais decorreria o processo conjunto.

(...)

Ao final, *Pertence* conclui:

(...) admitir-se a consideração isolada de cada uma das penas não leva, só por si, à suspensão condicional do processo; ela pode ser evitada com uma solução muito mais adequada às inspirações do instituto, se o conjunto de fatos criminosos considerados ou os dados pessoais do acusado não recomendam essa suspensão.

(...)

Pedi vista para melhor analisar a questão.

II – Voto

A tese discutida no processo é de simples compreensão:

Para a concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) as penas mínimas dos crimes praticados em concurso material, formal ou em continuidade devem ser somadas ou consideradas isoladamente?

O instituto da suspensão condicional do processo está previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995.

Esta é a sua redação:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

São requisitos para a suspensão condicional do processo:

(a) crime com pena mínima igual ou inferior a 1 ano;

(b) acusado não pode estar sendo processado;

(c) o acusado não pode ter sido condenado por outro crime;

(d) Requisitos da suspensão condicional da pena:

d.1. o acusado não seja reincidente em crime doloso;

d.2. culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e

d.3. que a pena privativa de liberdade não seja substituída por pena restritiva de direito nos termos do art. 44 do CP.

A sugestão final de *Pertence* é de que o primeiro requisito seja flexibilizado de forma a relevar a importância da análise subjetiva do juiz em relação ao "conjunto de fatos criminosos considerados ou os dados pessoais do acusado".

Trata-se do requisito d.2. acima.

De fato, estamos diante de tema que dividiu a doutrina e, durante certo período, também a jurisprudência.

Hoje, o STJ e o STF pacificaram seus entendimentos no sentido da obrigatoriedade do somatório das penas mínimas no caso de delitos praticados em concurso material, formal ou em continuidade.

O STJ editou a Súmula 243.

O STF tem inúmeros precedentes que atestam a tese (HC 77.610, Rel. Min. *Sydney Sanches*, *DJ* de 14-5-1999; RHC 80.143, Rel. Min. *Sydney Sanches*, *DJ* de 1-9-2000; HC 77.424, Rel. Min. *Moreira Alves*, *DJ* de 25-5-2001; HC 80.837, Rel. Min. *Celso de Mello*, *DJ* de 31-8-2001; HC 80.721, Rel. Min. *Néri da Silveira*, *DJ* de 31-8-2001; HC 82.936, Rel. Min. *Eros Grau*, *DJ* de 11-3-2005; HC 81.497, rel. Min. *Nelson Jobim*, *DJ* de 31-5-2002; e vários outros).

No caso do crime continuado, o *Supremo* editou a sua Súmula 723, de 26-11-2003, com a seguinte redação:

> Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Destaco os argumentos levantados pelas duas correntes.

Para os que defendem a consideração isolada das penas mínimas, a suspensão condicional do processo se assemelha à prescrição.

Nesse sentido, ambas as figuras são extintivas de punibilidade.

No caso de crimes em concurso, prescrito um dos crimes, os demais não são afetados se o prazo de prescrição não os atingir diretamente.

Ressalte-se também que, para essa posição, a cumulação objetiva de imputações diferentes no mesmo processo não é elemento essencial.

Assim, se os delitos corressem em processos distintos, todos eles, se acaso suas penas mínimas fossem abaixo de um ano, poderiam fazer jus à suspensão condicional do processo.

Para os que entendem que a consideração deverá se dar somando-se as penas mínimas dos delitos em concurso ou continuados, os argumentos são outros.

Entendem que a figura da suspensão condicional do processo é similar à suspensão condicional da pena.

Nessas figuras, sem maiores divergências, as penas são somadas e não consideradas de forma isolada.

Sustenta-se também, no caso da consideração isolada, a possibilidade de um réu respondendo a vários crimes com fixação de penas baixas poder ter o benefício da suspensão condicional do processo, mesmo que possa ter contra ele fixado um grande período de pena a cumprir.

Como último argumento, trago trecho do voto de *Moreira Alves* no HC 77.242:

> Ademais, se assim não fosse, ter-se-ia que, em caso de crime continuado em que os delitos da mesma espécie tivessem penas diversas, sendo a mais grave com a pena mínima superior a um ano, o mesmo não ocorrendo com as demais, o processo ficaria suspenso para os crimes de pena mínima inferior ou igual a um ano, o mesmo não ocorrendo com relação ao de pena mínima superior a esse limite, o que evidentemente não se coaduna com a finalidade da suspensão condicional do processo que diz respeito ao processo como um todo para evitar a estigmatização derivada dele próprio, e, em consequência, a decorrente da sentença condenatória.

A razão está com a posição atualmente majoritária da Corte.

A suspensão condicional do processo é instrumento que, diante da valoração do legislador, se presta a evitar os "efeitos estigmatizantes" do processo, ou seja, que em práticas delitivas de menor extensão e importância, o réu não sofra os efeitos de responder a lento e infrutífero processo penal.

Seu objetivo é atingir os crimes de menor gravidade e somente nessas circunstâncias se justificaria, na visão do legislador, a extinção de punibilidade antes mesmo de iniciado o processo.

A consequência, em termos sociais, é drástica: determinados tipos de crimes não terão a persecução penal do Estado.

Em vista disso, o legislador exigiu, para a aplicação da suspensão condicional do processo, uma série de requisitos objetivos e subjetivos de maneira a resguardar a excepcionalidade da medida.

Assim, poucas são as situações de incidência objetiva da suspensão processual porque poucas situações específicas justificam exceções ao princípio da persecução penal.

A tese a ser decidida diz respeito às formas de concurso de delito (concurso material, concurso formal e continuidade delitiva).

O sistema processual penal brasileiro trata o concurso material como um somatório de delitos e, por consequência, o seu cumprimento se dá por meio de um somatório de penas.

Não é outra a conclusão da leitura do art. 69 do CP[6].

---

[6] Decreto-Lei 2.848/40 (CP):
"Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes,

Já no caso do concurso formal ou continuidade delitiva, a opção do legislador penal foi diferente: ao invés de somar os delitos como no concurso material, optou-se, em matéria de cumprimento, por considerar apenas a pena do delito mais grave agregada de um sexto.

Essa é a leitura dos arts. 70 e 71 do CP[7].

O quadro político-legislativo é claro, bem como a forma como o direito penal trata e entende as figuras de concurso de delito.

Em outras palavras, se há, por exemplo, concurso material de crimes, para o direito penal em termos de cumprimento ou de penas, apenas houve um crime com pena que equivale ao somatório dos demais crimes.

Se houve concurso formal ou continuidade delitiva, em termos de cumprimento da pena, apenas houve o crime mais grave aumentado de um sexto.

A incidência dessas figuras em outros aspectos do direito penal e a aplicação dos concursos de delitos a outros instrumentos penais somente pode se pautar nessa opção político-legislativa sob o risco de alterarmos as escolhas do legislador.

Qualquer tentativa de alterar essa configuração original, especialmente por meio de processos interpretativos ditos "teleológicos", equivale a tentativa de alterar esse quadro legislativo já posto.

A Lei 9.099/1995, quando dispôs acerca da suspensão condicional do processo, indiretamente valorou esse quadro ao fixar a pena mínima do crime em um ano como critério objetivo de incidência da norma.

Se é caso concreto de concurso material, por óbvio, o sistema penal e a Lei 9.099/1995 somente poderá considerá-lo dentro dos parâmetros do Código Penal acima indicados: a ficção de que se trata de apenas um delito com pena equivalente ao somatório das penas dos delitos em concurso.

A interpretação com a consideração isolada das penas ignora a figura do concurso de crimes e tenta substituir a escolha originária do legislador.

Em outras palavras, não é possível, em matéria penal, a interpretação, processo subjetivo e valorativo por natureza, tenha o condão de alterar a clara opção política feita e explícita nos arts. 69, 70 e 71 do CP.

---

idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11-7-1984.)"

[7] Decreto-Lei 2.848/40 (CP):

"Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11-7-1984.)

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11-7-1984.)"

Não se pode, portanto, decompor a equação penal, alterando a opção político-legislativa com base no juízo de que a pena privativa de liberdade – possível conclusão do processo penal – é inadequada e ineficaz.

Muito embora se possa discutir essa questão, o fato é de que o legislador da lei dos juizados especiais fixou critério objetivo para a aplicação da suspensão condicional do processo e o fez com o quadro normativo do sistema penal existente.

Tomou por base o instituto da suspensão condicional da pena, tanto que o citou expressamente o art. 77 do CP no corpo do art. 89 da Lei 9.099/1995.

Os institutos da suspensão condicional do processo e da suspensão condicional da pena podem ter funções ou objetivos diferentes dentro da estrutura normativa penal.

Entretanto, apontar essa diferença como elemento essencial a demonstrar que se afasta os arts. 69, 70 e 71 do CP em matéria de suspensão condicional do processo, parece ultrapassar a barreira tênue que separa a interpretação de uma norma jurídica da criação autônoma de norma, já que se ignora os pressupostos normativos do legislador penal.

E aqui está o grande perigo da realização de interpretações "teleológicas" ou que tentem alcançar razões ontológicas para os institutos, mesmo quando o ordenamento positivo já oferece instrumentos para solucionar as questões hermenêuticas.

Isso porque se posso indicar, por meio de processo interpretativo, que não faz sentido se somar as penas mínimas porque se os crimes fossem apurados em processos distintos, em todos eles o acusado faria jus ao benefício, posso também dizer que para o legislador de 1995 a pessoa que comete vários crimes em concurso, mesmo que com penas mínimas baixas, não é merecedora de benefício penal dessa ordem.

A explicação seria até simples: é que por esse posicionamento ora proposto, o acusado que pratica um crime com pena mínima menor que um ano acaba por ter o mesmo tratamento, em termos de possibilidade de *sursis* processual, de outro acusado que pratica vários crimes com pena mínima menor que um ano.

É óbvio, entretanto, que essa conclusão é equivocada do ponto de vista lógico e do ponto de vista normativo, já que o próprio Código Penal manda somar penas no concurso material e considerar o crime mais grave adicionado de um sexto no concurso formal e na continuidade delitiva.

Em outras palavras, o ordenamento penal brasileiro trata com mais gravidade quem pratica vários crimes em concurso em relação àquele que pratica apenas um crime de mesma natureza daqueles.

De qualquer modo, estamos em campo extremamente subjetivo e de mera especulação.

Basta-me partir do pressuposto normativo já existente de tratamento das figuras de concurso de delitos previstas nos arts. 69, 70 e 71 do CP.

Em relação às consequências práticas do entendimento propugnado, *Moreira Alves* soube muito bem indicá-las no seu voto no HC 77.242.

Assim sendo, voto no sentido do indeferimento da ordem, mantendo-me fiel ao posicionamento já pacificado nesta Corte no sentido de que no caso de concurso material as penas mínimas precisam ser somadas e no caso de concurso formal e continuidade delitiva é necessário se considerar o crime mais grave aumentada a pena de um sexto para se concluir ou não pela aplicação da suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei 9.099/1995.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, embora o resumo de Vossa Excelência seja absolutamente fiel, passados três anos, permito-me recordar ao Plenário a íntegra de meu voto – fiquei vencido – no HC 77.242, e que adotei como razões de decidir neste caso, que submeto ao Plenário para eventual revisão do entendimento então prevalente:

> Discute-se o cabimento ou não da suspensão condicional do processo, regida pelo art. 89 da Lei 9.099/1995, quando a imputação é de concurso de crimes – ainda que em continuação, como se dá no caso – e a soma das penas mínimas ultrapassa o limite legal de um ano.
>
> Responde pela negativa o voto do Relator, o eminente Ministro Moreira Alves, que acolhe o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Edson de Almeida.
>
> A questão tem dividido a doutrina e a jurisprudência.
>
> Mirabete (*Juizados Especiais Criminais*, Atlas, 1997, p. 149) – cuja opinião serve de fundamento ao parecer da Procuradoria-Geral e ao voto do Relator – quando se cuide de concurso material, para admitir a suspensão, reclama a soma das penas mínimas inferior a um ano; tratando-se, porém, de concurso formal ou de crime continuado, basta-lhe que não ultrapasse o limite legal a pena mínima cominada à infração mais grave somada ao aumento mínimo de um sexto.
>
> À mesma solução chega Weber Martins Batista, assimilando-a à que vem sendo dada para a suspensão condicional da pena (Batista e Fux, *Juizados Especiais Civis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forense, 1998, p. 365).
>
> Do lado oposto, pela consideração isolada dos delitos em concurso, citam-se Damásio de Jesus (*Leis dos Juizados Criminais Anotado*, 4ª ed., Saraiva, 1997, p. 122), Doorgal de Andrade (*Suspensão Condicional do Processo*, Del Rey, p. 93) Ronaldo Pedrosa (*Juizado Criminal – Teoria e Prática*, Lumen Juris, 1997, p. 143) e, em termos, L. Flávio Gomes (Grinover et alii, *Juizados Especiais Criminais*, ed. RT, 1996, p. 199 e *Suspensão Condicional do Processo Penal*, ed. RT, 1997, p. 222): o fundamento básico dessa corrente é a analogia da questão com a da prescrição, resolvida pela consideração de cada uma das penas isoladamente conforme art. 119 do Código Penal, solução que a Súmula 497 afirma aplicável ao crime continuado.
>
> Admitindo em tese a suspensão, malgrado a soma das penas mínimas superar um ano, Luís Flávio Gomes desloca a relevância do concurso de delitos para o momento subsequente da valoração do mérito do acusado, onde cabe levar-se em conta o conjunto dos crimes (*Suspensão*, cit., p. 222).
>
> As pesquisas dão conta de dissonância paralela na jurisprudência (*v.g.*, L. Flávio Gomes, *Suspensão*, cit., p. 223 et seq.); *RBr Ciências Criminais*, 1998, 21/231).

No Supremo Tribunal, a Primeira Turma, por votação unânime, em 10-6-1997, deferiu *habeas corpus* contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que – conforme o critério da soma das cominações mínimas – não admitira a suspensão do processo; e a concedeu no tocante aos dois delitos de pena mínima inferior a um ano, negando-a quanto ao terceiro (CP, art. 299, parágrafo único), cuja pena mínima era superior ao limite, dada a incidência de causa especial de aumento (HC 75.193, Sanches, *DJ* de 29-8-1997): fundou-se o voto condutor nos autores já citados que propugnam pela consideração da pena mínima irrogada a cada uma dessas imputações em concurso.

Parece seguir a mesma linha, na Segunda Turma, o HC 76.717, 18-9-1998, do eminente Ministro Maurício Corrêa, cuja ementa consigna que "no concurso formal, as penas mínimas não devem ser somadas para impedir a aplicação de *sursis* processual" (*DJ* de 30-10-1998).

Em posição diversa, neste caso, o eminente Relator – na linha da opinião de Mirabete, já transcrita – repele a invocação analógica da solução dada à prescrição, na hipótese de imputação cumulativa de crimes em concurso: similaridade haveria entre a suspensão condicional do processo e o *sursis*, para a admissão do qual – como é incontroverso – não se consideram as penas atribuídas a cada infração, no concurso material, ou a pena de uma só delas, com abstração de aumento legal, nas hipóteses de concurso formal ou continuidade delitiva.

A esse argumento, como visto, acrescentou o Ministro Moreira Alves: "em caso de crime continuado em que os delitos da mesma espécie tivessem penas diversas, sendo a mais grave superior a um ano, o mesmo não ocorrendo com as demais, o processo ficaria suspenso para os crimes de pena mínima inferior ou igual a um ano, o mesmo não ocorrendo com relação ao de pena mínima superior a esse limite, o que evidentemente não se coaduna com a finalidade da suspensão condicional do processo que diz respeito ao processo como um todo para evitar a estigmatização derivada dele próprio, e, em consequência, a consequente sentença condenatória".

A controvérsia, além de intelectualmente sedutora, é praticamente relevante, pois diz com problema recorrente no cotidiano do Fórum.

Parece útil, assim, que sobre ela se firmasse a orientação do Tribunal, permitindo tratamento unitário.

Daí, depois de pedir vista dos autos, o alvitre acolhido pela Primeira Turma de afetar ao Pleno o conhecimento do caso.

A sintética disciplina do instituto novo no art. 89 da Lei 9.099 induziu ambas as tendências resenhadas a buscar na analogia a solução do problema posto.

Atraiu-me, a princípio, a relação analógica entre a suspensão condicional do processo e a da execução da pena, aventada por Mirabete e Weber Batista e acolhida aqui pela Procuradoria-Geral e o Relator.

Uma reflexão mais detida levou-me, contudo, *data venia*, a recusar a extremada similaridade entre os dois institutos.

O *sursis* pressupõe o curso total do processo e a condenação: é, por isso, um substitutivo da execução da pena privativa de liberdade, mas não de sua decretação judicial, com todos os efeitos estigmatizantes decorrentes do curso do processo e da condenação criminal: inspira-o apenas a preocupação de obviar as consequências perversas da prisão de duração curta, reconhecidas até pelos que ainda acreditem em algum efeito positivo do encarceramento.

Por isso mesmo que voltado o instituto exclusivamente a evitar a execução da pena breve de prisão, à concessão do *sursis* o que importa é o total da pena a cumprir e não a maior ou menor gravidade de cada um dos crimes que resultaram na soma da conta penal a pagar.

Diversamente a suspensão condicional do processo – solução muito mais radical que a fórmula intermediária da *probation* do direito americano, cujo deferimento ocorre entre a condenação e a definição da pena – visa evitar os inconvenientes do processo – o estigma, a distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial congestionado – e, consequentemente, a condenação e suas consequências igualmente deletérias para a vida futura do acusado e sua oportunidade de integração social.

Por isso, ao contrário do que sucede na equação lógica do *sursis*, o que ganha relevo na suspensão do processo é a menor gravidade dos crimes, revelada no mínimo da pena a eles cominada.

De tudo, ainda que não seja perfeita a analogia entre a suspensão do processo e a prescrição, é patente, a meu ver, que são figuras mais próximas entre si do que em relação ao *sursis*.

Adite-se que, ao contrário do *sursis*, tanto a prescrição, quanto a suspensão condicional do processo redundam – se cumpridas as condições impostas – na extinção da punibilidade.

Por outro lado – este, o prisma que mais me impressiona – a interdição da suspensão condicional do processo, nas hipóteses consideradas, parte de uma circunstância – a cumulação objetiva de imputações diversas em *simultaneus processus* – que, embora seja a regra na hipótese de concurso de infrações – não é essencial, tanto que o Código provê o instituto da unificação de penas, para que se apliquem as regras de fundo do concurso, se não observadas, a tempo, por qualquer motivo, as regras processuais da conexão, das quais decorreria o processo conjunto (J. Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Penal*, 1965, I/299).

Ora, se as imputações diferentes forem objeto de processos distintos e a pena mínima cominada a cada uma delas o permitir, é induvidoso o cabimento da suspensão condicional de todos eles, independentemente da apuração do vínculo de conexão entre os fatos.

Se assim é, não parece correto que se faça depender a admissibilidade, em tese, de suspensão condicional do processo – que é instituto de inequívoco significado material, como já assentado na jurisprudência – da circunstância puramente processual de constituírem ou não as diferentes acusações objeto de processo cumulativo.

Certo, cresce o caráter contingente da instauração ou não do processo coletivo na razão inversa do liame substancial entre os diversos fatos, estreitíssimo, na hipótese do concurso formal, médio, na do crime continuado, mas distante e frouxo, no concurso material, onde só a conexão probatória explica a reunião processual.

Como, entretanto – a exemplo do ocorrido, em matéria de prescrição, na formação da jurisprudência subjacente à Súmula 497 – é iníquo tratar mais severamente o concurso formal e o crime continuado que o concurso material de infrações, toda a força que ganha, com relação ao último, a sustentação de consideração isolada das penas para admitir-se a suspensão condicional do processo há de estender-se *a fortiori* às figuras menos graves de pluralidade delitiva.

Redargúi Mirabete – na passagem em que se alicerça o parecer da Procuradoria-Geral – que a consideração isolada das penas mínimas das infrações em concurso "levaria à possibilidade de suspender o processo, quando ao réu poderiam ser aplicadas penas bastante elevadas".

À objeção responde plenamente a proposta de Luiz Flávio Gomes (ob. cit., p. 227): independentemente de que cada crime deva ser considerado separadamente, de modo a admitir, num primeiro momento, a suspensão do processo, se, em relação

a todos eles, a pena mínima não ultrapassar um ano, adverte o autor, "uma coisa é o preenchimento do requisito objetivo da pena, outra bem diferente é o requisito do mérito, isto é, saber se o agente merece ou não a suspensão do processo. Para isso, na segunda fase de valoração, urge o exame dos chamados requisitos subjetivos (culpabilidade, grau de censura, grau de culpa, intensidade do dolo, antecedentes, personalidade, motivação, consequências, reparação, intensidade das lesões, atitudes de arrependimento, preocupação com a diminuição das consequências do delito, consideração com a vítima, etc). No que concerne a esses requisitos subjetivos, de mérito, o critério de valoração é global, isto é, devemos considerar o conjunto dos crimes (quais consequências produziram, houve reparação, as vítimas tiveram consideração, houve arrependimento, etc). Na primeira fase (pena abstrata) o critério é individual; na segunda fase o critério é global".

Praticamente não se põe, assim, a hipótese terrorista de vir a ser concedida a suspensão condicional do processo ao criminoso habitual, a quem se imputem, em um só processo, múltiplas infrações penais.

Trouxe, porém, o Ministro Moreira Alves à discussão uma hipótese que efetivamente merece solução específica.

É o caso da reunião no mesmo processo de acusações de crimes diversos – pouco importa a modalidade de concurso a explicar a cumulação processual – dos quais um, pelo menos, sujeito a pena mínima superior a um ano.

Aí, distancio-me de Luiz Flávio Gomes (ob. cit., p. 227) e, como o eminente Relator, entendo impossível, sequer em tese, a suspensão.

E não só pelo argumento teleológico aventado pelo Ministro Moreira Alves, de não ser admissível a suspensão parcial do processo, porque inconciliável com a finalidade do instituto, "que diz respeito ao processo como um todo, para evitar a estigmatização derivada dele próprio, e, em consequência, a decorrente da sentença condenatória".

Acresce – aparentemente pela mesma razão – que o art. 89 da Lei erigiu também em condição *sine qua non* da suspensão condicional do processo – não apenas que o réu não tenha sido condenado – mas também que "não esteja sendo processado (...) por outro crime".

Ora, se um dos crimes objeto da denúncia, dada a pena mínima cominada, não comportar a suspensão condicional do processo, devendo de logo receber-se a denúncia quanto ao mesmo, a pendência ou a iminência fatal da consequente instauração do processo devem impedir a suspensão também quanto aos demais.

Note-se, por fim, que, assim entendidas as coisas, o impedimento à suspensão condicional se imporá independentemente de ser ou não a acusação pelo crime mais grave objeto do mesmo processo, não valendo, pois, na hipótese, o argumento antes desenvolvido de não dever a circunstância, de índole processual, ditar tratamento diferenciado a casos idênticos.

No caso, entretanto, todos os crimes objeto do processo têm pena mínima idêntica, de um ano de reclusão.

Esse o quadro, defiro parcialmente o *habeas corpus* para cassar o acórdão questionado, para que o Tribunal *a quo* – abstraído o fundamento derivado da soma das penas mínimas correspondentes ao número de crimes imputados ao paciente – decida da concorrência dos outros requisitos objetivos da suspensão condicional do processo, submeta o caso ao Procurador-Geral de Justiça (cf. HC 73.343, Pleno, Pertence, *Informativo* 92): *data venia*, é o meu voto.

Por essas razões, Senhor Presidente, com todas as vênias, mantenho o meu voto para deferir a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar o Ministro Sepúlveda Pertence.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, peço vênia aos Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau para acompanhar Vossa Excelência.

Mantenho-me fiel à Súmula 723, aprovada por este Plenário há pouco mais de dois anos. Também sou bastante sensível ao argumento lançado pelo Ministro Moreira Alves no acórdão prolatado no HC 77.242, que constitui, até agora, *leading case* na matéria.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, pedindo vênia aos Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Faço meus os fundamentos agora lançados pelo Ministro Joaquim Barbosa.

EXTRATO DA ATA

HC 83.163/SP — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pacientes: Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos e José Trinca. Impetrantes: Érica Trinca e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28-4-2004.

Decisão: Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Eros Grau, concedendo parcialmente a ordem, e dos votos dos Ministros Nelson Jobim (Presidente), Joaquim Barbosa e Carlos Britto, indeferindo-a, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso.

Presidência do Ministro Nelsom Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 23 de fevereiro de 2006 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO
(Vista)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos* e *José Trinca*.

Alegam, em síntese, os impetrantes, que os ora pacientes teriam direito ao *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995, uma vez acusados por crimes aos quais, isoladamente, não é culminada pena máxima superior a um ano.

Centra-se, pois, a questão, em saber se, no caso de concurso formal e material, bem como de continuidade de crimes cujas penas somadas ultrapassem tal limite, se aplica, ou não, aquela lei.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 32-35).

Na sessão do dia 19-8-2003, a Primeira Turma decidiu submeter a matéria ao Plenário e, na sessão de 21-8-2003, o eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, ao trazer o caso a julgamento, deferiu a ordem, remetendo-se às razões por ele expostas no julgamento do HC 77.242, em que ficou vencido. Extrai-se-lhe do voto:

> Atraiu-me, a princípio, a relação analógica entre a suspensão condicional do processo e a da execução da pena, aventada por Mirabete e Weber Batista e acolhida aqui pela Procuradoria-Geral e o Relator.
>
> Uma reflexão mais detida levou-me, contudo, *data venia*, a recusar a extremada similaridade entre os dois institutos.
>
> O *sursis* pressupõe o curso total do processo e a condenação: é, por isso, um substitutivo da execução da pena privativa de liberdade, mas não de sua decretação judicial, com todos os efeitos estigmatizantes decorrentes do curso do processo e da condenação criminal: inspira-o apenas a preocupação de obviar as consequências perversas da prisão de duração curta, reconhecidas até pelos que ainda acreditem em algum efeito positivo do encarceramento.
>
> Por isso mesmo que voltado o instituto exclusivamente a evitar a execução da pena breve de prisão, à concessão do *sursis* o que importa é o total da pena a cumprir e não a maior ou menor gravidade de cada um dos crimes que resultaram na soma da conta penal a pagar.
>
> Diversamente a suspensão condicional do processo – solução muito mais radical que a fórmula intermediária da *probation* do direito americano, cujo deferimento ocorre entre a condenação e a definição da pena – visa evitar os inconvenientes do processo – o estigma, a distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial congestionado – e, consequentemente, a condenação e suas consequências igualmente deletérias para a vida futura do acusado e sua oportunidade de integração social.
>
> Por isso, ao contrário do que sucede na equação lógica do *sursis*, o que ganha relevo na suspensão do processo é a menor gravidade dos crimes, revelada no mínimo da pena a eles cominada.
>
> De tudo, ainda que não seja perfeita a analogia entre a suspensão do processo e a prescrição, é patente, a meu ver, que são figuras mais próximas entre si do que em relação ao *sursis*.
>
> Adite-se que, ao contrário do *sursis*, tanto a prescrição, quanto a suspensão condicional do processo redundam – se cumpridas as condições impostas – na extinção da punibilidade.
>
> Por outro lado – este, o prisma que mais me impressiona – a interdição da suspensão condicional do processo, nas hipóteses consideradas, parte de uma

circunstância – a cumulação objetiva de imputações diversas em *simultaneus processus* – que, embora seja a regra na hipótese de concurso de infrações – não é essencial, tanto que o Código provê o instituto da unificação das penas, para que se apliquem as regras de fundo do concurso, se não observadas, a tempo, por qualquer motivo, as regras processuais da conexão, das quais decorreria o processo conjunto (J. Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Penal*, 1965, I/299)

Ora, se as imputações diferentes forem objeto de processos distintos e a pena mínima cominada a cada uma delas o permitir, é induvidoso o cabimento da suspensão condicional de todos eles, independentemente do vínculo de conexão entre os fatos.

Se assim é, não parece correto que se faça depender a admissibilidade, em tese, de suspensão condicional do processo – que é instituto de inequívoco significado material, como já assentado na jurisprudência – da circunstância puramente processual de constituírem ou não as diferentes acusações objeto de processo cumulativo.

O Ministro Eros Grau acompanhou o Relator, deferindo a ordem.

Nessa sessão de 21-8-2003, pediu vista o Ministro *Nelson Jobim*, que, acompanhado dos Ministros *Joaquim Barbosa* e *Carlos Britto*, indeferiu a ordem, na sessão do dia 23-2-2006. Do seu voto consta:

A suspensão condicional do processo é instrumento que, diante da valoração do legislador, se presta a evitar os "efeitos estigmatizantes" do processo, ou seja, que em práticas delitivas de menor extensão e importância, o réu não sofra os efeitos de responder a lento e infrutífero processo penal.

Seu objetivo é atingir os crimes de menor gravidade e somente nessas circunstâncias se justificaria, na visão do legislador, a extinção de punibilidade antes mesmo de iniciado o processo.

A consequência, em termos sociais, é drástica: determinados tipos de crimes não terão a persecução penal do Estado.

Em vista disso, o legislador exigiu, para a aplicação da suspensão condicional do processo, uma série de requisitos objetivos e subjetivos de maneira a resguardar a excepcionalidade da medida.

Assim, poucas são as situações de incidência objetiva da suspensão processual porque poucas situações específicas justificam exceções ao princípio da persecução penal.

A tese a ser decidida diz respeito às formas de concurso de delito (concurso material, concurso formal e continuidade delitiva).

O sistema processual brasileiro trata o concurso material como um somatório de delitos e, por consequência, o seu cumprimento se dá por um somatório de penas.

Não é outra a conclusão da leitura do art. 69 do CP.

Já no caso do concurso formal ou continuidade delitiva, a opção do legislador penal foi diferente: ao invés de somar os delitos como no concurso material, optou-se, em matéria de cumprimento, por considerar apenas a pena do delito mais grave agregada de um sexto.

Essa é a leitura dos arts. 70 e 71 do CP.

O quadro político é claro, bem como a forma como o direito penal trata e entende as figuras de concurso de delito.

Em outras palavras, se há, por exemplo, concurso material de crimes, para o direito penal em termos de cumprimento ou de penas, apenas houve um crime com pena que equivale ao somatório dos demais crimes.

Se houve concurso formal ou continuidade delitiva, em termos de cumprimento da pena, apenas houve o crime mais grave aumentado de um sexto.

A incidência dessas figuras em outros aspectos do direito penal e a aplicação dos concursos de delitos a outros instrumentos penais somente pode se pautar nessa opção político-legislativa sob o risco de alterarmos as escolhas do legislador.

Qualquer tentativa de alterar essa configuração original especialmente por meio de processos interpretativos ditos "teleológicos", equivale a tentativa de alterar esse quadro legislativo já posto.

A Lei 9.099/1995, quando dispôs acerca da suspensão condicional do processo, indiretamente valorou esse quadro ao fixar a pena mínima do crime em um ano como critério de incidência da norma.

Com relação à postura do Relator, contra-argumentou nos seguintes termos:

Isso porque se posso indicar, por meio de processo interpretativo, que não faz sentido se somar as penas mínimas porque se os crimes fossem apurados em processos distintos, em todos eles o acusado faria jus ao benefício, posso também dizer que para o legislador de 1995 a pessoa que comete vários crimes em concurso, mesmo que com penas mínimas baixas, não é merecedora de benefício penal dessa ordem.

A explicação seria até simples: é que por esse posicionamento ora proposto, o acusado que pratica um crime com pena mínima menor que um ano acaba por ter o mesmo tratamento, em termos de possibilidade de *sursis* processual, de outro acusado que pratica vários crimes com pena mínima menor que um ano.

É óbvio, entretanto, que essa conclusão é equivocada do ponto de vista lógico e do ponto de vista normativa, já que o próprio Código Penal manda somar penas no concurso material e considerar o crime mais grave adicionado de um sexto no concurso formal e na continuidade delitiva.

Em outras palavras, o ordenamento penal brasileiro trata com mais gravidade quem pratica vários crimes em concurso em relação àquele que pratica um crime de mesma natureza daqueles.

De qualquer modo, estamos em campo extremamente subjetivo e de mera especulação.

Basta-me partir do pressuposto normativo já existente de tratamento das figuras de concurso de delitos previstas nos arts. 69, 70 e 71 do CP.

Em relação às consequências práticas do entendimento propugnado, *Moreira Alves* soube muito bem indicá-las no seu voto no HC 77.242.

Assim sendo, voto no sentido do indeferimento da ordem, mantendo-me fiel ao posicionamento já pacificado nesta Corte no sentido de que no caso de concurso material as penas mínimas precisam ser somadas e no caso de concurso formal e continuidade delitiva é necessário se considerar o crime mais grave aumentada a pena de um sexto para se concluir ou não pela aplicação da suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei 9.099/95.

Pedi vista.

2. Acompanho a dissidência.

E faço-o, porque não encontro expressiva similitude entre os institutos da prescrição e da suspensão condicional do processo no só fato de que, em tese, ambos seriam causas extintivas da punibilidade e, como tais, sustentariam a tese da não somatória das penas ou do acréscimo previsto para o concurso formal e a continuidade delitiva.

A suspensão condicional do processo é só "instrumento despenalizador indireto",[8] não atingindo imediatamente o *ius puniendi*. Visa, como medida de política criminal, a impedir que a pessoa seja submetida a processo sem considerável necessidade. Não significa que o Estado abra mão do poder punitivo, tanto que, não cumpridas as condições, se instaura ou retoma o processo.

Diverso é o caso da prescrição, que tende a fulminar as pretensões punitiva e executória, não permitindo, em nome da paz social, que alguém fique sujeito indefinidamente a *persecutio criminis*.

Vê-se, dessa distinção, toda a impropriedade de aplicar a ambos os institutos as mesmas regras mediante forçada analogia, ainda que *in bonam partem*:

> A analogia é chamada por alguns "integração analógica", distinguindo-a da "interpretação analógica", enquanto outros consideram que a integração é uma forma de interpretação. Aqui não nos ocuparemos dessas questões, que costumam ser bizantinas. O que é essencial apontar é que a analogia como forma ou recurso de pensamento não é proscrita. O *argumentum a simile* não tem por que ser eliminado do direito penal. Quando lemos "violência" no art. 158 do CP, não temos motivos para pensar que seja diferente do conceito enunciado pelo art. 213 do CP. Quando aplicamos um princípio a certo grupo de casos, não havendo uma disposição legal que nos diga o contrário, não temos por que abster-nos de aplicá-lo a outros que se acham em uma relação essencial com este (Jescheck). Se não aplicássemos a analogia na lógica jurídica, nosso trabalho seria praticamente irrealizável, porque o pensamento humano recorre iniludivelmente à analogia; a comparação é imprescindível ao pensamento.
>
> Costuma-se distinguir entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo pela primeira a que integra a lei estendendo a punibilidade e pela segunda a que a restringe. Cremos que, como regra geral, sempre que se trata de integrar a lei, a analogia está proscrita, independentemente do sentido que a ela fosse dado, ainda que eventualmente possa admitir-se a analogia *in bonam partem* para salvar a racionalidade do direito e, com ela, o princípio republicano de governo, que exige esta racionalidade.[9]

Ainda nesse aspecto, a comparação com o instituto da prescrição levaria a distorções do sistema, como a de propor tratamento igual a situações díspares, como notou o Ministro Nelson Jobim:

> (...) se posso indicar, por meio de processo interpretativo, que não faz sentido se somar as penas mínimas porque se os crimes fossem apurados em processos distintos, em todos eles o acusado faria jus ao benefício, posso também dizer que para o legislador de 1995 a pessoa que comete vários crimes em concurso, mesmo que com penas mínimas baixas, não é merecedora de benefício penal dessa ordem.
>
> A explicação seria até simples: é que por esse posicionamento ora proposto, o acusado que pratica um crime com pena mínima menos que um ano acaba por

---

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES; Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais:* comentários à Lei 9.099, de 26-9-1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 254.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 174-175.

ter o mesmo tratamento, em termos de possibilidade de *sursis* processual, de outro acusado que pratica vários crimes com pena mínima menor que um ano.

Acresço que outro entendimento implicaria também tratamento desigual também a quem cometa vários crimes ao mesmo tempo e àquele que o faça em momentos diversos. É que a Lei 9.099/1995, no art. 76, § 2º, II, nega a vantagem a quem dela se beneficiou nos últimos cinco anos:

> § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
> II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.

Tenho, em suma, por mais curial a afinidade entre as normas concernentes à substituição da pena (arts. 43 e seguintes do CP) e à suspensão condicional da pena (arts. 77 e seguintes do CP), pois ambos os institutos têm como finalidade óbvia impedir os efeitos estigmatizantes da pena. Da Exposição de Motivos do Código Penal tira-se, logo, que a racionalidade da substituição da pena poderia aplicada à suspensão condicional do processo:

> 26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.
>
> 27. As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa de liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.
>
> 28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma "procura mundial" de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.
>
> 29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente valor corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico.

Não desconsidero, é claro, que as condições impostas na suspensão do processo não se confundem com aplicação de pena. A *ratio* última dos institutos é que é a mesma.

3. Do exposto, peço vênia para acompanhar a dissidência e, reafirmando o teor da *Súmula 723* ("Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano"), entender deva observar-se o disposto nos arts. 69, 70 e 71 do CP na suspensão condicional do processo em caso de concurso de crimes. Nesses termos, indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, tivemos a oferta de uma denúncia a revelar a cumulatividade subjetiva – vários réus – e a objetiva, sob o ângulo do concurso material de crimes. Historinha contada pelo Ministério Público, na peça primeira da ação penal, revela, em última análise, caça de capivaras:

> Segundo restou apurado, policiais militares florestais haviam recebido diversas denúncias no sentido de que frequentemente algumas pessoas estavam indo ao local precipitado – ou pré-citado – para caçar capivaras. Sendo assim, no dia dos fatos realizaram uma campana e em dado momento obtiveram êxito em abordar uma camionete preta, na qual se encontravam os denunciados e o adolescente de nome Roni Dias Ferraz. Revistaram o veículo e lograram encontrar em seu interior quatro capivaras adultas abatidas, cinco cachorros perdigueiros de caça, bem como diversos apetrechos para caça, como rede, facões, fisgas, além de todas as armas de fogo mencionadas, sendo tudo apreendido pelos policiais, que diante disso deram voz de prisão aos mesmos, conduzindo-os à Delegacia de Polícia para que fosse registrada a devida ocorrência policial.

É estreme de dúvida que as penas mínimas previstas para os diversos tipos em concurso – repito – material atendem, individualmente, levando em conta cada tipo penal, o requisito do art. 89 da Lei 9.099/1995, ou seja, há campo a afirmar que, se, em vez de partir o Ministério Público para a acumulação objetiva ante o concurso material de crimes, tivesse ajuizado – e ajuizado evidentemente considerado o único fenômeno sob o ângulo da apreensão – diversas ações, nestas haveria como chegar-se à suspensão do processo.

Indago: a estratégia utilizada – que contribui para o êxito do próprio Judiciário, evitando a multiplicidade de processos a estampar em ações penais – obstaculiza a observância do disposto no art. 89 em comento e afasta a possibilidade de suspensão do processo? A meu ver, não, porque, diante de concurso material, reunindo-se imputações em um mesmo processo, ao chegar-se à conclusão de que não cabe a suspensão – porque não se deve considerar a pena mínima prevista para cada tipo, mas o somatório das penas – estar-se-á interpretando o disposto no citado artigo e, também, levando a estratégia do Ministério Público, em ajuizar de forma concentrada a ação penal, a um resultado contrário, justamente, aquele a quem o art. 89 da Lei 9.099/1995 visa a beneficiar.

Daí o Ministro Sepúlveda Pertence ter votado como votou, reportando-se, inclusive – e filiei-me a Sua Excelência naquela assentada –, ao julgamento do HC 77.242-9/SP, concluindo que não se verifica, na espécie, considerados os crimes individualmente e a pena mínima prevista para cada um desses crimes, óbice ao acionamento do artigo, a que me referi, da Lei 9.099/1995.

Peço vênia a Vossa Excelência e àqueles que votaram no sentido do entendimento por Vossa Excelência externado, reportando-me, inclusive, ao voto que proferi no HC 77.242/SP, que farei transcrever em reforço ao que lançado, para acompanhar Sua Excelência, o Ministro Sepúlveda Pertence, Relator originário deste processo, e conceder, como o fez Sua Excelência, parcialmente, a ordem a fim de, tão somente, afastar o óbice vislumbrado pelo Juízo ao instituto da suspensão, ou seja, o óbice resultante do somatório das diversas penas mínimas previstas para os tipos:

> Senhor Presidente, creio corretos os precedentes de ambas as Turmas, colhidos, formalizados, a uma só voz, sobre a suspensão do processo.
>
> A leitura, em si, do art. 89 revela que se desprezou qualquer aspecto subjetivo para chegar-se ao fenômeno da suspensão. Pouco importam, no caso, considerado o *caput* do artigo, as peculiaridades retratadas no processo. Qual foi o critério eleito pelo legislador da Lei 9.099/1995? Foi um critério único, alusivo à pena mínima prevista para o tipo. E aí, dispôs-se:
>
> > Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas, ou não, por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
>
> O Ministro Sepúlveda Pertence acabou de revelar que, no processo, os crimes envolvidos são apenados, no mínimo, com um ano.
>
> Ora, Senhor Presidente, não foi apontado óbice que possa decorrer do disposto no art. 77 do Código Penal quanto à suspensão condicional da pena. O que se articula é que teríamos, reunidas em um mesmo processo, várias ações penais, considerados inúmeros delitos perpetrados pelo Paciente, e então seria dado levar em conta, não – como previsto na norma – o mínimo concernente ao tipo, mas a pena concretamente fixada e, em si, a majoração relativa à continuidade delitiva.
>
> Creio que não podemos adotar critério outro senão aquele que norteou a definição da matéria, relativa à continuidade delitiva, sob o ângulo prescricional. Temos, hoje, jurisprudência sedimentada, já retratada em verbete, reveladora do desprezo à majoração fixada no art. 71 do CP. O que cumpre perquirir, e o faço atento ao disposto no art. 89, é o mínimo estabelecido para os tipos de que cuida o processo. Esse mínimo atende à regra, ao balizamento do artigo mencionado, ou seja, o mínimo é igual ou inferior a um ano. Se, ao invés da concentração das ações em um único processo, estivessem elas em processos diversos, não se travaria essa discussão, o que bem demonstra que a deliberação do Ministério Público, concentrando-as, não afasta a incidência da norma atinente à suspensão, que remete à pena mínima de cada um dos crimes.
>
> Há um outro aspecto, Senhor Presidente. Não posso interpretar um dispositivo que visa a beneficiar o acusado de modo a prejudicá-lo. Refiro-me, aqui, ao

preceito da continuidade delitiva, e, muito menos, inserindo, no art. 89, exceção à regra da suspensão que nele não se contém.

Subscrevo o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, concedendo a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 83.163/SP — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Pacientes: Sebastião Vilson Trinca, José Antônio de Souza, Roque Dias Ferraz, Agenor Francisco dos Santos e José Trinca. Impetrantes: Érica Trinca e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Cezar Peluso, o Tribunal, por maioria, denegou a ordem, contra os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (Relator), Eros Grau e Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa. Não participaram da votação os Ministros Menezes Direito e Cármen Lúcia, que sucederam, respectivamente, aos Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Nelson Jobim, que proferiram voto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, Celso de Mello e Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, e Vice-Procurador Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 16 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 83.428 — ES

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente e Impetrante: Carlos Guilherme Lima — Coator: Superior Tribunal de Justiça

1. Ação penal. Lavagem de dinheiro e corrupção. Concurso de agentes. Prisão preventiva dos denunciados. Fundamentos idênticos. Revogação de um deles pelo STJ, em *habeas corpus*. Não extensão ao corréu. Inadmissibilidade. Identidade de situações processuais. Constrangimento ilegal caracterizado. *Habeas corpus* concedido, nessa parte. Aplicação do art. 580 do CPP. Se o decreto de prisão que determinou a custódia preventiva dos corréus não distingue a situação de ambos, a revogação da prisão preventiva de um deles, em *habeas corpus*, deve ser estendida ao corréu, porque é idêntica a situação processual de ambos sob o ponto de vista de ilegalidade da prisão preventiva.

2. Ação penal. Concurso de agentes. Reunião de processos desmembrados. Pedido não aduzido ao juízo processante. Inexistência de ato coator. Matéria não analisada pelo STJ. Supressão de instância. Pedido não conhecido. Se o pedido de reunião dos processos não foi aduzido ao juízo processante, não há ato coator a sanar. Se a matéria não foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento do pedido configuraria supressão de instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, parcialmente, do *habeas corpus* e, na parte conhecida, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de pedido de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de *Carlos Guilherme Lima*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o HC 27.299, lhe indeferiu a ordem.

O paciente foi denunciado, juntamente com corréus – entre eles um deputado estadual – como incurso nas penas do art. 333, parágrafo único, do Código Penal; art. 4º da Lei 7.492/1986 e art. 1º, V, § 4º, da Lei 9.613/1998, na forma do art. 69 do Código Penal (fls. 39-92).

Recebida a denúncia pelo TRF da 2ª Região, e resolvida a questão acerca da competência daquela Corte por seu Colegiado, foi decretada a prisão preventiva do paciente, juntamente com corréu (fl. 119). O processo foi desmembrado em relação aos réus presos.

Assim, impetrou-se *habeas corpus* perante o STJ, alegando-se a incompetência da Justiça Federal e a nulidade do decreto prisional (fls. 159-185). O pedido foi indeferido, nos seguintes termos:

> *Habeas corpus*. Competência da Justiça Federal para o caso. Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça. Decreto de prisão preventiva com a necessária fundamentação. Ordem denegada.
> (Fl. 313.)

No presente *writ*, o impetrante formulou idênticas razões e pedidos aos já formulados perante o STJ (fls. 2-35).

Concedi a liminar, diante da concessão de idêntica medida em favor do corréu pelo STJ, no julgamento do **HC 27.275** (fls. 282-286).

A autoridade coatora prestou informações (fls. 311-355).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 360-381).

O impetrante veio aos autos, às fls. 391-398, reiterando as alegações da inicial e requerendo a reunião dos processos em trâmite perante o TRF, uma vez que, com a concessão da liminar, todos os denunciados respondiam em liberdade à ação penal.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido de reunião dos processos, ao considerar que a requisição deve ser endereçada ao juízo de origem, sob pena de supressão de instância. No mais, reiterou os termos da manifestação anterior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Concedi a liminar, nos seguintes termos:

> **2**. Conforme se lhe vê à cópia dos autos, a decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente e de José Carlos Gratz possui fundamentação substancial **unitária**:
>
> "A decretação da custódia cautelar deve levar em consideração os interesses sociais da segurança, visando a garantia da ordem pública e econômica, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena sem, contudo, descuidar da observância do princípio constitucional da presunção de inocência.
>
> Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação desta medida cautelar privativa da liberdade, o Juízo deve estar convencido da existência do crime e de indícios suficientes de autoria.

Do exame da peça acusatória, bem como dos documentos a ela acostados, não vejo, por ora, razões para acolher integralmente o pedido de prisão cautelar.

Entretanto, quanto aos acusados *Carlos Guilherme Lima* e *José Carlos Gratz*, considero necessário valer-me deste remédio excepcional privativo da liberdade.

Há notícia nos autos de que estes acusados tiveram participação preponderante na empreitada criminosa: o primeiro, como o principal intermediador das transações que culminaram com a entrega de cheques aos deputados e o segundo, como principal beneficiário de toda a trama urdida.

A materialidade dos delitos sob apreciação, bem como os indícios de autoria, estão comprovados nos documentos acostados aos autos, onde se ressalta o conteúdo das transcrições de conversas telefônicas (fls. 916/936) e cópias dos cheques envolvidos na empreitada criminosa (fls. 397/411). Tais documentos são indiciários da participação dos acusados na prática dos crimes objeto da denúncia.

Outrossim, vejo presente, neste caso, a necessidade de se assegurar o bom andamento das investigações e da futura instrução processual. Em relação ao acusado Carlos Guilherme Lima, tem-se que este se encontra preso por determinação do Juízo da 1ª Vara Federal de Vitória-ES, em virtude de processo em que figura como acusado da prática, igualmente, de delitos previstos nas Leis, nos 7.492/1986 e 9.613/1998, envolvendo o processo de privatização do Banestes. É evidente, portanto, sua disposição em praticar, reiteradamente, os delitos de que ora é acusado.

Quanto ao denunciado José Carlos Gratz é notório seu poder de influência no Estado do Espírito Santo, conforme se depreende do conteúdo das transcrições de conversas telefônicas versando sobre os lamentáveis acontecimentos de que se tem notícia a respeito da última eleição para a Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Espírito Santo. Há também a possibilidade de evasão do distrito da culpa, pondo em risco a instrução criminal, pesando contra ele a suspeita de que já tenha deixado o país, conforme transcrição de fl. 919.

Há que se considerar, outrossim, a gravidade dos delitos imputados, os quais, apenados com reclusão e descritos em sua forma dolosa, envolvem o Poder Legislativo Estadual, submetendo ao descrédito instituições públicas e agentes políticos, bem como o Sistema Financeiro Nacional, com ações que, ao arrepio da lei, objetivam a manipulação de poderes institucionais públicos, visando o enriquecimento ilícito. Por fim, ressalte-se que a própria Lei 7.492/1986, em seu art. 30, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva do acusado de prática de crime nela previsto, em razão da magnitude da lesão.

É evidente, portanto, a proporcionalidade da prisão preventiva no presente caso.

Assim sendo, por encontrar presentes os pressupostos indispensáveis à decretação da custódia cautelar é que a decreto com relação aos acusados *Carlos Guilherme Lima* e *José Carlos Gratz*".

(Fls. 131-133.)

3. Da leitura da denúncia tira-se que assim o ora paciente, como o pretenso cúmplice, José Carlos Gratz, são, quanto a aspectos relevantes do pedido, acusados ambos de, por desdobramentos episódicos de um único fato histórico complexo e, portanto, em **pressuposto concurso de agentes** (art. 29 do Código Penal), haverem

praticado crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V, § 4º, da Lei 9.613/1998) e de corrupção (arts. 333, parágrafo único, e 317, § 1º, do Código Penal), mediante pluralidade de comportamentos que configurariam associação criminosa preordenada a lograr o resultado comum de, corrompendo deputados estaduais, eleger o corréu José Carlos Gratz como Presidente da Assembleia Legislativa (fls. 39-89).

Embora não mencionado na denúncia, tal concurso foi a razão última de ter sido a ambos assegurado foro especial por prerrogativa de função, a que fazia jus José Carlos Gratz, beneficiário de toda a suposta trama criminosa.

4. A 24 de junho deste ano, nos autos do **HC 27.275**, impetrado perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por paciente apenas José Carlos Gratz, foi-lhe a este concedida, à vista de empate na votação, ordem parcial para revogar a prisão preventiva, nos termos do voto do Ministro **Paulo Medina** (fl. 222).

Mas, em 5 de agosto seguinte, nos autos do **HC 27.299**, impetrado em favor do ora paciente, perante o mesmo Superior Tribunal de Justiça e distribuído, por prevenção, à Sexta Turma, tendo por relator também o Ministro **Fontes de Alencar**, entendeu aquela Corte, por maioria de votos, vencido o Ministro **Paulo Medina**, de denegar *in totum* o pedido, mantendo, por conseguinte, o decreto de prisão preventiva, por seus próprios fundamentos (fl. 270 e seguintes).

A diversidade no teor dos julgamentos deveu-se à diversidade dos votos do Ministro **Hamilton Carvalhido**, que, no primeiro *writ*, concedeu a ordem, para desconstituir o decreto e, no segundo, denegou-a, acompanhando o voto do Ministro Relator.

5. Penso que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **HC 27.275** e conceder parcialmente a ordem para revogar a prisão preventiva do corréu José Carlos Gratz, deveria, *ex vi* do disposto nos arts. 580, por analogia, e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, ter, de ofício, estendido a ordem ao ora paciente, dado o caráter **unitário** dos fundamentos deduzidos no ato que lhes decretou a ambos a prisão cautelar, à luz da imputação dos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção ativa e passiva, que, nos termos da descrição constante da denúncia, posto que sem expressa referência, teriam sido praticados em concurso de agentes. Não se deu a quem, na teia criminosa, seria mero intermediário, o mesmo tratamento de quem dela se teria aproveitado!

Conforme precedente desta Corte, em que foi Relator o Ministro **Marco Aurélio**,

> "uma vez assentada a insubsistência do flagrante, concedendo-se ordem em tal sentido, com determinação de expedição de alvará de soltura a favor de um dos réus, cumpre ao órgão julgador conceder *habeas corpus* de ofício em relação aos demais – inteligência dos arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal. O silêncio do órgão implica constrangimento ilegal. A regra de ambos os dispositivos não consubstancia faculdade, mas dever imposto ao Estado julgador" (Ementa do **HC 74.834-4**, Segunda Turma, j. 11-7-1997.)

O juízo de suposta inclinação criminosa, que foi a única motivação de caráter **singular** e **pessoal** invocada, no decreto de prisão, em desfavor do ora paciente, não se revela razão suficiente para suportar a subsistência autônoma do decreto de sua prisão preventiva, até porque, como se advertiu e notou o mesmo decreto, já estava ele preso em virtude doutro processo, na oportunidade.

6. Assim, nos termos do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, aparecendo ilegal a subsistência autônoma da prisão preventiva do ora paciente, **concedo liminar**, para, estendendo de ofício a ordem concedida a José

Carlos Gratz, determinar seja o ora paciente posto em liberdade, se por al não haja de permanecer preso, expedindo-se imediatamente alvará de soltura.
(Fls. 282-286.)

Mantenho a decisão.

O evidente caráter unitário do decreto de prisão, somando-se ao fato de que os dois corréus presos compartilhavam idêntica situação processual, exige que a ordem concedida pelo STJ a José Carlos Gratz seja estendida ao ora paciente, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

2. Em relação ao pedido de reunião dos processos desmembrados, tenho que é incognoscível.

Como ressaltou o representante do Ministério Público Federal, a estima da conveniência da reunião dos processos é do juízo processante. Como não se aponta, na impetração, que a defesa tenha requerido ao TRF a unificação dos processos, inexiste ato coator por remediar. Ademais, conforme se depreende da leitura da petição de fls. 159-185, bem como do inteiro teor da decisão atacada (fls. 314-355), eventual ilegalidade no desmembramento do feito não foi aventada perante o Superior Tribunal de Justiça, de maneira que apreciar, aqui, a questão, configuraria indevida supressão de instância.

3. Pelo exposto, **conheço parcialmente do** *habeas corpus*, e, na parte conhecida, **concedo a ordem**, para, confirmando a liminar, determinar que o paciente aguarde em liberdade o eventual trânsito em julgado de sentença condenatória, se por al não estiver preso.

EXTRATO DA ATA

HC 83.428/ES — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente e Impetrante: Carlos Guilherme Lima (Advogada: Cláudia Barbosa de Oliveira Mello). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu, parcialmente, do *habeas corpus* e, na parte conhecida, concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 83.868 — AM

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues — Impetrantes: Luís Felipe Belmonte e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Art. 3º da Lei 9.613/1998. Interpretação conforme a Constituição. Verificação dos requisitos da prisão cautelar. Prisão decretada para evitar a repetição da ação criminosa. Réu com personalidade voltada para o crime. Garantia da ordem pública. Art. 312 do CPP. Primariedade e bons antecedentes não obstam a decretação da prisão preventiva. Ordem denegada. Medida cautelar revogada.**

1. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, mas, sim, de interpretação conforme a Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar.

2. A prisão teve como outro fundamento – além do art. 3º da Lei 9.613/1998 – a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime.

3. A Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa.

4. Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública.

5. Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.

6. A circunstância de o paciente ser primário e ter bons antecedentes, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP.

7. Por isso, indefiro o *habeas corpus* e revogo a medida cautelar concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir a ordem de *habeas corpus* e revogar a liminar concedida, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 5 de março de 2009 — Ellen Gracie, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na inicial de fls. 2 a 15, consta que o paciente veio a ser condenado, como incurso nos arts. 288, 318, 317, 299 combinado com o art. 304, todos do Código Penal, e art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998, às penas de 33 anos e oito meses de reclusão, multa e perda do cargo, havendo a juíza determinado a prisão imediata, apesar de registrada a primariedade. Aponta-se a inviabilidade constitucional do art. 3º da Lei 9.613/1998. Segundo o articulado, ainda que observável o dispositivo legal mencionado, impunha-se a existência de contexto que justificasse a imediata custódia. Afirma-se que o pedido de extensão de ordens concedidas a corréus teria sido indeferido a partir de visão equivocada. Em que pese a primariedade do paciente, assentou-se que seria nefasta a convivência em sociedade, ou seja, a periculosidade. São tecidas considerações sobre o princípio da não culpabilidade – inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal –, aludindo-se, sem referência ao número do processo, a voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes sobre o conflito do art. 9º da Lei 9.034/1995 com a Carta da República e a necessidade de conferir-se ao art. 3º da Lei 9.613/1998 interpretação harmônica com a disciplina constitucional. A inicial aborda, ainda, as razões que conduzem a ter-se como não demonstrada a necessidade da prisão, asseverando-se que, à época da prolação da sentença condenatória, o paciente encontrava-se em liberdade. Pleiteou-se a concessão de liminar que implicasse a expedição do alvará de soltura, vindo-se, alfim, a declarar a insubsistência da prisão. Aos autos vieram os documentos de fls. 16 a 176. À fl. 180, o Ministro Maurício Corrêa, no curso das férias coletivas de janeiro, determinou fossem solicitadas informações ao Superior Tribunal de Justiça, ante as quais apreciaria o pleito cautelar. Juntaram-se aos autos as certidões de fls. 182 a 185. À fl. 190, tem-se ofício do Superior Tribunal de Justiça mediante o qual se encaminhou o acórdão proferido no HC 29.389/AM, impetrado em benefício do paciente. À fl. 202, o Ministro Nelson Jobim, no exercício da Presidência, indeferiu a liminar, determinando a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República. A peça apresentada consigna (fl. 204):

> *Habeas corpus*. Paciente condenado, juntamente com outros indivíduos, a cumprir em regime fechado pena de 35 (trinta e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa, como incurso nos arts. 288, 299 c/c 304, 317, 318, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade. Alegação de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, e a princípios constitucionais, quanto à vedação ao direito de apelar em liberdade. Circunstâncias

> judiciais devidamente fundamentadas na r. sentença monocrática, não restando configurada a alegada violação aos princípios constitucionais invocados, em consonância com o entendimento pretoriano de que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, o réu, que sendo primário, é recolhido à prisão antes do trânsito em julgado, quando a sentença estiver devidamente fundamentada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recebi os autos para exame em 6 de fevereiro de 2004 e despachei no sentido de ouvir o Procurador-Geral da República sobre a inconstitucionalidade evocada, presente a circunstância de, na Rcl 2.391-5, em curso no Plenário, haver-se deferido liminar, não se tendo chegado, ainda, ao crivo sob tal ângulo, encontrando-se o processo com vista à ministra Ellen Gracie, após os votos proferidos por mim, como relator, e pelos ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes, relativamente ao conflito do texto legal questionado com o Diploma Maior.

À fl. 217, prolatei o seguinte despacho:

> **Vista ao Procurador-Geral da República**
>
> 1. A espécie envolve a inconstitucionalidade de texto de lei. Sobre o tema não foi concluído o julgamento de reclamação a envolvê-lo, sendo implementada medida acauteladora.
>
> O paciente encontra-se preso, devendo ter sequência este *habeas*.
>
> 2. Abro vista ao Procurador-Geral da República, ante a afetação do processo ao Plenário e a pecha de inconstitucionalidade atribuída ao art. 3º da Lei 9.613/1998, e sinalização, nesse sentido, de alguns votos proferidos na reclamação em curso – 2.391.
>
> 3. Imprima-se urgência na remessa.
>
> 4. Publique-se.

O Procurador-Geral da República, na peça de fls. 219 a 224, em síntese, subscreveu o parecer de fls. 204 a 212, da lavra da Subprocuradora Delza Curvello, assim resumido (fl. 221):

> (...) embora sendo primário e tenha respondido ao processo em liberdade, o ora paciente foi condenado pelo Juízo da 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas a cumprir pena, em regime fechado, tendo a r. sentença, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, que não só fixa a pena-base, como também o regime de cumprimento da pena, descrito as seguintes circunstâncias: (...)

Então, fez-se ver que mesmo que o Plenário declare incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei 9.034/1995 no julgamento da Rcl 2.391, "emprestando ao art. 3º da Lei 9.613/1998 interpretação conforme a Constituição Federal, 'no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar", houve a ressalva do "entendimento no sentido de que é possível a prisão do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que fundamentada" (fl. 222). Concluiu o Procurador-Geral da República pela inexistência de constrangimento

ilegal e reportou-se à decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à concessão da ordem a outra acusada. A Corte consignou que a situação concreta de cada réu há de ser considerada e que, de qualquer forma, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região veio a informar o equívoco do Juízo ao permitir a liberdade de Maristela Santos de Araújo Lopes.

O processo voltou-me para exame em 18 de março de 2004 e nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, em 9 de abril de 2004, indicando como data de julgamento a de hoje, 14 de abril, isso objetivando a ciência do impetrante, no que lhe assiste o direito de ter conhecimento do dia do julgamento do *habeas corpus* para, querendo, providenciar distribuição de memorial e proceder à sustentação da tribuna. Assim procedi considerado o fato de que a ausência de inclusão do processo em pauta não pode implicar surpresa no julgamento, mas visa, tão somente, à celeridade processual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na sentença prolatada, envolvendo ação penal pública plúrima, assim ficou fundamentada a ordem de prisão (fl. 124):

> Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar **imediatamente** o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.
>
> Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Elina Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrízzio Monteiro Domingues.
>
> Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.
>
> Custas pelos condenados.
>
> P.R.I.
>
> Manaus, 21 de março de 2003.
>
> Jaiza Maria Pinto Fraxe
>
> Juíza Federal

Percebe-se que os condenados responderam ao processo em liberdade. Surge, de início, a questão ligada à isonomia. A teor do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, "no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25 – hoje art. 29), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros". O preceito tem merecido interpretação teleológica e não simplesmente literal, no tocante à alusão a recurso interposto por um dos réus. Vale dizer, alcança situação vantajosa relativa a acusado que tenha sido favorecido por ordem concedida em *habeas corpus*. Pois bem, conforme ressaltado na inicial, a corré Maristela Santos de Araújo Lopes foi beneficiada com ordem concedida pelo

Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 2003.01.00.008506-7/AM, quando proclamou o redator designado para o acórdão – Juiz Cândido Ribeiro (fl. 34):

> *Processo penal. Paciente condenada. Direito de apelar em liberdade. Possibilidade.*
>
> I – Constitui direito do réu apelar em liberdade se, na fase do Sumário, foi-lhe concedido o benefício da liberdade provisória, salvo se ocorrer fato superveniente que justifique a prisão cautelar.
>
> II – O argumento relativo à gravidade do crime e magnitude da lesão deve ser analisado com temperamentos, em especial, se aos demais acusados também restou assegurada a possibilidade de aguardarem soltos o exame de eventual apelo.
>
> III – Ordem que se concede, garantindo à paciente o direito de apelar em liberdade.

Da mesma forma, concedeu-se a ordem em relação aos condenados Lindomar de Maria Dávila Lopes, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção e Maria Elina Fonseca da Silva. Então, o Relator do *habeas* anterior, vencido na assentada do julgamento, veio a adotar a óptica externada pelos componentes da Turma julgadora, ficando a ementa assim redigida (fl. 45):

> *Habeas corpus para apelar em liberdade – Art. 594 e art. 312 do CPP: interpretação conjunta – Ordem concedida.*
>
> 1. Embora "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência" (*Súmula* 9/STJ), a jurisprudência tem caminhado no sentido de que a regra do art. 594 do CPP deve ser interpretada em conjunto com a do art. 312 do CPP. Precedentes: (STJ, RHC 8.727/SP, Rel. Min. *Vicente Leal*, T6, ac. un., *DJ* 04/09/2000, p. 194; TRF1, HC 1998.01.00.003361-5/GO, Rel. Juiz *Tourinho Neto*, T3, ac. un., *DJ* 20/03/98, p. 257; TRF1, HC 1999.01.00.006452-4/MG, Rel. Juiz Conv. *Jamil Rosa de Jesus*, T3, ac. un., *DJ* 18/06/99, p. 167; TRF1, HC 1998.01.00.034489-0/GO, Rel Juiz Cândido Ribeiro, T3, ac. un., *DJ* 04/09/1998, p. 114)
>
> 2. O fato de os apenados responderem a processo criminal, também, pela prática de "lavagem" de bens não tem, por si só, o condão de afastar as condições do art. 594 do CPP em face do *"princípio constitucional da presunção de inocência"*, quanto mais estando ausentes os demais pressupostos para a prisão processual à luz do art. 312 do CPP.
>
> 3. "(...) A gravidade do delito, a qualidade da pena, bem como a alegação de que o paciente não possui bons antecedentes criminais não se constituem, por si sós, motivos suficientes para embasar um decreto prisional. Faz-se mister a presença dos demais requisitos do art. 312 do CPP". (TRF1, HC 1998.01.00.034489-0/GO, Rel. Juiz *Cândido Ribeiro*, T3, ac. un., *DJ* 04/09/1998, p. 114).
>
> 4. *Habeas corpus* concedido.

Pois bem, conforme depreende-se da decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça de fls. 131 e 132, o ora paciente teve, no Regional Federal da 1ª Região, indeferido o pedido de extensão de efeitos do *habeas* que beneficiou a corré Maristela Santos de Araújo Lopes. Evocou-se, é certo, no Superior Tribunal de Justiça, antecedentes, reincidência e a "personificação criminosa do acusado", referindo-se a predicados desfavoráveis (fl. 162). Ocorre que o ato referente à

prisão surgiu único, tendo em conta os diversos condenados, aludindo-se ao disposto no art. 3º da Lei 9.613/1998 e às circunstâncias judiciais que serviram à fixação das penas. Já, aqui, procede a causa de pedir. Não se está diante de títulos diversos, relativos ao recolhimento imediato à prisão, mas de parâmetros únicos e, uma vez beneficiados os outros quatro acusados, impunha-se a extensão da ordem ao ora paciente. A par disso, tem-se a problemática do início do cumprimento da pena, ou seja, o art. 3º da Lei 9.613/1998:

> Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Surge a inconstitucionalidade do dispositivo transcrito, no que estabelece o caráter automático da prisão quando enquadrado o caso como crime previsto nessa lei. Relativamente às circunstâncias judiciais, o contido na sentença condenatória não é suficiente, não fosse a extensão de ordem que beneficiara os corréus, a ter-se o enquadramento no art. 312 do Código de Processo Penal. Eis o consignado às fls. 119 e 120:

> 5) Marcus Fabrízzio Monteiro Domingues
>
> O acusado demonstrou com sua atitude considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutam os homens de bem.
>
> O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.
>
> Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e

consequências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário.

As circunstâncias judiciais são as mesmas para todos os delitos, pelo que sopesando essas circunstâncias: (...)

Seguiu-se, então, a partir desse contexto, a apenação considerados os crimes dos arts. 288, 318, 317, 299 combinado com o 304, todos do Código Penal, e art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998, chegando-se à pena total de trinta e três anos e oito meses de reclusão e ao pagamento de um mil, trezentos e setenta e três dias-multa, correspondendo cada dia-multa a R$ 10,00 (dez reais). Impôs-se a perda do cargo público. Vê-se que em momento algum se tem referência capaz, por si só, de gerar, sob o ângulo da prisão preventiva, apoio no art. 312 do Código de Processo Penal.

Concedo a ordem para afastar o recolhimento imediato do paciente, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, na reclamação, fui adiante para declarar, de forma peremptória, a inconstitucionalidade do citado artigo. Mas creio que é possível ficar-se no meio-termo, muito embora possa surgir até um paradoxo decorrente do fato de o acusado ter respondido ao processo em liberdade e, apenas, com a sentença condenatória ter sido imposta a custódia rotulada como preventiva.

Então, consideradas as duas causas de pedir, a extensão, o direito à extensão previsto no art. 580 do Código de Processo Penal e a inconstitucionalidade da aplicação, sem temperamento, do art. 3º da Lei 9.613/1998, concedo a ordem ao paciente para que ele aguarde em liberdade a imutabilidade do decreto condenatório.

Senhor Presidente, como fiz na própria reclamação e em outros processos, também na Primeira Turma e como relator, preconizo a concessão da medida acauteladora, que, se estivesse já dirigindo o processo à época, teria implementado no campo monocrático.

A partir do que penso ser claro – a incidência do art. 580 do Código de Processo Penal – e de situação, portanto, mais favorável àquela que conduziu o Colegiado maior à concessão da medida acauteladora na reclamação, porque nela não se fez em jogo – penso, a minha memória pode estar falhando – o art. 580, proponho, aqui, a concessão da liminar.

Senhor Presidente, se o Tribunal entender suficiente essa causa de pedir, que é a ligada à isonomia, retiro, inclusive, do meu voto, o exame da inconstitucionalidade da Lei referida e, simplesmente, concedo a ordem, observando o art. 580, já que o título que revelou as prisões é único.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, com base no art. 580, também, acompanho o Ministro Marco Aurélio para conceder a cautelar.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, tenho dificuldade de aplicar princípio de isonomia quando se reconhece que as situações entre os réus não são iguais. Aliás, houve uma referência feita da tribuna – com toda a lealdade, o eminente Defensor nos informou – de que o próprio Superior Tribunal de Justiça considerara irregular, indevida, inadequada a liberação – não sei por qual instância judiciária – uma das corrés, no caso, parece-me que deva ser Maristela Santo de Araújo Lopes. O parecer do Ministério Público disse que, custodiada, desde o início, por ocorrência de fuga, ela não teve a ordem revogada dentro dos padrões legais.

Tenho dificuldade em acatar esse fundamento no qual se baseia o eminente Relator para deferir a ordem, que, portanto, denego. Mantenho, no entanto, quanto ao outro fundamento, se acaso for assim entendido pelo Tribunal, o meu pedido de vista.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, verifico, pelos termos do parecer da Dra. Delza Curvelo, que as situações não são absolutamente iguais. Ora, o princípio da isonomia se realiza na medida em que se trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Senhor Presidente, pede-se a extensão com base no princípio isonômico. Todavia, não tenho condições de analisar se há situação de igualdade ou não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O relatório foi minucioso. Por último, eu li, inclusive, o trecho alusivo às circunstâncias judiciais.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Fiquei com grandes dúvidas. Vossa Excelência revela que se está diante de uma pessoa que participa do que se convencionou chamar de crime organizado, lavagem de dinheiro, criação de um poder paralelo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência não chega à majoração da pena no julgamento do *habeas corpus*?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro, não posso majorar pena no *habeas corpus*. Vossa Excelência sabe disso, não podemos fazer isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu utilizei o advérbio de negação: Vossa Excelência não chega.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Claro, não podemos fazer isso. Se Vossa Excelência deseja fazê-lo, está cometendo um equívoco. Não vamos chegar a tanto, não vamos cometer esse equívoco jurídico.

De modo que, à mingua de dados que justificariam a aplicação do princípio isonômico, denego a ordem, subscrevendo o voto da eminente Ministra Ellen Gracie.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, ouvi atentamente as intervenções dos eminentes Ministros e após as manifestações da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Carlos Velloso, também não estou convencido de que a situação dos corréus é igual à do impetrante, do paciente.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para discordar do ponto de vista de Sua Excelência.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, impressionou-me muito o que foi dito da tribuna pelo ilustre Advogado no sentido de que os corréus se encontravam em liberdade. Durante o debate, ficou claro que não há elementos para comparar as situações. Isso só veio a ser esclarecido em consequência do debate.

Por essa razão, também reformulo o meu voto e denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, não me convenci, examinado o caso, exclusivamente, sob o prisma do art. 580, que seja hipótese de extensão.

Por isso, neste ponto, denego a ordem, sem prejuízo do prosseguimento quanto ao fundamento constitucional.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, ante o pedido de vista, preconizo a concessão, como fizemos na reclamação, de medida acauteladora para que o paciente aguarde o julgamento deste *habeas corpus* em liberdade.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estou com a sentença em mãos. Não houve decretação de preventiva: a prisão fundou-se, pura e simplesmente, no teor do art. 3º da Lei 9.613.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, se o Plenário, no caso anterior, na reclamação, tomou essa atitude, aqui, sim, é o caso de simetria.

Acompanho.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, peço licença para indeferir, tal como fiz na reclamação em que se discute a constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, da leitura da individualização da pena do paciente restou-me a impressão de que se trata puramente das chamadas circunstâncias judiciais do art. 59; não consegui enxergar sinal de motivo cautelar para decretar a prisão preventiva ou para não conceder sequer o recurso em liberdade.

Por isso acompanho a proposta do Relator e defiro a cautelar.

EXTRATO DA ATA

HC 83.868/AM — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues. Impetrantes: Luís Felipe Belmonte dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que o deferiam para estender ao paciente os efeitos do *habeas corpus* concedido aos corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido cautelar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus*, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, que o indeferiam. Falou pelo paciente o Dr. Luís Felipe Belmonte dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 14-4-2004.

Retificação: O Tribunal, por decisão unânime, retificou a decisão proclamada na sessão de 14-4-2004, que passa a ser: "O Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, relativamente ao pedido de extensão previsto no art. 580 do Código de Processo Penal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que o deferiam; também por maioria, deferiu o pedido cautelar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus*, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, que o indeferiam; em seguida, após o voto do Relator declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie. Falou pelo paciente o Dr. Luís Felipe Belmonte dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 14-4-2004. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Carlos Britto. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 12 de maio de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO
(Vista)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: **1.** Rememoro os fatos. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 29.389, assim ementado (fl. 193):

> *Habeas corpus. Sentença condenatória. Vários denunciados. Crimes de lavagem de bens e outros. Prisão decorrente da sentença. Pretensão de extensão. Direito de apelar em liberdade. Réu solto na instrução. Personificação para o crime. Art. 594 do CPP. Prisão justificada. Ordem denegada.*
>
> Os antecedentes, a reincidência e, sobretudo, a personificação criminosa do acusado são dados indispensáveis na avaliação do direito de aguardar em liberdade o recurso de apelação, quando da primeira decisão condenatória, consoante se depreende do art. 594 do CPP.
>
> Por isso, a indicação de predicados desfavoráveis à pessoa do acusado reveste-se de medida correta no juízo de convencimento, não havendo contrariedade aos parâmetros legais se a prisão cautelar for sugerida, mesmo que o procedimento instrutório tenha-se concluído sem a promoção de qualquer ordem detentiva.
>
> Ordem denegada.

O Plenário desta Corte, por maioria, recusou o pleito no que se refere ao pedido de extensão de medida concedida a corréus, tendo deferido a cautelar, em razão da pendência de outra causa de pedir, para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento final do *writ*. Prosseguiu no julgamento para apreciação tão somente da inconstitucionalidade do art. 3º da lei 9.613/1998. Após o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem "para afastar o recolhimento imediato do paciente, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998", pedi vista dos autos para uma melhor reflexão sobre a matéria.

Na hipótese em tela, constato que o réu foi condenado ao cumprimento de uma pena total de 35 anos e 8 meses de reclusão, cumulado com multa e perda do cargo, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 317, 318, 299 c/c 304, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998, tendo a sentença monocrática determinado a sua prisão imediata, com fundamento nas circunstâncias judiciais e no art. 3º da Lei 9.613/1998 (fl. 124).

O Ministro Marco Aurélio, Relator, entendeu pela "inconstitucionalidade do dispositivo transcrito, no que estabelece o caráter automático da prisão quando enquadrado o caso como crime previsto nessa lei". Sustentou, ainda, que, "relativamente às circunstâncias judiciais, o contido na sentença condenatória não é suficiente (...) a ter-se o enquadramento no art. 312 do Código de Processo Penal".

2. Situação fática

O presente *habeas corpus* foi interposto no contexto da condenação de integrantes de uma quadrilha formada para fraudar as normas regentes da Zona Franca de Manaus mediante o cometimento de diversos delitos descritos na denúncia (cf. transcrição da sentença de fl. 58 e seguintes). A atuação do bando consistia em importar, como se insumos fossem, produtos eletrônicos acabados e colocá-los no comércio com as isenções que se destinam ao fomento da Zona Franca de Manaus. Aos capitalistas, donos da empresa de fachada DM Eletrônica da Amazônia, associavam-se para viabilizar a prática criminosa servidores públicos da Alfândega de Manaus, da Suframa, da Secretaria de Fazenda do Amazonas e do Porto de Manaus. Um milhão de dólares por mês chegava a ser o valor da propina distribuída.

Após prolongada instrução em que aos réus foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, sobreveio sentença condenatória. Diz o parecer de lavra da Dra. Delza Curvelo Rocha:

> (...) embora sendo primário e tendo respondido ao processo em liberdade, o ora paciente foi condenado pelo juízo da 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas a cumprir pena, em regime fechado, tendo a r. sentença, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, que não só fixa a pena-base, como também o regime de cumprimento da pena, descrito as seguintes circunstâncias:
>
> 5) Marcus Fabrízzio Monteiro Domingues
>
> O acusado demonstra, com sua atitude, considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, a medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutam os homens de bem.
>
> O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.

Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e consequências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário.

As circunstâncias judiciais são as mesmas para todos os delitos, pelo que sopesando essas circunstâncias:

a) (...)

Portanto, fica Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues condenado a pena total de 35 (trinta e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 1373 (mil trezentos e setenta e três) dias-multa, correspondendo cada dia-multa, a R$ 10,00 (dez reais), atualizados monetariamente, na data do efetivo pagamento, segundo disposto no artigo 49 do Código Penal.

Com fulcro no art. 92, inciso I e parágrafo único, do CPB, verificando que os acusados *Maristela Santos de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues* foram condenados por crimes cometidos com violação de dever para com a Administração Pública, na qualidade de servidores públicos, a penas superiores a um ano de reclusão, *declaro* a imediata perda dos cargos públicos ocupados pelos ditos acusados.

(...)

Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar imediatamente o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (presídio de segurança máxima), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Eliana Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues.

Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Manaus, 21 de março de 2003.

(Fls. 207/209.)

E afinal conclui a ilustre Subprocuradora-Geral:

(...) não há que se falar em constrangimento ilegal, sob a ótica da nova ordem constitucional, que consagrou o princípio da inocência previsto no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, e nem violação ao princípio da igualdade, em razão de a sentença não haver assegurado ao paciente o direito de apelar em liberdade, eis que restou demonstrado na decisão monocrática que não somente o ora paciente, como os demais corréus, não preenchem os requisitos legais que permitem tal prerrogativa, não havendo procedência a alegação de que a sentença fora fundamentada apenas com escopo na gravidade do delito, como afirma o impetrante às fls. 08 dos autos.

(Fls. 210/211.)

3. Princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII)

Com a devida vênia do eminente relator, tenho entendimento diverso sobre o tema, uma vez que não dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não culpabilidade a extensão que lhe empresta o nobre colega. Nem o acompanho na declaração de inconstitucionalidade da norma inserida no art. 3º da Lei 9.613/1998.

Com efeito, a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 1988, pois já figurava nas redações anteriores – é garantia de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado.

Todavia, a sentença condenatória que seja produzida após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa indene tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença, por juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.

Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória.

Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças e o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa.

Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo o réu confesso –, e, por isso mesmo, o ônus da prova recai inteiramente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela acusação e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura.

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal para que só então se dê consequência à sentença condenatória. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória com ou sem fiança.

Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-lo nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/1990, art. 27, § 2º). Não creio que a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa.

Nesta linha, vale lembrar as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026:

> Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado

da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória, como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão a partir da sentença condenatória de primeira instância.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece o princípio da presunção de inocência como uma garantia do acusado, ao estabelecer em seu art. 6º (2) que *"qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*." Entretanto, a Convenção faz uma clara distinção entre a situação do acusado que já foi condenado, daquele que é apenas suspeito da prática de um delito, eis que considera a condenação criminal, ainda que não definitiva, como motivo autônomo para a prisão (art. 5º, 1, *a*).

4. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, "não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade" (HC 73.151, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-4-1996). Vejamos o seu teor:

> Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas.
> (Art. 7º, n. 2.)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra os efeitos de sentença condenatória proferida após instrução processual regular, em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não corresponde à garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.366:

> Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derrogá-lo em hipóteses especiais.

E mais. O Pacto de São José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas o direito de recorrer *tour court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a "*superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos*" (Ministro Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia,

segundo penso, tentar interpretar o Pacto de São José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste em extravagância exclusiva deste país.

Leia-se o art. 25, § 1º, da Convenção:

> Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários da súplica os juízes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em suma, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

> A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)

É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.

5. Princípio da proporcionalidade

Outrossim, não vejo afronta ao princípio da proporcionalidade, porque essa norma, como é sabido, é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência.

De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, um lado a proibição do excesso. De outra banda, a proibição da insuficiência. Não vejo excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada.

Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém possa ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.

Ademais, frágil me parece, com a vênia devida, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença civil proferida contra devedor

inadimplente e de uma sentença penal proferida contra sujeito ativo de crimes contra a administração pública e de lavagem de dinheiro possam comprometer o princípio da proporcionalidade na esfera penal, apenas porque constituem tratamento normativo desigual. Os bens jurídicos tutelados são diversos e diversas, portanto, as formas de execução.

Ressalto, ainda, que enquanto a condenação não for mantida pelo segundo grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação, enquanto se aguarda a sua confirmação, ou não, pela instância competente, ou seja, o segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, como é sabido.

6. Conclusão

Por tais razões, peço vênia ao eminente relator para dele divergir. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar, conforme já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 2.391/PR.

Ultrapassada tal questão, observo que, ainda assim, o caso não comportaria concessão da ordem.

Na presente hipótese, o paciente foi condenado ao cumprimento de uma pena total de 35 anos e 8 meses de reclusão, cumulado com multa e perda do cargo, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 317, 318, 299 c/c art. 304, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998.

Ao prolatar a sentença condenatória, a Magistrada de primeiro grau assentou as seguintes circunstâncias relacionadas ao paciente:

> O acusado demonstra com sua atitude, considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição

Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutam os homens de bem.

O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.

Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e consequências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário".

Diante de tais circunstâncias e do disposto no art. 3º da Lei 9.613/1998 a Juíza sentenciante determinou a prisão do paciente, nos seguintes termos:

Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar imediatamente o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (presídio de segurança máxima), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Eliana Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues.

Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Manaus, 21 de março de 2003.

Oportuno destacar o seguinte trecho da sentença de fls. 58/124:

Hoje, entretanto, a Zona Franca assiste ao desenrolar da maior fraude que a sua história já pôde sofrer: a maquiagem nas importações.

O crime em questão vem causando grande impacto social, econômico, político, cultural e jurídico no Brasil e em outros países.

A subtração de empregos para brasileiros, a exploração do trabalho escravo em outras nações, a sonegação de impostos, as negociatas entre empresários e fiscais, a crença na impunidade e o desrespeito à justiça e à soberania nacional marcaram este escandaloso ilícito de proporções internacionais.
(Fl. 82.)

Em relação ao paciente, a Magistrada federal asseverou o seguinte:

O acusado Marcus Fabrízzio Monteiro Domingues é técnico da Receita Federal, sendo sua participação na organização criminosa bastante ativa. Agia, revelando à acusada Lili as rotas de fiscalização que estavam na rua, orientando-a sobre

> os procedimentos relativos à documentação e à carga, gozando, ainda, juntamente com outros auditores da Receita Federal, também acusados pelos mesmos crimes em processo que foi deste desmembrado, de extrema confiança por parte da acusada Maria Elina para o recebimento de "propina".
>
> Juntamente com a acusada Maristela, este acusado "montou" um estratagema para impedir a descoberta do contrabando, ou seja, aquela antecipava-se à operação, lacrando o container e depois este ficava a cargo do acusado que providenciava seu acobertamento.
>
> (Fls. 100/101.)

Deste modo, verifico que a prisão teve como outro fundamento – além do art. 3º da Lei 9.613/1998 – a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime.

Além de revogar expressamente o art. 594 do Código de Processo Penal, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 introduziu o parágrafo único ao art. 387 do CPP, *in verbis*:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Portanto, no momento da sentença, poderá o juiz decretar a prisão preventiva do réu, quando a medida se mostrar necessária e observada a devida fundamentação.

No caso em tela, a Magistrada sentenciante além de destacar a gravidade dos delitos praticados – eis que, segundo a denúncia, o valor das importações fraudulentas atingia 10 milhões de dólares por mês –, ressaltou a ativa participação do paciente na organização criminosa, tendo o mesmo incentivado "a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM". Além disso, "demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros" e "contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária".

Diante das provas colhidas nos autos, concluiu a Juíza de primeiro grau que o paciente "demonstrou personalidade construída para o crime" e, em razão disso, "não pode estar no convívio social do qual desfrutam os homens de bem".

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 387 do Código de Processo Penal, a Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa.

Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública.

Nesse ponto, oportuno mencionar que a maioria dos países europeus admite a decretação da prisão cautelar para evitar a reiteração criminosa. A Alemanha prevê como um dos fundamentos para a prisão provisória o risco de reiteração da conduta (*die wiederholungsgefhar*: § 112, *a*, StPO). Portugal, no art. 204, *c*, do Código de Processo Penal, admite a prisão preventiva na hipótese de "perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa".

Com efeito, há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso à prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.

Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 3-6-2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 18-5-2007). Outrossim, "a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal" (HC 98.143, de minha relatoria, *DJ* de 27-6-2008).

Por outro lado, a circunstância de o paciente ser primário e ter bons antecedentes, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP (HC 83.148/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* de 2-9-2005).

Por isso, **indefiro** o *habeas corpus* e **revogo** a medida cautelar concedida.

É como voto.

VOTO
(Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, como Relator, prolatei voto, em 2004, neste caso. As premissas versadas já não são da lembrança dos integrantes do Colegiado.

As tintas, quanto à fraude, realmente são fortes, não bastasse a circunstância de sabermos que a mão criminal federal é um tanto quanto pesada. Daí a pena a que se chegou, no caso de fraude, de 33 anos. Qual foi o fundamento lançado para ter-se o que seria a preventiva, mas que transparece, iniludivelmente, como execução temporã, precoce, açodada da pena?

> Tendo em vista [estou lendo o ato e não posso suplementá-lo, muito menos levando em conta algo que diz respeito à dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal] que os acusados foram condenados [responderam o processo em liberdade] pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar [e vem o advérbio de modo] **imediatamente** o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.
>
> Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados [e aí tivemos o rol de condenados] Maria Elina Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrízzio Monteiro Domingues.

Pois bem, o título relativo à preventiva na ação plúrima é único, e quatro condenados foram beneficiados pela concessão de ordem em *habeas corpus*.

Nós, eu e Vossa Excelência, votamos no sentido de observar o art. 580 do Código de Processo Penal, de implementar a extensão, tendo em conta o paciente, mas esse entendimento foi refutado na sessão de 14 de abril de 2004, com ratificação do que decidido na sessão do dia 12 de maio subsequente.

Mas indago: o que se contém nesse trecho que li, a revelar o ato de constrição, a alcançar a liberdade de ir e vir sem culpa formada? Enquadra-se no art. 312 do Código de Processo Penal? Para mim, não. Para mim, a alusão ao art. 3º da Lei 9.613/1998, que versa uma prisão automática, não é respaldo para a preventiva nem muito menos, repito, as circunstâncias judiciais que foram consideradas na apenação. O Direito Penal não comporta o *bis in idem*, a sobreposição. Daí ter votado no sentido do deferimento da ordem. Que se aguarde o trânsito em julgado do título condenatório para ter-se o que a prolatora da decisão vislumbrou, ou seja, a imediata prisão em regime fechado para cumprimento da pena dos condenados. Aqui devo me corrigir porque não há o envolvimento de condenados – quatro deles já foram beneficiados por concessão de ordem pelo Primeiro Regional Federal – mas de condenado, que era servidor público e essa condição foi considerada para chegar-se à pena-base em quantitativo superior ao mínimo previsto para o tipo.

Em última análise, Presidente, estamos a nos defrontar, mais uma vez, com a prisão automática, considerado o art. 3º da Lei 9.613/1998, no que transparece inconstitucional ante a contrariedade não só ao princípio da não culpabilidade, como também porque adita a própria Carta da República. Se verificarmos o rol das garantias constitucionais, vamos notar que a explicitação para colar-se a determinada prática criminosa o caráter de inafiançável e de insuscetível de graça ou anistia ficou balizada, e esse preceito é taxativo, não há campo para o legislador ordinário incluir outras situações jurídicas. O inciso XLIII do art. 5º consigna expressamente:

> a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, [não é o caso] o tráfico ilícito de entorpecentes [também não é o caso] e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, (...)

A fraude envolvida na espécie ainda não foi rotulada como crime hediondo. Por isso mantenho o voto, Presidente, ressaltando, mais uma vez, a necessidade de se adotar até mesmo – e o julgamento ainda está aberto, não tendo havido a proclamação final – tratamento igualitário. Os demais corréus, repito, foram beneficiados com concessão de ordem pelo Primeiro Regional Federal e, ao que tudo indica, o paciente não o foi ante a qualificação possuída – servidor público – e a gravidade da prática própria a ser levada em conta no julgamento da ação penal.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Senhores Ministros, vou tentar organizar as questões. Acho que poderíamos analisar o caso sob o seguinte ponto de vista: temos o texto da decisão que foi relido não apenas pelo eminente Relator, mas também já o tinha sido, outra vez, pela Ministra Ellen Gracie, que notava o seguinte:

> Tendo em vista que os acusados [todos os cincos] foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do artigo 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar **imediatamente** o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Este é o título da prisão.

Então, o que se propõe aqui, Senhores Ministros, é que, dentro da circunstância de que a Corte já declarou a inconstitucionalidade de norma semelhante, que é a do art. 9º da Lei 9.034/1995, e já deu interpretação conforme o art. 3º da Lei 9.613 para ajustá-la ao art. 312, no sentido de que simplesmente permite que, nesses casos, o juiz, se está presente uma das causas legais de prisão preventiva, pode decretá-la na sentença.

É preciso ver, pois, se, no caso concreto, temos decretação de prisão preventiva fundamentada, ou se temos prisão decorrente da pura e simples aplicação textual do art. 3º da Lei 9.613.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, creio que a pergunta de Vossa Excelência – muito adequada – encontra resposta no próprio dispositivo da sentença, que Vossa Excelência acaba de ler, em que a eminente Magistrada faz remessa ao que mais ela já havia dito no corpo de sua decisão, que é longa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):As circunstâncias judiciais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Exato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): As circunstâncias judiciais. Ela diz textualmente:

> (...) por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não só a expressa previsão legal, que seria o art. 3º, mas também por todas as outras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A minha premissa é única.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O que o Tribunal tem de apreciar é se ela levou em conta alguma das causas do art. 312, ou se apenas considerou circunstâncias judiciais de fixação da pena e que são objeto do art. 59. Não tem nada a ver com o art. 312. Essa é a questão factual que está proposta.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, ouvi com atenção o voto do eminente Ministro **Marco Aurélio**, reiterado agora, e a posição que Vossa Excelência manifestou, encaminhando a votação. Mas vou pedir vênia ao Ministro **Marco Aurélio** e ao eminente Ministro **Cezar Peluso**, que nos preside, para acompanhar o voto da Ministra **Ellen Gracie**.

Eu entendo que, no caso, independentemente da questão de dizer da inconstitucionalidade deste art. 3º, e, a meu ver, não encontra essa inconstitucionalidade tão evidente, sendo compatível até mesmo com uma interpretação conforme, entendo que a prisão está largamente fundamentada.

Por essas razões, também indefiro a ordem de *habeas corpus***.**

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e a Vossa Excelência, mas acompanho a divergência iniciada pela eminente Ministra Ellen Gracie, uma vez que, como ela demonstrou, há a fundamentação também baseada nas circunstâncias que ela agora reitera.

Por isso, sigo também com o Ministro Menezes Direito a divergência por ela iniciada, negando a ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministra, eu ainda não votei, Vossa Excelência não está me acompanhando?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É que Vossa Excelência pontuou numa direção...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, eu não votei ainda.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De todo jeito, então, eu vou pedir vênias apenas ao Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia à eminente Ministra Ellen Gracie e aos Colegas que a seguiram e acompanho o nobre Relator.

Observo inicialmente que o réu é primário, respondeu solto a toda instrução criminal; a decisão que determinou a prisão fez basicamente alusão ao art. 3º da Lei 9.613. Este Plenário decidiu recentemente que não se admite uma prisão *ex lege*. A remissão às circunstâncias judiciais não me impressionam, porque realmente não é possível que se tenha um *bis in idem*, pois as circunstâncias judiciais são utilizadas para fixação da pena, e a determinação da prisão após a condenação, como decidimos aqui em Plenário, recentemente, só se mostra possível se atendidos os requisitos do art. 312. Ademais, o paciente está solto desde 2004, juntamente com os demais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Porque, naquela assentada, muito embora o Tribunal tenha refutado a extensão, implementou cautelar para ser expedido o alvará de soltura.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E todos os demais estão soltos. Portanto, não me parece de todo razoável que agora, depois de mais de quatro anos solto, ele se recolha à prisão.

Assim, Senhor Presidente, acompanho o Relator, concedendo a ordem, *data venia*.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permitiria uma observação, apenas para deixar claro que em nenhum momento o voto que acabo de proferir contradita a decisão do Plenário naquela outra questão que foi julgada.

É preciso ficar bem claro isto para que não haja uma interpretação equívoca.

Estou aqui examinando uma outra questão e estou sublinhando o voto da Ministra **Ellen Gracie** no tocante aos fundamentos que foram apresentados na prisão preventiva decretada pelo eminente Juiz, que entendo adequadamente fundamentada.

Portanto, o meu voto não tem nenhuma contradição ou contrariedade com manifestação anterior do Plenário, sabendo a Corte que eu, religiosamente, sublinho sempre a necessidade de manter coerência com o que foi decidido pelo Plenário.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, acompanhei todo o voto da Ministra Ellen Gracie, vou pedir vênia a ela, ao Ministro Menezes Direito e à Ministra Cármen Lúcia para acompanhar o Relator, por todas as razões que já foram observadas, mas, sobretudo, em função do juízo que já se fez sobre o art. 3º da Lei 9.613.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, nas discussões ocorridas por ocasião do julgamento da Rcl 2.391, eu me filiei à corrente que julgava constitucional, sob reserva de interpretação, o art. 3º da Lei 9.613, isto é, desde que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente de forma explícita sobre a existência ou não dos requisitos indispensáveis à decretação da prisão cautelar. Mantenho esse entendimento.

No caso, creio que esses requisitos estão sobeja e abundantemente expostos de forma concreta na sentença condenatória, que, ao examinar e remeter às circunstâncias judiciais do art. 59, explicita, de maneira convincente, as razões pelas quais a ordem pública se veria preservada com a prisão cautelar deste paciente. Estou plenamente convencido disto.

Peço vênia aos que pensam de maneira contrária e acompanho a divergência aberta pela Ministra Ellen Gracie.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também usando o mesmo critério de análise do Ministro Carlos Alberto Direito, quando Sua Excelência deixou bem claro que está apreciando tão somente se a decisão da magistrada de primeiro grau está fundamentada a ponto de justificar a prisão do paciente, entendo que a decisão está fundamentada. Como disse o Ministro Joaquim Barbosa, sobejamente fundamentada.

Salta aos olhos que o fundamento dessa decisão, embora não explicitado, é a ordem pública. É um servidor público que, ao que tudo indica, fazia de sua caneta um pé-de-cabra, um desvio de conduta que exige dos órgãos judicantes uma pronta e severa reação. Permitam-me a metáfora dura, mas, diante de um servidor público que trai a sua função, penso que a nossa resposta tem de ser mesmo contundente.

No caso, a fundamentação me convence e ela não é outra senão a necessidade de acautelar o meio social, que, como temos decidido na Primeira Turma, está imbricada, está referida, esta necessidade de acautelamento do meio social, à preservação da ordem pública.

Aqui, a Juíza deixa claro que o modo de execução do crime, embora já seja outra coisa, para fundamentar a pena, mas as coisas estão imbricadas. Estou vendo aqui requisitos, circunstâncias judiciais concretas justificadoras da fixação da pena e justificadoras também da prisão, inobstante a apelação que se encontra em trâmite.

A Juíza deixa claro que o modo de execução do crime é nitidamente revelador de uma personalidade afeita à delitividade ou à delituosidade, vale dizer, o agente fazia da delituosidade um estilo de vida, um modo de ser. Mas não é só isso.

A Juíza também deixa claro que o modo de execução do crime, revelador, portanto, dessa personalidade atrevidamente desafiadora das instituições – até

porque a Juíza também revelava que ele propalava isso, debochava –, desafiadora da seriedade das instituições, descambaria, se não encontrasse resposta judiciária pronta, para uma situação de descrédito das instituições, notadamente da própria Justiça, da própria Justiça. Vale dizer, grassaria ou irromperia uma sensação de impunidade que terminaria por instabilizar as instituições. Por que eu digo instabilizar as instituições? Porque, prosseguindo numa tarefa analítica que me foi proposta pelo Ministro Carlos Alberto Direito de buscar elementos conceituais desse fundamento da prisão cautelar, que o Código de Processo Penal, pelo seu art. 312, chama de "ordem pública", eu encontro uma referência na Constituição muito interessante de ordem pública, referida a necessidade de preservação da credibilidade das instituições, ou, pelo menos, da estabilidade das instituições. É o art. 136, a propósito do estado de defesa, faz uma associação muito interessante entre esse bem jurídico da ordem pública com o bem jurídico da paz social, dizendo o seguinte:

> **Art. 136.** O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas [uma e outra] por grave e iminente instabilidade institucional (...)

É a primeira parte do dispositivo. Ou seja, quando sobrevém um estado concreto de instabilidade institucional, o que se coloca em risco, imediatamente, é a ordem pública, associadamente à paz social, segundo a Constituição. E a Juíza deixou isso clarissimamente posto.

Então, embora Sua Excelência não falasse, às expressas, de ordem pública, ressai da fundamentação do seu decisório que o bem jurídico a preservar, quanto à necessidade de prisão, de recolhimento do então condenado à prisão, era de preservação da ordem pública, que é um dos quatro explícitos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nessa medida, se ficarmos adstritos ao exame da fundamentação da sentença na perspectiva da necessidade da prisão, eu acompanho a eminente Ministra Ellen Gracie, com o crivo metodológico que foi impresso nessa discussão pelo Ministro Carlos Alberto Direito. Entendo fundamentada a decisão e, por isso, acompanho a eminente Ministra Ellen Gracie, que cassa a liminar e denega o *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia à divergência e acompanho o eminente Relator, por vários motivos.

Em primeiro lugar, à luz do texto do capítulo decisório que decretou a prisão, não consigo encontrar fundamentação de prisão preventiva. O que me parece a respeito é que precisa o Tribunal fazer notável esforço para, no *habeas corpus*, reconstruir ou construir o fundamento da prisão preventiva. Não há, na decisão, nenhuma referência textual à prisão preventiva. Mas, supondo-se que a houvesse,

esses fundamentos corresponderiam ao considerável grau de reprovabilidade social – é textual a sentença –, que o Tribunal, em definitivo, não reputa como motivo para a preventiva; e, à completa falta de decoro, isto é, condições de personalidade etc., que também não é causa legal da prisão.

O que me pareceria poder ter sido, mas não foi invocado, seria a referência de que os acusados comporiam uma organização criminosa, mas isso é destruído por dois motivos: primeiro, porque o próprio Tribunal Regional concedeu *habeas corpus* para os outros quatro; portanto, não considerou a existência dessa organização que pusesse em risco a ordem pública; segundo lugar, a ordem pública não se confunde com ruptura da paz social. Por quê? Porque todo crime, como tal, põe em risco a paz social e, por isso, é objeto da reação máxima ou da reprovabilidade máxima do Direito Penal. Noutras palavras, se os crimes cometidos puseram em risco a paz social, puseram-no como todos os outros crimes costumam fazer. De modo que este, a meu ver, se fosse o caso de preventiva, não poderia ser equiparado ao de ordem pública.

Por essas razões, e considerando que não me parece justificada a referência à ordem pública e à organização criminosa, sobretudo quando os outros membros da suposta organização foram postos em liberdade pela instância local, concedo a ordem.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Presidente, só quero fazer uma distinção, se Vossa Excelência me permitir.

O bem jurídico chamado de "ordem pública" pela Constituição faz parte de outro bem jurídico maior, outro valor continente chamado "segurança pública". Isso está expresso no art. 144 da Constituição: a segurança pública se volta para a preservação da ordem pública – primeiro elemento conceitual – e da incolumidade dos bens e do patrimônio. Então, dissocio ordem pública de paz social, para deixar isso bem claro. Porque a Constituição, no art. 136, faz a junção desses dois valores, ordem pública e bem social, mas eu os separo, para o efeito de julgamento dos nossos *habeas corpus* ou das nossas ações penais originárias, porque a ordem pública é referida em outro momento da Constituição que é exatamente esse valor coletivo chamado "segurança pública". Só para fazer essa distinção conceitual.

EXTRATO DA ATA

HC 83.868/AM — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues. Impetrantes: Luís Felipe Belmonte dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17-6-2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem de *habeas corpus* e revogou a liminar concedida, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso. Lavrará o acórdão a Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 5 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

HABEAS CORPUS 95.086 — SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Alberto Pedro da Silva Filho — Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Crime fiscal – Fraude – Processo administrativo – Prescindibilidade. Versando a imputação à prática de fraude, mediante constituição de empresas de fachada, para fugir-se às obrigações fiscais, mostra-se dispensável aguardar-se desfecho de processo administrativo.

Crime de quadrilha – Art. 288 do Código Penal. O tipo do art. 288 do Código Penal é autônomo, prescindindo quer do crime posterior, quer, com maior razão, do anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de relatório, valho-me das informações prestadas pela Assessoria:

> Eis como ficou sintetizada a espécie no ato mediante o qual Vossa Excelência indeferiu a medida acauteladora (fls. 329 e 330):
>
> ***Habeas corpus* – Liminar – Crime fiscal e quadrilha – Suspensão de ação – Relevância não configurada – Indeferimento.**
>
> 1. A Assessoria assim resumiu os parâmetros deste *habeas corpus*:
>
> O Paciente, juntamente com outros Corréus, foi denunciado por suposta infração ao art. 288 do Código Penal, combinado com a Lei 9.034/1995; cabeça do art. 1º, inciso VII, do art. 1º, inciso II do § 1º do art. 1º e incisos I e II do § 2º do art. 1º da Lei 9.613/1998, combinado com o art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 (fl. 140, apenso 1).
>
> Consta do processo que os fatos foram apurados por meio da operação "Grandes Lagos" da Polícia Federal, conforme investigações realizadas mediante quebra de sigilos fiscal e bancário e interceptação telefônica autorizadas judicialmente. Haveria organizações criminosas compostas de diversas quadrilhas, que interagiam para praticar os delitos de sonegação fiscal, incluídas contribuições previdenciárias, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, frustração de direitos trabalhistas, entre outros. A denúncia foi recebida (fls. 145 e 146, apenso 1).

Contra esse ato formalizou-se *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, objetivando o trancamento da ação penal. O Impetrante alegou que, em relação ao delito fiscal, a pendência de procedimento administrativo impedia o prosseguimento da ação, porquanto, considerando que o crime de quadrilha ou bando é alheio aos crimes contra a ordem tributária, não existindo o delito antecedente, a infração ao art. 288 do Código Penal não poderia ser imputada ao Paciente. O Relator indeferiu o pedido de liminar, refutando a tese de constrangimento ilegal, porque a fraude perpetrada pelo Paciente e pelos demais denunciados consistia justamente na criação de empresas constituídas em nome de "laranjas" que aparentavam perante o Fisco mera situação de inadimplência, uma vez que declaravam suas dívidas, mas não recolhiam o tributo devido, de forma que seus reais proprietários jamais pudessem ser responsabilizados criminalmente. Entendeu não ter havido procedimento administrativo, exatamente porque a autoridade administrativa ficou completamente alheia à ação delituosa (fls. 107 a 109). Assentou improcedente o pleito de trancamento da ação penal, pois o Paciente não foi denunciado apenas pela prática de crime contra a ordem tributária (fls. 99 a 101, apenso 1).

Veio a ser formalizado, então, no Superior Tribunal de Justiça, o HC 88.590/RJ, por meio do qual se pretendeu a suspensão da Ação Penal 2006.61.24.001706-0, em tramitação na Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Jales, Estado de São Paulo. A Relatora, Ministra Laurita Vaz, não acolheu o pedido de medida acauteladora, ante a seguinte fundamentação: "não se admite *habeas corpus* contra decisão negativa de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator". Acrescentou que o pedido urgente confundia-se com o próprio mérito da impetração, cuja análise competiria ao órgão colegiado, no momento oportuno, após devidamente instruído o feito (fl. 105).

Buscando-se infirmar esse ato, impetrou-se o HC 92.382-8/SP, distribuído a Vossa Excelência. A Primeira Turma indeferiu a ordem. O acórdão está juntado às fls. 90 à 97.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito do HC 88.590/RJ, indeferindo a ordem (fls. 616 a 627). Essa decisão é agora apontada como a configurar constrangimento. Os Impetrantes repetem os mesmos argumentos submetidos à apreciação das instâncias judiciais percorridas, também apreciados pela Primeira Turma no julgamento HC 92.382-8/SP, no sentido da ausência de justa causa para a instauração da ação penal por práticas contrárias à ordem tributária, se pendente procedimento administrativo-fiscal. Requerem o deferimento de medida acauteladora, para determinar, em relação ao Paciente, o sobrestamento da Ação Penal 2006.61.24.001706-0, em curso na Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Jales/SP, até ulterior manifestação desta Corte, sustentando que a conclusão do processo e a prolação de sentença, quando se discute a ausência de justa causa para a ação penal, constituiriam constrangimento ilegal ao Paciente. No mérito, pleiteiam a concessão da ordem para determinar a extinção da ação penal.

Conforme consulta realizada no sítio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Corte indeferiu a ordem requerida no HC 2007.03.00.074866-7, acórdão transitado em julgado em 2 de dezembro de 2007.

(...)

A Procuradoria Geral da República, no parecer de fls. 335 a 340, aduz basear-se a pretensão da defesa no fato de não haver, ainda, o desfecho do procedimento administrativo-fiscal, e, assim, por não constituído definitivamente o crédito tributário, não existiria justa causa para a ação penal, por ausência de condição objetiva de punibilidade para o crime de sonegação, consoante entendimento firmado pelo Supremo no HC 81.611/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Diz da diferença entre o caso julgado e este *habeas*, pois, na espécie, estaria configurada, em tese, a prática do crime tributário decorrente de esquema fraudulento em que envolvido o Paciente, no qual teria ocorrido falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas", com a finalidade de lesar o Fisco.

Assevera não se tratar de processo administrativo-tributário, porquanto foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber da existência de valores sonegados. Acrescenta constar da denúncia oferecida contra o Paciente e Corréus, que a fraude consistiu na criação e utilização das empresas Distribuidora de Carnes e Derivados São Luiz Ltda. e Distribuidora Norte Riopretense Ltda., que movimentaram recursos e o faturamento de terceiros, as quais figuravam como supostas responsáveis tributárias perante a Receita Federal, declarando parte do tributo devido mediante autolançamento, conscientes de que não haveria bens a serem executados pela Fazenda Pública quando esta ajuizasse as execuções pertinentes. Afirmou estar evidenciada a justa causa para o prosseguimento da Ação Penal 2006.61.24.001706-0, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Jales/SP. Opina pelo indeferimento da ordem.

Instado a informar o estágio atual da referida ação penal, o Juízo, em 9 de setembro de 2008, esclareceu que as testemunhas da defesa foram ouvidas, estando-se a aguardar a manifestação das partes a respeito dos documentos trazidos pela Delegacia da Receita Federal.

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o HC 88.590 foi indeferido pela Quinta Turma daquela Corte na sessão de 18 de março de 2008.

Lancei visto no processo em 26-6-2009, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 30 seguinte, isso objetivando a ciência do Impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ao indeferir a medida acauteladora, consignei (fls. 330 a 332):

(...)

2. De início, consigno a impossibilidade de se cogitar de medida em duplicata. No HC 92.382-8/SP, a Turma concluiu pela não configuração de excepcionalidade a ditar a queima de etapas, o afastamento do Verbete 691 da Súmula do Supremo. Eis como ficou sintetizado o julgamento (fl. 90):

Habeas corpus – Indeferimento de liminar em idêntica medida – Verbete 691 da Súmula do Supremo – Excepcionalidade não verificada. Uma vez não configurada excepcionalidade a ditar o afastamento do Verbete 691 da Súmula do Supremo, impõe-se o indeferimento da ordem, para aguardar-se o julgamento do *habeas* pelo tribunal de origem.

Pois bem, na apreciação do mérito no Superior Tribunal de Justiça, a ordem veio a ser indeferida. Abriu-se margem, assim, a esta impetração.

No mais, percuciente se mostra, sob o ângulo da ausência da relevância do pedido formulado, o ato atacado. Foram apontadas as singularidades da espécie, a tornar inadequados precedentes no sentido de não haver justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal quando em curso processo administrativo visando a definir a existência, ou não, do débito tributário. A denúncia apresentada revela imputação de fraude na constituição de empresas "fantasmas" para driblar o Fisco.

Além disso, tem-se o que asseverado no tocante ao crime de quadrilha, não cabendo, neste exame primeiro, potencializar, a ponto de suspender-se processo-crime em andamento, a jurisprudência aludida como causa de pedir. Observem a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 618 e 619 do apenso 3):

Habeas corpus. Processual penal. Operação "grandes lagos". Crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Improcedência. Crimes autônomos. Precedentes desta Corte e do STF.

1. A denúncia aponta, essencialmente, para a participação do ora Paciente em um grande e complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, relativamente independentes, mas com diversos pontos de contatos entre si, cuja finalidade precípua seria a prática de sonegação fiscal, através da utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas ("laranjas"), envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos, principalmente os sediados nos Municípios de Jales e Fernandópolis, no Estado de São Paulo.

2. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo este condição objetiva de punibilidade.

3. Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do *quantum* devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas" em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

4. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal.

5. A ação penal em curso busca elucidar não apenas crimes contra a ordem tributária, mas também o crime de formação de quadrilha. Dessa forma, tendo em conta a evidente independência dos referidos delitos, descabe falar em trancamento da ação penal quanto a esse suposto delito, incumbindo, pois, ao Juízo Criminal, na instrução processual contraditória, investigar a existência do ilícito penal. Precedentes desta Corte e do STF.

6. Ordem denegada.

Descabe realmente, ante as peculiaridades da espécie, acolher o entendimento sobre a necessidade de aguardar-se, para implemento da persecução criminal, desfecho de processo administrativo. Está-se diante de quadro a revelar imputação de fraude mediante a constituição de empresas fictícias que, não possuindo patrimônio, não teriam como suportar os efeitos de execução fiscal, ficando frustrada a atividade desenvolvida pela Fazenda em prol da coisa pública.

Sob o ângulo do crime de quadrilha, atenho-me ao que previsto no art. 288 do Código Penal, nele não vislumbrando requisito implícito para vir o Ministério Público a denunciar aqueles que se reuniram objetivando prática delituosa. Mostra-se suficiente a existência de associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes, tratando-se de tipologia autônoma. Vale dizer que é dispensável a ocorrência da prática criminosa, sob pena de, então, exigir-se, para atração do preceito, que, antes, defina-se a culpa considerado o que se aponta como crime antecedente e, diria mesmo, posterior à associação.

Já agora, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça e a manifestação da Procuradoria-Geral da República, surge robustecido o convencimento retratado no ato mediante o qual deixei de acolher o pedido de concessão de medida acauteladora. Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 95.086/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Alberto Pedro da Silva Filho. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.128 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Daniel Caetano de Andrade — Impetrantes: Jairo Lopes C. Oliveira e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Recurso especial julgado deserto por falta de complementação do preparo em tempo hábil. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.**

1. Tanto a decisão singular que negou seguimento ao recurso especial quanto as decisões do Superior Tribunal de Justiça que não admitiram o recurso especial, ante a ausência do devido preparo, ferem os princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa.

2. Esta Suprema Corte já consolidou o entendimento de que, em se tratando de crime sujeito à ação penal pública, como no presente caso, as custas só se tornam exigíveis depois do trânsito em julgado da condenação, motivo pelo qual não pode o recurso do réu deixar de ser admitido pela ausência de preparo.

3. *Mutatis mutandis*, esse entendimento deve ser aplicado ao presente caso, sob pena de violação do princípio da ampla defesa, especialmente porque, ainda que depois de transcorrido o prazo fixado para a complementação, o Paciente acabou complementando o preparo, não podendo ser ignorado esse fato.

4. Ordem concedida para afastar a deserção por falta de preparo e desconstituir o trânsito em julgado da condenação, devendo o Tribunal de Justiça de origem proceder à análise dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de fevereiro de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Jairo Lopes C. Oliveira e George Luis Valle D'Albuquerque Lima em favor de Daniel Caetano de Andrade, buscando dar seguimento ao recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça.

Apontam como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AI 954.577-AgR/RJ, Relator o Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, interposto pelo Paciente.

Inicialmente, os Impetrantes informam que o Paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido). Diz que, ao interpor recurso especial, efetuou o pagamento incompleto dos emolumentos devidos, motivo pelo qual foi determinado, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o seu complemento. Em virtude de possuir escritório em Brasília e o processo ser originário do Rio de Janeiro, o Impetrante não tomou conhecimento da publicação em tempo hábil para cumprir o que determinado. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça confirmou, em sede de agravo de instrumento, a decisão que não admitiu o recurso especial.

Sustentam, em síntese, que, "malgrado a irregularidade, tão logo se constatou o lapso, foi providenciada a regularização da pendência, peticionando-se a Presidência da Corte carioca apresentando-se o comprovante do pagamento do preparo a contento, tudo com vistas a possibilitar o trânsito normal do Resp retromencionado" (fl. 6).

Afirmam não haver a ausência do preparo, mas "**ínfima diferença de pouco mais de treze reais**", o que não justifica a negativa ao conhecimento do recurso (fl. 6 – grifo no original).

O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**, em substituição ao Ministro **Menezes Direito**, então Relator do presente *habeas corpus*, que se encontrava ausente do Distrito Federal (fls. 17/18).

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 23 e encaminhou cópia do inteiro teor da decisão ora questionada (fls. 27 a 32).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela concessão da ordem, "tão somente para que o Superior Tribunal de Justiça analise a admissibilidade do recurso especial interposto, afastando a deserção por ausência de preparo" (fls. 36 a 40).

Pela petição de fls. 43/44, o Paciente, representado por um dos Impetrantes, pede prioridade no julgamento do *habeas corpus*, informando que já foi intimado para começar a cumprir a pena imposta na condenação. Junta cópia do mandado de intimação oriundo da Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio de Janeiro (fls. 45/46).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra o acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AI 954.577-AgR/RJ, Relator o Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, e tem como objetivo dar seguimento ao recurso especial interposto ao Superior Tribunal de Justiça.

Tem-se, nos autos, que o Paciente foi condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma (art. 14 da Lei 10.826/2003), à pena de 2 anos de reclusão, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a despeito da tese da defesa de atipicidade da conduta do acusado e de incidência da anistia temporária prevista no art. 32 da Lei de Desarmamento.

Em sede de apelação criminal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve a condenação imposta, tendo o Paciente interposto recurso especial, não admitido por insuficiência do valor no pagamento das despesas de remessa e retorno dos autos.

Devidamente intimado para que efetuasse a complementação do valor recolhido a menor, o Paciente não regularizou o preparo no prazo fixado, razão pela qual foi o recurso foi declarado deserto.

Sobreveio, então, agravo de instrumento que foi desprovido conforme decisão assim fundamentada:

> Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que negou seguimento a Recurso Especial, considerando-o deserto.
>
> 2. Irrepreensível a decisão agravada.
>
> 3. Esta Corte já pacificou a orientação de que o pagamento do porte de remessa e retorno deve ser comprovado no exato momento da interposição do Apelo Nobre e, uma vez pago a menor, deve a parte ser intimada para que complemente o valor, sob pena da declaração de deserção do recurso interposto.
>
> 4. No caso em tela, conforme a certidão de fl. 269, verificada a insuficiência do valor do preparo pelo Tribunal de origem, foi concedido prazo para a sua complementação, tendo o recorrente o deixado transcorrer *in albis*. Destarte, resta inafastável a deserção do recurso, nos termos do art. 511 do CPC. (...)
>
> 5. Cumpre destacar, ainda, que, salvo exceções legais expressas, a intimação de atos processuais se dá na pessoa do advogado representante da parte, via imprensa oficial, sendo, portanto, totalmente descabida a tese ora suscitada de que seria imprescindível a intimação pessoal do próprio agravante para regularizar a referida pendência.
>
> 6. Diante do exposto, com fundamento no art. 34, VII do RISTJ, nega-se provimento ao Agravo.
>
> (Fls. 27/28.)

Contra essa decisão, o Paciente interpôs agravo regimental, tendo a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negado provimento ao recurso nos termos da ementa seguinte:

> *Agravo regimental em agravo contra inadmissão de recurso especial. Porte de remessa e retorno. Ausência de comprovação do pagamento integral. Complementação tardia. Súmula 187/STJ. Desprovimento.*
>
> 1. É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos (Súmula 187 desta Corte).
>
> 2. É assente nesta Corte que o pagamento das despesas deve ser comprovado impreterivelmente no ato de interposição do Apelo Nobre e, no caso, o recorrente,

uma vez intimado para recolher a complementação do valor pago a menor, deixou transcorrer o prazo *in albis*.

3. A observância dos prazos deve ser cumprida de acordo com as regras próprias do Juízo competente, independentemente do domicílio profissional do procurador da parte.

4. Agravo regimental desprovido.

(Fl. 26.)

Entendo que o caso é de concessão da ordem.

Conforme observou o Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, a ordem deve ser concedida em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção da inocência. Está no parecer:

(...)

8. A despeito de o impetrante não ter apresentado argumentos novos capazes de afastar as razões expedidas na decisão atacada, principalmente no tocante ao mérito da perda do prazo determinado para a complementação do preparo, a ordem merece ser concedida.

9. É que tanto a decisão singular que negou seguimento ao Recurso Especial, quanto as decisões do Superior Tribunal de Justiça que não admitiram o Recurso Especial, ante a ausência do devido preparo, ferem os princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa.

10. Isto porque essa Corte já consolidou o entendimento de que, em se tratando de crime sujeito à ação penal pública, como no presente caso, as custas só se tornam exigíveis depois do trânsito em julgado da condenação, razão pela qual não pode o recurso do réu deixar de ser admitido pela ausência de preparo. Nesse sentido, os seguintes julgados:

"Ação penal pública. Custas. Inquirição de Testemunhas da defesa. Na ação penal pública, as custas tornam-se exigíveis tão só depois de decidida a causa, o incidente ou o recurso. Recurso extraordinário conhecido e provido." (*RTJ* 601/427.)

"*Habeas corpus*. 2. Ação penal pública. A interposição de qualquer recurso a ela referente não depende do pagamento prévio de custas e não está, assim, sujeita à deserção por falta de preparo. 3. O pagamento das custas, ônus da condenação criminal (CPP, art. 804), deve efetuar-se na fase da execução do julgado. 4. *Habeas corpus* deferido para cassar o acórdão da Corte indigitada coatora, no Recurso em sentido estrito 96.001187-8 – Campina Grande, determinando seja processada a apelação criminal interposta pelo paciente." (STF. HC 74338/PB. Rel. Min. Néri da Silveira. *DJ* de 23/06/2000).

11. Desse modo, por ser o crime de porte de arma sujeito à ação penal pública, não cabe a aplicação do art. 806, § 2º, do Código de Processo Penal, que somente se aplica às ações penais privadas, conforme se depreende da própria leitura do dispositivo:

"Art. 806. Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

§ 1º Igualmente, nenhum ato requerido no interesse da defesa será realizado, sem o prévio pagamento das custas, salvo se o acusado for pobre.

§ 2º A falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

§ 3º A falta de qualquer prova ou diligência que deixe de realizar-se em virtude do não pagamento de custas não implicará a nulidade do processo, se a prova de pobreza do acusado só posteriormente foi feita."
(Sem grifo no original.)
12. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, tão somente para que o Superior Tribunal de Justiça analise a admissibilidade do recurso especial interposto, afastando a deserção por ausência de preparo. (Fls. 38 a 40.)

No mesmo sentido foi a decisão proferida no HC 75.121/PB, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, no qual a ordem foi concedida para que o Tribunal de Justiça apreciasse a apelação interposta pelo Paciente.

Mutatis mutandis, esse entendimento deve ser aplicado ao presente caso, sob pena de violação do princípio da ampla defesa, especialmente porque, ainda que depois de transcorrido o prazo fixado para a complementação, o Paciente acabou complementando o preparo, não podendo ser ignorado esse fato.

Ante o exposto, concedo a ordem para afastar a deserção por falta de preparo e desconstituir o trânsito em julgado da condenação, devendo o Tribunal de Justiça de origem proceder à análise dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial interposto pelo Paciente.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas lembraria que, até bem pouco tempo – se não me engano até 2008 –, o Regimento do Superior Tribunal de Justiça excluía a obrigatoriedade de preparo de recurso da respectiva competência, ressalvando, claro, os recursos da competência do Supremo.

Sua Excelência, o Relator, traçou um paralelo entre ação penal privada e ação penal pública, mostrando a jurisprudência da Corte.

Acompanho Sua Excelência concedendo a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 95.128/RJ — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Daniel Caetano de Andrade. Impetrantes: Jairo Lopes C. Oliveira e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 9 de fevereiro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

HABEAS CORPUS 95.334 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Marcos Roberto da Silva Ramos — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Pena – Cumprimento – Regime aberto – Casa do Albergado. A concretude do regime aberto pressupõe casa do albergado estrita aos que estejam submetidos a essa espécie de cumprimento da pena, havendo de dispor o local de condições a assegurarem a integridade física e moral do preso – dever do Estado, consoante disposto no inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal.

Prisão domiciliar – Casa do Albergado inexistente ou imprópria. O rol normativo de situações viabilizadoras da prisão domiciliar não é exaustivo, cabendo observá-la, se houver falha do aparelho estatal quanto a requisitos a revelarem a casa do albergado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por empate na votação, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de março de 2009 — Marco Aurélio, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de *Marcos Roberto da Silva Ramos*, contra decisão proferida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nilson Naves, Relator do HC 89.118-AgR/RS.

Narra a Impetrante, em síntese, que o Paciente requereu à Vara de Execuções Criminais da Comarca de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, "o benefício da prisão domiciliar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou pelo tempo necessário para que a Administração pudesse tomar as providências que possibilitassem a convivência digna na casa prisional, com a devida separação entre os presos" (fl. 4).

Relata, mais, que, como o Juízo da Execução indeferiu seu pedido, interpôs agravo ao Tribunal de Justiça gaúcho, ao qual foi negado provimento sob o fundamento de que a prisão domiciliar não encontra respaldo nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal.

Aduz, ainda, que, inconformada com o acórdão do Tribunal, impetrou *habeas corpus* e posterior agravo regimental ao STJ, sem obter êxito em seu pleito.

Esta a ementa do julgado (fl. 20):

> Cumprimento da pena (regime aberto). Estabelecimento prisional próprio (casa de albergado). Prisão domiciliar (impossibilidade).
>
> 1. Inviável a concessão de prisão domiciliar quando, no regime aberto, o paciente cumpre a pena em estabelecimento prisional próprio (casa de albergado) e estão ausentes as hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal.
>
> 2. Agravo regimental improvido.

Sustenta, em síntese, que o Paciente sofre constrangimento ilegal por lhe ter sido negado o cumprimento da pena em regime domiciliar já que a Casa do Albergado na qual se encontra não possui, a seu ver, as condições adequadas para tal.

Em abono de seu pleito, lista os seguintes problemas (fl. 8):

> Não há leitos para todos. Ratos e baratas invadem o loteamento. As brigas são constantes. Facas, bebidas e substâncias entorpecentes entram facilmente na casa prisional. O cheiro é insuportável. A estrutura é deprimente e deplorável – colchões velhos, pintura desgastada. O mofo toma conta. Não há descanso. Não há cercas.

Argumenta, ainda, que o estabelecimento encontra-se superlotado, abrigando condenados que cumprem pena tanto em regime semiaberto como em regime aberto, o que afronta o princípio constitucional da individualização da pena.

Requer, ao final, o deferimento da liminar e, no mérito, a concessão definitiva da ordem para que o Paciente "cumpra sua reprimenda em prisão domiciliar até que o Estado – executor da pena – ofereça as condições mínimas necessárias na Casa do Albergado de Santo Ângelo/RS" (fl. 11).

Às fls. 57-59, o Presidente desta Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu a liminar.

O parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, é pela denegação da ordem (fls. 66-69).

Esse o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de denegação da ordem.

Mostra-se incabível, *data venia*, o pedido da Impetrante, consistente em facultar-se ao Paciente o desconto de sua pena em regime domiciliar, uma vez que a Casa do Albergado, estabelecimento que a lei destina ao cumprimento da pena em regime aberto, encontra-se, no entender daquela, em precárias condições de higiene, além de estar superlotado.

Primeiro, porque as hipóteses previstas pela LEP para o recolhimento do condenado em residência particular são taxativas, não se enquadrando o Paciente em nenhuma delas, a saber: "I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante".

Há, inclusive, precedentes da Corte no sentido da taxatividade desse rol, a exemplo do HC 87.985/SP, Rel. Min. Celso de Mello, e do HC 73.045/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Segundo, porque o Paciente encontra-se cumprindo pena em estabelecimento apropriado ao regime aberto que lhe foi imposto, qual seja, a Casa do Albergado. Logo, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.

Terceiro, porque não há como, em sede de *habeas corpus*, instrumento que não comporta dilação probatória, aferir se as condições de determinado estabelecimento prisional são ou não adequadas aos fins a que se destinam, cumprindo registrar, de resto, que a Impetrante apenas veiculou suas impressões subjetivas sobre a matéria.

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o Paciente tem direito ao regime aberto e estaria numa casa de albergados cuja população suplanta o viável em quinze detentos. Mais do que isso, nessa casa de albergados, encontram-se não apenas aqueles que nela deveriam estar, os que cumprem a pena em regime aberto, como também outros presos que cumprem a pena em regime semiaberto.

O Tribunal tem afastado o caráter taxativo da Lei de Execução Penal quanto ao direito à prisão domiciliar e o faz toda vez que não há a casa do albergado.

A situação concreta é em tudo semelhante à inexistência da casa do albergado propriamente dita.

Não posso conceber que se tenha em casa do albergado conjunção de presos em regime aberto e presos em regime semiaberto. As situações são diversas.

Por isso peço vênia ao Relator, para conceder a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Acompanho o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, pedindo vênia ao Ministro Ricardo Lewandowski.

EXTRATO DA ATA

HC 95.334/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcos Roberto da Silva Ramos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por empate na votação, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão. Votaram pelo indeferimento o Ministro Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski. Não participou, justificadamente, deste julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de março de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.563 — PA

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Pacientes: Ermor Cesar de Sousa Lopes ou Ermor César de Souza Lopes e Edilene Rocha Lopes — Impetrantes: Luciano dos Santos e outros — Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas corpus* – Ato comissivo e ato omissivo – Viabilidade. Se estiver presente ilegalidade, o *habeas corpus* é remédio próprio a atacar ato tanto comissivo quanto omissivo.**

Ação penal – Prescrição da pretensão punitiva. O órgão julgador, ao assentar a culpa do acusado, impondo-lhe pena, deve examinar, independentemente de provocação, a prescrição. O silêncio a revelar ato omissivo desafia não só embargos declaratórios como também *habeas corpus*.

Ação penal – Pena – Prescrição retroativa. Uma vez definitiva a pena fixada, havendo decorrido período superior ao lapso prescricional, considerados os fatos geradores da imputação e o recebimento da denúncia, cumpre concluir pela prescrição retroativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 23 de junho 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A título de relatório, adoto as informações prestadas pela Assessoria:

> No ato que implicou o deferimento da medida acauteladora, a espécie está assim resumida (fls. 125 e 126):
>
> *Ilegalidade – Abrangência – Ato comissivo e ato omissivo.*
>
> *Prescrição – Pretensão punitiva – Habeas corpus – Liminar – Relevância – Deferimento.*
>
> 1. Eis como a Assessoria revelou as balizas deste *habeas*:
>
> Os Pacientes foram denunciados pelo Ministério Público Militar por suposta prática do delito previsto no art. 267, combinado com os arts. 79 e 53 do Código Penal Militar – crime de usura. Os fatos teriam ocorrido no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2002. A denúncia foi recebida pelo Juiz-Auditor em 15 de julho de 2004. O Conselho Permanente de Justiça, em 26 de junho de 2006,

proferiu sentença absolutória. O Órgão de acusação interpôs apelação. O Superior Tribunal Militar proveu o recurso, condenando o paciente Ermor César de Sousa Lopes à pena de seis meses de prisão e a paciente Edilene Rocha Lopes a seis meses de detenção. Estabeleceu-se o regime inicial aberto para o cumprimento da pena (fl. 32). Aos sentenciados foi concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos, observadas as condições previstas no art. 626 do Código de Processo Penal Militar, excetuada a hipótese versada na alínea *a*, acrescidas da obrigatoriedade de apresentação trimestral perante o Juízo da Execução. O acórdão, publicado no *Diário da Justiça* de 11 de janeiro de 2008, transitou em julgado, para a acusação e para a defesa, respectivamente, em 6 e 12 de fevereiro de 2008.

Afirmam os Pacientes a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 125, inciso VII, § 1º e § 5º, inciso II, do Código Penal Militar, pois entre a data do recebimento da denúncia até a publicação do acórdão condenatório transcorreram mais de dois anos, sem que houvesse causa de interrupção ou suspensão da prescrição. Ressaltam que, consoante o Verbete 146 da Súmula do Supremo, "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Mencionam jurisprudência consentânea com a tese da impetração e pedem a concessão de liminar, declarando-se a prescrição da pretensão punitiva. No mérito, buscam a confirmação do pronunciamento cautelar.

Apontam como ato de constrangimento ilegal o acórdão relativo à apelação interposta pelo Ministério Público Militar, que se encontra às fls. 33 à 68, no qual não há menção relacionada ao tema da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

(...)

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 137 a 139, manifesta-se pelo indeferimento da ordem, porque a controvérsia alusiva ao reconhecimento da prescrição em favor do Paciente, submetida à apreciação do Supremo, não foi discutida nas instâncias judiciais. Opina, no entanto, pela concessão de *habeas* de ofício, pois, recebida a denúncia em 15 de julho de 2004 (fl. 39), sobreveio sentença absolutória proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, somente substituída pelo acórdão condenatório publicado em janeiro de 2008 (fl. 29), por meio do qual o Superior Tribunal Militar condenou o Paciente a seis meses de reclusão. O acórdão transitou em julgado, para a acusação e a defesa, respectivamente, em 6 e 12 de fevereiro de 2008. Considerada a pena em concreto, o prazo prescricional seria de 2 anos (Código Penal Militar, art. 125, inciso VII, § 1º e § 5º), ultrapassado, na espécie.

Lancei visto no processo em 11 de junho de 2009, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 16 seguinte, isso objetivando a ciência dos Impetrantes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Já agora, ante a manifestação da Procuradoria-Geral da República, tenho o convencimento robustecido sobre a incidência da prescrição. Sob o ângulo da inadequação da medida intentada, mas

da concessão de ofício, explorado pela Procuradoria-Geral da República, reporto-me também ao que tive a oportunidade de consignar ao deferir a liminar. Em síntese, a impetração pode estar voltada a ato comissivo ou omissivo (fl. 126):

> (...)
> 2. Observem que a ilegalidade pode resultar de ato comissivo ou omissivo da autoridade ou órgão apontado como coator. Na espécie, quando do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público, o Superior Tribunal Militar, derradeira instância ordinária, ocasionou situação que, considerada, era conducente a pronunciar-se a prescrição da pretensão punitiva. Ao deixar de assim proceder, silenciando a respeito, fez surgir, com a omissão, ilegalidade.
> Os atos consubstanciadores da denúncia aconteceram entre janeiro e dezembro de 2002. A peça acusatória foi recebida em 2004, não sendo extravasado o biênio alusivo, no caso, à prescrição. Em junho de 2006, o Conselho Permanente de Justiça absolveu os acusados, não decorrendo do fenômeno a interrupção da prescrição da pretensão punitiva. O Superior Tribunal Militar veio a reverter o quadro decisório mediante acórdão publicado em 11 de janeiro de 2008.
> Passaram-se, então, mais de dois anos, prazo prescricional previsto, no inciso VII do art. 125 do Código Penal Militar, para as penas impostas. Vê-se, pois, a relevância do que articulado.
> (...)

Defiro a ordem para assentar a prescrição da pretensão punitiva, considerado o processo a que respondeu o Paciente – Processo 026/04-3, da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, Belém/PA.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro, o efeito é apenas que, neste caso, Vossa Excelência está suplantando o não conhecimento por não ter sido conhecido pelo Superior Tribunal, e eu até normalmente fixo a terminologia do não conhecimento. Acontece que o Ministro Relator acentua exatamente que já havia acontecido isso quando do julgamento.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Já estava consumada a prescrição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A prescrição já estava presente quando se julgou a apelação e, como o órgão se omitiu no exame do tema, deixando de declará-la, entendo que esse ato omissivo desafia *habeas corpus* e que a situação concreta sugere a admissibilidade da impetração e a concessão da ordem.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque, de todo jeito, haveria configuração do constrangimento que ele acentua neste *habeas corpus*.

Acompanho o Relator nos termos por ele encaminhado.

EXTRATO DA ATA

HC 95.563/PA — Relator: Ministro Marco Aurélio. Pacientes: Ermor Cesar de Sousa Lopes ou Ermor César de Souza Lopes e Edilene Rocha Lopes. Impetrantes: Luciano dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 23 de junho de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

RECURSO EM HABEAS CORPUS 95.775 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Recorrente: Paulo Cezar da Costa ou Paulo Cesar da Costa — Recorrido: Ministério Público Federal

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 38 da Lei 10.409/2002. Não observância. Nulidade absoluta. Recurso provido.

A não observância do procedimento previsto no art. 38 da (revogada) Lei 10.409/2002 acarreta a nulidade absoluta do processo penal, desde o recebimento da denúncia. Precedentes (RHC 86.680, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 28-4-2006, p. 48; e HC 94.027, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 206 de 31-10-2008).

Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de abril de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Paulo Cezar da Costa, em razão do não provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do HC 94.186-AgR (Rel. Min. Nilson Naves), em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

> Tráfico ilícito de entorpecentes (caso). Inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002 (alegação). Arguição da defesa em momento oportuno (não ocorrência).
>
> **1.** Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela 6ª Turma do Superior Tribunal é no sentido de que, para o reconhecimento da nulidade por inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, deveria ela ter sido alegada em algum momento da instrução processual, o que não ocorreu.
>
> **2.** No caso, inclusive, já há trânsito em julgado.
>
> **3.** Agravo regimental improvido.

Pelo que se extrai dos autos, o recorrente foi condenado por tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976), porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, e parágrafo único, III, da Lei 10.826/2003) e corrupção ativa (CP, art. 333). A pena foi fixada em 11 anos e 6 meses de reclusão, mais 85 dias-multa, no valor mínimo (fls. 21-33).

O condenado apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso (fls. 35-41).

Na sequência, impetrou-se o HC 94.186 ao STJ, cujo relator negou seguimento ao pedido (fl. 51). Tal decisão motivou a interposição de agravo regimental, ao qual foi negado provimento (fls. 69-72).

Sobreveio, então, o presente recurso ordinário em *habeas corpus*, por meio do qual o recorrente pede a anulação da ação penal sob enfoque, desde o recebimento da denúncia, por inobservância do procedimento previsto na Lei 10.409/2005, seguido da expedição de alvará de soltura, por excesso de prazo (fls. 84-89).

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, pugnou pelo não provimento do pedido (fls. 95-98).

O recurso ordinário foi admitido pelo STJ (fl. 100).

Indeferi o pedido de liminar (fls. 263-264).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo acolhimento do recurso (fls. 108-111).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): De saída, observo que – embora o Relator do HC 94.186, impetrado ao STJ, tenha negado seguimento ao pedido – houve manifestação da Corte Superior quanto à alegação de nulidade decorrente da não observância do disposto no art. 38 da Lei 10.409/2002, a qual, todavia, não restou reconhecida porque "não foi arguida pela defesa em momento oportuno – antes do trânsito em julgado" (fl. 51). Tal decisão foi confirmada no julgamento de agravo regimental interposto pelo recorrente (fls. 69-72).

Daí por que não há que se falar em supressão de instância em relação à apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, do presente recurso ordinário.

Também não importa supressão de instância o fato de a inobservância procedimental em causa não ter sido discutida no primeiro e no segundo grau, dado que a nulidade absoluta – resultante do não cumprimento do art. 38 da Lei 10.409/2002 – pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Feitas essas observações, anoto que – tanto no RHC 86.680 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 28-4-2006, p. 48), quanto no HC 94.027 (Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 206 de 31-10-2008) – consignei que o desrespeito ao procedimento previsto no art. 38 da (revogada) Lei 10.409/2002, que assegura o contraditório prévio ao denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes, importa a nulidade do processo penal, desde o recebimento da denúncia.

Assim, mantendo-me fiel ao posicionamento acima exposto, voto pela **concessão da ordem**, a fim de anular o processo que culminou com a sentença de fls. 21-33, desde o recebimento da denúncia (inclusive), com a consequente expedição de **alvará de soltura** em favor do recorrente, por excesso de prazo.

EXTRATO DA ATA

RHC 95.775/RJ — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Recorrente: Paulo Cezar da Costa ou Paulo Cesar da Costa (Advogado: Flavio Jorge Martins). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 14 de abril de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.608 — PE

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Evaldo Nunes de Sena — Impetrante: Ademar Mendes Bezerra Júnior — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Corrupção ativa. Ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. Materialidade comprovada e indícios de autoria. Precedentes.**

1. A denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou, de forma clara, o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo paciente.

2. O trancamento de ação penal em *habeas corpus* impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra adequadamente fatos que constituem o crime.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Ademar Mendes Bezerra Júnior em favor de Evaldo Nunes Sena, buscando o trancamento da ação penal movida contra o paciente.

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 91.723/PE, Rel. Min. **Nilson Naves**, impetrado àquela Corte.

Sustenta o impetrante, basicamente, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista "*a manifesta inépcia da denúncia*, uma vez que, a despeito da imperatividade do art. 41 do CPP, não houve individualização da conduta do paciente, tendo a acusação se baseado exclusivamente numa coautoria, em razão da condição de um dos acusados ser empregado do paciente, mas sem,

repita-se, evidenciar o necessário liame subjetivo entre os pretensos sujeitos do crime, *razão pela qual deveria a denúncia ter sido rejeitada pela MM. Juiz (...) do feito em 1ª Instância*" (fl. 6 – grifos no original).

Requer, liminarmente, "a imediata suspensão da Ação Criminal 2006.83.00.000681-8, movida em face do paciente, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco" (fl. 16) e, no mérito, a concessão da ordem para determinar "o trancamento da ação penal (...) indicada" (fl. 16).

O pedido de liminar foi indeferido. Foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora e solicitadas informações ao Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco para que fornecesse certidão ou documento demonstrando o andamento processual completo e atualizado da ação penal movida contra o paciente (fls. 67 a 71).

As informações foram prestadas às fls. 76 a 82.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Mario José Gisi**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 88 a 98).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 91.723/PE, Rel. Min. **Nilson Naves**, e tem como objetivo o trancamento da ação penal movida contra o paciente.

Tem-se nos autos denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, da Procuradoria da República em Pernambuco, contra o paciente e outros oito acusados por suposta prática de crimes diversos. Imputa-se especificamente ao paciente a infração do "art. 333, parágrafo único, c/c art. 71, do CP, (corrupção ativa por duas vezes em continuidade delitiva) em concurso material com art. 333, parágrafo único, c/c art. 71 do Código Penal (corrupção ativa por duas vezes em continuidade delitiva)" (fl. 50 do apenso).

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, onde tramita a AP 2006.83.00.000681-8.

Quanto ao paciente, narra a denúncia:

> *Evaldo Nunes Sena* é sócio da empresa Sena Segurança Inteligente e Transporte de Valores Ltda., CNPJ nº 00.621.158/0001-89, autorizada a funcionar desde 2000, mas só em 2001 foi autorizada a transportar valores, conforme Portaria 579 de 2001 à fl. 66, anexo II.
>
> *José Alencar Araújo Filho* é gerente operacional da Sena Segurança desde 1-11-2004 e foi também sócio da empresa Simas Segurança. Enquanto gerente operacional daquela empresa manteve contatos com *Monteiro*, a fim de intermediar os pedidos do acusado *Evaldo* no intuito de propiciar um tratamento privilegiado à sua

empresa. O conluio existente entre *Monteiro* e *Alencar* restou evidenciado através da conversa a seguir transcrita, em que o primeiro, após ser indagado sobre a situação da empresa Simas, que ao que tudo indica estaria participando de uma licitação, também de interesse da *Sena*, afirma a *Alencar* que pode eliminar a Simas da licitação, fornecendo documento que comprove a incapacidade operacional da empresa para assumir o contrato, desde que receba vantagem pecuniária, proposta aceita por *Alencar*, o que caracteriza crimes de corrupção passiva e ativa.

Em outra conversa interceptada, *Monteiro* solicita de *Alencar*, a título de vantagem pecuniária indevida, o pagamento dos custos da cirurgia de reversão de vasectomia a que se submeteu no dia 28 de setembro de 2005, com o que *Alencar* concorda e passa a enviar esforços neste sentido junto a *Evaldo Sena*, a quem se refere apenas como "ele" no intuito de evitar fazer maiores comentários sobre o fato pelo telefone.

Um mês após, em outubro/2005, embora continuem as tratativas entre *Monteiro* e *Alencar* para o pagamento da vantagem pecuniária, *Evaldo* passa a fazer contatos diretos com o APF, consoante os resumos das conversas transcritos no relatório policial às fls. 375/377. Mais uma vez, o termo "documento" é utilizado para designar os valores a serem pagos ao policial, isso fica claro na conversa interceptada entre *Monteiro* e *Alencar* no dia 25-10-2005, em que combinam o encontro na Delesp, tendo este dito que "... tá ok, e fala: 'mas eu tenho até um documento mesmo pra te entregar'. *Alencar* diz que chegar aí eu chamo você, a gente conversa lá fora." (*Alencar* X *Monteiro* – 25-10-2005, 16:32:17, 81 9977.3749).

O encontro, combinado e ocorrido no mesmo dia 25-10-2005, foi acompanhado e filmado por agentes federais, conforme a Informação 02/2005-NIP/SR/PE (fl. 192 – processo 2005.12839-7) e vídeo gravado no CD que acompanha a denúncia, demonstra a entrega do envelope a *Monteiro* contendo o "documento". Comprovado, destarte, o pagamento efetuado por *Alencar*, em nome do acusado *Evaldo*, a *Monteiro*.

Nessa mesma linha, apurou-se posteriormente que *Evaldo Sena* costumava efetuar doações para o Centro Espírita Djalma Farias, então presidido por *Monteiro* (Relatório de inteligência policial nº 006/2005-NIP/SR/DPF/PE, fls. 20/26 – processo 2005.12839-7), mediante o fornecimento de cestas básicas e por meio de depósitos bancários na conta nº 013.109902-1, agência 050 da Caixa Econômica Federal, movimentada pelo Agente federal, consoante demonstram documentos acostados nos autos do Anexo I, vol. II (fls. 181, 191, 203, 209, 216).

Monteiro prestou orientações no sentido de excluir a empresa BV Vigilância e Transporte de Valores Ltda do contrato com a empresa Mult Bank, de interesse da Sena Segurança em troca de doação ao Centro Espírita presidido por ele. A cobrança das cestas básicas por *Monteiro* está documentada nos autos por meio do ofício acostado à fl. 12-anexo I, vol. 1, como também é revelada pelo teor das conversas interceptadas.

Tais fatos foram catalogados no auto circunstanciado nº 004, acostado às fls. 171/177 – processo 2005.012839-7, demonstrando a prática do crime **previsto no art. 317, § 1º c/c art. 71/CP (corrupção passiva em continuidade delitiva por duas vezes), em concurso material com art. 317, § 1º c/c art. 71/CP (corrupção passiva por duas vezes em continuidade delitiva), por Monteiro; e de corrupção ativa praticado por Evaldo Sena e José Alencar, em coautoria e também por duas vezes em continuidade delitiva. Evaldo ainda pratica o crime em mais duas ocasiões em continuidade delitiva.**

(Fls. 43 a 45 do apenso 1 – Grifo no original.)

O impetrante, por sua vez, afirma na inicial que:

> (...)
> Essa denúncia, conspícuo Julgador, resultou de investigação empreendida pela Polícia Federal, nos autos do IPL 909/2005, referente à operação denominada "reencarnação", **com mais de um ano de duração**, no qual foram investigados atos ilícitos praticados pelo APF Monteiro, este responsável pela Delesp, que tem a função de fiscalizar as empresas de segurança privada, dentre elas a Sena Segurança Inteligente e Transporte de Valores Ltda., de propriedade do ora paciente. Ressalte-se que em nenhuma dessas investigações, com diversas interceptações telefônicas, além de Busca e Apreensão, foram detectados diálogos, ao menos suspeitos, de que o Sr. Evaldo Sena se utilizasse de seu funcionário para obter expedientes escusos junto ao APF Monteiro. **Não há na peça acusatória uma única menção, por exemplo, a uma interceptação Evaldo X Alencar!**
> Ocorre, entretanto, Excelência, que, como se vê da peça acusatória, relativamente à suposta coautoria entre Evaldo e Alencar (fls. 415/417 – Doc. 01), sustenta o *Parquet* ter o Sr. Evaldo Sena cometido o crime de corrupção ativa, **sob a constante ilação, desprovida de qualquer suporte probatório**, de que os atos do Sr. José de Alencar Araújo Filho seriam para favorecer a empresa Sena Segurança, e, portanto, à pessoa do paciente.
> (...)
> Por essa associação de fatos desconexos, insigne Ministro, o paciente encontra-se denunciado pelo grave delito de corrupção ativa, em alegada coautoria com um empregado de sua empresa, **sem que tenha sido especificado pelo órgão acusador, em nenhum momento sequer, conforme se vê das passagens supra, a existência de liame subjetivo entre os pretensos sujeitos do crime, isto é, a existência do necessário vínculo psicológico para a prática dos fatos apontados como delituosos, inerente à regra do art. 29 do CP, que trata do concurso de pessoas**, o que já demonstra a manifesta inépcia da denúncia.
> (Fls. 3 a 5 – Grifos no original.)

Daí, pelo que se verifica dos autos, foi impetrado *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sem êxito, no entanto (fls. 268 a 272 do apenso 2 – numeração do STJ).

Impetrou-se, então, ao Superior Tribunal de Justiça o HC 91.723/PE, tendo a ordem sido denegada pela Sexta Turma daquela Corte Superior, nos termos da ementa seguinte:

> *Habeas corpus. Direito processual penal. Corrupção ativa e passiva. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Ordem denegada.*
> 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o motivo legal invocado mostrar-se na luz da evidência, *primus ictus oculi*.
> 2. Ajustada ao art. 41 do Código de Processo Penal, enquanto descreve, de forma circunstanciada, as condutas típicas atribuídas ao paciente, não há falar em inépcia da denúncia.
> 3. Ordem denegada.
> (www.stj.jus.br.)

Na hipótese dos autos, não há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida, porque, pelo que se tem na decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder.

Daí porque mantenho os fundamentos lançados para indeferir o pedido de liminar, já agora confirmados pela análise mais aprofundada do caso.

Tendo em vista fundamentação apresentada no acórdão ora questionado, pode-se afirmar que aquele entendimento está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, de que "só se admite trancamento de ação penal, na via de *habeas corpus*, diante de patente atipicidade do comportamento, inocência do acusado, ou incidência de causa extintiva de punibilidade" (HC 90.191/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJe* de 16-10-2009).

Além disso, o impetrante tenta desvincular o paciente das condutas imputadas aos demais corréus, afirmando que não há nos autos da ação penal nenhuma comprovação de que tenha havido vínculo psicológico entre ele, paciente, e as demais pessoas denunciadas.

Todavia, numa passagem da denúncia, tem-se que, "em outubro/2005, embora continuem as tratativas entre *Monteiro* e *Alencar* para o pagamento da vantagem pecuniária, *Evaldo* passa a fazer contatos diretos com o APF, consoante os resumos das conversas transcritos no relatório policial às fls. 375/377. Mais uma vez, o termo 'documento' é utilizado para designar os valores a serem pagos ao policial, isso fica claro na conversa interceptada entre *Monteiro* e *Alencar* no dia 25-10-2005, em que combinam o encontro na Delesp, tendo este dito que '... tá ok, e fala: 'mas eu tenho até um documento mesmo pra te entregar'. *Alencar* diz que chegar aí eu chamo você, a gente conversa lá fora.' (*Alencar* X *Monteiro* – 25-10-2005, 16:32:17, 81 9977.3749)" (fl. 44 do apenso 1 – numeração do STJ).

A denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou, de forma clara, o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita supostamente praticada pelo paciente.

Sobre esse ponto, aliás, o Ministério Público Federal ressaltou os seguintes aspectos apontados na denúncia:

> (...)
> A leitura da peça acusatória (fls. 28/52) nos leva à conclusão diversa daquela defendida pelo impetrante. É que se fazem presentes todos os elementos essenciais da exordial, nos termos do art. 41 do Código Penal, quais sejam, a narrativa de conduta delituosa e de suas circunstâncias – tempo, lugar, *modus operandi* –, a identificação dos acusados, a capitulação legal do tipo penal que lhes é imputado e o rol de testemunhas. A denúncia se mostra formal e materialmente adequada. Há indícios de autoria e materialidade delitiva, elementos esses que justificam a instauração de ação penal para apurar os fatos em epígrafe.

Extrai-se da denúncia (fls. 29/52, Apenso 1) que esta foi motivada por investigações levadas a cabo no curso do Inquérito Policial 909/2005, destinado a apurar a prática de crimes contra a administração pública pelo agente da Polícia Federal José Carlos Moura Monteiro. Segundo se apurou, o referido agente "costumava cobrar dos representantes das empresas de segurança e vigilância privada por serviços prestados no âmbito da Delesp/SR/DPF/PE" (fl. 30).

Ainda nos termos da denúncia, dentre os "serviços" oferecidos pelo agente público, estava o favorecimento em certames licitatórios e a revelação indevida de informações sigilosas da Delesp, com o fito de permitir às empresas que frustrassem a fiscalização realizada pelo referido órgão. Para garantir a percepção de vantagens econômicas ilícitas, o agente policial se valia do Centro Espírita Djalma de Farias – do qual era dirigente – em nome do qual eram realizadas doações pelas empresas "contratantes" de seus préstimos.

Tais informações chegaram ao conhecimento da polícia a partir das declarações de Cássio André dos Santos Nascimento, ex-sócio de uma empresa de segurança particular (Múltipla Segurança Ltda.). Este afirmou explicitamente ser fato público e notório entre os empresários do ramo que o APF Monteiro prestava tais serviços escusos e cobrava vantagens indevidas, usando como espécie de escudo para a aferição de vantagens econômicas ilícitas o Centro Espírita acima mencionado (fl. 31).

Dentre os vários corruptores ativos, a denúncia aponta, com base em interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, o paciente e o gerente operacional de sua empresa, a Sena Segurança Inteligente e Transporte de Valores Ltda. Este último seria o responsável pela intermediação entre o paciente e o agente policial. As condutas de ambos os acusados restaram perfeitamente individualizadas. O intuito principal era o favorecimento em certames licitatórios. A acusação do paciente teve por base interceptações telefônicas. Apurou-se que este manteve diversos contatos com Monteiro e que, em determinada ocasião marcaram inclusive um encontro no qual Evaldo Sena entregaria "um documento" (segundo os policiais, trata-se, em verdade, de dinheiro) ao agente policial. O referido encontro foi filmado pela polícia federal.

Apurou-se ainda que o paciente efetuou depósitos e doou cestas básicas em nome do Centro Espírita Djalma Farias, instituto dirigido por Monteiro e conhecido no ramo da segurança privada (conforme depoimento de Cássio André dos Santos Nascimento) como o "escudo" utilizado pelo agente policial para aferir vantagens ilícitas. (Fls. 90 a 92.)

A denúncia narra fatos atribuíveis ao paciente, descrevendo sua conduta de forma individualizada e o *modus operandi* de cada um dos acusados, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal. Desde que presente razoável suspeita a propósito do seu comportamento e indícios suficientes de autoria, a persecução penal é consequência natural que se impõe, sem que isso configure, necessariamente, arbitrariedade ou abuso de poder.

De resto, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. Nesse sentido: HC 90.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 25-5-2007; HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 18-5-2007; HC 86.583/SP, Segunda

Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 27-4-2007; HC 85.496/SC, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 8-9-2006; HC 85.066/GO, Segunda Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 20-5-2005; entre outros.

Aliás, no mesmo sentido foi a conclusão do Ministério Público Federal, que analisou o caso e manifestou-se pela denegação da ordem, nos termos seguintes:

> (...)
> É cediço que a exordial só se demonstra inepta quando inviabiliza a compreensão da acusação e/ou gera algum tipo de prejuízo à defesa do réu. A finalidade da peça acusatória é possibilitar a aplicação da lei penal, demonstrando a plausibilidade da acusação feita, bem como possibilitar a ampla defesa do acusado. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, "o que deve ser observado, pois, – e insistimos nisso – é o preenchimento, pela peça acusatória, das exigências relativas à tutela da efetividade do processo (correta classificação do fato, pelo juiz) e da ampla defesa" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2007. p. 152).
> Na mesma linha é a lição de Fernando Capez:
> "A descrição deve ser precisa, não se admitindo a imputação vaga e imprecisa, que impossibilite ou dificulte o exercício da defesa. O autor deve incluir na peça inicial todas as circunstâncias que cercaram o fato, sejam elas elementares ou acidentais, que possam, de alguma forma, influir na apreciação do crime e na fixação e individualização da pena. *Se a deficiência na narrativa não impedir a compreensão da acusação, a denúncia deve ser recebida*" (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.134).
> Portanto, estando evidenciada a determinação do fato típico imputado ao paciente, bem como viabilizado o exercício de defesa, o afastamento da tese de inépcia é medida que se impõe, *in verbis*:
> "*Penal. Processual penal. Habeas corpus.* **Inépcia da denúncia**. *Inexistência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. Falta de justa causa para a ação penal. Exame de matéria fático-probatória*. I – Denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito de defesa. II – *O trancamento da ação penal, em habeas corpus, se apresenta como medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese*. III – Não se admite na via estreita do *habeas corpus* a análise aprofundada de fatos e provas. IV – Ordem denegada."
> (Grifei.) (STF, HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJ* de 22-9-2006.)
> "*Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de corrupção passiva (§ 1º do art. 317 do Código Penal). Alegação de inépcia da inicial e ausência de justa causa para a ação penal. A peça acusatória que narra com detalhamento os fatos ocorridos e indica data, local e respectivas circunstâncias atende aos requisitos do art. 41 do CPP*. É de ser rechaçada a alegação de falta de justa causa para ação penal quando o que se busca é nova apreciação dos fatos e das provas produzidas no curso da instrução criminal. Exame inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional

que pressupõe, para o seu manejo, uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrado de plano. Recurso ordinário improvido." (Grifei.) (STF, RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 17-11-2006.)

Quanto ao argumento do impetrante, segundo o qual o paciente é praticante da doutrina espírita há mais de 20 anos, o que explicaria as doações ao mencionado Centro Espírita, temos que é de ser apreciado no curso da instrução criminal, posto que demanda profunda apreciação de fatos e provas.

Busca o impetrante, por último, afastar a figura típica do art. 333 do Código Penal, afirmando que o favorecimento em certame licitatório dependeria da prática de ato que não se encontra na esfera de atribuições do agente policial supostamente corrompido. Nessa esteira, sustenta que ele não faz parte da comissão licitatória, de modo que nenhum ato de ofício poderia praticar, retardar ou deixar de praticar para favorecer o paciente.

Tal argumento não merece prosperar, por duas razões: em primeiro lugar, porque, da mesma forma que o ponto anterior, demanda dilação probatória, a ser desenvolvida no curso da instrução criminal; em segundo lugar, porque o juiz não está vinculado à capitulação jurídica dada aos fatos pela denúncia, de modo que nada impede eventual conclusão pela prática de outro delito, a exemplo do tráfico de influência. Não é por menos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o réu se defende dos fatos, e não da classificação jurídica dada aos mesmos. Veja-se:

"*Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Inépcia da denúncia. Inexistência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. Trancamento da ação penal. Possibilidade de substituição do enquadramento legal descrito na inicial. Súmula 524 do STF. Questões não apreciadas pelo Tribunal a quo. Supressão de instância*. I – Denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito de defesa. *II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, se apresenta como medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese*. III – Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula 524 do STF, que impede, sem que haja novas provas, o início de ação penal apenas quando já houve arquivamento de inquérito policial instaurado em relação ao mesmo acusado. IV – *O réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não do tipo penal capitulado, ainda que equivocadamente, na denúncia. Possibilidade de alteração da capitulação da conduta descrita na inicial, de forma a realizar o correto enquadramento na figura típica correlata vigente à época do crime*. V – Não se conhece da questão relativa à incompetência da Justiça Federal, pois não foi apreciada nas instâncias ordinárias. É pacífica a jurisprudência do STF na linha de que não se conhece de temas não apreciados pelo tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância. VI – *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa parte, indeferido." (Grifei.) (STF, HC 85.496/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 8-9-2006.)

"*Denúncia. Art. 304 do Código Penal. Irresignação quanto à capitulação dada aos fatos pela denúncia. Pretendida desclassificação. Art. 93 da Lei 8.666/1993. Alegada atipicidade da conduta por inexistência de fato juridicamente relevante, ou inexistência de potencialidade de dano na conduta*

imputada. 1. *A jurisprudência da Corte se firmou no sentido de que o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não do tipo penal indicado, ainda que incorretamente, na denúncia*. Pedido de desclassificação que se mostra inviável no momento em que se instaura a ação penal, tendo em vista a possibilidade de *emendatio* ou *mutatio libelli* em momento processual oportuno. 2. *Alegação de atipicidade da conduta que envolve o exame de matéria fática, sendo, assim, incompatível com a própria natureza do habeas corpus*. 3. Ordem indeferida."

(Grifei.) (STF, HC 83.335/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 19-12-2003.)

"*Ementa. Habeas corpus. Processo penal. Denúncia. Errônea capitulação. Suspensão condicional do processo. O réu se defende dos fatos descritos na denúncia. O eventual equívoco na capitulação não acarreta a inépcia da mesma*. A suspensão condicional do processo não é alcançável após o oferecimento da denúncia. *Habeas corpus* indeferido."

(Grifei.) (STF, HC 79.856/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ de* 6-4-2000.)

Pelo exposto, opinamos, pois, pela denegação da ordem.

(Fls. 94 a 98.)

Ante o exposto, e considerando o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, como o Ministro Relator acaba de demonstrar, a inépcia da denúncia não se caracteriza porque houve a individualização, aliás, pormenorizada, pelo o que se tem da leitura das passagens nela contidas pelo Ministro Relator e, portanto, não há nada que possa caracterizar a inexistência de vínculo à primeira vista demonstrada, razão pela qual, cumprida a legislação, eu acompanho o Relator para denegar a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, como demonstrou o Relator, a denúncia preenche os requisitos do art. 41 do CPP, portanto não se mostra inepta, propiciando a possibilidade de ampla defesa ao paciente.

Eu acompanho o Relator, denegando a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, o primeiro voto do Ministro Dias Toffoli, na Turma, e um voto fundamentado.

A rejeição da denúncia, tal como a prisão preventiva, revela-se exceção. A regra é viabilizar-se, em prol da sociedade, a persecução criminal. Conforme a denúncia – e isso foi ressaltado pelo Relator –, o gerente da empresa da qual é sócio o paciente teria mantido – para efeito, penso, de licitação – contato com

certo agente policial. Esse agente viria a proporcionar o afastamento de óbices à vitória na licitação, a não criação de óbices para conseguir-se essa mesma vitória. O policial, então, pretendeu obter a satisfação de custos da cirurgia de reversão de uma vasectomia. Há outra passagem, na denúncia, em que se aponta também uma doação de numerário, de cestas básicas, para determinado centro espírita presidido pelo agente policial.

Relativamente ao primeiro episódio da historinha contada pelo Ministério Público, fez-se alusão ao paciente, nos elementos coligidos, mediante o vocábulo "ele" para não haver revelação maior consoante a denúncia. Não sabemos se procede ou não.

No tocante ao segundo fato, na denúncia, realmente é categórica a afirmação de que o próprio paciente fazia os depósitos, as doações, para o centro espírita presidido pelo policial, pelo agente policial.

Indago: mostra-se inepta essa denúncia? A meu ver, não, Presidente. A meu ver, de início, o que retratado na denúncia é fato típico, não ocorrendo a incidência da passagem do tempo a ponto de fulminar a pretensão punitiva. Além disso, há referências a elementos que viabilizam a defesa e que estão voltados a se ter como certo o envolvimento – se é ou não, dependerá da prova robusta a cargo do Ministério Público – do paciente.

Acompanho o Relator, cumprimentando-o. E não costumo cumprimentar Colega por voto proferido.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Obrigado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Cumprimentando pelo voto que encontra realmente ressonância na peça primeira da ação penal.

Indefiro a ordem.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Eu também indefiro a ordem. Cumprimento o ilustre Advogado, que fez tão bem sua sustentação oral, mas vou acompanhar o voto do eminente Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Certamente o paciente estará bem defendido por Sua Excelência na ação penal.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É interessante que, de fato, o decreto de prisão preventiva é excepcional. O Ministro Marco Aurélio sempre faz essa proposição com toda procedência, porque a regra é: ninguém será preso. É o inciso LXI do art. 5º da Constituição:

> LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,(...)

Sem dúvida que o decreto de prisão preventiva é uma exceção enquanto não transita em julgado a sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

Agora, o trancamento da ação penal por *habeas corpus* é exceção. Por quê? Porque o *habeas corpus*, para ser deferido, pressupõe que alguém esteja a padecer de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, e a ilegalidade ou o abuso de poder não se presumem, precisam de cabal demonstração.

Interessante como as categorias jurídicas de base constitucional se articulam. Eu sempre louvo essa preocupação do Ministro Marco Aurélio de submeter as categorias do Processo Penal e do Direito Penal à Constituição. E aqui nesta Turma acho que todos nós temos – não é isso, Ministro Lewandowski, Ministra Cármen? – primado por essa metodologia, que me parece rigorosamente científica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Já agora o Ministro Dias Toffoli.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): E o Ministro Dias Toffoli está chegando nessa mesma linha metodológica de estudo e equacionamento das questões que lhe são submetidas. Também saúdo Vossa Excelência pelo seu primeiro e muito bem fundamentado voto em processo de sua relatoria.

EXTRATO DA ATA

HC 96.608/PE — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Evaldo Nunes de Sena. Impetrante: Ademar Mendes Bezerra Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. Ademar Mendes Bezerra Júnior pelo paciente. Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr**.** Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.757 — RS

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Luis Cláudio dos Santos Garay ou Luiz Cláudio dos Santos Garay — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus.* Penal. Crime de furto (art. 155, *caput*, do CP). Princípio da insignificância. Hipótese de não aplicação. Precedentes da Corte.**

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Ainda que o valor dos bens subtraídos seja de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância ao caso concreto, tendo em vista a relevância da quantia subtraída à situação econômica da vítima. Por esse motivo, não há como concluir pela inexpressividade da lesão ao bem juridicamente protegido.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Luis Cláudio dos Santos Garay, buscando a aplicação do princípio da insignificância ao furto praticado pelo paciente.

Aponta como órgão coator a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao REsp 865.323/RS, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta a impetrante, em síntese, que:

(...)

(...) verifica-se, de acordo com a denúncia, que o valor total dos bens subtraídos – **R$ 97,00 (noventa e sete reais) é ínfimo, corresponde, a um montante insignificante, autorizador da incidência do princípio invocado.**

Como visto, o caso narrado no presente *habeas corpus* traduz uma hipótese de lesividade mínima. A conduta praticada pelo paciente, a despeito de sua adequação formal típica ao delito descrito pelo art. 155 do Código Penal, não ofendeu concretamente o patrimônio da vítima, estando afastada do campo de incidência do Direito Penal dada a sua flagrante insignificância social.

O ínfimo valor da coisa não teve o condão de efetivamente violar o interesse público protegido pela norma penal incriminadora, e tampouco encontra-se revestido de repercussão social relevante, sendo certo que a resposta penal privativa de liberdade consubstancia medida desarrazoada e desnecessária no caso posto à apreciação jurisdicional.

O litígio aqui analisado poderia estar enquadrado, quando muito, na seara do Direito Civil e ali ser resolvido. Exigir a movimentação de todo o aparelho estatal na esfera criminal, incluindo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, em razão do furto de uma bolsa feminina, cinco fichas de vale-transporte, uma calça feminina, uma niqueleira e a importância de R$ 59,00, sendo os objetos avaliados em R$ 97,00 (noventa e sete reais), conforme denúncia; nos parece medida totalmente desproporcional diante da realidade social brasileira.

(Fls. 4/5 – Grifos no original.)

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da ordem para "que seja declarada a atipicidade da conduta do paciente com base no princípio da insignificância, absolvendo-o da acusação formulada pela denúncia" (fl. 9) e, no mérito, a confirmação da liminar requerida.

Indeferido o pedido de liminar e estando os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 41 a 44).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, opinou pela denegação da ordem (fls. 49 a 53).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Tem-se nos autos que o paciente foi condenado, em 1º grau, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pelo crime de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal – fls. 106 a 120 do apenso).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao apelo para absolver o paciente, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fl. 173 do apenso). Dessa decisão, o Ministério Público estadual opôs embargos declaratórios que foram rejeitados (fl. 188 do apenso).

Foi interposto recurso especial pelo *Parquet* estadual, ao qual o 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou seguimento (fls. 232 a 234 do apenso), o que ensejou a interposição de respectivo agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça (fl. 236 do apenso). Embora não conste nos autos nenhuma decisão neste sentido, constata-se às folhas 245/246 ter sido o agravo provido, o que culminou com a remessa do recurso especial àquela Corte de Justiça.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, por unanimidade, deu provimento ao recurso do *Parquet*, cujo acórdão ficou assim ementado:

> *Recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. Atipicidade material. Inocorrência. Periculosidade social da ação e reprovabilidade do comportamento do agente. Recurso provido*.
>
> 1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, "(...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas" (Francisco de Assis Toledo, *in* Princípios Básicos de Direito Penal).
>
> 2. O princípio da insignificância é, na palavra do Excelso Supremo Tribunal Federal, expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para sua aplicação, a presença de certas circunstâncias objetivas, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
>
> 3. Recurso provido.
>
> (Fl. 10.)

É contra essa decisão que se insurge a impetrante neste *writ*.

Na hipótese dos autos, não há nenhuma indicação de ato ilegal ou abusivo por parte da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça a configurar constrangimento ilegal. Com efeito, o julgado proferido por aquela Corte encontra-se suficientemente motivado a justificar a formação de seu convencimento.

Além disso, ainda que o valor dos bens subtraídos seja de pequena monta (uma bolsa feminina, cinco fichas de vale-transporte, uma calça feminina e uma niqueleira, avaliados em R$ 97,00, e a importância em dinheiro de R$ 59,00), não há como se aplicar o princípio da insignificância no caso concreto, tendo em vista a relevância do valor subtraído à situação econômica da vítima.

Explico: é que conforme se extrai da sentença condenatória, "a vítima é babá. Em seu depoimento refere que havia feito uma 'faxina na praia' e o dinheiro que estava na bolsa recebera a título de pagamento. Por certo, o valor subtraído repercutiria em seu orçamento, de modo negativo, o que não afasta a incidência do tipo penal correspondente" (fls. 113/114 do apenso).

A respaldar meu entendimento, destaco o RHC 96.813/RJ, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgado em 31-3-2009, pela Segunda Turma desta Suprema Corte, *in verbis*:

Direito penal. Atipicidade. Princípio da insignificância. Parâmetros e critérios. Inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ausência. Inaplicabilidade. Habeas corpus denegado.

1. A questão de direito tratada neste *writ*, consoante a tese exposta pelo recorrente na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal.

2. Registro que não considero apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º).

Como já analisou o Ministro **Celso de Mello**, no precedente acima apontado, o princípio da insignificância tem como vetores "a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP).

3. No presente caso, considero que tais vetores não se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

4. No caso em tela, a lesão se revelou significante não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta". Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada.

5. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

(*DJ* de 24-4-2009.)

Naquela oportunidade, ressaltou a eminente Relatora não considerar "apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado" (CP, art. 155, § 2º).

Sua Excelência entendeu, ainda, naquele caso, que:

(...)

O fato do valor de R$ 40,00 (quarenta reais) que o paciente subtraiu ser inferior ao valor do salário mínimo, por si só, não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, eis que não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente.

No caso em tela, a lesão se revelou significante não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11),

sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta." Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A única conclusão possível é a de se tratar de conduta típica e, como tal, relevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a denegação da ordem.

Partilhando desse entendimento, o eminente Ministro **Eros Grau**, ao proferir voto-vista, consignou que:

(...)

A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. Nesse sentido, o HC 70.747, Relator o Ministro Francisco Rezek, *DJ* de 7-6-1996, assim ementado:

"*Ementa: Habeas corpus. Lesão corporal. Delito de trânsito. Princípio da insignificância. Análise de cada caso*. Somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza. *Habeas corpus* indeferido."

(Grifei.)

Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, os seguintes requisitos de ordem objetiva: (I) ofensividade mínima da conduta do agente; (II) ausência de periculosidade social da ação; (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, e (IV) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O paciente furtou R$ 40,00 (quarenta reais) de um trailer de lanches, valor concernente à féria do dia.

O TJRJ afirmou que "a soma – aproximadamente R$ 40,00 – representava *todo* o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do *trabalho* do lesado que, passada meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta" (fl. 41).

De fato, tratando-se de subtração de quantia necessária à subsistência da vítima, não há como concluir-se pela inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.

O juiz, ao aferir se o bem juridicamente protegido é ou não de pequeno valor, há de mensurar a capacidade econômica da vítima. A quantia furtada não pode ser tida, no caso, como de pequeno valor; consubstancia valor necessário ao suprimento das necessidades básicas da vítima.

Ademais, o TJRJ reconheceu o pequeno valor da quantia furtada, beneficiando o paciente com o reconhecimento do furto privilegiado, substituindo a pena de reclusão pela de detenção.

A aplicação do princípio da insignificância também não é possível considerada a contumácia do paciente na prática do crime de furto. Em que pese a ausência de decisões condenatórias transitadas em julgado, sua folha de antecedentes criminais é expressiva da prática reiterada desses delitos (fls. 49/50).

Acompanho o voto da Ministra **Ellen Gracie**, negando provimento ao recurso.

(Grifei.)

Na esteira desse entendimento, cito precedente desta Primeira Turma. Trata-se do HC 84.424/SP, Rel. Min. **Carlos Britto**, do qual transcrevo a ementa seguinte:

Habeas corpus. Alegação de inexistência de lesão a bem juridicamente protegido, em ordem a justificar a pena fixada. Pedido de aplicação do princípio da insiginificância.

O princípio da insignificância, vetor interpretativo do tipo penal, é de ser aplicado tendo em conta a realidade brasileira, de modo a evitar que a proteção penal se restrinja aos bens patrimoniais mais valiosos, ordinariamente pertencentes a uma pequena camada da população.

A aplicação criteriosa do postulado da insignificância contribui, por um lado, para impedir que a atuação estatal vá além dos limites do razoável no atendimento do interesse público. De outro lado, evita que condutas atentatórias a bens juridicamente protegidos, possivelmente toleradas pelo Estado, afetem a viabilidade da vida em sociedade.

O parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, de sorte a excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, não pode ser exclusivamente o patrimônio da vítima ou o valor do salário mínimo, pena de ensejar a ocorrência de situações absurdas e injustas.

No crime de furto, há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor, para efeito de aplicação da insignificância. Não se discute a incidência do princípio no tocante às infrações ínfimas, devendo-se, entretanto, aplicar-se a figura do furto privilegiado em relação às de pequeno valor.

Habeas corpus indeferido.

(*DJ* de 7-10-2005.)

Por essa razão, filiando-me a esse entendimento, não vejo, no caso, como concluir pela inexpressividade da lesão ao bem juridicamente protegido, por se tratar de subtração de quantia necessária à subsistência da vítima.

Aliado a esse fato, embora este Supremo Tribunal possua entendimento no sentido de que a "existência de registro de antecedentes criminais, não pode obstar ao julgador a aplicação do [referido] instituto" (RE 514.531/RS, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 6-3-2009), há de se registrar a notícia (fls. 91/92 do apenso) de que o paciente ostenta outras condenações, inclusive com trânsito em julgado, demonstrando não se tratar de uma conduta circunstancial e sim de uma personalidade voltada à prática delituosa.

Com essas singelas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também estou acompanhando para denegar a ordem, mas a ênfase que dou é muito mais a questão – pelo menos do que temos em mãos e do que foi relatado e votado pelo Ministro Dias Toffoli – da consideração de que o paciente já teria outras condenações transitadas em julgado por delitos contra o patrimônio. Neste caso, em que pese até ter havido mesmo algum julgado, a maioria dos julgados de que tenho notícia, inclusive aqui da Turma, são no sentido de que aí afastaria mesmo, porque leva-se em consideração esta conduta – embora realmente cada um tenha que ser julgado por um crime, naquela situação e naquele processo; esse é um dado que

me parece relevante. Quanto à circunstância de o valor, sempre o avaliamos com relação à vítima, neste caso, corresponder a um dia – a vítima seria uma babá, eu não sei exatamente todos os dados e contornos fáticos, porque pode-se ter uma estudante em condições melhores que exerce determinadas atividades para poder adquirir. De toda forma, os contornos fáticos realmente não permitem, extraído que (*sic*) fosse e que poderia fazer incidir o princípio da insignificância, neste caso, não me parecem realmente prosperar, especialmente por esse dois dados, mesmo com ênfase ao segundo, que Vossa Excelência indicou como um sobre motivo.

Denego a ordem neste caso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Só para mais um esclarecimento, o provimento ao recurso do *parquet* no Superior Tribunal de Justiça somente afastou o princípio da insignificância e determinou a devolução dos autos à Corte regional para que prossiga nas demais análises da defesa da paciente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então o pedido é que se supere direto isso e se julgue no sentido de reconhecer atípica a conduta; portanto, sem razão de retorno dos autos.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ou seja, não foi aplicada a condenação pelo Superior Tribunal de Justiça nesse caso concreto, mas determinado o retorno do processo para que o Tribunal de Justiça local continuasse a análise das demais teses de defesa.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, eu também acompanho o Relator, parabenizando-o pelo cuidado que teve na elaboração do voto.

Como verificamos, é muito difícil estabelecer parâmetros objetivos para definir o que seja crime de bagatela para aplicar o princípio da insignificância.

Vossa Excelência disse muito bem que é preciso avaliar caso a caso, quase que dentro de uma metodologia orteguiana: "*Yo soy yo y mi circunstancia*", dizia Ortega y Gasset. E, na verdade, cada crime é um crime e precisa ser analisado, para esse efeito, para o efeito de ser caracterizado como crime de bagatela, dentro de suas circunstâncias.

Aqui, parece-me que o Relator trouxe dois dados bastante relevantes para a formulação de nosso juízo que são exatamente o seguinte: em primeiro lugar, o réu ostenta antecedentes; em segundo lugar, o furto foi perpetrado contra uma babá. O pequeno valor, na verdade, é um dado muito relativo. Cinquenta ou sessenta reais para um banqueiro é um pequeno valor, mas para uma empregada doméstica, uma babá, pode representar todas as suas economias, ou pelo menos as economias de um mês de labuta pesada.

Portanto, com essas considerações, cumprimentando o esforço do nobre causídico, acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a teoria do crime de bagatela resultou de construção jurisprudencial. Não existe balizamento subjetivo e objetivo para definir se o crime é ou não de menor significação, presente o tecido social.

Agora, há um dado que nos leva a refletir sobre essa exceção aberta à persecução criminal pela jurisprudência. Refiro-me aos juizados especiais.

O que versa o inciso I – e a Constituição é sempre fonte primeira do Direito – do art. 98 da Carta? A criação de "juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade" – então vem a parte que nos interessa – "e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei" – e já foi editada a Lei 9.099/1995 –, "a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Mais do que isso, Presidente, além dos aspectos mencionados pelo Relator e já ressaltados pelos Colegas que votaram antes de mim, há a figura do furto privilegiado, em que se faz viável a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direito ou mesmo pela de multa. Ou seja, o ordenamento jurídico, até certo ponto, sinaliza a insubsistência dessa figura que é o crime de bagatela, principalmente na quadra que vivenciamos – de delinquência maior.

Encontra-se no plenário processo para discutir-se a problemática da reincidência, a constitucionalidade ou não da reincidência. Liberei-o, houve o pregão por duas vezes, mas não consegui julgá-lo. Meu prestígio, portanto, não está tão alto na Corte!

No caso concreto, está envolvido paciente que já claudicara, sob o ângulo penal, na arte de proceder. É reincidente em crime contra o patrimônio.

Vamos considerar apenas o aspecto objetivo do valor da *res*? Creio que não podemos. Como ressaltou bem Vossa Excelência nesta assentada, temos que apreciar o contexto. Na espécie, o quadro não leva a dizer-se que não ocorre interesse da sociedade em ver prosseguir o processo-crime instaurado pelo Ministério Público.

Indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A discussão que se travou confirma o quanto é delicado esse tema na perspectiva da fixação de parâmetros objetivos. E o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do caso anterior, falou que temos decidido – e eu lembrava pontualmente e Sua Excelência arrematou – caso a caso. E, de fato, é assim que temos decidido e dificilmente deixaremos de decidir.

O caso de hoje me remete para um julgamento dessa Primeira Turma, sob minha relatoria. Tratava-se do furto de um bicicleta avaliada, salvo engano, em sessenta reais. Acontece que a bicicleta era de um trabalhador que se valia dela como o seu único meio de transporte, o seu meio habitual de transporte para trabalhar. E, por consequência, o trabalhador, furtado, experimentou um desfalque patrimonial que, na perspectiva da sua subjetividade, era relevante, era grande. E, certamente, que a absolvição do acusado significaria para a vítima uma desagradável sensação de impunidade. Vale dizer, a máquina judiciária estava sendo acionada para tutelar algo substancialmente valioso na perspectiva da vítima. E, no caso também, Ministro Marco Aurélio, o acusado era reincidente.

Se temos dificuldade de falar em personalidade voltada para o crime, mas não pode deixar de dizer – isso para não receber a acusação de repetir a tese lombrosiana – que há pessoas cuja trajetória de vida se marca por um estilo que não é outro senão fazer, ter como meio de vida a reiteração da delinquência, a prática de crime.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não chegamos a ter profissão, porque não está por ora regulamentada!

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): E agora que estão regulamentando todas as profissões. Quer dizer, é alguém que faz da delinquência um meio de vida, um estilo de vida, mesmo sem nenhuma remissão à personalidade lombrosiana, que hoje é muito difícil realmente se falar desse estilo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é que tem gente que gosta do Código Penal, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência sabe que, com as pesquisas genéticas que já permitem antever o surgimento de certas doenças e eventualmente até de certos distúrbios psíquicos, eventualmente pode ressuscitar a tese lombrosiana.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Há quem suscite essa rediscussão. Há quem rediscuta. Eu não me animo ainda a fazê-lo – Vossa Excelência lembra bem –, mas tenho ciência de que já é possível retomar as teses de Lombroso numa perspectiva sobretudo da neurociência e da genética.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É. Na década de setenta, tivemos o celebérrimo caso norte-americano em que pedófilos foram tratados...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A castração química.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Por reações. E o mundo inteiro ficou contra exatamente porque não se pode tomar o ser humano nessa linearidade. Mas foi um escândalo e hoje a genética se preocupa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E havia também, Ministra, nessa época, as lobotomias preventivas. Lobotomizava-se, tirava-se uma parte do cérebro de pacientes que podiam eventualmente apresentar no futuro certos distúrbios psíquicos ou um comportamento violento. A própria irmã do Presidente Kennedy foi lobotomizada preventivamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): O fato é que o princípio da insignificância, numa primeira abordagem, num primeiro enfoque, nos seduz, porque evita uma carceirização num país caracterizado por cenários verdadeiramente dantescos no seu sistema prisional, no seu sistema penitenciário.

Ainda ontem, no Fantástico, eu mesmo tive que desviar o olhar porque não consegui me fixar numas cenas de extrema brutalidade às quais assisti perpetradas por agentes penitenciários, num estado economicamente privilegiado que é o Estado de Santa Catarina – salvo engano, foi Santa Catarina.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Foi em Santa Catarina.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): E eu, que tenho um coração de manteiga. Aliás, quando dizem que tenho o coração de manteiga, eu sempre respondo: "Como não ter um coração de manteiga, num país onde tanto falta o pão"? Eu não consegui me fixar na cena, tamanha brutalidade que foi cometida contra seres humanos indefesos.

Então, pugnar pela descarceirização, nesses casos típicos de bagatela, acho que é até nosso dever. Sucede que, neste caso – o Ministro Marco Aurélio lembrou, todos os Ministros lembraram –, o agente é useiro e vezeiro na prática de furtos, embora furtos de pequeno valor, também sinalizando a sua – quem sabe – extrema carência material.

Mas não estou achando uma boa causa nem para pedir vista. Vou me resguardar para uma outra oportunidade em que pretendo fazer um aprofundamento temático desse postulado da bagatela ou da insignificância. Nesse caso, não, porque me parece que a desvalia do patrimônio não está correspondendo à desvalia da conduta. A conduta me parece reprovável do agente.

Então, vou perfilhar o entendimento do Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 96.757/RS — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Luis Cláudio dos Santos Garay ou Luiz Cláudio dos Santos Garay. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal, pelo paciente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 3 de novembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.406 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Toni Robson da Silva Marques — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Relator do Recurso Especial 1.047.815 do Superior Tribunal de Justiça

Penal. *Habeas corpus*. Arrombamento de automóvel para furtar objetos. Incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP. Precedentes do STF. Ordem denegada.

1. Consoante já decidiu esta Corte, "a destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal" (HC 95.351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, *DJ*e de 7-11-2008).

2. Tendo o paciente usado de violência contra obstáculo que dificultava a subtração dos objetos, deve incidir a qualificadora do § 4º, I, do art. 155 do CP.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 16 de junho de 2009 — Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão que deu provimento ao recurso especial, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul perante o Superior Tribunal de Justiça, para considerar que a destruição ou avaria de automóvel para subtração de objeto que se encontra no seu interior caracteriza a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal (REsp 1.047.815/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti). A decisão ficou assim ementada:

> *Penal. Tentativa de furto. Objetos em interior de veículo. Quebra da janela. Destruição ou rompimento de obstáculo. Qualificadora caracterizada. Atenuante da confissão espontânea. Fixação da sanção abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231/STJ.*
>
> 1. A destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra no seu interior caracteriza a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal.

2. Não se mostra possível, em razão da incidência de atenuante, operar redução que importe na fixação da sanção abaixo do mínimo legal.

3. Recurso especial provido.

Examinando os autos, verifico que o Paciente foi sentenciado pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I, combinado com art. 14, II, ambos do Código Penal (fl. 116 do apenso).

A defesa do ora Paciente interpôs apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento ao recurso, para, confirmando a condenação, reclassificar o fato no art. 155, *caput*, combinado com art. 14, II, do Código Penal, e, dessa forma, reduzir a 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias a pena aplicada (fl. 157 do apenso).

O Ministério Público estadual interpôs o mencionado REsp 1.047.815/RS, que foi provido mediante decisão proferida pelo eminente Relator do STJ, Ministro Paulo Gallotti, que, considerando a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, fixou a reprimenda corporal imposta ao Paciente em 1 (um) ano de reclusão (fls. 210-213 do apenso).

Pleiteia a Impetrante o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, para que não incida, no caso, o § 4º, I, do art. 155 do CP.

Alega que "não se mostra razoável acolher-se o entendimento segundo o qual o arrombamento de carro para subtrair toca-fitas em seu interior qualifica o furto, até pelo fato de o mesmo ser parte integrante do automóvel, como coisa acessória, configurando a violência ao veículo uma violência à própria coisa que se pretende subtrair, já que também a porta arrombada é parte do veículo e não um obstáculo à sua subtração" (fl. 5).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no § 4º, I, do art. 155 do CP (fl. 10).

2. O pedido de liminar foi indeferido (fls. 14-18).

3. Parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 21-23).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A Defensoria Pública da União impetrou o presente *writ* sustentando a não incidência da qualificadora prevista no § 4º, I, do art. 155 do Código Penal, no caso de destruição ou avaria de automóvel para subtração de objeto que se encontra no seu interior.

2. O caso é de denegação da ordem.

3. Consoante já decidiu esta Corte, "a destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal" (HC 95.351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, *DJ*e de 7-11-2008).

Nesse caso, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, o furto é qualificado "pela maior audácia e poder de destruição do autor da infração penal" (in *Código Penal Comentado*, 6. ed. Rio de Janeiro: RT. p. 664).

4. No caso em tela, segundo consta da denúncia, o Paciente arrombou a porta de um automóvel para subtrair uma frente de um aparelho de rádio CD de veículo, um porta-CDs, contendo treze CDs, um manual de aparelho de rádio CD e uma agenda (fl. 2 do apenso).

Portanto, tendo o Paciente usado de violência contra obstáculo que dificultava a subtração dos objetos, deve incidir a qualificadora do § 4º, I, do art. 155 do CP.

5. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 98.406/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Toni Robson da Silva Marques. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso Especial 1.047.815 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 16 de junho de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.456 — MS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: José Carlos Sampaio de Sá — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Pena. Criminal. Prisão. Fixação. Dosimetria. Tráfico de drogas. Exasperação da pena-base. Vício em drogas como conduta social negativa. Inadmissibilidade. Incompatibilidade com a nova política criminal antidrogas. Redução de pena. *Habeas corpus* concedido para esse fim. O fato de o réu ser viciado em drogas não constitui critério idôneo para que se lhe eleve a pena-base acima do mínimo, porquanto o vício não pode ser valorado como conduta social negativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de setembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *José Carlos Sampaio de Sá*, contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, denegou-lhe a ordem nos autos do **HC 114.528**.

O paciente foi condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.000 (mil) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação, mas o Tribunal de Justiça negou-lhe provimento, pois entendeu que a fixação da pena-base foi devidamente fundamentada. O acórdão está assim ementado:

> *Apelação criminal – Penal – Tráfico de drogas e associação para o tráfico – Pretendida absolvição – Fartas provas materiais e testemunhais – Impossibilidade – Fixação da pena – Acusado usuário de droga – Conduta social desfavorável – Exasperação – Lucro fácil – Circunstância que não integra o tipo – Compensação de circunstâncias visando à não exasperação da pena – Impossibilidade – Não provimento.*
>
> Não há falar em absolvição, quando as provas demonstram a conduta ilícita do acusado, devendo ser emprestada credibilidade ao depoimento do poli-

cial, quando harmônico com o conjunto probatório que fundamentou a sentença condenatória.

O fato de o agente ser usuário de drogas, além de exercer a traficância, pode ser sopesado em seu desfavor, pois é certo que a prática dessas condutas transcende o indivíduo, afetando a harmonia e os valores da sociedade.

O motivo do lucro fácil no tráfico de drogas não integra a sua tipificação, que pode ser praticado até mesmo gratuitamente, razão pela qual não há falar em *bis in idem* na consideração desta circunstância na fixação da pena.

Quando da determinação da pena-base, deve o juiz partir do patamar justo, no mínimo ou o mais próximo a ele, aumentando-a em determinado *quantum* a cada circunstância desfavorável de acordo com sua discricionariedade e em atenção à necessidade de reprovação e prevenção do crime.

Apelações Criminais defensivas a que se nega provimento, reconhecendo o acerto do apreço judicial de todo o conjunto probatório e da correta aplicação da lei.
(Fl. 81, em apenso.)

Contra essa decisão, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, lá registrado como **HC 114.528**. A ordem foi denegada nos seguintes termos:

Habeas corpus. Paciente condenado a 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e multa, pela prática dos delitos de tráfico e associação para o tráfico (arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06). Pena-base fixada em 6 anos de reclusão (cominação mínima de 5 anos). Possibilidade de exasperação, em razão de ser o paciente usuário de drogas (conduta social desfavorável). Despenalização que visa, somente, ao usuário de substâncias entorpecentes. consequências nefastas para o meio social onde inserido o paciente, por força do conluio com o tráfico e associação para o tráfico de drogas ilícitas. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. A conduta social do agente liga-se, evidentemente, ao comportamento do agente no interior do grupo social a que pertence – família, vizinhança, escola, trabalho etc –, destacando-se suas relações intersubjetivas, bem como – e principalmente – a imagem formada por sua personalidade e sua projeção nesses grupos.

2. Certo é que a união entre o uso de drogas ilícitas e sua comercialização, tal como se dá na espécie dos autos em exame, cria, na comunidade onde inserido o agente, uma natural aversão a tal comportamento, máxime quando exemplos há, infelizmente, em número suficiente em nossa sociedade, a estampar os efeitos nefastos de tal conluio.

3. Nada obstante seja correta a afirmação de que o sistema atual de política de prevenção ao uso indevido substâncias entorpecentes afaste a criminalização do usuário, não se poderia dar esse tratamento ao paciente, diante dos delitos cometidos de tráfico e associação para o tráfico de drogas.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada.

(Fl. 121, em apenso.)

Alega o impetrante que "o aumento da pena-base foi fixado tão somente em razão de ser o réu viciado em drogas e obter lucro fácil à custa do vício alheio" (fl. 4), motivo este que é inidôneo, porquanto, em relação ao vício, não pode "o

réu ter um aumento de pena por uma conduta que sequer é típica no nosso ordenamento jurídico" e, quanto ao lucro fácil, "não poderia o juiz de primeiro grau valorá-lo negativamente, pois este é intrínseco ao tráfico de drogas e associação para o tráfico" (fl. 5).

Requer, liminarmente, a diminuição da pena-base para o patamar do mínimo legal e, no mérito, reproduz idêntico pleito.

A liminar foi indeferida (fls. 12-14).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 20-24).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Assiste razão à impetrante.

A pena-base do paciente foi assim fixada:

> Quanto a culpabilidade é normal à espécie.
>
> O réu não ostenta antecedentes, conforme verifica-se pelas certidões de fls. 189 e 261. Sua conduta social é desfavorável, já que é dado ao vício de drogas. Os motivos são comuns à espécie, qual seja, o lucro fácil às custas do vício alheio.
>
> Personalidade, pelos depoimentos carreados nos autos extrai-se que o acusado sempre foi trabalhador não tendo quaisquer outros fatos que desabone sua conduta. As circunstâncias normais ao tipo. As consequências foram de pouca gravidade, pois a substância entorpecente foi apreendida. Não se fala em conduta da vítima.
>
> Por tais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes em 06 (seis) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.
>
> (...)
>
> Analisando ainda as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do delito de associação para o tráfico em 04 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. [*sic*]
>
> (Fls. 25-26, em apenso.)

Verifica-se que a única circunstância negativamente valorada para a exasperação da pena-base diz respeito à conduta social, pois afirma o juiz que o paciente é "dado ao vício de drogas".

Esta valoração, prevista no art. 59 do Código Penal, no entanto, não é capaz de, isoladamente considerada, justificar a exasperação da pena-base.

É que, alinhando-me com o entendimento da Procuradoria-Geral da República, entendo que o aumento da pena-base nos termos da sentença não se coaduna com a nova política criminal antidrogas, traduzida pela Lei 11.343/2006, a qual, conquanto ainda criminalize a conduta do usuário (art. 28), dá-lhe atenção diferenciada, cujo propósito é antes tratamento que punição.

Daí o fato de o paciente ser viciado em drogas não constituir critério idôneo para que se lhe elevasse a pena-base acima do mínimo, sob pena de violação ao

art. 59 do Código Penal, porquanto o vício não pode ser valorado como conduta social negativa.

2. Verifico que, com relação ao crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, o juízo de primeiro grau reconheceu as atenuantes relativas à confissão e à menoridade, e reduziu a pena pela metade, diante da incidência da causa de diminuição prevista no § 4º. Partindo-se da pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos, as atenuantes não podem repercutir, nos termos do entendimento consolidado desta Corte (**RE 597.270**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJe* de 5-6-2009). A aplicação da causa especial de diminuição reduziria a pena a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Mas, como a pena originalmente aplicada ao crime de tráfico havia sido fixada em 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias (fl. 26, em apenso), não pode o novo *quantum* superar esse limite, sob pena de ofender o princípio de *ne reformatio in peius* em pedido exclusivo da defesa.

Com relação ao crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, fixando-se a pena-base em 3 (três) anos, e inaplicável a atenuante reconhecida, a reprimenda deve fixada no mínimo legal.

Aplicando-se a regra do concurso material, a pena definitiva totaliza 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

3. Ante o exposto, **concedo a ordem** para fixar a pena do paciente em **5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**, em regime inicialmente fechado, e 1.000 (mil) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

EXTRATO DA ATA

HC 98.456/MS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: José Carlos Sampaio de Sá. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 29 de setembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 227.480 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Recorrente: Ministério Público Federal — Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro

Direitos constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. Art. 37, incisos II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.

2. A recusa da administração pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Ministério Público Federal interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

Constitucional, administrativo e processual civil.

Mandado de segurança impetrado por candidatos habilitados em concurso público de provas e títulos para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador do Quadro Permanente da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

A não nomeação dos aprovados, apesar da existência de vagas, constitui lesão a direito líquido e certo.

Relevância do disposto no art. 37, IV, da Constituição Federal que poderia ser fraudado se fosse permitido ao Poder Público deixar expirar o prazo do concurso, apesar da existência de vagas.

Impossível, após a homologação do Concurso, destinarem-se vagas a outras formas de Provimento que não por Concurso Público.

Segurança concedida para ordenar à Presidência do Tribunal a nomeação dos Impetrantes, lotados a seu critério.

Direito subjetivo adquirido, individualizado, próprio dos Impetrantes, independentemente dos demais candidatos, devendo sua nomeação ser efetivada, pois existem vagas e já vencido o prazo de eficácia do concurso, estando precluso o direito daqueles que não exerceram o direito de ação em tempo hábil.

Precedente do Plenário deste egrégio Tribunal da 2ª Região (Mandado de Segurança 91.02.11135-7/RJ).

Segurança concedida, por maioria.

(Fl. 222.)

Sustenta o recorrente que, "estando os impetrantes mal colocados, o prazo de validade do certame expirou-se sem que eles tivessem sido chamados" (fl. 241), e que "o inciso IV do art. 37 da Constituição da República *não assegura o direito do aprovado à nomeação*. Garante-lhe, unicamente, o direito de não ser preterido por candidatos com colocação inferior a sua ou habilitados em concursos mais recentes. Tal inocorreu *in casu*" (fl. 242).

Contra-arrazoado (fls. 283 a 296), o recurso extraordinário (fls. 236 a 242) foi admitido (fl. 298).

Interposto recurso especial (fls. 225 a 235), decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pelo não conhecimento do recurso (fls. 319 a 324).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer da ilustrada Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Sandra Cureau**, "preliminarmente, pela aplicação da teoria do fato consumado, negando-se seguimento ao recurso. Caso superada essa fase, o parecer é pelo provimento do apelo" (fl. 341).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os recorridos impetraram ordem de segurança contra ato omissivo do Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região "que poderá obstar o exercício do direito, líquido e certo, dos Impetrantes de serem nomeados *Oficiais de Justiça Avaliadores* ante a sua aprovação e classificação no concurso público de provas e títulos realizado no ano de 1987, já prorrogado (...)" (fl. 2). Alegam que a autoridade apontada como coatora "não nomeou, existindo vagas, os Impetrantes para os cargos que passaram a ter direito, pela aprovação e classificação em concurso público de provas e títulos" (fl. 2).

A medida liminar foi deferida para a reserva de duas vagas ainda não preenchidas (fl. 56).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, concedeu a ordem. Segundo a maioria, o art. 37, IV, da Constituição Federal não deixa ao poder

público campo para omitir-se, "deixando escoar-se o prazo de eficácia do concurso sem prover os cargos com os habilitados no certame" (fl. 212). Para o Tribunal de origem, a "Administração Pública, ao realizar um concurso e homologá-lo, esgota sua capacidade de opção ao preenchimento das vagas oferecidas aos competidores. Não se concebe que a Administração despenda tempo, dinheiro e energia na realização de um concurso apenas para habilitar pessoas que não vai nomear" (fl. 212). Acrescenta o acórdão que os autos mostram que ainda dentro do prazo de validade do concurso havia vagas disponíveis e, além disso, que tais vagas "foram destinadas a ascensões funcionais (mediante concurso interno) e a progressões funcionais (sem concurso) – sendo que as três vagas da Vara de Campos foram preenchidas pelos critérios de aproveitamento e transferência, também sem concurso" (fl. 213). Depois de analisar a forma de preenchimento por concurso público e por concurso interno de ascensão, entendeu a maioria que "não há como realizar a progressão, a transferência e o aproveitamento, porque estas formas só são possíveis dentro de uma mesma categoria funcional" (fl. 214). Em conclusão, a ordem foi deferida "para o fim de determinar a efetivação da nomeação dos Impetrantes no cargo de Oficial de Justiça Avaliador do Grupo de Apoio Judiciário do Quadro Permanente da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro" (fl. 215).

O especial não foi conhecido no Superior Tribunal de Justiça ao fundamento de que não demonstrado o dissídio, insuficiente a simples transcrição de ementas.

O extraordinário está calçado na interpretação do art. 37, IV, da Constituição Federal, entendendo o Ministério Público recorrente que aquela oferecida pelo acórdão não está correta.

A questão posta pelo recorrente diz com a obrigatória nomeação dos aprovados em concurso público, detentores de direito adquirido à nomeação.

Veja-se que, no caso, como está destacado no extraordinário, não houve, durante o prazo de validade do concurso prestado pelos impetrantes em 1987, novo concurso público ou interno e não foram os impetrantes preteridos na ordem de classificação e nomeação, reconhecendo eles que a ocupação das vagas obedeceu rigorosamente a ordem de classificação.

A inicial aponta ato omissivo, embora mencione a existência do Ato 266/1989, que teria estabelecido critério de reserva de vaga. Indica, ainda, que quando do Ato 226/1989, homologatório da classificação dos candidatos aprovados no concurso para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador, os impetrantes passaram a ocupar o 25º e o 30º, respectivamente, mostra a inicial também que, de dezembro de 1989 a maio de 1991, "não foi nomeado concursado, tendo ocorrido, entretanto, 9 nomeações, sendo que os beneficiários o foram por progressão interna, embora aguardassem nomeação os aprovados no concurso público de provas e títulos, contrariando o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal" (fl. 4).

Sem dúvida, a jurisprudência desta Suprema Corte, em diversas oportunidades, reiterou entendimento de que a aprovação em concurso público não gera

direito líquido e certo à nomeação, mas apenas expectativa de direito à investidura, ou seja, prioridade na convocação dos aprovados. Veja-se que no julgamento da ADI 2.931/RJ, Relator o Ministro **Carlos Britto** (*DJ* de 29-9-2006), ficou bem claro que o direito dos aprovados é o de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação e o de precedência com relação aos aprovados em concurso imediatamente posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro certame. Todavia, destacou a Corte Suprema, "ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados". Assim, sem a menor sombra de dúvida, a base do acórdão foi em sentido contrário à jurisprudência prevalecente (veja-se, ainda: MS 21.870/DF, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 19-12-1994; AI 452.831-AgR/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 11-3-2005; RE 421.938-AgR/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 2-6-2006).

Nestes autos, o acórdão indicou que, segundo as informações "da Sra. Diretora da Divisão de Provimento, Lotação, Seleção e Treinamento (fls. 165/166), após a Resolução 7, de 18-9-1989, do Presidente do Conselho da Justiça Federal e até a expiração do prazo de prorrogação do concurso, surgiram 52 vagas, que foram distribuídas segundo critério rigoroso da proporcionalidade de 1/3 para progressão (18), 1/3 para ascensão (17) e 1/3 para concurso (17), conforme as normas do Ato Regulamentar 32 do Conselho da Justiça Federal" (fl. 209). O acórdão menciona, também, expressamente, que "não se invocou problema de preterição" (fl. 210), havendo o reconhecimento de que os 17 primeiros colocados já foram empossados nas 17 vagas colocadas em disputa. E, por fim, o próprio acórdão põe como ponto nodal saber se o "habilitado em concurso tem direito adquirido à nomeação" (fl. 210).

O que a inicial reclama, e afirma estar plantado o direito líquido e certo, é que há vício no "ato inquinado e que pretendeu reservar vagas para progressão e ascensão funcional, como previsto no Ato 266/1989, vez que visa, sem fundamento legal, a prescrição do prazo de validade do concurso público de provas e títulos a que se submeteram, foram aprovados e classificados" (fl. 3). O fundamento do acórdão, embora não afaste o ponto nodal antes referido, marchou no sentido de assegurar o pleno direito de nomeação dos concursados no prazo de validade do concurso, havendo vagas, não podendo a administração pública dispor discricionariamente sobre outras formas de provimento nesse período. Ocorre que, no caso, o que está na raiz do julgado é o direito adquirido de nomeação e a ausência de discricionariedade. Ora, não me parece que esse cenário autorize o deferimento da pretensão com o reconhecimento do direito líquido e certo, considerando que não existe direito líquido e certo de nomeação nem houve, como reconhecido no acórdão, problema relativo à preterição no tocante aos impetrantes. Ademais, vale anotar que a reserva de vagas distribuídas entre a progressão, a ascensão e os concursados estava vinculada a atos do Conselho da Justiça Federal, fora do alcance da autoridade apontada como coatora.

Assim, no mérito, não há como acolher a solução dada na instância ordinária.

O Ministério Público Federal, contudo, visualiza problema no que diz com o tempo decorrido. Afirma que a situação está consolidada desde o julgamento no Tribunal de origem, que ocorreu em 20-8-1992, sendo a medida liminar deferida em 8-10-1991. Devemos enfrentar esse tema agora.

A jurisprudência da Suprema Corte não acolhe a argumentação em torno do fato consumado. E com razão, porquanto se fosse diferente estar-se-ia discutindo a questão a partir do absoluto com que se cobririam os julgados das instâncias de 1º e 2º graus, o que não é possível. Disse bem esta Corte, por sua Primeira Turma, que não pode a "a circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade da sua concessão" (RE 275.159/SC, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 11-10-2001; no mesmo sentido: AI 636.113-AgR/MG, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 29-6-2007; RMS 23.692/DF, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 16-11-2001; AI 581.992-AgR/MG, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, *DJ* de 6-10-2006).

Destarte, conheço do extraordinário e lhe dou provimento para denegar a ordem.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Há precedente envolvendo, inclusive, concurso para a magistratura. A Segunda Turma concedeu a ordem, assentando que se o Estado – Estado gênero – anuncia no edital de concurso que o certame é para o preenchimento de um número determinado de vagas, ele se obriga, uma vez aprovados candidatos, a preencher essas vagas. Procedi, à época, à interpretação do art. 37 da Constituição Federal, no que versa a precedência dos aprovados em concurso anterior, considerado o subsequente. Foi um caso do Piauí.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Lerei para Vossa Excelência um voto que fiz em janeiro de 2008.

Há uma especificação, nesse voto, que talvez sirva.

Diz:

> A questão posta pelo recorrente diz como obrigatória a nomeação dos aprovados em concurso público detentores do direito adquirido à nomeação. Veja-se que no caso, como está destacado no extraordinário, não houve novo concurso público ou interno durante o prazo de validade do concurso prestado pelos impetrantes em 1987 e não foram os impetrantes preteridos na ordem de classificação e nomeação, reconhecendo eles que a ocupação das vagas obedeceu rigorosamente à ordem de classificação. A inicial aponta ato omissivo, embora mencione a existência do Ato 266/1989, que teria estabelecido critério de reserva de vaga, indica, ainda, que, quando do Ato 226/1989, homologatório da classificação dos candidatos aprovados no concurso para o cargo de oficial de justiça avaliador, os impetrantes passaram a ocupar o 25º e o 30º lugar respectivamente. Mostra a inicial, também, que, de dezembro de 1989 a maio de 1991, não foi nomeado concursado, tendo ocorrido, entretanto, nove nomeações, sendo que os beneficiários o foram por progressão interna, embora aguardassem nomeação os aprovados no concurso público de provas e títulos, contrariando o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal.

Sem dúvida, a jurisprudência dessa Suprema Corte, em diversas oportunidades, reiterou o entendimento de que a aprovação em concurso público não gera direito líquido e certo à nomeação, mas apenas expectativa de direito à investidura, ou seja, prioridade na convocação dos aprovados. Veja-se que, quando do julgamento da ADI 2.931/RJ, Relator Ministro **Carlos Britto**, ficou bem claro que o direito dos aprovados é o de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação, e o de precedência com relação aos aprovados em concurso imediatamente posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro certame. Todavia, destacou a Suprema Corte que ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados. Assim, sem a menor sombra de dúvida, a base do acórdão foi em sentido contrário à jurisprudência prevalecente [estou citando o Ministro **Carlos Velloso** e Ministro **Sepúlveda Pertence**]. Nestes autos, o acórdão indicou que, segundo as informações da Senhora Diretora da Divisão de Provimento, Lotação, Seleção e Treinamento, após a Resolução Tal, de tal ano, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que, até a expiração do prazo e prorrogação do concurso, surgiram 52 vagas que foram distribuídas segundo critério rigoroso da proporcionalidade.

Vossa Excelência quer adiar?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não, tenho convencimento formado.

Penso que o Estado não pode simplesmente anunciar um concurso, implementá-lo e após cruzar os braços. Sabemos o que é um concurso público, a via-crúcis percorrida. Às vezes o candidato deixa até o emprego para dedicar-se aos estudos, ficando por conta da família, para, posteriormente, o Estado silenciar, deixando no ar que estimara apenas saber se havia no mercado candidatos aptos ao preenchimento das vagas.

No prazo de validade do concurso, se ele é feito para preenchimento dos cargos já existentes, criados por lei, entendendo-se, portanto, que são necessários ao funcionamento da administração pública, há o direito subjetivo à nomeação. Não se pode deixar, simplesmente, escoar o prazo de validade do concurso para, depois, convocar-se um outro. Foi essa a tese que prevaleceu no célebre caso dos magistrados concursados para a magistratura do Estado do Piauí, na Segunda Turma, evoluindo-se no enfoque.

Reconheço que há essa jurisprudência vetusta, para mim ultrapassada, considerados os ares democráticos da Carta de 1988, a revelar que somente há o direito à nomeação quando ocorrida a preterição. O Estado não pode brincar com o cidadão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É que esses precedentes que eu estou citando são de 1994.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Está havendo uma evolução na jurisprudência.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Esses precedentes, parece que o Ministro **Marco Aurélio** tem razão, que essa é a posição, são precedentes mais novos, mais recentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que mencionei versou caso do Estado do Piauí.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Exatamente. Estou destacando ainda, também aqui, parece-me que nesse caso particular, claro que a posição de Vossa Excelência é...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E aqui há outro aspecto, Ministro: Vossa Excelência aludiu a preenchimento de vagas mediante progressão, quer dizer, concurso interno.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas é que a impetração foi feita exclusivamente com base na alegação da existência de direito adquirido, esse foi o fundamento da impetração. E o Tribunal acolheu essa posição de Vossa Excelência. E a jurisprudência nossa é contrária a essa orientação. Ela entende que não há direito adquirido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Anunciando o órgão a existência das vagas, convocando os candidatos aprovados.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ainda há mais um dado aqui neste processo. Na realidade, isso foi feito em cumprimento à determinação do Conselho da Justiça Federal. Ainda tem esse dado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que foi feito?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que foi feito de não preenchimento das vagas, de considerar os aspectos relativos ao concurso, de não haver preterição, foi feito de acordo com o provimento do Conselho da Justiça Federal. Agora, a impetração foi feita com base na alegação do direito adquirido, que Vossa Excelência diz muito bem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E quem recorre é o Ministério Público, como fiscal da lei?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não sei quem está recorrendo, porque não tenho o nome das partes aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministério Público Federal, como fiscal da lei. O órgão que estaria compelido a promover o aproveitamento demonstrou inconformismo? O órgão ou a União? Não sei qual é. O órgão que estaria compelido ao aproveitamento seria a União.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Acho que oficial de justiça avaliador é do Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É interessante a matéria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, o ponto de vista de Vossa Excelência é extremamente interessante e refletirei bastante sobre ele.

Tenho adotado a posição da jurisprudência da Casa e a minha óptica é a do ponto de vista da Administração. Podem existir problemas de natureza orçamentária, sobretudo agora com a Lei de Responsabilidade Fiscal. É possível que, uma vez feito o concurso, não haja recursos para contratar todos aqueles que foram aprovados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não há esse dado no acórdão. Não houve debate e decisão prévios sob esse ângulo.

Reafirmo que simplesmente atinge a dignidade do homem anunciar-se um concurso público, sinalizando-se a necessidade de preenchimento de vagas e, existentes as vagas, o Estado simplesmente não preenchê-las. Não posso conceber isso.

Agora, claro que se houver um óbice legal, constitucional, muito bem, que não se preencha, mas que se aponte nas informações.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Há até uma alegação do Ministério Público, no parecer, sobre a questão de ser um fato consumado, e estou dizendo que a nossa jurisprudência aqui é que o fato consumado não adianta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O Ministério Público no parecer?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): No parecer. Eu estou me limitando a cumprir a jurisprudência da Corte, quer dizer, que é a mais recente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não conheço os acórdãos mencionados. Houve esse caso na Segunda Turma, realmente um avanço na jurisprudência.

Agora, veja Vossa Excelência, o Judiciário vem evoluindo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro, esse que estou citando é até um acórdão de 2006, do Pleno, do Ministro **Carlos Britto**, Relator na ADI 2.931.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas por que seria na ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Em que diz:

> (...) ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da Administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas seria quanto a um ato normativo de aproveitamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O problema é saber se tem direito adquirido aí.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, tenho escrito sobre isso e apanhei o suficiente quando comecei.

Pelo meu raciocínio, não posso admitir, tal como disse o Ministro Marco Aurélio, que o Estado exija algo – e falo com muita tranquilidade, porque prestei mais de um concurso e sei, portanto, o que é fazer concurso – sem dar a contrapartida. Como disse o Ministro Marco Aurélio: você abre mão das suas coisas; quem tem família abre mão da sua vida familiar; tira férias, às vezes, para ficar

estudando; se chegar quinze minutos atrasada, o portão está fechado e, portanto, perde-se a inscrição. Esses concursos hoje são cobrados, e não é fato demonstrado que só se cobra para pagar os custos, às vezes, cobra-se até mais. Então, haveria enriquecimento ilícito da Administração quando se anula um concurso. Eu passei em primeiro lugar e ninguém fala nada comigo? Ou seja, eu tenho de ser responsável; eu tenho de cumprir desde o horário até a disciplina que está no edital; e o Estado pode ser leviano? O Estado pode ser irresponsável?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ou seja, o cidadão atende às condições impostas e é frustrado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu me submeto à lei, e o Estado de Direito, não? Estado de Direito é isto: governantes e governados submetem-se igualmente ao Direito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Com responsabilidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não falo em direito adquirido até porque, se direito adquirido em direito constitucional fosse o que se fala, agora, no Brasil, inclusive no Judiciário – nem tanto aqui no Tribunal, que já andou muito –, a escravidão não teria acabado até hoje no País: comprei, paguei, é meu, está no meu quintal, é direito adquirido. Direito adquirido em direito constitucional é um conceito que está por ser sedimentado e consolidado sob nova perspectiva. Então, não falo aqui em direito adquirido. Porém, falo em direito subjetivo, sim, do cidadão que concorreu.

O Ministro Ricardo Lewandowski lembra: e se não houver recursos? Se não houver, temos de responsabilizar o administrador. Não havendo recursos para prover aqueles cargos ou sendo eles desnecessários – porque às vezes são –, não abra concurso, não convoque a sociedade. Agora, convocar a sociedade para brincar é algo que não acho admissível. Isso é incompatível com o sistema constitucional.

Pode ocorrer – e por isso não falo em direito adquirido – que, depois de aberto o concurso, depois de realizado o certame, sobrevenha uma circunstância administrativa. Por exemplo, em um município, há uma epidemia. Aquelas verbas destinadas a prover ou a aumentar o número de professores não podem mais ser utilizadas pela singela circunstância de que esse dinheiro tem de ser destinado a fazer face à epidemia. Nesse caso, há um dado da Administração que prova para a sociedade que houve uma alteração nos fatos e não se poderia exigir que houvesse a nomeação. Portanto, a Administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas.

No caso aqui posto, não há nada na Administração, a não ser dizer o velho e há muito superado discurso: eu não quero. Até porque, Ministro Menezes Direito, no concurso público tanto quanto na licitação, que é uma forma de concurso, Vossa Excelência pode imaginar o que significa isso? Eu faço um concurso, como fiz em 1982 e fiquei esperando. Convidaram-me para outro trabalho – eu era uma advogada formada, tinha entrado na PUC – e eu não sabia se podia aceitar ou não, porque, se eu fosse procuradora de Estado, não poderia aceitar outro trabalho; mas, se eu entrasse no outro e me chamassem, eu preferiria ser

procuradora. A minha vida ficou na mão do Estado. E então os concursados vão atrás do governador ou do presidente ou de quem for a autoridade responsável, que fala assim: convença-me de que você é necessário. Já pensou que isso é uma porta aberta até para a corrupção? Pois eu tenho de convencer de uma coisa que ele me dizia que era certo. Então, não posso imaginar que um concurso seja feito simplesmente para testar – como disse Vossa Excelência – se há pessoas interessadas em prover o cargo ou não. Ou bem o cargo não é necessário e não se pode abrir o concurso, ou é necessário e então se abre o concurso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Pessoas habilitadas aos cargos. Isso cobra seriedade maior do administrador público.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu digo que pode ocorrer efetivamente de não se ter de nomear. Em que caso? No caso em que o administrador sério e responsável prove. E dou o exemplo da Emenda 14. Abriu-se concurso para professores de segundo grau do Estado de Minas Gerais, veio a Emenda 14, pela qual essas vagas não seriam mais do Estado, mas do Município. Então, nesse caso não se pode chamar o concursado, porque não há mais as vagas. Mas fora isso, não vejo como alguém possa fazer um concurso e depois ficar simplesmente sem saber o que vai acontecer com a sua vida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Tomaram posse, Ministro? Vossa Excelência tem a data?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não tenho, Excelência. Mas, Ministro **Marco Aurélio**, a posição é exatamente como Vossa Excelência pôs no início: saber se tem ou não direito adquirido. Essa é a posição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministra Cármen Lúcia, eu estou preocupado com essa questão também e aduziria mais um argumento. Às vezes é até possível vetar determinados nomes, aqueles que sobejaram da lista. A administração talvez pudesse vetar o nome dizendo: não, eu vou esperar caducar o concurso e abro outro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro, nós julgamos no Plenário – nós dois já estávamos aqui – o caso da procuradora do Ministério Público Militar, no qual o argumento era o de que não se iria nomeá-la porque ela era a última da lista, logo seria melhor esperar um novo concurso. E nós fomos contra e dissemos: ou bem a banca examinadora afirmou que ela passou e não interessa em que lugar – portanto, afirmou aquela condição –, ou ela não poderia ter passado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É interessante. Estamos diante de um recurso extraordinário, que pressupõe o maltrato, pela Corte de origem, à Constituição Federal, e estamos quase há quinze minutos a discutir para concluir pela infringência ou não a que artigo?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ao art. 37.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ao art. 37, que prevê?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No que prevê o concurso público, e o concurso público obrigaria, ressalvada a circunstância de haver a nomeação dos aprovados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Uma interpretação do art. 37. Não seria razoável a interpretação implementada pela Corte de origem quanto ao aproveitamento?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Porque diz aqui no art. 37, IV. A Ministra **Cármen Lúcia** tem razão. Vossa Excelência pode manter. Vossa Excelência tem lastro no art. 37, IV, porque diz assim:

> Art. 37. (...)
> IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Pressupõe a abertura de vaga ainda no prazo de validade do concurso. Implicitamente, tem-se o direito à nomeação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Quando escrevi sobre isso, eu me ative ao art. 37, inciso II.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que estou entendendo é que realmente não há direito adquirido, essa é a tese que estou entendendo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que digo é que há o direito subjetivo à nomeação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu também não falo em direito adquirido, eu falo em direito subjetivo à nomeação, porque o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da Administração que o impeça, e, então, não haveria um ilícito da Administração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Vossa Excelência quer ver o outro prato da balança? Se a Administração convoca o concursado, ele tem prazo para tomar posse, a partir do qual, sem fazê-lo, perde a potencialidade de assumir o cargo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro, é o que eu disse: quem faz concurso não pode chegar atrasado quinze minutos, pois perde o direito, mesmo tendo pago, mesmo tendo estudado, mesmo tendo feito o que for.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É um sacrifício muito grande para simplesmente ser menosprezado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, eu penso que o Estado não pode exigir, no Estado democrático, que eu seja responsável, sendo ele leviano. Isso não existe.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E sabemos a via-crúcis que é a feitura de um concurso!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Essa é a razão pela qual eu interpreto a doutrina antiga – porque hoje há muitos doutrinadores seguindo essa linha: há o direito à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital. O exemplo que dou é o de Minas Gerais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Foi o julgamento originário de mandado de segurança pelo Tribunal?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi mandado de segurança pelo Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Já pelo próprio Tribunal e contra ato que seria dele. E seria um ato administrativo do Tribunal. O próprio acabou concedendo a ordem. É interessante. Por que o fez?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, Ministro, eu dizia que Minas Gerais fez um para professor de segundo grau. Sobreveio a EC 14, que passou cargos para os Municípios. Então, apesar de ter terminado o concurso e haver concursados aprovados, o Estado veio e disse assim: como eu posso nomear esses aprovados? É porque eu tinha tantos cargos de segundo grau. Se esses cargos foram extintos porque passaram para o Município, eu não posso nomear, pois seria uma lesão à sociedade.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministra **Cármen**, só uma observação. A minha sensação é que o Ministro **Marco Aurélio**, desde o início, pôs essa questão como ela está, quer dizer, ou se entende que existe esse direito ou se entende que não existe esse direito. Para quem entende, como o Ministro **Marco Aurélio** e Vossa Excelência, que existe esse direito, seja ele adquirido, seja ele direito subjetivo, não pode conhecer e prover o extraordinário, tem de manter a decisão do Tribunal de origem, mesmo porque poder-se-ia imaginar que houve uma alegação de preenchimento de vagas com relação à progressão, à ascensão funcional, como disse o Ministro **Marco Aurélio** há pouco, provimento derivado. Acontece que esses provimentos não foram decorrentes do ato do Tribunal. Isso é uma outra questão relativa ao Conselho da Justiça Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas, em vez de se convocar os concursados, promoveu-se a movimentação dentro do próprio Tribunal para esses cargos, com mudança de cargo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Por um ato, Ministro **Marco Aurélio**, que não foi da autoridade coatora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Foi o Conselho que determinou o aproveitamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi do Conselho, está fora da autoridade coatora. Então, é como disse Vossa Excelência desde o início, ou bem se entende, como Vossa Excelência entendeu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministra, quer ficar com vista?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu já votei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Então, o Ministro Carlos Ayres Britto desempata.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não preciso, porque eu tenho até escrito sobre isso.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senão vamos ter de pedir vista. Repete tudo de novo e, quando chegar na sessão seguinte, a gente já está em pauta, só suspende a votação.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu acompanho o Relator. Só queria aduzir um pequeníssimo argumento, que é o seguinte: nós ultrapassamos de há muito o estado absolutista que se baseava no princípio *le roi le veut.* Quer dizer, todos os atos administrativos têm de ser motivados. Logo, não posso conceber que não se proveja os cargos dos candidatos aprovados simplesmente por uma negativa sem nenhuma motivação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é assim que acontece, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Acompanho o Relator.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Acontece assim, Ministro, passa-se *in albis* o prazo, ninguém fala nada, até porque quando há ação, comissão, o cometimento de qualquer prática tem de ser motivado, sim. Agora, a omissão fala por si.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): São duas visões distintas.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Acompanho também, quer dizer, acompanho – o advérbio de modo não tem adequação – a Ministra Cármen Lúcia. Já estava imaginando o Ministro Carlos Ayres Britto acompanhando-a. Por isso lancei o "também".

EXTRATO DA ATA

RE 227.480/RJ — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro (Advogado: Atamir Quadros Mercês).

Decisão: Após os votos dos Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski, que conheciam do recurso extraordinário e lhe davam provimento; da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Marco Aurélio, Presidente, que dele conheciam, mas lhe negavam provimento, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o voto de desempate do Ministro Carlos Britto, ausente, justificadamente.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 10 de junho de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Há um precedente. Fui Relator, na Segunda Turma, de caso envolvendo a magistratura do Piauí. E o Tribunal, foi o primeiro precedente, colocou em segundo plano aquela vetusta jurisprudência

segundo a qual não há o direito subjetivo à nomeação. Havia sido anunciado o número de vagas. Houve pedido de prorrogação do prazo de validade do concurso, indeferido, para, semanas depois, convocar-se para novo concurso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, há também aquele precedente do Plenário, da procuradora da Justiça Militar, julgado no ano passado, em que revertemos e mandamos nomear os candidatos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O Tribunal tem distinguido, mas penso que, quando a administração pública anuncia no edital as vagas abertas, há o direito público subjetivo à nomeação, sob pena de se entender que o Estado pode brincar com o cidadão e realizar concurso apenas para saber se há no mercado pessoas habilitadas ao preenchimento das vagas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência vai além. Eu não chego a isso. Fico a meio caminho dessa tese, porque entendo que o Estado pode, sim, deixar de nomear, contanto que motive, que justifique, que diga a razão pela qual.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Já é um passo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim. Agora, aqui, não. Ele deixou intencionalmente escoar o prazo de recrutamento para abrir vagas destinadas a provimento interno, quer dizer, a ocupação por ascensão funcional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ainda há esse aspecto salientado por Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acórdão que concedeu a segurança para garantir a nomeação dos impetrantes no cargo de Oficial de Justiça Avaliador. Entendeu o TRF da 2ª Região que "a não nomeação dos aprovados, apesar da existência de vagas, constitui lesão a direito líquido e certo". Isto porque se lhe afigura relevante o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição da República, "que poderia ser fraudado se fosse permitido ao Poder Público deixar expirar o prazo do concurso, apesar da existência de vagas". Daí ser "impossível, após a homologação do concurso, destinarem-se vagas a outras formas de provimento que não por concurso público".

2. Pois bem, na sessão de 10 de junho de 2008, o Relator, Ministro Menezes Direito, conheceu do recurso e lhe deu provimento, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Já a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio, em divergência, negaram provimento ao apelo extremo. Razão pela qual os autos me foram remetidos para elaboração de voto-desempate.

3. Começo, então, pela ratificação do entendimento deste Supremo Tribunal Federal na ADI 2.931, da qual fui Relator. De fato, os direitos de candidatos aprovados em concurso público são "de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do

chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados". Reafirmo que alterações fáticas (restrições orçamentárias, por exemplo) podem ensejar mudança de planos. Daí não haver direito adquirido à nomeação.

4. Como apontei em meu voto na mencionada ADI 2.931, o querer da Administração constitui-se numa vontade qualificada, porquanto pública. A mudança de planos, portanto, é de vir acompanhada de uma justa causa. Ora, "querer discricionário" não se confunde com vontade arbitrária. Nesse mesmo sentido, esta nossa Corte já assentou que, "como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, (...) a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias" (RE 192.568, da relatoria do Ministro Marco Aurélio).

5. O caso dos autos é, em quase tudo, idêntico. O Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deixou escoar o prazo de validade do concurso, embora fosse patente a necessidade de nomeação dos aprovados. Digo isto porque, passados apenas quinze dias do fim do prazo de validade do certame – e é bom frisar que a impetração foi anterior ao escoamento do prazo –, foi aberto concurso interno (!) destinado à ocupação dessas vagas, por ascensão funcional.

6. O que se vê, portanto, é não somente uma violação ao inciso IV do art. 37 da Constituição Federal, como também ao inciso II do mesmo artigo, dado que proibida a investidura em cargo efetivo sem a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

7. Em suma, se é verdade que os candidatos aprovados em concurso público, em se tratando de conveniência e oportunidade da nomeação, estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade é de ser exercida legitimamente. Ora, os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados ou, o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado. O exercício do poder discricionário da administração pública se funda também na lealdade, esta como um dos conteúdos do princípio da moralidade. Lealdade, como proteção da confiança do administrado, portanto.

8. Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, acompanhando a divergência inaugurada pela Ministra Cármen Lúcia.

EXTRATO DA ATA

RE 227.480/RJ — Relator: Ministro Menezes Direito. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro (Advogados: Gilberto Fraga, Rodrigo Pires Carvalho e Atamir Quadros Mercês).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski. Relatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 452.991 — RS

Relator: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Airton da Silva Ramires — Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Indulto e comutação de pena – Crimes hediondos – Lei 8.072/1990 – Observância no tempo – Decreto 4.011/2001 – Alcance. A vedação de benefícios prevista no Decreto 4.011/2001 àqueles que tenham cometido crime definido na Lei 8.072/1990 como hediondo remete à data em que foi praticado, ante o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 7 de abril de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento a agravo em execução, ante fundamentos assim resumidos (fl. 56):

> *Agravo em execução penal. Homicídio qualificado, latrocínio e atentado violento ao pudor. Delitos cometidos antes da edição da Lei 8.072/1990. Indulto e comutação. Art. 10 do Decreto 4.011/2001 proibindo a concessão de tais benefícios aos condenados por crimes hediondos. Livramento condicional.*
>
> O Decreto 4.011/2001, que regula a concessão de indulto e comuta penas, estabelece em seu art. 10, inciso I, que os benefícios nele previstos não alcançam os condenados por "crimes hediondos". Esta expressão foi utilizada para simplificar, mas obviamente abrangeu todos os delitos elencados na Lei dos Crimes Hediondos, independentemente se cometidos antes ou depois da edição da mesma, o que não significa, portanto, a retroatividade de tal diploma legal. No que tange ao livramento condicional, o apenado não preenche os requisitos subjetivos para a concessão do beneficio.
>
> Agravo improvido.

Nas razões do extraordinário de fls. 63 a 67, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente articula com a transgressão do art. 5º, inciso XL, da Carta da República. Alega que a "lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato" (fl. 66). Sustenta que o inciso I do art. 10 do Decreto 4.011/2001 estabelece que

os benefícios nele previstos não alcançam apenas os condenados por crimes hediondos, nos termos e após a edição da Lei 8.072/1990.

O Ministério Público, nas contrarrazões de fls. 69 a 72, aponta haver no Superior Tribunal de Justiça precedentes contrários aos interesses do recorrente. No mérito, pleiteia o desprovimento do extraordinário, ante os fundamentos do acórdão recorrido.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 97 e 98, opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública.

No mérito, reitero a premissa que respaldou o provimento do agravo interposto contra a negativa de sequência ao extraordinário (fl. 88):

> 1. Articulação de ofensa ao inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal surge relevante, no que a Corte de origem acabou por enquadrar como hediondo crime perpetrado em data anterior à Lei 8.072/1990, muito embora o tenha feito considerado o indulto previsto no Decreto 4.011/2001.

É princípio básico contido na Carta da República que a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu – inciso XL do art. 5º. Pois bem, o fundamento da decisão impugnada foi, justamente, a retroação da Lei 8.072/1990, isso para efeito dos benefícios previstos no Decreto natalino 4.011/2001. Em síntese, aplicou-se, em termos de natureza do crime, a Lei 8.072/1990 a situação concreta reveladora da prática criminosa em data que a antecedeu. Não se trata, na espécie, de elucidar a retroação ou não do decreto, mas da lei que se mostrou a base do afastamento do que nele contido.

Aliás, conforme consignado na minuta do agravo convertido em extraordinário, houve evolução no enfoque quanto aos crimes cometidos antes da vigência da citada lei. Enquanto no inciso III do art. 7º do Decreto natalino 2002/1996, explicitou-se a abrangência – "(...) ainda que cometidos anteriormente a sua vigência; (...)" –, no decreto envolvido na espécie, silenciou-se sobre essa inconstitucional retroação:

> Art. 10. Os benefícios previstos neste decreto não alcançam os:
> I – condenados por crimes hediondos ou por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;
> (...)

Reconheço a existência de enfoques em sentido diverso no próprio Tribunal, mas há de prevalecer, sempre, sempre, a Constituição Federal, que a

todos, indistintamente, submete, até mesmo ao Supremo. Concluir-se que a Lei 8.072/1990, definidora dos crimes hediondos, aplica-se à situação jurídica do recorrente resulta, porquanto praticado o crime em data anterior à vigência, em retroação que se lhe mostra prejudicial, tanto assim que indeferido o benefício na origem.

Conheço do recurso extraordinário e o provejo para afastar o óbice vislumbrado ao indulto e à comutação de penas, determinando que o Juízo da Execução proceda a novo exame da espécie sem levar em conta a lei mais gravosa, ou seja, a de número 8.072/1990.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu queria destacar, como expôs o Ministro **Marco Aurélio**, que salientou haver entendimentos na própria Suprema Corte em sentido contrário, que o dispositivo constitucional é muito claro: ele estabelece que só pode retroagir se for benéfico. Se não é benéfico, não pode retroagir.

E, no caso, a toda evidência, retroagir a lei de crime hediondo a crime praticado antes da sua vigência, evidentemente que não é benéfico.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Com uma incongruência: no caso, o crime seria tomado como hediondo, para efeito desse benefício-decreto e não o foi ou será para a condenação.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas a lesividade está vinculada à condenação; a lesividade está diretamente vinculada à condenação. Como se vai retroagir uma lei que não é mais benéfica para efeito da condenação?

Então, por essa razão, acompanho Sua Excelência e também conheço e dou provimento ao extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): De fato, à luz da sistemática constitucional, a retroação da lei penal mais gravosa é que consagra uma hediondez em si e, neste caso, a Corte acompanha o Ministro Marco Aurélio, por unanimidade.

EXTRATO DA ATA

RE 452.991/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Airton da Silva Ramires (Advogada: Defensoria Pública da União). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 7 de abril de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 459.128 — AL

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Estado de Alagoas — Recorrido: Mário Soares Palmeira Neto

Vencimentos – Servidores estaduais – Regência. A regência dos vencimentos dos servidores estaduais decorre de normas do próprio Estado. Não cabe, sob o ângulo da isonomia, acionar legislação federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e dar provimento, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 7 de abril de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas negou acolhida a pedido formulado em apelação, ante os seguintes fundamentos (fl. 133):

> É inverídica a afirmação de que o pedido formulado pelos Autores/Apelados estaria ferindo a autonomia dos Estados-membros. O que eles postulam é exatamente obter um tratamento isonômico quanto à revisão de suas remunerações, tratamento este previsto na legislação estadual e já aplicado a diversos servidores públicos estaduais que foram beneficiados com o reajuste. Mesmo que se vislumbrasse, como quer o Apelante, que a Portaria Ministerial 06/1993 somente poderia ser aplicada aos servidores públicos federais, essa tese cairia por terra diante das circunstâncias de que os Deputados Estaduais, Desembargadores, Procuradores de Estado, Promotores e Juízes de Direito, dentre outras categorias, foram beneficiados com o aumento de 192,95% (cento e noventa e dois vírgula noventa e cinco por cento) concedido pela referida portaria, instaurando-se assim um paradigma para os demais servidores.

Os embargos de declaração que se seguiram foram desprovidos pelo Colegiado (fls. 154 a 158).

No recurso extraordinário de fls. 160 a 183, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, o Estado de Alagoas articula com a transgressão dos arts. 2º, 18, 25 e 37, incisos X e XIII, da Carta da República. Esclarece almejarem os servidores estaduais o reajuste de 102,95%, percentual decorrente da diferença entre o índice concedido aos servidores federais por meio da Portaria Interministerial 6, de 27 de dezembro de 1993, e aquele deferido pelo Estado. Afirma que, no âmbito estadual, foi editada a Lei 5.619, de 12 de

maio de 1994, na qual fixado o reajuste de 90% quanto aos integrantes do Poder Judiciário local. Defende não poder ser aplicada lei federal para fins de reajuste a servidores do Estado, sob pena de olvidar-se o pacto federativo. Sustenta que a conclusão adotada no Tribunal de origem implica violação da doutrina do Estado e usurpação da competência do Poder Legislativo de aprovar lei específica, prevendo a melhoria salarial.

O recorrido, nas contrarrazões de fls. 184 a 195, ressalta a falta de prequestionamento, a aplicabilidade da citada portaria à espécie, a inadequação do Verbete 339 da Súmula desta Corte e o acerto da decisão da Corte de origem.

O Juízo primeiro de admissibilidade disse da falta de prequestionamento (fls. 20 a 22), decorrendo o trânsito do recurso do provimento dado a agravo, ocasião na qual consignei:

> (...)
> As premissas constantes do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça revelam que, a pretexto de se fazer cumprir o instituto da isonomia, a Constituição do Estado – no que o consagra –, determinou-se a observância de reajuste que beneficiou, mediante a Portaria Ministerial 6/1993, os servidores públicos federais. Em síntese, a partir da circunstância de deputados estaduais, desembargadores, procuradores do Estado, promotores e juízes de direito terem alcançado a revisão do que percebido de acordo com a percentagem estabelecida na citada portaria, procedeu-se à extensão aos agravados. De início, o que surge é que se potencializou aplicação indevida da portaria de âmbito federal a certos segmentos do quadro de servidores do Estado, a ponto de se generalizar a prática, em prejuízo da autonomia da própria unidade da Federação, no que, acerca da matéria, contou com lei específica. É tempo de se mudar a visão, aprimorando-se o procedimento no âmbito administrativo. É tempo de apego aos princípios caros em uma sociedade democrática e aí sobressai o respeito à Constituição. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele.
> (...)

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 342 a 344, preconiza o não provimento do recurso. Eis a síntese da peça (fl. 342):

> Recurso Extraordinário. Administrativo. Isonomia na aplicação de recomposição salarial. Possibilidade. Princípio da autonomia do ente federado não afetado. Pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por procuradora do Estado, restou protocolada no prazo dobrado a que tem jus o recorrente. A notícia do acórdão relativo aos embargos de declaração foi publicada no *Diário* de 6 de novembro de 2003, quinta-feira (fl. 159), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 9 de dezembro imediato, terça-feira, após o feriado do dia 8 anterior (fl. 160). Conheço do extraordinário.

A Corte de origem deu alcance maior ao princípio isonômico. Apesar de os servidores do Estado terem sido beneficiados, mediante lei local, com certo reajuste, o Tribunal veio a impor diferença tendo em conta aquele observado no âmbito federal. Fê-lo a partir da premissa segundo a qual foram favorecidas outras categorias, mencionando deputados, membros da magistratura e promotores.

Pois bem, descabe, na espécie, implementar a igualização quanto à melhoria de vencimentos. Não estão em jogo os atos por meio dos quais foi estendido o benefício a agentes e servidores do Estado, mas tão somente a definição quanto à existência de direito desses últimos ao tratamento conferido no âmbito federal, em que pese ao pacto federativo. Ora, a resposta é negativa, sob pena de ruir a autonomia do Legislativo local, presentes princípios sensíveis da Constituição Federal.

Provejo o extraordinário para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, de reconhecimento aos servidores nela referidos da diferença do percentual de reajuste concedido no âmbito federal. Com isso, inverto os ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 15% sobre o valor dado à causa.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu estou me lembrando, e o Ministro **Marco Aurélio** me ajudaria, que temos uma súmula que fala da impossibilidade dos tribunais concederem aumento com base no princípio da isonomia.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É. Perfeito.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E isso realmente foi o que ocorreu na espécie.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Realmente não levo às últimas consequências esse verbete. Uma coisa é conceder, fazendo surgir uma melhoria salarial. Outra, diversa, é interpretarem-se leis e dizer-se do direito à melhoria.

No caso, a base maior é esta: havia uma legislação local quanto ao reajuste e entendeu-se, porque outras categorias já teriam sido beneficiadas – não sei por ato de quem –, que todos os servidores deveriam ser alcançados, tendo jus à diferença, considerado o reajuste próprio ao âmbito federal. E mais: há o reforço.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mas, de qualquer maneira, o que me chama atenção é que nós temos esta súmula e vários precedentes. Porque os tribunais, de uma maneira geral, e creio que, nesse caso, igualmente, quando eles fazem essa extensão de benefícios, na realidade, estão procurando um critério de isonomia; e, por essa via, eles fazem um aumento indireto de vencimentos. Ou seja, fica claro que isso não é possível, diante da jurisprudência da Corte, além, é claro, de que esses fundamentos que estou destacando para mim são fundamentais, daquele outro que o Ministro **Marco Aurélio** acentuou, que Sua Excelência tem uma visão pacífica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Confesso que, se pudesse partir para o campo até mesmo do justiçamento, mandaria magistrados, deputados e promotores devolverem o que receberam a mais, à margem da ordem jurídica, mas não posso.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, nesse caso concreto, Senhor Presidente, estou acompanhando o Ministro **Marco Aurélio**, com lastro nessa jurisprudência da Suprema Corte que não autoriza, por via do reconhecimento da aplicação do princípio de isonomia, o aumento dos vencimentos dos servidores estaduais ou federais.

Também conheço e provejo.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Eu também acompanho o eminente Relator, sobretudo com base – sem desprezar, por nenhum modo, o fundamento do voto do eminente Ministro Menezes Direito –, mas tenho como suficiente o fundamento em que se louvou o Ministro Marco Aurélio, que, no caso, esse *per saltum* federativo implica uma frontal violação à autonomia legislativa de cada ente federativo, em tema de remuneração de servidor público.

EXTRATO DA ATA

RE 459.128/AL — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Estado de Alagoas (Advogados: PGE-AL – Aluisio Lundgren Correa Régis e outros). Recorrido: Mário Soares Palmeira Neto (Advogados: Cláudia Lopes Medeiros e outros).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 7 de abril de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 480.328 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Eduardo Manoel Lemos — Recorrida: União

Remuneração – Juiz de paz – Previsão legal. A remuneração dos juízes de paz há de estar prevista em lei – art. 98, inciso II, do corpo permanente da Carta Federal e art. 30 do Ato das Disposições Transitórias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eis as informações prestadas pela Assessoria:

> O Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou o entendimento constante na sentença, ante fundamentos assim sintetizados (fl. 189):
>
> *Administrativo e processual civil. Juiz de paz. Competência federal. Prescrição. Súmula 85 do STJ. Fixação da remuneração. Necessidade de lei específica. Ausência de regulamentação. Impossibilidade de indenização pelos serviços realizados.*
>
> (...)
>
> 3. "A remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado. A regra constitucional insculpida no art. 98 e seu inciso II, segundo a qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão a justiça de paz, remunerada, não prescinde do ditame relativo a competência exclusiva enunciada no mencionado art. 96, inciso II, alínea *b*." (ADI 1.051/SC. Pleno, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 13-10-1995, p. 34249).
>
> 4. O exercício da função de Juiz de Paz, nos moldes do Decreto-Lei 1.770/1980, não gera direito à remuneração prevista no art. 98 da CF/88.
>
> 5. O pedido de indenização pelos serviços prestados como juiz de paz possui óbice na ausência de criação da Justiça de Paz no Distrito Federal, nos moldes do art. 98, CF, e na impossibilidade de isonomia com os juízes de direito do Distrito Federal (Súmula 339 do STF), além da ausência de comprovação dos eventuais prejuízos sofridos no exercício livre, espontâneo e gratuito do *munus* público.
>
> 6. Apelação não provida.

Nas razões do extraordinário de fl. 194 a 210, interposto com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, o autor articula com a transgressão aos

arts. 98, inciso II, da Carta Política da República e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aponta que a ausência de lei que estabeleça os valores devidos aos Juízes de Paz não implica o indeferimento do pedido, porquanto a Carta Magna, no mencionado art. 98, "expressa a disposição de remunerar os ocupantes do cargo de juiz de paz", direito subjetivo assegurado aos atuais ocupantes, devendo ser aplicado ao caso concreto a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Aduz que a omissão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quanto à iniciativa legislativa, não afasta o direito à remuneração pretendida, cabendo à unidade federada indenizar o serviço prestado, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. Salienta ter havido "incremento patrimonial do Estado, que capitaliza vantagens, em flagrante prejuízo do prestador do serviço público" (fl. 102). Ressalta que a lesão indicada "não é em tese, tendo em vista que o disposto no art. 28, II, do Estatuto da OAB impede o juiz de paz titular o exercício de sua profissão", tendo o recorrente deixado de advogar. Entende configurada a falta administrativa, considerado o contido no art. 96, inciso II, alínea *b*, da Lei Maior. Evoca precedentes jurisprudenciais.

A recorrida apresentou as contrarrazões de fls. 215 a 222, apontando a inexistência de prequestionamento. Registra que o dispositivo indicado carece de regulamentação e indica precedente desta Corte.

O procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade está à fl. 224.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 231 a 235, preconiza o desprovimento do extraordinário. Eis a síntese da peça (fl. 231):

> *Recurso extraordinário. Constitucional. Juiz de paz. Remuneração. I – O exercício da função de Juiz de paz, nos moldes do Decreto-Lei 1.770/1980, não gera direito à remuneração prevista no art. 98 da CF/1988. II – A remuneração dos juízes de paz somente pode ser fixada por lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado. Precedentes do STF. III – Parecer pelo desprovimento do recurso*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia credenciado pelo substabelecimento de fl. 211, regular em face da procuração de fl. 23, restou protocolada no prazo assinado em lei. A notícia do acórdão impugnado foi publicada no *Diário* de 5-5-2005, quinta-feira (fl. 190), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 20 subsequente, sexta-feira (fl. 194). Conheço.

Em momento algum, a Corte de origem adotou entendimento contrário ao Diploma Maior. Considerou, na verdade, precedente do Supremo no qual assentada a necessidade de a remuneração dos juízes de paz ser estabelecida mediante lei de iniciativa do Tribunal de Justiça. Mais do que isso, fez ver que o Decreto-Lei 1.770/1980 criou cargos não remunerados de juiz de paz no Distrito Federal.

Vale frisar, por oportuno, que o art. 98, inciso II, da Carta da República não versa a remuneração, em si, dos juízes de paz, ou seja, muito embora haja a alusão à possibilidade de vir à balha, não ocorre a indispensável fixação. Já o art. 30

do ADCT remete a legislação própria, cogitando, mais, do dia para a eleição prevista no citado inciso II.

Desprovejo o extraordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Vossa Excelência conhece para desprover o recurso.

Ministro Marco Aurélio, refletindo, reconheço, aligeiradamente, que a minha tendência seria reconhecer o caráter remuneratório da justiça de paz, porque entendo que o comando constitucional é no sentido do desempenho dos serviços inerentes a essa Justiça, mediante provimento de cargo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, não teria a menor dúvida em assim também assentar. Se estivesse a me defrontar com um mandado de injunção, estabeleceria as condições para a eficácia do que previsto no inciso II do art. 98 da Constituição Federal. Tomaria de empréstimo a remuneração de um outro segmento e fixaria a remuneração do impetrante, do Juiz de paz.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aí há outro dado que o Ministro Marco Aurélio assinala no voto dele, Presidente. O que está previsto no art. 98, X, é, digamos, um subsistema.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É uma unidade de serviço.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: A quem se paga e como se paga? A alguém que chega ali por eleição, e, portanto, de todo o jeito é um múnus. O Ministro Marco Aurélio, no voto, já assinala: há uma norma constitucional. Portanto, se fosse uma outra via processual, mas tem um recurso extraordinário a afirmar que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal *a quo* não teria julgado de acordo com a Constituição, com base nos precedentes – conforme ele acentuou – do Supremo. Aí, realmente, para prover, é um passo...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): As atividades públicas podem ser desempenhadas mediante funções e mediante cargos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: E há os múnus públicos. O nobre advogado falou da tribuna que o recorrente teria assumido em 1990 e que deixou outras funções. Eu sempre lembro, no serviço público, que ninguém exerce nenhum cargo, nenhuma função, nenhum múnus obrigado. Portanto, há uma opção feita; depois de feita, pretender que houve um dano, depois de ter permanecido, é pelo menos necessário levar isso com certo cuidado. E o Ministro Relator está assinalando: isto é um recurso extraordinário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E há um outro detalhe que me parece muito relevante, e também o eminente Relator já salientou. É que o recorrente ingressou em 1980, sob um regime diverso deste da Constituição; o regime do Decreto-Lei 1.788/1980 que estabelecia se tratar de um cargo honorífico. Portanto, não entrou por meio de eleição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Quando se lê a Constituição, lê-se como um todo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Vou acompanhar o eminente Relator, mas quero deixar assentado o seguinte: onde houver cargo eletivo de matriz constitucional haverá remuneração. A eletividade é apenas a forma de provimento do cargo, não é um cargo provido por concurso, é provido por eleição, e onde houver cargo haverá remuneração, diferente de função. Por exemplo, função pública de mesário não tem remuneração; função pública de jurado não tem remuneração.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas até cargos, Ministro, em alguns conselhos que compõem a Administração Pública, municipal, estadual e federal, são não remunerados. Eu dou um exemplo a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Não, eu digo na Constituição. Não há um cargo citado pela Constituição que não seja remunerado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ah, sim, citados pela Constituição, porque, em cargos administrativos, há.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Administrativos, há, mas na Constituição não. Todo cargo nominado pela Constituição é remunerado, apenas a forma de provimento desse cargo que é eletivo. É a eletividade como forma de provimento e não o concurso público como forma de provimento.

Agora, esse dado, também, de que trata o Ministro Ricardo Lewandowski, parece-me fundamental porque o regime jurídico da investidura era outro, não era o constitucional. O Ministro Marco Aurélio lembrou isso.

Em suma, louvo a combatividade do Advogado, vou acompanhar o voto do eminente Ministro Relator no sentido também de conhecer do recurso para desprovê-lo.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, voto no mesmo sentido.

Quero louvar o Advogado e também digo o que afirmou o eminente Ministro Marco Aurélio: se estivéssemos em sede de mandado de injunção, eu não hesitaria em defender uma remuneração para o exercício do desempenho do cargo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Por analogia, não é Ministro Marco Aurélio? No mandado de injunção seria viável, porque o mandado de injunção nos habilita.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A fixação das balizas para o exercício do direito à percepção da remuneração.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Tem caráter mandamental e nos habilitaria de logo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Aí não teriam outros dados do quadro posto aqui, que é a prova de dano, qual foi o dano, porque indenização é deixar indene, é deixar sem dano. Um quadro completamente diferente.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E tem o prazo prescricional.

EXTRATO DA ATA

RE 480.328/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Eduardo Manoel Lemos (Advogados: Luis Carlos Alcoforado e outros). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Falou o Dr. Marcelo Almeida pelo recorrente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 2 de junho de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 577.516 — PE

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Estado de Pernambuco — Agravada: Ilma Jesus Matos Assunção

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade e competência. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. O Estado-membro é parte legítima para figurar no polo de ação de restituição de imposto de renda, por pertencer a ele o produto da arrecadação do imposto da União sobre a renda e os proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre pagamentos feitos a servidores.

2. Compete à Justiça comum estadual processar e julgar as causas em que se discute a repetição do indébito. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Carlos Ayres Britto.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1.** Em 1º de fevereiro de 2008, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra julgado do Tribunal de Justiça daquele Estado, o qual assentara que competiria à Justiça comum estadual processar e julgar as causas em que se discute a incidência de Imposto de Renda sobre as licenças-prêmios convertidas em pecúnia.

A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

> 4. Razão jurídica não assiste ao Agravante.
> Este Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que:
> "A teor do disposto no inciso I do art. 157 da Constituição Federal, pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem. Ora, controvérsia sobre retenção

na fonte e restituição circunscreve-se ao âmbito da Justiça comum, não se podendo cogitar, na espécie, de interesse da União."
(AI 296.442, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 8-8-2001.)
E:

"A União não possui interesse na causa, porquanto pertence ao Estado-membro o produto da arrecadação do imposto sobre a renda, incidente na fonte, sobre pagamentos feitos a servidores públicos. Ademais, 'sem que a União tenha assumido, por seus representantes, qualquer das posições processuais mencionadas no art. 109, I, da Constituição, não há cogitar do deslocamento de competência para a Justiça Federal' (Nesse sentido cf. RE 172.714, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14-12-2001; RE 577.142, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 1º-11-2006)."
(RE 534.012-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 4-9-2007.)

E ainda: RE 224.461, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, *DJ* de 3-11-1998; AI 398.017-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJ* de 17-9-2003; e AI 571.850-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 25-5-2007.

5. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da parte agravante.

(Fl. 105.)

2. Publicada essa decisão no *DJe* de 21-2-2008 (fl. 107), interpõe o Estado de Pernambuco, ora Agravante, em 21-2-2008, tempestivamente, agravo regimental (fls. 109-113).

3. Alega o Agravante que "imaginar que não é necessária a presença da União na presente lide remete-nos à possibilidade de o Estado isentar tributo federal, em descompasso com basilares princípios tributários" (fl. 112).

Sustenta que "não detém competência para se obstar à retenção do IR determinada pela União – pouco importando que o produto lhe seja destinado. Se assim fosse, teríamos a possibilidade de estender aos Estados-membros e ao Distrito Federal a legitimidade para figurar nas lides envolvendo os impostos criados pela União no exercício da competência constitucional prevista no art. 154, I, da CF, em razão de 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação lhes ser destinada" (fl. 113).

Requer o provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): **1.** Razão de direito não assiste ao Agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Estado-membro é parte legítima para figurar no polo de ação de restituição de imposto de renda, por pertencer a ele o produto da arrecadação do imposto da União sobre a renda e os proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre pagamentos feitos a servidores.

O Supremo Tribunal Federal assentou, ainda, que a Justiça comum estadual é competente para processar e julgar as causas em que se discute a repetição do indébito.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> A teor do disposto no inciso I do art. 157 da Constituição Federal, pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem. Ora, controvérsia sobre retenção na fonte e restituição circunscreve-se ao âmbito da Justiça comum, não se podendo cogitar, na espécie, de interesse da União.
> (AI 296.442, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 8-8-2001.)

E:

> A União não possui interesse na causa, porquanto pertence ao Estado-membro o produto da arrecadação do imposto sobre a renda, incidente na fonte, sobre pagamentos feitos a servidores públicos. Ademais, "sem que a União tenha assumido, por seus representantes, qualquer das posições processuais mencionadas no art. 109, I, da Constituição, não há cogitar do deslocamento de competência para a Justiça Federal" (Nesse sentido cf. RE 172.714, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14-12-2001; RE 577.142, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 1º-11-2006).
> (RE 534.012-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 4-9-2007.)

E ainda: AI 488.425-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJ* de 1º-4-2008; RE 534.023-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJ* de 4-9-2007; AI 571.850-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 25-5-2007; e RE 172.714, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 6-11-2001.

3. Os fundamentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

4. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

EXTRATO DA ATA

AI 577.516-AgR/PE — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Agravante: Estado de Pernambuco (Advogado: PGE-PE – Sérgio Augusto Santana Silva). Agravada: Ilma Jesus Matos Assunção (Advogados: Cândida Rosa de Acioli Roma e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidiu este julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Carlos Ayres Britto.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Maria Tereza Richa Felga — Recorrida: VRG Linhas Aéreas S.A.

Conflito negativo de competência. Execução de créditos trabalhistas em processos de recuperação judicial. Competência da Justiça estadual comum, com exclusão da Justiça do Trabalho. Interpretação do disposto na Lei 11.101/2005, em face do art. 114 da CF. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

I – A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial.

II – Na vigência do Decreto-Lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça estadual comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/2005.

III – O inciso IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho.

IV – O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende regrar.

V – A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento.

VI – Recurso extraordinário conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito.

Brasília, 28 de maio de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário (fls. 1364-1389 – v. 6), interposto por Maria Tereza Richa Felga, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão, unânime, proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em agravo regimental, interposto contra decisão proferida em conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça estadual comum (1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro).

No voto condutor do aresto recorrido, ficou consignado o seguinte:

> Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro nos termos do que a Segunda Seção decidiu no CC 61.272/ RJ, de que fui relator, *in verbis*:
>
> "*Conflito de competência. 1. Conflito e recurso*. A regra mais elementar em matéria de competência recursal é a de que as decisões de um juiz de 1º grau só podem ser reformadas pelo tribunal a que está vinculado; o conflito de competência não pode ser provocado com a finalidade de produzir, *per saltum*, o efeito que só o recurso próprio alcançaria, porque a jurisdição sobre o mérito é prestada por instâncias (ordinárias: juiz e tribunal; extraordinárias: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). 2. *Lei de recuperação judicial* (Lei nº 11.101, de 2005). A Lei nº 11.101, de 2005, não teria operacionalidade alguma se sua aplicação pudesse ser partilhada por juízes de direito e juízes do trabalho; competência constitucional (CF, art. 114, incisos I a VIII) e competência legal (CF, art. 114, inciso IX) da Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e provido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (1.351 – vol. 6)."

Originalmente, o conflito de competência foi suscitado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, após tanto a Justiça estadual como a Justiça do Trabalho terem se declarado incompetentes para julgar ação proposta pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas (SNA) e associações de comissários, mecânicos de voo e pilotos das empresas Varig e Nordeste Linhas Aéreas.

Neste recurso extraordinário, alega-se ofensa aos incisos I a IX do art. 114 da Constituição Federal.

A recorrente, em suma, sustenta que:

> De acordo com o entendimento contido na decisão ora impugnada, o legislador constituinte teria previsto, na referida norma, duas formas de competência da Justiça especializada do Trabalho. Uma que seria Constitucional (incisos I a VIII) e outra, que apesar de constar da Carta da República, seria apenas legal (inciso IX).
>
> (...)
>
> (...) forçoso concluir que essa norma constitucional só autoriza o legislador infraconstitucional, através da edição de lei – como o faz a Lei 11.101/2005 – a aumentar a competência da Justiça especializada do Trabalho, mas nunca a reduzir. (Fls. 1376-1381 – v. 6.)

Aduz, ainda, que

a interpretação que se deu ao inciso IX do art. 114 da CF-1988 e, ainda, a supressão da competência absoluta da Justiça do Trabalho para atuar no julgamento de causa trabalhista quando trata de direito de empregados de empresa em recuperação judicial devem ser afastadas, até mesmo porque não há nem no texto da Constituição Federal (art. 114, incisos I a IX) e, muito menos na própria Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), qualquer previsão legal que confira a Juiz Estadual jurisdição sobre matéria eminentemente trabalhista, mesmo que dela se extraiam reflexos no patrimônio ou obrigações de empresas em recuperação judicial.
(Fl. 1385 – v. 6.)

Ademais, incidentalmente, a recorrente discute a interpretação que o acórdão recorrido conferiu ao art. 60 da Lei 11.101/2005, nos termos abaixo:

Segundo a tese que estão esposando, as empresas compradas sob a regra do art. 60 da Lei 11.101/2005 estariam imunes à sucessão trabalhista, vez que, segundo sustentam, o parágrafo único do art. 60 da Lei 11.101/2005 teria previsto essa circunstância.
(...)
(...) o fato é que não se pode nem mesmo querer acolher o argumento central da ausência de sucessão, de que a Lei de Recuperação Judicial protegeria os ativos alienados em leilão judicial de sucessão trabalhista.
(Fl. 1387.)

Nesses termos, requer a

reforma da decisão recorrida para assegurar a correta interpretação da norma contida no art. 114, incisos I a IX, da Constituição Federal, a qual, no entender da recorrente, foi diretamente ofendida pela decisão recorrida, isso justificando o provimento do presente recurso extraordinário.
(Fl. 1388.)

E, mais, para que seja reconhecida

a competência absoluta da Justiça do Trabalho para julgar causas de natureza trabalhista, inclusive daquelas ajuizadas em face de empresas que estejam em Recuperação Judicial ou Falência (nos termos da Lei 11.101/2005) e as incluídas nos conflitos como sucessoras, declarando-se que nesse exame de competência não há espaço para a limitação da atuação da Justiça Especializada do Trabalho, que há de julgar as causas segundo as regras legais e constitucionais, aplicando, inclusive, e, em especial, a própria Lei 11.101/2005.
(Fl. 1339.)

A recorrida, por sua vez, alega, em contrarrazões, que o recurso extraordinário não deve ser conhecido, pois se verifica

no caso concreto:
(i) a ausência de prequestionamento dos dispositivos arregimentados nas razões recursais (Súmulas 282 e 356); (ii) a ausência dos fundamentos aos quais se reportou a r. decisão impugnada; (iii) a ausência da repercussão geral das ques-

tões constitucionais discutidas no caso e, ainda; e a intenção de discutir, nos autos, hipotética afronta indireta ao Texto Constitucional.
(Fl. 1427.)

Acrescenta que, caso conhecido, o recurso não deve ser provido, porque

(i) a dívida trabalhista está expressamente contemplada no processo de recuperação judicial e, após reconhecida pela Justiça especializada do Trabalho, deve ser habilitada perante o Juízo Universal da Recuperação Judicial, na forma do art. 6º, § 2º, da Lei Federal nº 11.101/2005 – não podendo a Justiça Especializada do Trabalho, por conseguinte, praticar atos de execução relativos a esse crédito conforme entendimento consolidado à luz da Legislação anterior; (ii) referida disposição legal não colide com o art. 114 da Constituição Federal, uma vez que resguarda a competência da E. Justiça Especializada do Trabalho para conhecer e decidir a respeito das ações versando relação de trabalho; e, por derradeiro, (iii) a r. decisão recorrida, ao declarar a competência do E. Juízo da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro para dispor sobre o pagamento do crédito trabalhista da ora Recorrente em relação à empresa em recuperação judicial aplicou, de forma indelével e incensurável, referidas disposições legais e constitucionais.
(Fl. 1428 – v. 6.)

À fl. 1436, manifestei-me pela existência da repercussão geral da questão sob exame.

Esta Corte, às fls. 1437-1439, reconheceu a repercussão geral do tema constitucional, em decisão que ostenta ementa abaixo:

Competência. Plano de recuperação judicial. Satisfação de créditos. Justiça do Trabalho versus Justiça comum.

Às fls. 1445-1449, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Créditos trabalhistas. Recuperação Judicial. Lei nº 11.101/2005. Preservação da continuidade do negócio. Função social da empresa. Competência da Justiça comum. Correção do acórdão. Pelo desprovimento do recurso.

Às fls. 1495-1502, foram opostos embargos de declaração pela recorrente, os quais não foram conhecidos por serem manifestamente incabíveis.

É o relatório.

RELATÓRIO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, confesso aos meus eminentes Pares que também me vi absolutamente surpreendido pela sustentação que fez da tribuna o eminente Advogado da Recorrente, inovando com relação ao pedido feito no recurso extraordinário, não apenas quanto às preliminares, como também quanto ao pedido e à causa de pedir. Até requisitei os autos e

compulsei-os de forma detida, tanto quanto possível, em plena sessão, imaginando que talvez pudesse ter olvidado de algum detalhe. Mas, realmente, com todo o respeito, nada disso do que foi afirmado da tribuna consta do recurso extraordinário.

Lamento até que, a bem da brevidade, tenha resumido o meu relatório. Entretanto, para que possamos situar com bastante clareza qual foi o pedido formulado na inicial do recurso extraordinário, pinço do relatório – para que os eminentes Pares tenham perfeito conhecimento do que lá foi ventilado – alguns trechos da inicial.

Digo, em meu relatório, que a Recorrente alega fundamentalmente que a decisão proferida pelo STJ, que decidiu pela competência da Justiça comum da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, teria afrontado os incisos I a IX do art. 114 da Constituição Federal, especialmente este último, o inciso IX.

O que diz a Recorrente?

> De acordo com o entendimento contido na decisão ora impugnada, o legislador constituinte teria previsto, na referida norma, duas formas de competência da Justiça especializada do Trabalho. Uma que seria constitucional (incisos I a VIII) e outra, que apesar de constar da Carta da República, seria apenas legal (inciso IX).
> (...)
> (...) forçoso concluir que essa norma constitucional só autoriza o legislador infraconstitucional, através da edição de lei – como o faz a Lei 11.101/05 – a aumentar a competência da justiça especializada do trabalho, mas nunca a reduzir.
> (Fls. 1376-1381 – v. 6.)

Aduz, ainda, que

> a interpretação que se deu ao inciso IX do artigo 114 da CF-88 e, ainda, a supressão da competência absoluta da Justiça do Trabalho para atuar no julgamento de causa trabalhista quando trata de direito de empregados de empresa em recuperação judicial devem ser afastadas, até mesmo porque não há nem no texto da Constituição Federal (art. 114, incisos I a IX) e, muito menos na própria Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), qualquer previsão legal que confira a Juiz Estadual jurisdição sobre matéria eminentemente trabalhista, mesmo que dela se extraiam reflexos no patrimônio ou obrigações de empresas em recuperação judicial
> (Fl. 1.385 – v. 6.)

Ademais, incidentalmente, a recorrente discute a interpretação que o acórdão recorrido conferiu ao art. 60 da Lei 11.101/2005, nos termos abaixo:

> Segundo a tese que estão esposando, as empresas compradas sob a regra do art. 60 da Lei 11.101/2005 estariam imunes à sucessão trabalhista, vez que, segundo sustentam, o parágrafo único do art. 60 da Lei 11.101/2005 teria previsto essa circunstância.
> (...)
> (...) o fato é que não se pode nem mesmo querer acolher o argumento central da ausência de sucessão, de que a Lei de Recuperação Judicial protegeria os ativos alienados em leilão judicial de sucessão trabalhista.
> (Fl. 1387.)

Nesses termos, requer a recorrente exclusivamente o seguinte:

> reforma da decisão recorrida [no conflito de competência] para assegurar a correta interpretação da norma contida no artigo 114, incisos I a IX, da Constituição Federal, a qual, no entender da recorrente, foi diretamente ofendida pela decisão recorrida, isso justificando o provimento do presente recurso extraordinário.
> (Fl. 1388.)

E, mais, para que seja reconhecida

> competência absoluta da Justiça do Trabalho para julgar causas de natureza trabalhista, inclusive daquelas ajuizadas em face de empresas que estejam em Recuperação Judicial ou Falência (nos termos da Lei 11.101/05) e as incluídas nos conflitos como sucessoras, declarando-se que nesse exame de competência não há espaço para a limitação da atuação da Justiça Especializada do Trabalho, que há de julgar as causas segundo as regras legais e constitucionais, aplicando, inclusive e em especial, a própria Lei 11.101/05.
> (Fl. 1339.)

Bem, assim se circunscreve o pedido. Na verdade, nós estamos – como não podíamos deixar de estar –, nesta sede, neste recurso extraordinário, examinando apenas a matéria constitucional, ou seja, a conformidade da decisão prolatada no conflito de competência pelo STJ com o art. 114 e respectivos incisos da Constituição Federal.

Dito isso, Senhor Presidente, passo ao meu voto, com a licença de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os argumentos expendidos neste recurso extraordinário, entendo que não assiste razão à recorrente.

Primeiramente, assento que o debate relativo às condições de admissibilidade do recurso encontra-se superado, bem assim o tema da repercussão geral, em face do pronunciamento afirmativo desta Corte no sentido da relevância constitucional do tema em debate.

Depois, anoto que não cabe ao STF, em recurso extraordinário interposto contra decisão prolatada em conflito de competência, em que se discute a exegese do art. 114, na redação que lhe deu a EC 45/2004, examinar se o art. 60 da Lei 11.101/2005 estabelece ou não a sucessão de créditos trabalhistas, por tratar-se de matéria totalmente estranha aos autos.

Mas, ainda que assim não seja, observo que esta Corte, na ADI 3.934/DF, de minha relatoria, afirmou a constitucionalidade do referido dispositivo.

À ocasião, assentei o quanto segue:

> (...) o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inocorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese

da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário relativamente aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.

Ora, analisando a gênese do diploma normativo cujos dispositivos se encontram sob ataque, verifico que ele resultou de um projeto de lei, o PL 4.376/1993, o qual tramitou por cerca de onze anos no Congresso Nacional. Após longas e aprofundadas discussões, os parlamentares aprovaram a Lei 11.101/2005, revogando concomitantemente o Decreto-Lei 7.661/1945, que antes regia a matéria.

Em parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, relator do projeto em questão, deixou anotado o seguinte:

> "A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuíram para o aprofundamento do debate[1]".

Embora houvesse um consenso generalizado, na doutrina, acerca da Excelência técnica do texto normativo editado em 1945, registrava-se também uma crescente concordância na comunidade jurídica quanto ao seu anacronismo diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do Século XX, e que afetaram profundamente a vida das empresas.

Rubens Approbato Machado, por exemplo, ao comentar a nova Lei, afirma que

> "a falência (...) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/1945 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevida".[2]

Essa foi também a visão do relator do projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal:

> "A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade".[3]

---

[1] Parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), 2003. p. 11-13.

[2] MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22.

[3] Parecer, loc. cit.

Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que os adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, pois, segundo consta do citado parecer senatorial:

> "O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos".[4]

Comentando o dispositivo da Lei 11.101/2005, que isenta os arrematantes dos encargos decorrentes da sucessão trabalhista, Alexandre Husni assenta o quanto segue:

> "A realidade é que visto o fato de forma econômica, a entidade produtiva mais valor terá na medida em que se desligue dos ônus que recaiam sobre si, independentemente da sua natureza. Via de consequência, a procura será maior tanto quanto garanta o Poder Judiciário a inexistência de sucessão. Pago o preço justo de mercado, quem efetivamente sai ganhando com o fato será o credor de natureza trabalhista e acidentário que são os primeiros na ordem de preferência estabelecida pelo legislador."[5]

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades, não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

Nesse sentido, é a lição de Manoel Pereira Calças:

> "Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional

---

[4] Parecer, loc. cit.

[5] HUSNI, Alexandre. Comentários aos artigos 139 ao 153. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 537-538.

estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas.

(...)

Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa como um fenômeno poliédrico, não se pode confundir o empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo) com a atividade empresarial ou organização produtiva (perfil funcional), nem com o estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial). Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências."[6]

Sérgio Campinho, na mesma linha, assenta que a

"alienação judicial (...) tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento de obrigações contidas no plano (de recuperação da empresa), frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado."[7]

Isso porque o processo falimentar, nele compreendida a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem predeterminada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

É exatamente o que consta do art. 47 da Lei 11.101/2005, *verbis*:

"Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Cumpre ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão das obrigações trabalhistas pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato, em muitos países, dentre os quais destaco a França (Code de Commerce, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (Ley 22/2003, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso.

Na lei falimentar italiana, *verbi gratia*, existe inclusive um dispositivo bastante similar à regra aqui vergastada. Trata-se do art. 105 do Decreto 267/1942, com a redação que lhe emprestou o Decreto Legislativo 5/2006, que tem a seguinte redação:

---

[6] CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 73, n. 4, p. 40, out./dez. 2007.

[7] CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

> "Salvo disposição em contrário, não há responsabilidade do adquirente pelo débito relativo ao exercício do estabelecimento empresarial adquirido".[8]
>
> Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no ponto em que estabelecem a inocorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Passo, então, ao exame da questão central debatida neste recurso, qual seja, saber se a competência para julgar a execução dos débitos trabalhistas de empresa em processo falimentar ou em recuperação judicial é da Justiça do Trabalho ou da Justiça estadual comum.

Para tanto, faz-se necessário discutir se o acórdão recorrido, prolatado pelo STJ, ao estabelecer que a Justiça ordinária é o juízo competente para julgar a matéria afrontou ou não o disposto no art. 114 da Constituição Federal, em especial o que consta de seu inciso IX.

Cumpre recordar, de início, que o assunto, no âmbito infraconstitucional, é atualmente disciplinado pelo § 1º e pelo § 2º do art. 6º da Lei 11.101/2005, nos termos abaixo:

> Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
>
> § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.
>
> § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

Tais disposições são complementadas pelo que se contém o art. 76 e seu respectivo parágrafo único, *verbis*:

> Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figura como autor ou litisconsorte ativo.
>
> Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

Vale lembrar, ainda, que a questão era regulada, anteriormente, pelos arts. 7º, § 2º e § 3º, e 23 do Decreto-Lei 7.661/1945, que ostentavam a redação a seguir transcrita:

---

[8] "*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute.*"

> Art. 7º (...)
> § 2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta Lei.
> § 3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta Lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.
> Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.

Como se vê, tanto na disciplina anterior como na atual, o legislador ordinário adotou o entendimento, consolidado na doutrina e na jurisprudência, segundo o qual, uma vez decretada a falência – e agora na recuperação judicial –, a execução de todos os créditos, inclusive os de natureza trabalhista, deve ser processada no juízo falimentar.

Nessa linha tem-se a lição de Pontes de Miranda, que assim comentava o texto legal revogado:

> A falência compreende todos os bens do devedor comum (Decreto-Lei 7.661, art. 39). Todos os credores têm de apresentar-se ao juízo da falência (art. 23).

Essa era também a posição de Nelson Nery Junior sobre o assunto:

> Diz-se indivisível o juízo da falência porque ele atrai todas as ações e questões atinentes aos bens, interesses e negócios da falida. Todas juntas formam o procedimento falimentar.[9]

Igualmente Rubens Requião sustentava a unidade do juízo falimentar, nos termos abaixo:

> A unidade do juízo falimentar é ditada (...) pela natureza coletiva do processo de falência e pelo princípio da *par condicio creditorum*. Todos os credores que ocorrem ao processo de falência devem ser tratados com igualdade em relação aos demais credores da mesma categoria. Somente a unidade e a universalidade do juízo poderiam assegurar a realização dessas regras.[10]

Como se verifica, na vigência do regime anterior sedimentou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos reclamados perante a massa falida, inclusive os trabalhistas, era da Justiça estadual comum, a qual administrava o pagamento de todos eles, observada a respectiva ordem de preferência.

Essa orientação foi integralmente mantida pela Lei 11.101/2005. Comentando a sistemática atual, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega esclarece que

> no juízo falimentar se processam concurso creditório, arrecadação dos bens do falido, habilitação de créditos, pedidos de restituição e demais ações, reclamações e negócios de interesse da massa.[11]

---

[9] NERY, Nelson Junior. Nota ao art. 7º da Lei de Falência (DL 7.661/45). In: *Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 975.

[10] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 87.

[11] TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Comentários aos artigos 70 ao 82. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, cit., p. 342.

As regras hoje vigentes, assim como as passadas, consagram o princípio da **universalidade do juízo falimentar**, que exerce uma *vis attractiva* sobre todas as ações de interesse da massa falida, caracterizando a sua indivisibilidade.

É que num processo falimentar o patrimônio da empresa nem sempre equivale ao montante de suas dívidas, razão pela qual a regra da individualidade na execução dos créditos, que prevalece em situações de normalidade, poderia levar a que determinados credores obtivessem vantagem indevida relativamente a outros, em detrimento da isonomia que deve imperar entre eles, no tocante à liquidação de seus haveres. Em outras palavras, os credores que primeiro ingressassem com a execução seriam impropriamente privilegiados em prejuízo dos demais.

Por essa razão, na falência, e em algumas outras situações, como na insolvência civil e no processo de inventário (arts. 96 e 762 do CPC), desloca-se e altera-se a competência jurisdicional para um determinado **foro de atração**, "em que se discutem", segundo ensina José Frederico Marques, "todas as causas e ações pertinentes a um patrimônio com universalidade jurídica".[12]

Fica, assim, afastada a regra da execução individual dos créditos, instaurando-se, em substituição, aquilo que se chamava antigamente de execução coletiva e, hoje, se denomina de concurso de credores. Ou seja, a execução deixa de ser feita individualmente, passando a ser realizada de forma comum. Essa sistemática permite que se materialize, na prática, o vetusto princípio da *par condicio creditorum*, o qual assegura tratamento paritário a todos os credores de uma mesma categoria na percepção daquilo que lhes é devido.

Destarte, instala-se, no processo de falência, o denominado **juízo universal**, que atrai todas as ações que possam afetar o patrimônio da empresa em processo de quebra ou recuperação judicial. Cuida-se, em suma, do juízo competente para conhecer e julgar a todas as demandas que exijam uma decisão uniforme e vinculação *erga omnes*.

Convém sublinhar, desde logo, que o juízo universal da falência atrai apenas os créditos consolidados, quer dizer, dele estão excluídos, a teor do art. 6º, § 1º, § 2º e § 7º, da Lei 11.101/2005,[13] as ações que demandarem quantia ilíquida, as trabalhistas e as de natureza fiscal, as quais terão prosseguimento nos juízos especializados.

E aqui, registro, por oportuno, que, em conformidade com o disposto no art. 83, I e VI, *c*, da Lei 11.101/2005, os créditos de até 150 (cento e cinquenta) salários mínimos terão tratamento preferencial, e os que superarem esse valor serão transformados em quirografários.[14]

---

[12] MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*: Teoria Geral do Processo Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 229.

[13] O § 1º e o § 2º encontram-se transcritos acima no texto do voto. Já o § 7º apresenta a seguinte redação: "As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica."

[14] "Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

Tais dispositivos foram havidos como constitucionalmente hígidos por esta Suprema Corte, no julgamento da ADI 3.934/DF, ocasião em que me pronunciei nos seguintes termos:

> (...) passo agora ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas em quirografários.
>
> Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.
>
> É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional.
>
> Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-Lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais.
>
> É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.
>
> Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a
>
> > "legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável."
>
> Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas no caso de falência ou recuperação judicial de empresas encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.
>
> Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;

(...)

VI – créditos quirografários, a saber:

(...)

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo."

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram.

Esse é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o limite à preferência do crédito trabalhista tem como objetivo

> "impedir que (...) os recursos da massa (sejam consumidos) com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nessa situação."[15]

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, "o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades".[16] Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 salários mínimos.

Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.

Em abono dessa tese, afirma o já citado Manoel Pereira Calças que:

> "O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como 'único e principal bem sua força de trabalho'. Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos, harmonizando-se, no entanto, tal prioridade, com a tentativa da manutenção dos postos de trabalho.
>
> (...)
>
> (...) o credor trabalhista, cujo crédito somar até cento e cinquenta salários-mínimos, será classificado pela totalidade do respectivo valor na classe superpreferencial; já o trabalhador que for titular de crédito que supere o teto legal participará do concurso em duas classes distintas, ou seja, pelo valor subsumido no teto integrará a classe dos créditos trabalhistas e pelo valor excedente será incluído na classe dos quirografários."[17]

Essa restrição, contudo, de forma acertada, como asseveram Vera de Mello Franco e Rachel Sztajn "não atinge as indenizações devidas por acidente do trabalho, que devem ser pagas integralmente"[18]. Ademais, assentam que:

---

[15] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14.

[16] Parecer, loc. cit.

[17] CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho (Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 73. n. 4, p. 41, out./dez. 2007.

[18] FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação de Empresa em Crise*. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 42-43.

> "Caso o apurado com a venda dos ativos seja insuficiente para a satisfação do total, procede-se ao rateio, em igualdade de condições, dentre os credores trabalhistas e preferenciais, classificados nesta classe".[19]
>
> Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico".

E mais, segundo o art. 54 da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação judicial, que é aprovado pelo juízo da falência, não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, anteriormente vencidos, e nem prazo superior a trinta dias para o pagamento, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido.

A meu ver, portanto, a Lei 11.101/2005 manteve-se rigorosamente fiel ao princípio da *par condicio creditorum* no tocante aos créditos trabalhistas, os quais, de resto, foram contemplados com a devida precedência sobre os demais, de forma consentânea com a sua natureza alimentar.

Na verdade, tal como no regime anterior, a Justiça do Trabalho conservou a jurisdição cognitiva sobre tais créditos, ficando, todavia, a execução destes, quando líquidos, a cargo da Justiça comum, uma vez instaurado o processo falimentar.

O novo diploma legal, longe de restringir a percepção dos créditos trabalhistas, na verdade ampliou a possibilidade de os empregados receberem aquilo que lhes é devido, ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo é manter em atividade as empresas que estejam passando por dificuldades de caráter conjuntural, tendo em conta a função social que exercem.

Diante disso, penso que as disposições da Lei 11.101/2005, no concernente à regra de competência para a execução dos créditos trabalhistas, em nada conflitam com o que contêm os incisos I e IX do art. 114, em especial quanto a esse último.

Com efeito, o inciso IX do art. 114 apenas outorgou ao legislador ordinário a **faculdade** de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que **decorrentes** da relação de trabalho. Em outras palavras, o texto constitucional não o **obrigou** a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que tal se afigure conveniente, à luz dos valores e princípios constitucionais em jogo.

No caso da competência para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas em recuperação judicial, a **opção política** do legislador ordinário foi conservar intacta a sistemática anterior de conhecimento das controvérsias trabalhistas pela Justiça Laboral, mantendo, contudo, a execução dos créditos delas resultantes a cargo do juízo universal da falência, a bem do tratamento uniforme de todos os credores, respeitada, evidentemente, a categoria a que pertencem.

---

[19] Idem, loc. cit.

Nessa linha é a argumentação de Alexandre Alves Lazzarini:

> O processo de recuperação judicial (como no de falência) instaura um juízo coletivo para onde devem confluir todos os credores sujeitos à recuperação judicial, inclusive aqueles credores que postulam seu direito perante o juízo individual, seja ele na Justiça Comum ou na Justiça do Trabalho (...).
>
> (...)
>
> Na recuperação judicial busca-se dar tratamento igualitário, obedecidas as regras legais e o que foi disposto pelos credores (e não pelo devedor), como forma de pagamento, onde todos os credores de uma mesma classe (trabalhadores, quirografários etc.) recebam "cada um, um pouco"; acrescente-se a isso que os credores apostam que a devedora (empresa em crise) irá se restabelecer, manter empregos e pagar o que deve.
>
> (...)
>
> (...) a empresa deixa de ter uma natureza meramente privada, para ter uma forte tendência institucional, dadas as imposições públicas que lhe são feitas.
>
> (...)
>
> Assim, a manutenção das execuções individuais em detrimento da recuperação da empresa implica autorizar que alguns trabalhadores prejudiquem milhares de outros reclamantes e aqueles outros que ainda trabalham na empresa e dela retiram seu sustento, ferindo o direito individual de cada um, sem considerar uma coletividade maior, composta por pessoas prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos, por exemplo.
>
> (...).
>
> Em outras palavras, tanto para o interessado capitalista como para o interessado trabalhador, a convergência de interesses da coletividade é melhor em face do interesse individual.[20]

Verifico, pois, que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o texto constitucional, bem assim com a jurisprudência desta Corte acerca da competência do juízo universal da falência para a execução dos créditos trabalhistas, consolidada – note-se – no período em que estavam vigentes, simultaneamente, o Decreto-Lei 7.661/1945 e a EC 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal.

Dentre os muitos precedentes nesse sentido, destaco o AI 584.049-AgR/RJ, Rel. Min. Eros Grau (*DJ* de 8-8-2006), e o AI 585.407-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes (*DJ* de 1º-12-2006). Transcrevo abaixo a ementa do primeiro julgamento citado:

> *Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. Execução trabalhista e superveniente declaração de falência da empresa executada. Competência. Juízo falimentar.* (...) O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, decretada a falência, a execução do crédito trabalhista deve ser processada perante o juízo falimentar, sendo necessária a sua habilitação no juízo universal (CC 7.116,

[20] LAZZARINI, Alexandre Alves. A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: RT. Ano 10, n. 38. p. 93-106, out./dez. 2007, p. 97.

Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 23-8-2002). Agravo regimental a que se nega provimento.

Não há, portanto, a meu juízo, qualquer afronta ao art. 114 da Carta Magna, em especial ao seu inciso IX, que simplesmente outorgou ao legislador ordinário a faculdade de ampliar a competência da Justiça Laboral para julgar demandas decorrentes da relação de trabalho, autorizando-o a sopesar, ao seu exclusivo alvitre, os variados interesses que se contrapõem na multifacetada realidade social, os quais está incumbido de regrar.

A rigor, a controvérsia examinada neste recurso extraordinário, segundo consta dos autos, nem mesmo decorre – ao menos diretamente – da relação de trabalho que a recorrente mantinha com certa empresa, a justificar a sua submissão à Justiça Laboral. Na verdade, ela tem origem na venda de um ativo da referida empresa, submetida a processo de recuperação judicial, em hasta pública, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

Isso posto, conheço deste recurso extraordinário, negando-lhe, todavia, provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, se Vossa Excelência me permitir e os Colegas também consentirem quanto ao acionamento do Regimento Interno, gostaria de tecer algumas considerações sobre a matéria, que é nova, que estamos a enfrentar pela vez primeira, já que no dia de ontem apreciamos questão alusiva à sucessão, afastando, portanto, o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e homenageando a nova disciplina legal quanto ao instituto da recuperação empresarial.

Presidente, é inconcebível, por isso mesmo ninguém pode imaginar, que o legislador ordinário venha a alterar a nossa Carta da República, muito embora se trate de um periódico, levando em conta as sessenta e três emendas, mas emendas constitucionais, não emendas via lei ordinária.

O que temos na espécie, Presidente? Certo ou errado, não nos cabe aqui julgá-la, foi ajuizada, por uma cidadã, uma ação trabalhista contra pessoa jurídica de direito privado. Ajuizada uma ação, com emprego da terminologia – trabalhista – que é anterior à inserção da Justiça do Trabalho no Judiciário. Nessa reclamação trabalhista, o alfabeto quase não foi suficiente para listar as inúmeras parcelas pleiteadas – parcelas de *a* a *n*. Pretendeu-se parcelas ilíquidas que deveriam, portanto, ter valor fixado. Acionou-se – não há a menor dúvida, mas isso se resolve em outro campo que não o da competência, mas o das condições da ação, da carência da ação – as ditas sucessoras. Mas foi proposta, repito, uma ação trabalhista.

Indago: é possível potencializar-se o trato do direito material previsto ou contido na lei moderna – Lei 11.101/2005 –, a ponto de se chegar, a partir desse exame, à conclusão sobre a competência da Justiça comum para, desta ou

daquela forma – não importa, existem remédios jurídicos para afastar do cenário erros de procedimento e de julgamento –, apreciar uma reclamação trabalhista? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

Nada há a apanhar, quanto às ações, o juízo universal nem mesmo no caso de falência, as ações trabalhistas e fiscais. É o que nos vem do art. 76 da lei envolvida na espécie.

Se formos à própria lei – esqueçamos o art. 114 da Constituição Federal –, ela contém dispositivos muito explícitos quanto, a partir do art. 3º, à competência para o procedimento de recuperação judicial, chegando ao artigo 6º, que versa a suspensão, não atração, das ações e execuções –, tendo-se, no § 1º do mesmo art. 6º, que prosseguem, no juízo competente, as ações que visem ao reconhecimento de direito ilíquido.

No § 2º, tem-se que, impugnando-se o crédito inscrito sob o ângulo da recuperação judicial, as ações hão de correr nos juízos competentes e não no juízo da recuperação judicial.

No § 3º, há previsão de reserva de valores enquanto essas ações tramitam, considerada a própria recuperação judicial.

No § 4º, tem-se que, passados os cento e oitenta dias, aquele fenômeno a que me referi – a suspensão –, que não se confunde com a *vis attractiva* própria à concentração de ações no juízo da recuperação, as ações que ficaram suspensas deverão prosseguir, considerado o princípio do juiz natural – o juiz previsto no caso concreto na Carta da República, na Lei Maior –, no Judiciário competente quanto a conflito decorrente de uma relação empregatícia pretérita, para alcançar-se a condenação de empresas – não assento, até mesmo diante do julgamento de ontem, a legitimidade, não julgo o tema legitimidade, não julgo condição da ação trabalhista formalizada, estou apenas ferindo a problemática da competência.

Tive o cuidado de levantar, inclusive, a ação proposta na jurisdição cível especializada do trabalho, para conferir se haveria, ou não, no caso, uma ação trabalhista, presentes as causas de pedir e os pedidos formulados. Inegavelmente, ajuizou-se uma reclamação trabalhista: "Maria Tereza Richa Felga move reclamação trabalhista em face das empresas *VRG linhas aéreas S/A, Varig logística S/A e Volo do Brasil S/A* pelos motivos expostos às fls. 2-21, pleiteando o pagamento das parcelas e títulos elencados [vamos perdoar o abandono do vernáculo, porque não se tem o verbo elencar] nos itens *a* a *n* da exordial".

Presidente, não vejo como se chegar adiante da própria previsão contida na lei a que me referi quanto à indivisibilidade do juízo falimentar. Imagino que as empresas acionadas – tenho certeza disso, não apenas imagino – contam com boa representação processual, estão assistidas por hábeis profissionais da advocacia. Não posso potencializar a possibilidade de transitar em julgado um título judicial errôneo no âmbito da Justiça do Trabalho para, a partir desse enfoque, numa visão preconceituosa quanto à Justiça do Trabalho, condenável, acima de tudo, condenável, dizer que se deve simplesmente fechar a Carta da República e se inobservar o disposto no art. 114 da Constituição Federal.

Repito: o problema da carência da ação por ilegitimidade da parte passiva resolve-se em outro campo. Competente para declarar essa carência da ação é o juízo que a Carta da República indica como competente para o julgamento da própria ação. Condição da ação está no bojo da ação tal como proposta. E a ação foi proposta, repito, a partir de articulação sobre vínculo empregatício pretérito.

Presidente, vou adiantar o ponto de vista – não pretendo discutir novamente a matéria – para salientar mais uma vez que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio. Não posso raciocinar com o excepcional, com o teratológico, ou seja, a possibilidade de, por isso ou por aquilo, vir o Judiciário trabalhista a olvidar até mesmo o que decidimos no dia de ontem quanto à inexistência de sucessão, ao afastamento do que previsto no art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Que julgue o conflito de interesses o juiz natural – e o juiz natural do Trabalho – até mesmo para assentar, com inspiração no que decidimos no dia de ontem, a carência da ação proposta contra aqueles que adquiriram o ativo da empresa em recuperação. Se não se entender assim, estarei a admitir que a nossa Carta da República – e isso sequer se contém na lei relativa à recuperação judicial, na nova Lei de Falência, gênero –, não bastasse já ser um periódico pelas sessenta e três emendas aprovadas até aqui, possa ser alterada pelo legislador comum. E o legislador comum não alterou a Carta da República.

Em preceito algum da Lei 11.101/2005, tem-se algo que possa sinalizar a via atrativa quanto a todas as ações. Ao contrário, houve ressalva explícita, preservando a competência das jurisdições diversas, quando em jogo conflito de interesses envolvendo parcelas ilíquidas.

Não confundo, Presidente, em Direito, institutos, expressões e vocábulos. Cuida a Lei 11.101/2005 não da alteração de competência para assentar – como disse, considerada a óptica, a uma só voz, do dia de ontem – a inexistência da sucessão e a carência da ação proposta por ilegitimidade de parte passiva. Cuida da suspensão das ações.

Peço vênia, Presidente, para não vislumbrar – porque estaria a menosprezar, a mais não poder, o art. 114 da Carta da República –, na Lei 11.101/2005, qualquer modificação da competência para julgar ação trabalhista proposta por cidadã contra pessoa jurídica de direito privado.

É como voto, assentando que competente é a Justiça do Trabalho. Essa Justiça, em harmonia com o Direito posto, com o Direito subordinante, com o que se contém – e foi placitado pelo Supremo no dia de ontem – na Lei 11.101/2005, há de concluir como entender de direito. Se fosse Juiz do Trabalho – e tenho muita saudade do Judiciário trabalhista –, a conclusão seria única. Inclusive pincelei no voto proferido a carência da ação.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Presidente, Vossa Excelência me permite? Eu gostaria de introduzir aqui alguns dados para discussão, porque são muito interessantes, como demonstrou a brilhante e muito inteligente intervenção do Ministro Marco Aurélio – como sempre, aliás.

Esta matéria aqui me permite até esclarecer um ponto sobre o qual tratei ontem – acho que *en passant* –, que é de grande importância.

Vou começar, Senhor Presidente, para deixar bem claro – a partir, também, dos dados apresentados nos documentos da ação –, que a ora recorrente e reclamante não deixa nenhuma dúvida. Ela diz textualmente:

> No caso concreto, por se cuidar de lide que visa reconhecimento de sucessão de obrigações trabalhistas, os *únicos réus* da reclamação [são textos da reclamante e ora recorrente] ajuizada pela recorrente embargante são as empresas que adquiriram as atividades operacionais em leilão judicial ocorrido em *20-7-2006*, ou seja:

Enumera as três empresas. Um pouco mais adiante, no pedido final dos embargos de declaração, torna a dizer:

> a) N**ão** se trata de **crédito** reclamado de Massa Falida ou de empresa em recuperação judicial, mas sim de **obrigações** trabalhistas exigidas de quem **sucede** o empregador, enquanto adquirente de atividade empresarial;

O que é que a ora recorrente e embargante está pretendendo agora com o recurso? Está pretendendo discutir o alcance dos arts. 60 e 141, que examinamos ontem. E eu disse ontem, Senhor Presidente, que mais do que uma explicação, como sugeriram alguns dos novos advogados da tribuna, ambas essas normas são de advertência. Por quê? Porque ou temos hipótese de sucessão em sentido estrito, ou não temos hipótese de sucessão, mas de mera aquisição de bens de ativo, seja sob o nome de "unidades produtivas", seja sob o nome de "atividades empresariais", seja sob "marcas", enfim, qualquer dos ativos que integram o patrimônio da empresa.

Quando temos um caso típico ou estrito de sucessão, há, por definição, sucessão na personalidade e na totalidade do patrimônio da empresa sucedida, de modo que ela – sucessora – é mera continuação da empresa sucedida. Nessa hipótese, salvo regras legais ou convencionais – o que não é o caso –, a sucessora adquire todo o patrimônio, isto é, todo o patrimônio ativo e passivo da sucedida. Nesse caso de sucessão, poderia até pensar que, em recuperação judicial – embora isso seja muito raro, mas pode na prática suceder nos dois sentidos –, alguém adquira ou incorpore a empresa em recuperação judicial.

O mesmo pode dar-se, também, *mutatis mutandis*, em relação à massa falida, em casos excepcionais. Nessas duas hipóteses, evidentemente a empresa sucessora fica com todas as obrigações da sucedida – todas! –, ainda que em recuperação judicial ou como empresa falida autorizada a continuar funcionando.

Ora, não é disso que tratam as hipóteses dos arts. 60 e 141; ambas estas normas cuidam de caso de aquisição de bens do ativo.

Por que a lei, sabiamente, estabeleceu ambas as disposições? Porque pode haver risco – e a mim me parece que esta é uma das hipóteses de risco – de que fosse entendido que o adquirente de unidades produtivas, de atividades empresariais, de filiais, de marcas etc., pudesse, no fundo, acabar respondendo por dívidas que a lei expressamente quis deixar claro que não são transferidas.

Por que isso é possível? Porque, excepcionalmente, a própria Justiça do Trabalho – e temos acesso a esses casos, em recursos – tem decidido como se fosse de sucessão – e, aliás, sem desconsideração formal da personalidade jurídica – casos em que absolutamente não há o mínimo resquício de sucessão, imputando a ex-sócio, por exemplo, a ex-cotista que há vinte anos deixou a empresa, cujo quadro social foi alterado dezenas de vezes posteriormente, a responsabilidade trabalhista, inclusive por fatos ocorridos muitos anos depois da cessão das quotas ou da cessão de ações. Esse é um risco.

Ora, para prevenir tais riscos, a lei deixou claro que, se adquirir bem do ativo – e isso também funciona como estímulo à recuperação judicial –, o adquirente não assume as obrigações especificamente trabalhistas.

Do que se trata neste caso? Trata-se, na reclamação trabalhista, de dar outra interpretação ao art. 60, para, com o risco de se formar coisa julgada, com proteção constitucional, para a opor, no processo de recuperação judicial, ao adquirente que, de acordo com as normas de recuperação, não responde por dívidas trabalhistas.

É por isso que, a meu ver, com propriedade, foi bem decidido o conflito no sentido de que não se trata propriamente de questão típica, nascida ou oriunda da relação de trabalho, senão de discutir antes – é verdade que tangenciando a questão da legitimidade passiva – as consequências jurídicas da alienação judicial na recuperação. É disso que se trata.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, Ministro, Vossa Excelência me permita: é presumir o erro, ou seja, que Judiciário competente julgará à margem da ordem jurídica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas o ordenamento jurídico tem que cuidar de evitar qualquer erro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência está indo ao fundo já presumindo o que será a decisão derradeira na instância trabalhista, para, a partir de um erro de procedimento ou de julgamento, afastar a incidência do art. 114. Qual é a ação que será julgada, Presidente? A de recuperação? Não. Será julgada uma ação trabalhista, ajuizada a partir do art. 114 da Constituição Federal. Agora, que aguardemos o julgamento. Hoje, inclusive, a Justiça está purificada pelo afastamento dos leigos. Que aguardemos – repito – o crivo do Judiciário competente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Retomando o meu raciocínio, Senhor Presidente.

Se nós todos não errássemos, não havia necessidade da previsão de recursos, de ações revisionais, de ações desconstitutivas etc. O erro é inerente à condição humana, e, por isso mesmo, o legislador é sábio quando quer evitar qualquer risco de erro que ponha em xeque os propósitos de um sistema. O que está em jogo são os propósitos de um sistema de recuperação judicial, de um sistema de falência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esta altura, o juízo comum é infalível. É infalível!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não sei se o juízo comum é infalível, mas sei que é o competente para dizer quais são as consequências jurídicas da sua

alienação judicial. É ele que realiza a alienação judicial, e é ele, portanto, que vai dizer quais são os efeitos jurídicos dessa alienação em relação ao adquirente e, por via de consequência, em relação ao alienante.

É este o ponto central da questão submetida por via de conflito de competência. É a questão incidental enxertada – eu diria inteligentemente – na reclamatória trabalhista, e nem quero chegar a dizer que seria caso de tentativa de *fraus legis*. Não. Acho apenas que foi modo engenhoso de tentar contornar as normas peremptórias e cogentes do art. 60.

O que está posto aqui? Está posta a questão de saber quais as consequências, quais os efeitos jurídicos em relação às empresas que adquiriram as atividades empresariais no processo de recuperação judicial, no sentido de saber se elas respondem ou não respondem pelas dívidas trabalhistas. Esta é questão autônoma que não nasce do contrato de trabalho, nasce de outro ato jurídico completamente distinto, que é a alienação judicial. Não se trata de ação oriunda de relação de trabalho. Trata-se de questão que constitui objeto da ação, mas que é relação jurídica oriunda de um ato judicial que foi praticado por outro juízo, que é o competente para dizer da extensão, da inteireza, da validez, da eficácia, portanto, do seu próprio ato.

Noutras palavras: eu não afasto a competência da Justiça do Trabalho, porque ninguém aqui tem dúvida, nem os advogados, todos o admitiram, de que a Justiça do Trabalho é competente para decidir a causa trabalhista. Não, porém, para decidir, ainda incidentalmente, se o adquirente de unidade, o adquirente de atividade, o adquirente de filial, o adquirente, enfim, de qualquer ativo na recuperação judicial, possa estar no polo passivo da reclamatória trabalhista, porque isso representa desconsideração da competência típica do juízo da recuperação judicial, porque esse é competente para decidir a matéria e evitar que haja, eventualmente, sentença coberta com a proteção constitucional da coisa julgada, que seja oponível no processo de recuperação judicial.

Noutras palavras, o que deveria ter sido feito era o juízo trabalhista determinar – se já não fossem desde logo excluídos da lide os adquirentes –, primeiro, que o reclamante fosse ao juízo da recuperação judicial para fixar a responsabilidade oriunda da alienação judicial, para, depois, vir a reclamar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se o fizesse, ele seria competente; se tivesse assentado *ab initio* a carência da ação proposta pela ilegitimidade *ad causam* passiva, seria competente!

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, se tivesse feito isso, não há dúvida nenhuma, não estaríamos discutindo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência está indo ao mérito para depois fixar a competência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, eu estou apenas tentando preservar o sistema, Ministro, de tal maneira que não haja brechas possíveis, seja por descuido, por erro etc.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Só fico triste de presumir-se sempre a erronia no tocante ao ofício judicante trabalhista. Isso me entristece muito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, Ministro, é só questão de reconhecer este fato óbvio de que todos nos enganamos e, portanto, o sistema, que é composto por pessoas, também pode falhar. E a função do Judiciário é, exatamente, preservar as condições necessárias para assegurar a tranquilidade e a certeza jurídica.

Ora, no instante em que a Corte defina que esta matéria tem de ser decidida ou resolvida previamente pelo juízo da recuperação judicial, fica excluída a possibilidade de qualquer erro fora do sistema. O erro pode também dar-se no sistema de recuperação judicial, mas esse erro será inevitável, porque não há outra maneira senão a de controlar – dentro do processo de recuperação judicial – a extensão, enfim, a eficácia da alienação judicial.

Mas o que não se pode, a meu ver, é, de algum modo, recorrendo-se a normas constitucionais que dizem respeito às ações oriundas de contrato de trabalho, tirar a competência do juízo da recuperação judicial sobre matéria que não é decorrência de relação de trabalho, mas é decorrência, sim, consequência, sim, efeito, sim, da alienação judicial por ele operada. Isso é mérito da ação, que deve ser submetida ao juízo competente da recuperação judicial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio – Eu sei, é mérito da ação ajuizada, Excelência. Isso é mérito. Não interfere na definição da competência. Procedência ou não, saber se incide o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho ou a lei especial, é mérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Exatamente. Mérito da ação que compete ao juízo da recuperação judicial.

Por essas razões, Senhor Presidente, a mim me parece, com o devido respeito, que fez bem o Superior Tribunal de Justiça em solucionar o conflito reconhecendo a competência do juízo da recuperação judicial.

Com o devido respeito, não apenas aos Ministros que me antecederam, mas ao brilhante voto do eminente Ministro Marco Aurélio, acompanho, inteiramente, o voto do Ministro Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, mas acompanho o Relator no seu brilhantíssimo voto, com as achegas, agora, do Ministro Cezar Peluso.

Queria apenas fazer uma referência – entre todos os argumentos que foram esposados e que, aliás, foram expostos pelo Ministro Relator – a uma muito sábia explicação que nos foi trazida em memorial basicamente do Eduardo Ribeiro, que foi até citado, mas que explica perfeitamente uma interpretação constitucional consentânea, como foi lembrado pelo digno Ministro Relator, ao qual – como eu disse – acompanho integralmente no voto.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também, com as vênias ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o Relator.

Impressionou-me muito – além do brilhante voto e das não menos brilhantes considerações dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso – o parecer de Eduardo Ribeiro. Eu não o chamo de Ministro, tenho vontade de chamá-lo de Professor. Porque o admiro cada vez como um grande jurista que é. É um belíssimo parecer, convenceu-me plenamente.

Acompanho o Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Como eu parto sempre da Constituição, encontro aqui, no art. 109 da nossa Lei Maior, este dispositivo:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Ou seja, como a competência da Justiça Federal é competência comum no plano federal, lógico, só é especial comparada à competência comum dos Estados, a Constituição aqui está remetendo para a Justiça comum dos estados as questões falimentares, ainda que haja interesse da União, de entidade autárquica, empresa pública etc. Mas não fez assim quanto à competência da Justiça do Trabalho. No art. 114 da Constituição, versante, especificamente, sobre as competências da Justiça do Trabalho, não se excluiu dela, Justiça do Trabalho, as questões falimentares.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só para recordar um fato histórico importante. Nenhuma das Constituições que regularam a competência da Justiça do Trabalho dispôs taxativamente quanto a isso. Mas, jamais foi posto em dúvida que as questões concernentes à falência não entravam na competência da Justiça trabalhista!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pelo contrário, Excelência, isso é posto em dúvida pela doutrina, pela jurisprudência. Vou citar aqui Manoel Antônio Teixeira Filho, que sempre propugnou que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e executar os créditos trabalhistas, mesmo contra a massa falimentar. Olha o que ele diz aqui: compete aos juízes federais processar e julgar as causas aí enumeradas, exceto as de falência, e outras que especifica, em que a União figure como autora, ré, assistente, opoente. Ao fixar, porém, a competência da Justiça do Trabalho, a Constituição Federal não fez nenhuma ressalva quanto à falência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, como é que nós vamos processar um concurso universal de credores com dois juízes decidindo o concurso?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quero mostrar que a primeira premissa de Vossa Excelência talvez não proceda. Isso desperta, sim, suscita polêmica. Não é uma questão pacífica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, nenhum tribunal jamais reconheceu isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Carlos Ayres Britto, teremos – se vier uma ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 76 da Lei – que assentar, então, a inconstitucionalidade desse artigo. Por quê? Porque, no tocante à indivisibilidade do juízo falimentar, há ressalva quanto às ações trabalhistas, às ações fiscais e, também, às ações que não se fundem na lei especial. Está previsto que essas ações prosseguirão, no juízo competente, representando a massa, evidentemente, o administrador da falência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A minha primeira interpretação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Vossa Excelência me permite apenas um aparte?

Vossa Excelência tem toda razão, existe mesmo um certo dissenso na doutrina trabalhista, mas esta Corte, historicamente, tem afirmado, com muita segurança, a competência da Justiça comum, estadual ou do juízo universal da falência para a execução dos créditos líquidos trabalhistas, depois de decretada a falência e agora decretada a recuperação judicial.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Aliás, foi o que o recorrente sustentou.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E, no meu voto, eminente Ministro Carlos Britto, eu acompanho Vossa Excelência dizendo exatamente isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por sinal, excelente voto, mais uma vez, muito bom voto, magnífico voto!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Muito obrigado. Eu queria dizer que estou absolutamente de acordo com Vossa Excelência no sentido de que, quanto ao conhecimento das questões trabalhistas, mesmo instaurado o processo falimentar, a competência é da Justiça do Trabalho. Só na execução dos créditos – porque, uma vez apurados os créditos e esses créditos se apresentem como líquidos – há a habilitação destes perante o juízo da falência. Há um quadro geral de credores e o pagamento é administrado pelo juiz da falência ou da recuperação judicial, agora, de acordo com determinada ordem de preferência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Imagine, Vossa Excelência, a Justiça do Trabalho a retirar da massa, por penhora, uma porção considerável dos bens. Quem é que administra uma massa como essa? Já não se consegue administrar do jeito que está, imagine, Vossa Excelência, se cada juiz trabalhista resolvesse tirar uma porção da massa falida e promover sua execução particular!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Após ter-se um título executivo judicial líquido, há a habilitação do crédito, como ocorre na recuperação judicial. Mas, enquanto não se tiver a liquidez, não se pode habilitar, a menos que se passe para a adivinhação do que é devido. A própria lei ressalva essa situação, autorizando a

sequência das ações, ainda que naquele prazo alusivo à suspensão de ações e execuções. Suficiente é que se trate de questionamento a envolver parcelas ilíquidas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, quanto a isso, não há dúvida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, é interessante. O que ocorre no caso de não haver a liquidação do débito trabalhista no prazo de 180 dias? Como se fica passado esse prazo? O que a lei prevê é a suspensão, é algo diverso. Mesmo assim, ressalvando, ou seja, não há suspensão se se busca a liquidez do que devido.

Agora, torno a repetir, foi ajuizada uma reclamação trabalhista, evocando-se – certo ou errado, isso será dirimido alfim – três coisas: o liame empregatício, a inobservância da satisfação de verbas trabalhistas decorrentes da Consolidação das Leis do Trabalho e a sucessão. Agora, se procedente ou improcedente qualquer das articulações, é uma questão a ser dirimida pelo juiz natural – o trabalhista.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E é uma competência especial, especializada. Porque o juízo falimentar só é especial no âmbito da Justiça comum, lá mesmo, no âmbito da Justiça comum, o juízo falimentar é especializado, mas, quando confrontado o juízo falimentar com as questões trabalhistas, a Justiça do Trabalho, a especialização recai sobre a Justiça do Trabalho.

Em suma, eu entendo que a Constituição abona a tese de que a relação de emprego, a relação trabalhista não se esgota no processo cognitivo, nem também se exaure na própria liquidação da sentença.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, qual é a relação trabalhista entre os adquirentes e os empregados?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que Vossa Excelência está partindo de um outro momento de cognição jurídica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, Ministro, estou partindo da petição inicial da causa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Está dando de barato que não teria havido a sucessão. Julga-se a reclamação trabalhista para, após esse julgamento, fixar a competência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Na relação originária de trabalho, Excelência, tudo nasceu de uma relação de trabalho.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A relação é entre duas ou mais pessoas. Qual é a relação que existe com os adquirentes?

O Sr. Ministro Carlos Britto: O crédito surgiu de uma relação de trabalho. E a Constituição diz às expressas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O crédito da relação de trabalho é contra quem participa da relação de trabalho. O que os adquirentes têm com isso?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas quem é competente para definir? Somos nós? Não, é o juiz natural, é o trabalhista.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que está sendo exigido dos adquirentes não é por força do contrato de trabalho, é por força da aquisição judicial, Ministro. Essa é a diferença.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O curioso é que a EC 45 veio para ampliar as competências da Justiça do Trabalho. E eu tenho assistido aqui, nas nossas sessões, decisões que restringem mais e mais a competência da Justiça do Trabalho.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas o interessante, Ministro, é que, até no inciso VIII, a competência é taxativa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, Ministro, nós queremos que a Justiça do Trabalho julgue a reclamatória quanto ao empregador.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas sustenta-se que teria havido – certo ou errado, não importa, não estamos aqui a julgar a matéria de fundo – a sucessão. Quem é competente para apreciar as condições da ação trabalhista, senão o Juiz do Trabalho?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): É que nesse caso já havia se instaurado o processo de recuperação judicial. Houve uma alienação de um ativo da empresa mediante um leilão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A *vis attractiva*, Excelência, não ocorre nem mesmo na falência. Haverá na recuperação?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Quer dizer, já estava sob a jurisdição do juízo da falência. E aí se instaurou um conflito de competência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há nem na falência, vai haver na recuperação?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, quero propor-lhe uma questão. Imagine Vossa Excelência a seguinte hipótese, que não é fora de propósito, porque alguns juízes podem tomar essa atitude: realizada a alienação judicial, o juiz homologa a alienação, entendendo que é necessário homologar a alienação, e declara textualmente que o adquirente não responde pelas obrigações trabalhistas etc.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro, não posso raciocinar a partir do teratológico.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu respondo com outra pergunta, eu só raciocino em cima da Constituição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não posso partir do absurdo. Não posso, muito menos diminuindo a importância do Judiciário trabalhista, imaginando que ele sempre claudica, alijá-lo considerada competência constitucional.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Nós somos militantes da Constituição. O guardião-mor da Constituição. A matéria de competência jurisdicional é de assento constitucional. Mas, Ministro, por que falência foi excluída da competência da Justiça Federal e não foi excluída da competência do Trabalho?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Porque nunca houve dúvida sobre isso, exceto de alguns autores. Por isso é que a Constituição é sábia. Ela também não dá ouvidos a todo o mundo, não é Ministro? Porque cada um fala o que quer.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É que o caráter social da relação de emprego leva a Constituição a proteger o hipossuficiente para além da fase de liquidação da sentença. É como penso.

Peço vênia aos que entendem diferentemente. Homenageio, ainda uma vez, o belíssimo voto do Relator e voto pelo provimento do recurso extraordinário.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, peço vênia aos Colegas que pensam de forma diversa, mas, porque entendo que aqui nós não estamos diante de conflito trabalhista propriamente, diante de conflito entre empregado e empregador, sigo a mesma linha que foi adotada pelo eminente Relator em seu voto.

Tenho um julgado anterior em que afirmei que, ao dar pela competência do juízo suscitante – no caso, o juízo falimentar – dizia eu – que a natureza privilegiada do crédito trabalhista, conferida por força de lei, somente pode ser concebida no próprio âmbito do concurso dos credores habilitados na falência. O processo falimentar é uma execução coletiva, abarcando credores de diversa hierarquia e credores de mesma hierarquia, que não podem ser preteridos uns pelos outros. O exaurimento do patrimônio da massa falida, nas execuções individuais, impediria o justo rateio entre seus pares na execução falimentar.

Isso para dizer, Senhor Presidente, que o processo de falência nada mais é do que a arrecadação dos ativos para pagamento das dívidas. Os créditos trabalhistas classificados como prioritários receberão, prioritariamente, o atendimento perante o juízo da falência.

É assim que voto, com vênia aos Colegas que pensam de forma diversa.

EXTRATO DA ATA

RE 583.955/RJ — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Maria Tereza Richa Felga (Advogados: Sebastião José da Motta e outros). Recorrida: VRG Linhas Aéreas S.A. (Advogados: Roberto Teixeira e outros e Sérgio Bermudes) e Varig Logística S.A. e outra (Advogadas: Renata Saucedo Pontes Yazbek e Paula Caversan Antunes).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. Octavio Bezerra Neves e, pelos recorridos, o Dr. Ricardo Tepedino.

Brasília, 28 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.994 — PA

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Eros Grau

Recorrente: Maria do Carmo Martins Lima — Recorridos: José Erasmo Maia Costa e Ministério Público Eleitoral

Recurso extraordinário. Eleitoral. Membro do Ministério Público. Recandidatura. Direito adquirido. Direito atual. Ausência de regra de transição. Preceitos constitucionais. Arts. 14, § 5º, e 128, § 5º, II, *e*, da Constituição do Brasil. Ausência de contradição. Situação peculiar a configurar exceção. Exceção capturada pelo ordenamento jurídico. Interpretação da constituição no seu todo.

Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandado político. O que socorre a recorrente é o direito, atual – não adquirido no passado, mas atual – a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo art. 14, § 5º, da Constituição do Brasil.

Não há contradição entre os preceitos contidos no § 5º do art. 14 e no art. 128, § 5º, II, *e*, da Constituição do Brasil.

A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos.

A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento.

Recurso extraordinário a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 4 de junho de 2009 — Eros Grau, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que deu provimento aos recursos especiais eleitorais propostos pelo Ministério Público Eleitoral e por José Erasmo Maia, e indeferiu o registro da candidatura de Maria do Carmo Martins Lima ao cargo de Prefeita do Município de Santarém/PA. Na hipótese, discute-se a possibilidade de exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público. O acórdão recorrido está assim ementado:

> *Recurso especial. Inelegibilidade. Membro. Ministério público. Ingresso. Posterioridade. Emenda Constitucional 45/2004. Reeleição. Registro de candidato. Indeferimento.*
>
> 1. O fato de a Recorrida ter exercido o mandato de prefeita, no período de 2005 a 2008, não significa que ela possa concorrer à reeleição, nem mesmo sob o signo do art. 14, § 5º, da CF, haja vista que permanece vinculada ao Ministério Público, estando tão somente licenciada.
>
> 2. Recursos especiais providos, para indeferir o registro de candidatura.

2. Dos votos proferidos se extraem as informações de que a ora Recorrente ingressou na carreira do Ministério Público em 14-8-1990 e licenciou-se do cargo para concorrer às eleições de 2004 para a Prefeitura do Município de Santarém. Tendo exercido o mandato de prefeita no período de 2005 a 2008, concorreu à reeleição ao cargo, ainda vinculada ao Ministério Público, sagrando-se vencedora no pleito de 2008. O registro da candidatura foi inicialmente deferido perante o juízo da 83ª Zona Eleitoral e mantido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Finalmente, o egrégio TSE indeferiu o registro, conforme acórdão antes referido.

3. Nas razões do recurso extraordinário, a ora Recorrente traz à colação o debate da extensão e do conteúdo da vedação do art. 128, § 5º, II, *e*, da Constituição Federal, e também da validade da sua reeleição. Preliminarmente, sustenta que a matéria "envolve questões de notória repercussão geral". Alega-se, ainda, violação aos arts. 5º, XXXVI; 14, § 5º; e 128, § 5º, II, *e*, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> Assim, mais que um direito subjetivo, o § 5º do art. 14 da Constituição, na redação a ele dada pela Emenda Constitucional 16/1997, tem como escopo garantir ao eleitorado e à sociedade a conclusão da implementação de projetos e programas que se lhe configurem de alta relevância, evitando a indesejável quebra de continuidade que, por vezes, redundam, tristemente, em desperdício de vultuosos recursos públicos.
>
> Assentada tal premissa, insta perguntar se a superveniência de norma constitucional estabelecendo limitações à atividade político-partidária de membros do Ministério Público poderia, pela sua aplicação literal e imediata, acarretar comprometimento de tal direito.
>
> É que no caso concreto, em que a Recorrente foi eleita para o cargo de Prefeita de Santarém no pleito de 2004, época em que era permitido exercício de atividade político-partidária, o direito à reeleição resultaria comprometido, tendo em vista a superveniente Emenda Constitucional 45, de 30-12-2004.

4. O ilustre Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, assim sintetizou seu parecer:

> *Recurso extraordinário. Eleitoral. Indeferimento do registro de candidatura. Membro do Ministério Público. Ingresso posterior à constituição de 1988 e anterior à Emenda Constitucional 45/2004. Ausência de afastamento definitivo do cargo de Promotora de Justiça. Vedação ao exercício da atividade político-partidária.*
>
> – Parecer pelo desprovimento do recurso.

5. Ressalte-se que, ao apreciar a Ação Cautelar 2.294, concedi parcialmente o efeito suspensivo para suspender todos os atos referentes às novas eleições no Município de Santarém, marcadas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Pará, até o julgamento do presente recurso extraordinário. O Município encontra-se sob a administração do Presidente da Câmara de Vereadores.

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM
(Sobre repercussão geral)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Inicialmente, ressalto que trago o presente recurso para análise da repercussão geral da matéria nele tratada, em decorrência da sua manifesta urgência, pois o Município de Santarém está sendo governado pelo Presidente de sua Câmara Municipal. Ademais, a depender do resultado deste julgamento, poderá ser necessária a realização de novas eleições municipais.

2. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo, preliminarmente, à análise da existência ou não de repercussão geral.

Verifico que o exame da possibilidade de Promotora de Justiça, Prefeita no quadriênio de 2005 a 2008, concorrer a novo mandato no período subsequente, em face da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, questão versada no presente apelo extremo, não ultrapassa os interesses subjetivos da causa, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil.

Eventual decisão desta Corte a respeito da matéria somente seria aplicável à restritíssima hipótese na qual os detentores do cargo de chefe do Poder Executivo municipal, eleitos em 2004 na condição de membro do Ministério Público, também tenham sido candidatos à reeleição em 2008. Desse modo, a análise do direito adquirido questionado no presente recurso estaria limitada pelo aspecto temporal, não sendo aplicável a eleições posteriores.

Esta Corte já decidiu pela inexistência de repercussão geral em casos de limitação dos efeitos da questão constitucional no tempo. Cito o RE 593.388-RG, Rel. Min. Menezes Direito, e o RE 576.121-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Trata-se, portanto, de hipótese excepcionalíssima, que interessa, apenas e tão somente, a um membro do Ministério Público que se dedica a atividades político-partidárias e foi eleita em 2004, anteriormente à edição da EC 45/2004,

para a chefia do Poder Executivo. Com o objetivo de impedir o afastamento de membros do Ministério Público de sua missão constitucional, qual seja, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal) e a criação de situações como a presente, excepcionais por natureza, foi promulgada a EC 45, de dezembro de 2004, que, ao alterar a alínea *e* do inciso II do art. 128 da Carta Federal, vedou sem exceções o exercício de atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público.

É dizer, não há que falar em repercussão geral no presente caso, já que a hipótese é, por suas peculiares circunstâncias, irreproduzível.

3. Ante o exposto, manifesto-me, preliminarmente, pela inexistência de repercussão geral e não conheço do recurso extraordinário, mantida a decisão da Corte Superior Eleitoral.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Este caso tem repercussão geral?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É a primeira questão que eu deverei apreciar como preliminar, Presidente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Deveria ser feito antes da sustentação?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Em razão da urgência do caso, uma vez que havia eleições marcadas e que eu deferi esta cautelar, estou trazendo para apreciação, em Plenário, da repercussão geral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer forma, apreciaríamos antes da sustentação porque se colocaria a questão da repercussão geral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos apreciar, Presidente?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A repercussão geral, porque é um caso submetido à repercussão geral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É atribuição do Plenário, seja virtual, seja físico.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E já vamos julgar o recurso?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Se for reconhecida a repercussão geral, poderemos ouvir os advogados e julgar o recurso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vamos decidir em questão de ordem, sem a sustentação, a repercussão?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): A questão da repercussão geral.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Só a existência de repercussão geral.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria interessante até para não abrir precedente, quanto à sustentação, na própria repercussão geral.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É caso excepcional que se justifica em face da pendência de eventual nova eleição no Município e a permanência, no comando do Município, do Presidente da Câmara de Vereadores.

Passo, então, a apreciar a repercussão geral.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, poucas vezes temos oportunidade de discutir, em Colegiado, o instituto da repercussão geral. E, neste caso, vamos fazê-lo, já que a Relatora trouxe o processo à mesa. Geralmente, partimos para a apreciação no campo virtual. Faço apenas uma ponderação e, evidentemente, ouvirei os colegas a respeito.

Muito embora, à primeira vista e na linha direta, haja interesse subjetivo individualizado, o caso concreto possui repercussão, a meu ver, ímpar: trata-se de alguém que teve o nome sufragado nas urnas e logrou a reeleição. Então, esse dado, essa premissa, para mim, por si só, já revela a repercussão geral ante a expectativa criada pelos eleitores, no que reelegeram a candidata prefeita.

Por isso, compreendo a colocação da Relatora. Claro, são situações residuais quanto à possibilidade de um membro do Ministério Público que optou pelo regime anterior, ter atividade partidária. Mas nos defrontamos com uma situação – repito – em que há expectativa muito grande dos munícipes que sufragaram o nome da Recorrente. A Prefeita reeleita é recorrente, não é?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): É uma promotora, prefeita.

Ministro Marco Aurélio, eu só ponderaria a Vossa Excelência que, quando se construiu o instituto da repercussão geral, jamais se pensou que ele tivesse essa conotação de ser medido pelo número de pessoas possivelmente atingidas pela decisão judicial.

A repercussão geral sempre foi imaginada como a repercussão da questão constitucional; a repercussão dessa questão, a possibilidade de sua reprodução em um número muito grande de feitos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Percebo a colocação de Vossa Excelência e confesso-me conhecedor das premissas alusivas à repercussão geral.

Primeiro, entendo haver uma situação que, em tese, pode se repetir. Segundo, há o dado que ressaltei: o fato de tratar-se de uma recorrente reeleita. Portanto, há um tema para questionar-se e que se mostra, ante a eleição verificada, merecedor do crivo do Supremo: se o mandato anterior, sem o retorno ao Ministério Público, estaria ou não a viabilizar a candidatura para um novo mandato. Isso repercute no sentimento dos eleitores que sufragaram o nome da recorrente.

VOTO
(Sobre preliminar)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na linha do que já adiantado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, tenho para mim que, primeiro, há uma questão constitucional; é evidente, pois tudo foi decidido com base em normas constitucionais que repercutem para além dos direitos subjetivos questionados neste caso específico, mais ainda quando se leva em consideração não apenas que isso pode ter repetição em outros casos, como neste caso: estamos diante do direito de eleitores que exerceram o seu direito e dever de votar e o fizeram acreditando em um sistema que agora encontra pelo menos uma interrogação de monta.

Entendo que isso repercute, sim. É matéria constitucional, e, a meu ver, tem uma repercussão que vai além das partes, tendo, portanto, a caracterização da repercussão geral nos termos do dispositivo constitucional.

Por essa razão, Ministra Ellen Gracie, peço vênia para manifestar-me no sentido da existência da repercussão geral no caso.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia aos que pensam diferentemente; vou acompanhar a Ministra Ellen Gracie.

Entendo que o caso é único, não tem repercussão geral. Se ultrapassada essa preliminar, centrarei os meus argumentos nesse aspecto.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço vênia à Ministra Ellen Gracie para acompanhar os argumentos da Ministra Cármen Lúcia.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, está se vendo que já temos um empate, além do voto muito bem elaborado da Ministra Ellen Gracie.

Pronuncio-me pela presença de repercussão geral da questão constitucional, a partir da consideração de que estamos cuidando da aplicação de uma emenda constitucional que nos obriga a uma releitura de outra norma constitucional: o § 5º do art. 14. Há uma espécie de conflito temporal, um entrechoque de normas eminentemente constitucionais. Depois, há a natureza do direito posto em causa, o direito de concorrer a cargo eletivo, que, por definição, é fundamental. Toda a lista dos direitos que vão do art. 5º ao art. 17 é de direitos fundamentais.

O Ministro Marco Aurélio falou em condição de elegibilidade. Essa emenda retira de um membro do Ministério Público a condição de elegibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O tema, por si só, já tem repercussão geral no que assentada a inelegibilidade no Tribunal Superior Eleitoral.

O Sr. Ministro Carlos Britto: No Superior Eleitoral, a matéria também suscitou esse debate muito aceso.

O fato é que eu também teria de me pronunciar porque, na condição de Presidente do Eleitoral, proferi o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Por isso, peço vênia à eminente Relatora para assentar a presença da repercussão geral da questão constitucional.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar a eminente Relatora diante do fato de tratar-se de caso residual, cuja solução não vai servir de critério para outros que estão exauridos.

Acompanho a Relatora.

VOTO
(Sobre preliminar)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Também peço vênia à eminente Relatora para manifestar-me no mesmo sentido.

Eu já tive oportunidade de escrever que o fato de existir um só caso constitucional, por si só, não justifica o não reconhecimento da repercussão geral, como indica, inclusive, a experiência americana do *certiorari*, por exemplo, os casos de busca e apreensão num dado órgão de mídia, ou uma questão específica sobre liberdade de expressão.

É evidente que, sobretudo, a lei que regulamentou a repercussão geral, tendo em vista nossa experiência histórica, enfatizou esta ideia – é uma interpretação do texto constitucional – de que é preciso que haja essa transcendência, essa possibilidade de repercussão sobre outros casos. E vemos isso até fisicamente, diante da homogeneidade das controvérsias constitucionais que marcam a nossa experiência atual. Mas é muito provável que, num futuro não muito remoto – oxalá! Espero –, nós tenhamos realmente a discussão em torno de casos isolados que poderão, depois, repercutir em outros casos no futuro. E no caso específico, embora se trate de função executiva, estamos a discutir realmente um tema relevante para esta condição de elegibilidade de membros do Ministério Público, para questão da cidadania em toda essa dimensão.

De modo que eu peço vênias também para acompanhar a divergência instalada.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Um dado interessante, Presidente: a repercussão geral se faz sempre de forma indireta, porque o pronunciamento do Tribunal

no processo subjetivo é lei entre as partes nele envolvidas. Então, não se exige que a repercussão seja direta, que se possa, inclusive, mencionar aqueles que poderão ter situações jurídicas alcançadas, na via indireta, pelo precedente da Corte.

É interessante o tema!

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. É incontroverso que a Recorrente é membro do Ministério Público do Pará desde 1990. Que exerceu diversos mandatos eletivos, a partir de 1996. Que foi eleita Prefeita de Santarém nas eleições de 2004, havendo tomado posse em janeiro de 2005. Que em 2008 pleiteou registro de candidatura para efeito de reeleição. O registro foi impugnado haja vista que a Recorrente não se afastara definitivamente do cargo, mas dele encontrava-se tão somente licenciada. Realizadas as eleições municipais, a Recorrente foi eleita. Superadas as diversas instâncias recursais, seu registro de candidatura resultou indeferido pelo TSE, com anulação do pleito. Novas eleições foram marcadas para serem realizadas em 5 de abril último. Deferi, em parte, medida liminar requerida nos autos da AC 2.294, para suspender os atos referentes às novas eleições até julgamento do presente extraordinário. O Município encontra-se, neste ínterim, administrado pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal.

2. Opuseram-se perante o TSE duas posições divergentes. À posição minoritária dos Ministros que valorizaram a cláusula de reeleição inserida no parágrafo 5º do art. 14, como garantidora do direito da Recorrente, contrastaram o Relator e a maioria que o seguiu a preeminência da alteração introduzida pela EC 45 ao estatuto jurídico do Ministério Público, para o efeito de vedar a seus integrantes o exercício de atividade político-partidária.

Anteriormente à promulgação da EC 45 bastava ao membro do Ministério Público o afastamento temporário de suas funções, para que pudesse se candidatar a cargos eletivos, diferentemente do que se verificava com relação aos magistrados. A EC 45, no entanto, veio a alterar completamente esse cenário e passou a demandar dos membros do MP o mesmo grau de isenção em relação às atividades de filiação político-partidárias vigorantes para os magistrados. Esse o verdadeiro sentido da EC 45.

3. Adequado ao perfeito equacionamento da matéria, o posicionamento manifestado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, em seu parecer:

> 16. A possibilidade de os membros do Ministério Público exercerem atividade político-partidária constituía matéria controvertida mesmo antes da alteração trazida pela Emenda Constitucional 45/2004. O texto original do art.128, § 5º, inciso II, alínea *e*, da Constituição Federal era assim redigido:
>
> "Art. 128. O Ministério Público abrange:
>
> (...)
>
> § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as

atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

(...)

II – As seguintes vedações:

(...)

e) **exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei**".

(Sem grifos no orginal.)

17. Os arts. 237, inciso V, da Lei Complementar 75/1993, e 44, inciso V, da Lei 8.625/1993, estabeleceram a proibição do exercício da atividade política, ressalvando a possibilidade de filiação e o direito de o membro do *parquet* afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.

18. Tais dispositivos foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelo então Procurador-Geral da República (ADI 1.371 e 1.377), tendo esse Supremo Tribunal Federal, sob o entendimento de ser totalmente incompatível o exercício das funções ministeriais e a vinculação a partido político, julgado parcialmente procedentes as ações, para dar aos dispositivos interpretação conforme a Constituição, estabelecendo que a filiação de membro do Ministério Público somente poderia efetivar-se na hipótese de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei.

19. Naquela oportunidade já se vislumbrava a dificuldade de harmonização entre as funções institucionais dos membros do Ministério Público e o exercício de atividade político-partidária, como esclareceu em seu voto o ilustre Ministro Néri da Silveira:

> "Difícil se faz, destarte, a harmonização de uma postura institucional de independência e imparcialidade com vínculos partidários de que decorrem deveres e disciplina impostos por entidade de direito privado aos que a ela filiados, de ordinário, em face também de conjuntura de cada momento político em que viva a sociedade".

20. Mesmo após a Emenda Constitucional 45/2004, houve discussões sobre os efeitos da alteração em relação àqueles membros que se encontravam licenciados e no exercício de mandato eletivo. O Tribunal Superior Eleitoral, nos ROs 999 e 1.116, confirmou o deferimento dos registros das candidaturas de Dimas Eduardo Ramalho e de Francisco Leite de Oliveira, membros do Ministério Público que, à época da promulgação da emenda, exerciam mandatos parlamentares. Ambos os recursos tiveram parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral pelo deferimento do registro.

21. Não obstante, reexaminado o tema, ressalta a conclusão de que, com a mudança trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, fez-se absoluta a proibição da atividade política, assim dispondo a nova redação do art. 128, § 5º, inciso II, alínea *e*, da Constituição Federal:

> "Art. 128. O Ministério Público abrange:
>
> (...)
>
> § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:
>
> (...)
>
> II – As seguintes vedações:
>
> (...)
>
> e) exercer atividade político-partidária.
>
> (Sem grifos no original.)

22. Sendo o exercício da atividade político-partidária expressamente vedado pela Constituição Federal aos membros do Ministério Público, imprescindível o afastamento definitivo da instituição para a implementação das condições de elegibilidade."

23. Na lição de Alexandre de Moraes, "essa nova vedação passou a constituir causa absoluta de inelegibilidade – assim como já existente aos magistrados –, pois os membros do Ministério Público não poderão filiar-se a partidos políticos, nem tampouco disputar qualquer cargo eletivo, salvo se estiverem aposentados ou exonerados.

24. As consequências da vedação trazida pela Emenda Constitucional 45/2004 foram anteriormente analisadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em consultas que originaram as Resoluções TSE nº 22.045/2005 e nº 22.095/2005:

> *Competência – Consulta – Regência e natureza da matéria*. A teor do disposto no inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para responder consulta está ligada ao envolvimento de tema eleitoral, sendo desinfluente a regência, ou seja, se do próprio Código, de legislação esparsa ou da Constituição Federal.
>
> *Ministério Público – Atividade político-partidária – Alínea e do inciso II do art. 128 da Constituição Federal – Emenda Constitucional 45/2004 – Aplicação no tempo*. **A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todos aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso.**"

28. Ante o exposto, opina o *Ministério Púbico Federal* pelo desprovimento do recurso extraordinário.

4. A Recorrente, por força do advento da EC 45, viu alterado o seu regime jurídico. O STF teve inúmeras oportunidades de reafirmar o entendimento segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico. Vale dizer, portanto, que após o advento a EC 45 o membro do MP que desejar exercer atividade político-partidária deverá exonerar-se ou aposentar-se. Se antes da EC 45 admitia-se que uma vez licenciado o membro do MP pudesse filiar-se e concorrer, tal conclusão já não é mais possível.

Nem é possível falar em direito adquirido ao regime anterior à emenda, para beneficiar a Recorrente, nem em direito adquirido dela – ou do eleitorado – assegurado pela norma viabilizadora da reeleição. A cada eleição, para requerer o registro de sua candidatura, o postulante a cargo eletivo deve demonstrar que satisfaz as condições de elegibilidade. Assim, a cláusula inserta no parágrafo 5º do art. 14 não dispensa os candidatos da comprovação do preenchimento de todos os requisitos e da inocorrência de qualquer causa de inelegibilidade. A possibilidade de recandidatar-se não é assegurada, de forma absoluta, a qualquer pessoa que se encontre no exercício de um dos cargos referidos no parágrafo 5º do art. 14. A possibilidade de reapresentar consecutivamente sua candidatura aos cargos executivos é assegurada a quem seja elegível, nos termos da Constituição e das leis. Ora, a CF, com a alteração introduzida desde dezembro de 2004 pela EC 45, impede de forma taxativa e sem margem a exceções, aos membros do MP o exercício de atividade político-partidária. Somente mediante exoneração ou aposentadoria seria viável a candidatura da Recorrente.

5. Por essas razões **nego provimento** ao recurso extraordinário, mantida a decisão do TSE.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Senhor Presidente, desejo esclarecer que, como o recurso se insere na seara do controle difuso, eu limito a solução proposta à hipótese dos autos, a saber, a aplicabilidade das restrições de direitos dos membros do Ministério Público àqueles que sejam postulantes de cargos executivos na forma autorizada pela Emenda 19.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a situação concreta apresenta certas peculiaridades. Antes da Emenda Constitucional 45/2004, que suprimiu da proibição a remessa a lei visando a disciplina da atividade partidária, ela, recorrente, licenciou-se, candidatou-se, logrou a eleição e, então, sem retornar ao Ministério Público, porque não houve interregno, apresentou nova candidatura para continuar no cargo por mais um mandato. Indago: nesse caso, é dado concluir que estaria inelegível, ainda persistindo a licença, já que não houve interregno? Quando ela se candidatou ao segundo mandato, qual era a respectiva situação jurídica? Estava licenciada. Não estava em atividade no Ministério Público.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas continuava sendo membro do Ministério Público, portanto sujeita ao regime legal disciplinar do Ministério Público.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Eu gostaria de esclarecer ao Tribunal, fazendo leitura da certidão que consta a fls. 83 do primeiro volume dos autos. É uma certidão exarada pelo Ministério Público do Estado do Pará. Diz ela o seguinte, no que interessa. Maria do Carmo Martins Lima, consta o seguinte:

> **Nomeação** – Nomeada, em virtude de aprovação em concurso público de provas e títulos, por Ato datado de 14-8-1990, para cargo de Promotor de Justiça de Primeira Entrância na Comarca de Oriximiná.
>
> Segunda anotação.
>
> **Posse** – Tomou posse no cargo inicial da carreira em 24-8-1996. Na mesma data. "**Exercício** – Entrou no exercício do referido cargo em 3-9-1990. **Afastamentos** – Pela **Portaria 622/96-PGJ**, de 30-5-1996, foi afastada das funções institucionais para concorrer ao cargo de Prefeito Municipal de Santarém." Pela Portaria nº tal, essa parece que foi uma campanha que não resultou vitoriosa. Pela Portaria nº "x", enfim, de 6/4.
>
> Pela **Portaria 526/1988-PGJ**, de 6-4-1998 (*DOE* de 15-4-1988), foi afastada de suas funções institucionais para concorrer ao cargo de Deputado Estadual, a contar de 03-4-1998.
>
> Pela **Portaria 188/1999-PGJ**, de 29-1-1999 (*DOE* 2-2/1999) foi afastada de suas funções institucionais para exercer o cargo de Deputado Estadual a contar 31-1-1999.

Outra anotação:

Pela **Portaria 2020/2004-PGJ** de 17-9-2004 (*DOE* 2-9-2004) foi afastada de suas funções institucionais para exercer "atividade político-partidária, sem remuneração, salvo quanto ao período compreendido entre o registro da candidatura e o dia seguinte ao da realização das eleições de 3-10-2004 ressalvado o direito de opção a que alude o art. 117, § 2º da LCE no 01/82, de 10-11-1982."

Atualmente encontra-se afastada de suas funções institucionais a contar de 3-1-2005, portanto, posse na prefeitura naquele primeiro mandato. Eleita em 2004, tomou posse em janeiro de 2005 para fins de exercer o cargo eletivo de Prefeito Municipal de Santarém, em conformidade com *A Portaria 1273/2005-PGJ*, de 1-6-2005 (*DOE* de 13-6-2005).

Aqui termina essa certidão.

A fl. 83 traz a seguinte portaria do Procurador-Geral de Justiça do Pará:

Considerando (...)

Resolve:

Afastar das funções ministeriais a Promotora de Justiça de 3ª Entrância Maria do Carmo Martins Lima, a contar de 3-1-2005, para fins de exercer o cargo eletivo de Prefeito Municipal de Santarém, com percepção de vencimentos relativos àquele cargo da carreira deste Ministério Público Estadual, em observância ao direito de opção a que alude o art. 117, § 2º, da Lei Complementar Estadual 01/1982, de 10-11-1982, devendo apresentar a este Órgão Ministerial comprovante de que não aufere rendimentos pela Prefeitura Municipal de Santarém, descaracterizando a acumulação de cargos proibida pelo art. 128, § 5º, inciso II, alínea *e*, da Constituição Federal/1988.

Este ato é datado de 1º de junho de 2005, conforme foi relatado da tribuna, e publicado em 13 do mesmo mês, 13 de junho de 2005.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É interessante. Não chego a potencializar a Resolução 5, do Conselho Nacional do Ministério Público, no que, no art. 1º, em 2006, acabou por lançar no cenário jurídico – não estou examinando o que lançado, porque estranho à matéria submetida, para decisão, ao crivo do Supremo:

Art. 1º Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda 45/2004.

Os anteriores estariam autorizados a continuar na atividade político-partidária!

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, se a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski me autorizarem, vou mencionar, a partir do voto que dei no Tribunal Superior Eleitoral, duas ou três circunstâncias.

Peço vênia à Ministra Ellen Gracie para divergir e adotar as razões daquele voto – que em seguida transcreverei – que se encontram, basicamente, no seguinte: não se trata, na verdade, apenas de direito adquirido, mas de direito atual; direito atual.

Naquele momento, da reeleição, independentemente da fundamentação em direito adquirido, a qual é também bastante razoável, ela havia direito à reeleição nos termos do § 5º do art. 14 da Constituição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Direito à recandidatura.

O Sr. Ministro Eros Grau: Direito à recandidatura. Ocorre que estamos diante de uma situação especial, porque não há regra de transição. Essa é a questão. E eu não posso ler a Constituição admitindo que exista uma contradição entre preceitos. A Constituição não contém contradições; ela tem de ser interpretada na sua totalidade – e por isso eu insisto, talvez até de modo exagerado, nisso –, eu tenho de interpretá-la no seu todo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Faz sentido isso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Então, não há essa contradição.

Eu tenho de considerar a peculiaridade, a especialidade – dê o nome que se quiser a essas situações. Nós já fizemos isso aqui, até recentemente.

Nesse voto que eu dei lá no TSE, mencionei um mandado de segurança em que se examinava exatamente a ausência de regras de transição – era aquela questão do concurso público para o Ministério Público Federal prestado por uma promotora pública.

Então, com as vênias devidas dos que entendem em sentido contrário, nós estamos diante da ausência de regras de transição para disciplinar a situação fática de que se cuida e não é abrangida pelo novo regime. Eu não quero supor a existência dessa contradição.

Por isso peço vênia à Ministra Ellen Gracie, Ministra Relatora, para agregar a essa minha manifestação agora – eu não vou lê-la por uma questão de brevidade – as razões do voto que dei no TSE e votar no sentido de dar provimento ao recurso. Eis o voto (Voto-vista RESPE 33.174 – Santarém/PA):

> A recorrida ingressou na carreira do Ministério Público em 1990, após a promulgação da Constituição de 1988, cujo art. 128, § 5º, II, *e*, vedava o exercício, pelos membros do Ministério Público, de atividade político-partidária, salvo as exceções previstas em lei. Licenciada, candidatou-se ao cargo de Prefeito do Município de Santarém/PA, tendo sido eleita para o período 2004/2008. Candidatou-se à reeleição, o registro de candidatura tendo sido deferido. O recurso especial é interposto contra acórdão que confirmou esse deferimento.
>
> A EC 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, proibiu o exercício de atividade político-partidária aos membros do Ministério Público, sem exceção.
>
> A licença obtida pela Recorrida em 2004 teria sido suficiente para garantir-lhe o exercício de mandato político-partidário no período de 2004/2008, mas não a partir de 2009. À Recorrida seria vedado o exercício de novo mandato. Não seria titular de direito adquirido a obtê-lo.
>
> A Recorrida não há, efetivamente, direito adquirido a, enquanto membro do Ministério Público, candidatar-se ao exercício de novo mandato político. O que lhe socorre é o direito, atual – não adquirido no passado, mas atual – a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo art. 14, § 5º, da Constituição do Brasil.

Estamos, no caso, diante de situação *peculiar*, dicção que extraio do voto proferido pelo Ministro Gerardo Grossi no julgamento, por esta Corte, do RO 999. Não se trata de opormos os preceitos contidos no § 5º do art. 14 e no art. 128, § 5º, II, *e*, da Constituição do Brasil, até porque não há conflito entre eles. Trata-se, apenas e tão somente, de compreendermos que a interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos.

A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.

A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular.

Isso tenho reiteradamente afirmado, em votos no Supremo Tribunal Federal e em escritos acadêmicos[1]. Aqui, enquanto intérpretes autênticos do direito – dicção de Kelsen – produzimos o direito, no seu todo, como totalidade normativa, inclusive para colher, capturar situações de exceção, como a de que tratam estes autos.

5. Colho, na ementa do MS 26.690, do qual fui Relator, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 3 de setembro de 2008, os seguintes trechos:

> *Ementa: mandado de segurança. Constitucional. Emenda constitucional 45/2004. Ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações limítrofes não abrangidas pelos novos preceitos constitucionais. Ministério Público Federal. Ingresso na carreira. Inscrição definitiva no concurso público. Candidata que, embora não possuísse os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, § 3º, da Constituição, era Promotora de Justiça de Ministério Público Estadual. Situação de exceção. Princípio da unidade do Ministério Público (art. 128, I e II, da CB/88). Princípio da igualdade (art. 5º da CB). A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. Ordem deferida.*
>
> 1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.
>
> (...)
>
> 4. A circunstância de a impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição

[1] Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da Constituição.

(...)

Segurança concedida.

O mandado de segurança foi impetrado por Promotora de Justiça no Estado do Paraná tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República porque não possuía os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, § 3º, da Constituição. A ordem foi concedida, de modo a capturar-se a situação de exceção.

A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. A norma geral deixaria de sê-lo [= deixaria de ser geral] se a contemplasse. Da exceção não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. Ela está no direito, ainda que não se a encontre nos textos normativos de direito positivo[2].

Pois ela não está situada além do ordenamento, senão no seu interior. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença no entanto capturada pelo direito. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção[3]. Daí que ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção, retirando-se desta[4].

O Supremo Tribunal Federal tem assim procedido em alguns casos, assumindo claramente tê-lo feito. Menciono, para dar exemplo disso, as decisões tomadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240 e no Habeas Corpus 94.916, dos quais fui relator, e na Reclamação 3.034.

Eis o que neste caso se dá. A ausência de regras de transição para disciplinar a situação fática de que se cuida, não abrangida pelo novo regime jurídico instituído pela EC 45, demanda a análise do cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

A Recorrida estava licenciada, filiada a partido político – logo exercendo atividade político-partidária – e já fora eleita para exercer o cargo de prefeito municipal na data da publicação da EC 45, 31 de dezembro de 2004. Há, pois, direito a disputar a reeleição.

Observo, por fim, que este meu entendimento é inteiramente adequado ao que foi decidido por esta Corte no RO 999, Relator o Ministro Gerardo Grossi, bem assim, parcialmente, no RO 1.070, Relator o Ministro Cezar Peluso, e em decisões monocráticas no RO 1.085, Relator o Ministro Gerardo Grossi, e nos ROs 1.007 e 1.116, Relator o Ministro Cezar Peluso.

Neguei então provimento ao recurso especial.

---

[2] Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 328 et seq.

[3] Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: O poder soberano e a vida nua (trad. de Henrique Burgo). Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 26/27.

Vide BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permante*: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 65-75.

[4] A expressão é de Giorgio Agamben, ob. cit., p. 25.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite, já que o eminente Ministro Eros Grau retomou a palavra? Eu gostaria de fazer alguma ponderação.

O art. 14, § 5º, com a redação da Emenda 16/1997, garantiu a reelegibilidade dos detentores dos cargos que enumera, com que propósito? Com o propósito evidentíssimo de alterar a redação anterior do mesmo parágrafo, que proibia a reeleição. Ela, portanto, passou a permitir a reeleição. Não é essa a pergunta que se deve propor no caso. A pergunta é: se, nessa alteração da questão da reelegibilidade com a Emenda 16, se foram alteradas as regras que dizem respeito aos demais requisitos constitucionais e legais de elegibilidade. Noutras palavras, a pergunta é: se a nova redação do art. 14, § 5º, mudou todo o sistema de elegibilidade ou se só mudou uma das condições, a da reeleição. Evidentemente, a meu ver, com o devido respeito, essa Emenda só alterou um requisito de elegibilidade. Qual era? Antes, era proibida a reeleição para esses cargos, e, a partir da Emenda 16, passou a permitir a reeleição. Não foram, porém, alteradas as demais condições de elegibilidade, sejam as constantes da própria Constituição, sejam as constantes da legislação infraconstitucional. Noutras palavras, o art. 14 apenas retirou a proibição de reeleição, mas não alterou o regime de elegibilidade compreendido pelos outros requisitos.

Daí, muito bem lembrado pelo advogado que ocupou a tribuna, poder-se-ia indagar, diante da nova redação do § 5º do art. 14, se quem se tornou inelegível – por exemplo, como detentor de um desses cargos, por algum outro motivo, como rejeição de contas ou condenação criminal –, pode invocar o art. 14, § 5º, para sustentar que possa ser eleito: "Não, mas o art. 14 me permite ser eleito." "Ah, sim, mas o senhor está faltando com outro requisito de elegibilidade." "Bom, mas o art. 14 me dá o direito de ser reeleito."

Se fixarmos a tese de que o art. 14, § 5º, dá direito a ser reeleito, excluímos e abolimos todos os demais requisitos constitucionais e legais de elegibilidade.

Ora, o que sucedeu no caso é que, com a Emenda 45, o requisito específico para certa classe de pessoas, que eram os membros do Ministério Público, foi alterado. Isto é, embora o art. 14, parágrafo único, tenha sido alterado em um dos requisitos para uma classe particular de cidadãos – os membros do Ministério Público –, quando o requisito de elegibilidade foi retirado, eles já não poderiam exercer mandato eletivo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): E com vigência imediata.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eficácia plena e vigência imediata. Daí não se poder cogitar de regime jurídico de direito adquirido, porque já havia cessado o mandato anterior. Em outras palavras, tinham-se exauridos os efeitos da alteração sob o regime constitucional anterior, que permitia as exceções previstas na lei subalterna.

No instante em que a lei subalterna já não vige, porque a Constituição já não permite nenhuma exceção, só quem se encontrasse no exercício do cargo é que poderia continuar a exercê-lo, invocando o direito adquirido.

No instante em que o mandato terminou, cessou, e houve uma nova eleição sob a vigência da Emenda 45, era preciso examinar não apenas o requisito da reelegibilidade para o mesmo cargo, mas também os demais requisitos que, em relação aos membros do Ministério Público, eram negativos. Isto é, poderiam ser reeleitas para os mesmos cargos todas as pessoas que, salvo alguma restrição constitucional – como as dos membros do Ministério Público –, não estivessem impedidas por outro motivo. A reelegibilidade estava assegurada, porém não para todos, senão para os que observassem o conjunto dos demais requisitos de elegibilidade.

Ora, o que sucedeu, no caso, com a Recorrente? Ela tinha, de fato, direito adquirido, que foi exercido e exaurido com o término do mandato. No término do seu mandato, esgotou-se-lhe o direito adquirido. Ela o exerceu integralmente e o exauriu. O seu direito adquirido estava satisfeito; aliás, já não há direito adquirido, mas direito exaurido, porque foi completamente exercido até o final do mandato.

Quando ela se propôs a concorrer para a reeleição, seria necessário que preenchesse não apenas o requisito de reeleição para o mesmo cargo, como também os demais requisitos exigidos pela Constituição, que, no caso dela, tinham caráter negativo, porque não lhe permitiam ser reeleita. Em outras palavras, aquilo que faltou à Recorrente não foi a proibição da reeleição – que estava assegurada, teoricamente –, foi não preencher um requisito de caráter singular da sua condição funcional. Era a sua condição funcional que proibia a reeleição, não o art. 14, § 5º.

O art. 14, § 5º, punha a regra geral; isto é, já não havia proibição de reeleição para o mesmo cargo, desde que cada candidato preenchesse todos os requisitos vigentes na data em que se inscreveram para concorrer. No caso posto, com o devido respeito, ela já não preenchia um requisito absolutamente indispensável, nos termos da própria Constituição, para se tornar elegível, a despeito da reelegibilidade teórica para o mesmo cargo.

Enfim, Senhor Presidente, a mim me parece, com o devido respeito, que ela realmente, neste caso, não tinha direito algum, nem sequer expectativa, porque o regime jurídico novo a apanhou quando já não havia, no seu patrimônio jurídico, nada que sobrasse da autorização que valia para o regime anterior, porque o seu mandato estava exaurido e ela não estava definitivamente afastada da instituição.

Em outros termos, o fato de ela estar afastada por licença é absolutamente irrelevante, porque, para concorrer sob o regime novo da Emenda 45, era necessário que ela estivesse afastada definitivamente do Ministério Público; quer dizer, que já não fosse membro do Ministério Público. Ela continuou, a despeito da licença, membro do Ministério Público. Portanto, na data em que se candidatou, estava impedida de se candidatar!

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite pegar um gancho na sustentação para ressaltar uma peculiaridade?

Vossa Excelência admite que ela exerceu o primeiro mandato legitimamente e que a proibição somente surgiu em dezembro de 2004.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quando já estava eleita a Recorrente; reeleita.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não. Eleita para o primeiro mandato.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estamos a discutir acerca do registro, se ela poderia, ou não, requerê-lo. Indago: à época – no exercício do cargo e visando à reeleição, ela requereu o registro como candidata –, havia a Emenda Constitucional 45/2004?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Em 2008, ela requereu o registro da candidatura para a reeleição; em 2004 ela foi eleita pela primeira vez.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em 2008.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em 2008. Está certo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por isso é que tinha cessado completamente o mandato, por isso é que eu me assentei nesse pressuposto.

O Sr. Ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir.

As razões que o Ministro Cezar Peluso traz, sempre objetivas, confirmam exatamente o que eu disse.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O que se tem, a meu ver – e o Tribunal deverá pronunciar-se a respeito –, é a potencialidade, presente a reeleição, já que não há direito adquirido a ser reeleito. Há a potencialidade e o direito a concorrer.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas há direito a se candidatar, à recandidatura.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Direito adquirido à recandidatura, preenchidas certas condições.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O que o Ministro Eros está apontando é a falta de uma cláusula de transição em relação à Emenda 45.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Desde que elegível.

O Sr. Ministro Eros Grau: O que diz o Ministro Peluso apenas confirma a ausência da chamada cláusula de transição, e a peculiaridade desta situação: especialidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E a Emenda Constitucional 45/2004 a apanhou já eleita para primeiro mandato.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Já eleita. Ela foi eleita em outubro de 2004.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Indago – e é a colocação do Ministro Eros: na segunda vez, estaria alcançada pela Emenda 45/2004? O Colegiado dirá. Eu, por exemplo, já adianto que não estava alcançada, tendo em conta a situação jurídica verificada com a eleição pretérita.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Ministro Cezar Peluso, só um minuto.

Vossa Excelência fez uma pergunta retórica e a respondeu brilhantemente. Eu creio que ela pode ser resumida da seguinte forma: a Constituição Brasileira proibia a reeleição para os cargos de presidente, governador e prefeito; os cargos executivos. Num determinado momento, decidiu a nação mudar esse critério e

permitir a reeleição aos mesmos cargos. Então, sobreveio a Emenda 19, dizendo que são reelegíveis para o mesmo cargo os prefeitos, governadores e presidente, com uma cláusula que está implícita nesta autorização: desde que sejam elegíveis, porque, se não forem elegíveis, não se podem recandidatar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O que foi permitida foi a reeleição, é o fato objetivo da reeleição. Isso é que foi permitido, o que não transformou os detentores desses cargos, automaticamente, *ipso facto*, independentemente de preencher outros requisitos, em elegíveis como tais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): E não se trataria de prorrogação de mandato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nós estamos partindo do pressuposto de que a Emenda 16 atribuiu, para todos os titulares do cargo, um caráter absoluto de elegibilidade.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Seria mera prorrogação.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E que paira acima e contra todos os outros requisitos. O candidato poderia ter sido condenado criminalmente, ter perdido os direitos políticos, ainda assim seria reelegível, porque existe o art. 14, § 5º, com a Emenda 16!...

E ademais, Senhor Presidente, a referência, com o devido respeito, a um regime de transição só tem sentido quando se trate de transição complExcelência Aqui não há nada de complexo. Cessou o mandato, abriu-se a oportunidade de nova eleição, e, nessa oportunidade do registro das candidaturas, configurou-se nova condição. Noutras palavras: quais são e quais não são as pessoas que, naquela data, podiam candidatar-se ou não? Qual é a necessidade de regra de transição? Não há necessidade de regra de transição nenhuma.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não é tão simples assim, Excelência. É uma transição complexa mesmo. O Ministro Eros Grau qualificou muito bem como complexa essa transição, e os debates já estão demonstrando isso pelo seu calor.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A questão de transição, de continuidade de governo etc., são questões de inspiração absolutamente de caráter político-administrativo e, aliás, extremamente discutíveis.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu votei no TSE, num voto bastante curto, foi até parcialmente citado aqui.

Gostaria já de adiantá-lo.

Eu defendi naquela oportunidade que os pressupostos de elegibilidade se renovam a cada eleição.

> Ela foi eleita em 2004 porque a situação jurídica dela, naquele momento, permitia. Essa situação se alterou em dezembro de 2004 e não atingiu o direito

que ela adquiriu nas eleições de 2004. [Pois ela se elegera prefeita em eleição realizadas pouco antes da vigência da Emenda 45.] Ela pôde cumprir o mandato até o final; agora, tem de se submeter ao novo quadro jurídico trazido pela Emenda 45. Segundo esse novo quadro jurídico, ela não pode sequer candidatar-se. [Pois lhe faltava uma condição de elegibilidade, que é a filiação partidária.]

Assim, mesmo entendendo que, nas eleições de 2004, era viável a um membro do Ministério Público se candidatar a cargo eletivo, desde que se licenciasse do cargo dentro do prazo. Essa situação não mais perdura sobre o novo regime criado pela Emenda 45. Nessa nova situação, é indispensável a exoneração do cargo, e não a simples licença, como é o caso dela.

Para mim, o instituto da reeleição e o seu significado intrínseco tornam-se absolutamente irrelevantes se o candidato à reeleição, no curso do primeiro mandato, por algum motivo, deixa de ser detentor da condição de elegibilidade. Admitir o contrário equivaleria a admitir a hipótese de uma recandidatura de alguém que se elege a um determinado cargo e, entrementes, torna-se inelegível, por exemplo, por força de uma decisão criminal condenatória.

Por esses motivos, peço vênia à divergência para acompanhar a eminente Relatora e negar provimento ao recurso extraordinário.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Até gostaria de dizer, de acréscimo, com o devido respeito, que ninguém teve regime de transição mais largo do que o dela. A Emenda é de 2004, e ela candidatou-se em 2008; um regime de transição de quatro anos, portanto! Podia preparar-se, estava ciente e consciente de que não podia concorrer mais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas ela foi eleita com a possibilidade da recandidatura, ou seja, o eleitor, que é soberano, segundo a cabeça do art. 14, e soberano é o detentor da soberania, é aquele que está acima de tudo e acima de todos... Um momentinho, Excelência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, se ela tivesse sido condenada criminalmente e perdesse os direitos políticos com base nesse artigo, ela poderia candidatar-se novamente?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu vou continuar com o meu raciocínio.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O eleitor se submete à Constituição também.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O eleitor soberano elegeu a ora Recorrente com a possibilidade de uma recandidatura.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Desde que elegível.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Um momento. A recanditadura só poderia ser afastada se ela, no exercício do mandato, cometesse um ilícito, de modo a provocar um entrechoque de legitimidades. Ela já estava materialmente legítima,

factualmente legitimada pelo exercício do voto. Se não cometesse nenhuma ilicitude formal ou ética ou jurídica propriamente dita, ela persistiria no exercício daquele cargo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Permaneceu licenciada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pois é. Ela estava licenciada do Ministério Público e tinha o direito à recandidatura, porque o § 5º do art. 14 assim assegurava. Vale dizer, do ângulo do eleitor, houve uma eleição com possibilidade de recandidatura; do ângulo do eleito, houve uma eleição com possibilidade de recandidatura. Ela não cometeu nenhum ilícito. É por isso que se pode falar de direito adquirido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência me permite? Vou lhe dar duas respostas: a primeira, quanto à soberania popular. Esta se exerce nos limites e nos termos da Constituição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Tanto que não pode passar por cima do art. 158.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Fico contente em ouvir isto: a Constituição também submete o povo. É muito importante.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Segundo, não há nenhum ato ilícito em exercer atividade político-partidária quando a Constituição proíbe?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Olha, a soberania popular se traduz aí no exercício do direito do voto, que é uma cláusula pétrea.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E, por ser tão pétrea, que ela é tão dura, que não permite ser eleito quem não pode!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas ela, quando se candidatou, tinha legitimidade para tanto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em 2008? Em 2008, ela não tinha condição, Ministro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas foi eleita.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência está preocupado com a eleição anterior. A eleição anterior se esgotou.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas foi eleita debaixo de uma regra constitucional explícita que possibilitava a recandidatura, a sobrevinda de uma emenda.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Desde que fosse elegível.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A regra não se alterou.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim. É por isso que o Ministro Eros falou de uma transição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Quatro anos?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas há transições alongadas e transições curtas.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, quero inicialmente fazer uma observação para efeito de esclarecimento.

O Dr. Admar Gonzaga fez a gentileza de fazer uma referência a algumas ponderações que eu fiz, no curso da sessão na qual se teve o voto do eminente Ministro Marcelo Ribeiro, que era o Relator, e, quando nas discussões, eu levantei alguns pontos que foram objeto de ponderações, já hoje, aqui, e também naquela oportunidade, terminei por dizer que o Ministro Eros Grau afirmava, naquela ocasião, que a situação era a "situação limite". Essa situação realmente merece discussão, de todo jeito é muito bem-vinda à vista do Ministro Eros Grau.

Para deixar claro, quando eu fiz as indagações, estava no curso de um debate e que eu não votei naquela ocasião para não imaginar que, quando eu esperei o Ministro Eros Grau, eu pudesse imaginar que eu já estava com a minha conclusão firmada. E tanto não estava que eu peço vênia a Ministra Relatora, mas me convencem as razões do Ministro Eros Grau sobre a qual eu pensei desde aquela ocasião. Afirmou então o Ministro Eros Grau, no voto proferido no Tribunal Superior Eleitoral, que: "estamos, no caso, diante de situação peculiar, dicção que extraio do voto proferido pelo Ministro Gerardo Grossi, no julgamento por esta Corte, TSE, do RO 999: "Não se trata de opormos os preceitos contidos no § 5º do art. 14 e no art. 128, § 5º, II, alínea *e*, da Constituição do Brasil até porque não há conflito entre eles. Trata-se apenas e tão somente de compreendermos que a interpretação do direito da Constituição não se reduz ao singelo exercício da leitura dos seus textos".

Convenço-me, Senhor Presidente, das razões que foram aqui expostas com as brilhantes observações tanto da Relatora quanto do Ministro Peluso e do Ministro Joaquim Barbosa, aos quais peço vênia para divergir exatamente por dois motivos: primeiro, a peculiaridade que foi demonstrada pelo Ministro Eros Grau me convence – como eu disse – exatamente que estamos diante da aplicação num caso em que guarda realmente singularidade. Foi posto tanto nos autos...

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Só um minuto, Ministra Cármen. Se é tão singular, é sinal de que não há repercussão geral.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não. A singularidade, quando nós falamos, falamos que não era a circunstância de ser devido a um caso que não poderia se repetir, que não teria repercussão, tanto que os debates demonstram bem isso.

Enfim, quero me manifestar no sentido de que: primeiro, que foi posto, está nos autos, e também foi realçado aqui, da Tribuna, que esta Recorrente, esta prefeita, naquele período, foi ao Ministério Público e questionou o Ministério Público, que disse que ela, já estando de licença, nem precisava de uma nova licença. Portanto, ela acreditou nisso. Segundo, o primeiro grau e o TRE proferiram decisões favoráveis.

Como disse o Ministro Carlos Brito, no TSE, e já se manifestando aqui, o eleitor acreditou exatamente nessas circunstâncias. Seria, portanto, uma

apenação que, neste caso, passaria da pessoa da prefeita e atingiria até esses munícipes, que – eu reconheço – cumprem rigorosamente a Constituição, como todos. E que, neste caso, fez a sua atuação diante de uma manifestação judicial, que é, pelo menos – como disse o Ministro Eros Grau –, uma situação peculiar, tanto que se acreditou exatamente nisso.

Não me parece que tenha havido, neste caso específico, o descumprimento a gerar o que foi considerado pelo TSE. Pelo que eu estou, na linha do voto do Ministro Eros Grau, também dando provimento ao recurso exatamente na linha do que ele disse: há uma interpretação permitida, nos termos da Constituição, que fazem com que os arts. 128, § 5º, II, alínea *e,* possam, sim, ser considerados como não aplicados para o caso da Recorrente em face da singular situação que se configurou na espécie.

Portanto, peço vênia à Ministra Relatora e aos que a seguiram, mas acompanho o voto do Ministro Eros Grau.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, eminentes pares, quando da questão de ordem suscitada pela eminente Ministra Ellen Gracie, eu me manifestei no sentido da inexistência da repercussão geral, porque entendi, como entendo ainda, que o caso é único, que o caso é singular, que o caso é peculiar.

No caso, a Recorrente foi eleita e, após a sua eleição, sobreveio a Emenda Constitucional 45, que vedou aos membros do Ministério Público qualquer participação político-partidária, sem fazer nenhuma ressalva. Mas acontece – como foi frisado aqui – que ela já estava eleita e, portanto, como afirma o eminente Ministro Eros Grau, ela possuía direito, direito atual, não direito adquirido, à reeleição por força do que estabelece o art. 14, § 5º, da nossa Carta Magna.

Penso, Senhor Presidente, eminentes pares, que o que está em jogo aqui é o direito fundamental à participação política – o direito de votar e de ser eleito –, um direito de primeira geração, um direito que integra o próprio núcleo axiológico do princípio republicano.

E, se estivermos em face de um conflito de princípios, parece-me que o princípio republicano – que é um princípio magno, que é um superprincípio – deve prevalecer sobre qualquer outro e, portanto, na espécie, aplica-se, com toda a sua força, com toda a sua eficácia, o direito contemplado no art. 14, § 5º, da Constituição Federal.

Por esses motivos, Senhor Presidente, peço vênia aos que pensam em sentido contrário para dar provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, só para deixar claro. Participei do debate, mas não cheguei a proferir o voto propriamente dito.

Quando interpreto o § 5º do art. 14, claro que o faço à luz da cabeça desse mesmo art. 14. O § 5º assegura aos chefes do Poder Executivo essa possibilidade da reeleição ou da recandidatura, reelegibilidade, portanto, é a matéria de que trata o § 5º do art. 14.

Acontece que a cabeça do art. 14 é consagradora do princípio da soberania popular; dizendo que a soberania popular será exercida, antes de tudo, pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Soberania é qualidade de quê? Do soberano. E soberano só pode ser o povo, que está acima de tudo e que está acima de todos, superomnia. O povo elegeu a atual Recorrente, a ora Recorrente para um mandato de quatro anos com a possibilidade da recondução, da reeleição. Essa foi a vontade expressa do eleitor soberano. Essa qualidade do voto que é própria do eleitor soberano, essa qualidade é uma cláusula pétrea. O voto direto e secreto, universal e periódico é uma cláusula pétrea, sendo que essa periodicidade poderia ser renovada por um único período subsequente. De sorte que a Emenda Constitucional 45, embora veiculadora de normas constitucionais, não poderia ferir essa cláusula pétrea, não poderia se contrapor a ela para derruí-la, para derrubá-la.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, só uma pergunta: se for dado provimento ao recurso e ela tomar posse, quero saber se, na próxima eleição, ela pode candidatar-se novamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu faço outra pergunta a Vossa Excelência: quem se elegeu agora governador, por exemplo, tem o direito à reeleição, à possibilidade de reeleição, tem o direito à recandidatura. Se sobrevier uma emenda constitucional extinguindo a reeleição no Brasil, esse governador investido no seu cargo poderá ser alcançado por essa emenda? Ou a emenda só poderá entrar em vigor após o quadriênio subsequente? Evidente que sim, porque as regras do jogo são essas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quando criada a reeleição, a recíproca não foi verdadeira!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Agora, a recíproca já é diferente. A Constituição assegura a quem se investiu na chefia do Poder Executivo – vamos pensar num primeiro mandato – a possibilidade da recondução. E, se sobrevier u'a emenda extinguindo a reeleição? Os eleitos para o primeiro mandato poderão ser alcançados por essa emenda? Não estou falando de terceiro, nem de quarto, nem de quinto mandato.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência me permite? Pense no absurdo da situação a que a divergência pode levar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Quem foi eleito para dois mandatos provavelmente terá direito adquirido para mais dois, e assim sucessivamente. Caso de dinastia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Celso de Mello, do que entendi do debate, pelo menos das posições contrapostas, o que se está afirmando é apenas a falta, talvez, ou em outras palavras, a existência de uma lacuna

constitucional que deveria ter previsto uma regra de transição para essas pessoas que concorreram devidamente e que teriam direito a uma transição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Uma transição lógica.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não é um direito a uma reeleição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A transição dela durou quatro anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É uma reeleição.

O Sr. Ministro Carlos Britto**:** Até porque a atual Constituição, no § 5º do art. 14, somente aceita a reelegibilidade para um único período subsequente. Isso está muito bem-posto, com todas as letras.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Acho que poderíamos raciocinar em outros termos, pensar na seguinte hipótese: suponhamos que a situação da candidata estivesse sendo decidida hoje – a sua segunda candidatura. Ela estaria sujeita a dois tipos de objeções simultâneas contra a sua candidatura. Primeiro, poderiam dizer: ela não pode reeleger-se, porque a Constituição não permite. Segundo tipo de objeção: ela não pode reeleger-se, porque não cumpre a condição de não ser membro do Ministério Público. A primeira objeção está respondida pelo art. 14, § 5º; a segunda, não.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu acho as duas premissas falsas, se Vossa Excelência me permite.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é premissa. São duas objeções. Uma é dizer: não pode candidatar-se, porque não pode ser reeleito, problema da reeleição; segundo: não pode candidatar-se, porque, a despeito de poder ser reeleito, não preenche um requisito negativo de elegibilidade. Noutras palavras, é membro do Ministério Público e não se afastou definitivamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas essa regra não incide senão depois.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: São duas classes de objeções.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas essa regra não incide senão depois de ultrapassada a transição lógica.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas que transição, Ministro?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por isso foi que o Ministro Gilmar Mendes perguntou se estamos cuidando simplesmente de uma transição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, quatro anos de vigência da emenda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Quando a emenda chegou, ela não tinha nenhum mandato, Excelência, ainda não havia nem tomado posse.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Ela já estava eleita.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Estava eleita, Ministro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Então, tomou posse, exerceu os seus quatro anos para os quais foi eleita e, segundo a óptica do eleitor, não apenas dela, mas

do próprio eleitor, ela estava habilitada a postular uma recondução. É a transição lógica de que fala o Ministro Eros.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, se a óptica do eleitor legitimasse qualquer eleição, o TSE, que Vossa Excelência tão bem preside, não estava cassando aí...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A óptica do eleitor não se inclui entre as condições de elegibilidade que são fixadas para o candidato.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas quando o pedido de registro de candidatura foi feito pela segunda vez, a Recorrente já se encontrava no exercício do cargo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: São coisas distintas. Mas Ministro Britto, há outro exemplo bem chão que eu gostaria de dar. Devem existir, no Brasil, cerca de dez mil membros do Ministério Público. Essas dez mil pessoas, desde 1º de janeiro de 2005, estão terminantemente proibidas de ter filiação partidária, exceto essa senhora e provavelmente mais meia dúzia.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É um caso especialíssimo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não há nada de especial nesse caso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas essa senhora, ela tem revelado possuir uma vocação binária: tanto se acha habilitada para exercer as atividades do Ministério Público quanto para representar o povo, exercer o mandato popular. É uma vocação binária e a Constituição prestigia a atividade político-partidária.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, já havia adiantado o convencimento sobre a matéria e ressalto que o objetivo maior da norma constitucional é obstaculizar a atuação partidária daquele que esteja a atuar como fiscal da lei, como titular da ação penal, o integrante do Ministério Público. À época em que a Recorrente buscou o registro visando ao segundo mandato, estava licenciada em razão do mandato anterior e assim continuou, não retornando ao Ministério Público. Ainda que veja a situação como ambígua, devo pronunciar-me viabilizando o exercício de um direito inerente à cidadania – o direito daqueles que estão no mandato de apresentarem-se como candidatos à reeleição.

Voto no sentido de prover, portanto, o recurso extraordinário interposto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), a aplicação seria imediata, apanhando aqueles que já estavam integrados ao quadro funcional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, a brilhante sustentação de Vossa Excelência me levou à seguinte conclusão: no instante em que ela terminou o mandato, cessou, *ipso iure*, a sua filiação político-partidária por proibição constitucional direta.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, ela foi eleita por um partido ao qual não podia estar filiada.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Já que a Emenda 45 não incide, há um bloqueio lógico, *pro tempore*, de não incidência da Emenda 45 para essas situações.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por quê? Onde está isso, Ministro?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Evidente que está; é a transição lógica de que falou o Ministro Eros Grau.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas que transição, Ministro?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Transição de quatro anos, Ministro?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Direito fundamental.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), não levando em conta, mas – perdoe-me Vossa Excelência –, apenas para não parecer incongruente, não enfrentamos, nas respostas formalizadas, situações concretas em que o membro do Ministério Público, devidamente licenciado como admitido à época da candidatura, estivesse no exercício do mandato e tivesse se apresentado à reeleição. Não enfrentamos esse tema.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, com certeza esta discussão é extremamente rica, como se mostrou, nas suas múltiplas abordagens. A questão do direito adquirido ou eventualmente de um direito à recandidatura ou decorrente de um modelo de segurança jurídica, a falta de eventual cláusula necessária de transição, tendo em vista a sustação dessa possibilidade especialmente para aqueles que se encontravam na atividade política, no caso de que se cuida, no momento em que sobreveio a emenda ou a proibição completa, considerando a mudança de regime, tudo isso já foi aqui colocado e em visões que sustentam as duas posições contrapostas.

Vou pedir, fazendo esse brevíssimo resumo, vênias ao eminente Relator e a todos os que o seguiram para acompanhar a divergência instalada a partir do voto do Ministro Eros Grau, fazendo essas breves notas.

A jurisprudência é fartíssima e, quando se trata de regime jurídico ou estatuto jurídico, nós não cansamos de enfatizar, como amplamente já foi enfatizado, que não há direito adquirido a um dado regime jurídico ou que não há direito adquirido a um dado estatuto jurídico. Essa é a jurisprudência, creio que mais que do que centenária, do Supremo Tribunal Federal.

Também nós temos reconhecido, nos últimos tempos, que esta doutrina do direito adquirido não se presta para resolver as múltiplas situações que envolvem peculiares domínios de segurança jurídica. Pegando um exemplo simples: o direito à aposentadoria. Se se estende, por exemplo, a idade limite para aposentadoria, ou tempo de serviço para a aposentadoria, quem não perfaz aquele tempo, naquela data em que há a mudança, não pode invocar direito adquirido, porque aqui se misturam princípio e regra e, portanto, nós temos que contemplar uma situação, como

fala Dworkin, de tudo ou nada. Se não se preenche o requisito, ainda que falte um dia para completar aquele requisito, a mudança se operou de forma eficaz.

Então se pergunta: aqui e alhures, será essa uma solução justa do ponto de vista de justiça material? Será que não haveria uma lacuna aqui – pelo menos uma lacuna – quanto a uma regra de transição? Essa a questão que se colocou, por exemplo, no direito alemão, quando houve a discussão sobre o censo, a obrigatoriedade de prestar informação às autoridades responsáveis pelo censo. Havia, naquele momento, um debate intenso sobre se o cidadão não teria direito de recusar a prestação dessas informações, tendo em vista que elas poderiam ser utilizadas até para fins militares. Então, aquelas pessoas que perfilhavam aquilo que se diziam ideias pacifistas: "Eu não posso oferecer essas informações sabendo que elas poderão ser usadas para fins outros inclusive belicosos".

Esse debate chegou à Corte Constitucional alemã, que afirmou a constitucionalidade da lei do censo. Do contrário, se houvesse tanta lacuna, se houvesse tantas pessoas que pudessem recusar a prestação de informações, o censo perderia a sua consistência. Mas se diz, então, que é preciso que haja normas de organização e procedimento que assegurem a essas pessoas que têm desconfiança a certeza de que essas informações não serão usadas para outros fins que não estes, estatísticos e de planejamento, não para outros fins inclusive bélicos. E a Corte produz uma dessas sentenças intermédias para dizer que havia uma lacuna, havia normas que precisavam complementar. Este é um exemplo de que precisavam complementar aquele modelo.

No caso de regras de transição, especialmente diante de mudanças mais graves, de mudanças de estatuto, nós temos feito essas aproximações. O Ministro Eros Grau citou no seu voto aquela decisão que nós invocamos – inclusive, o Ministro Eros Grau não concorda, mas invoquei na época a ideia de proporcionalidade em sentido estrito –, o caso do membro do Ministério Público que fez o concurso e que tinha um tempo incompleto.

É um pouco isso que nós estamos colocando aqui, evocando, então, essa ideia não de direito adquirido – eu diria –, mas de segurança jurídica nesta dimensão mais ampla, a ideia de que seria necessário, especialmente para aqueles que eram exercentes de mandato, que houvesse uma cláusula de transição. É como se nós estivéssemos dizendo que o constituinte teria que ter contemplado, a partir dessa perspectiva de proporcionalidade, uma regra de transição.

Com isso, acredito que nós colocamos o debate nesses trilhos e fazemos a ressalva tão somente para aqueles exercentes de mandato eletivo.

Não estamos, portanto, afirmando direito adquirido e nem revogando a nossa jurisprudência sobre a inexistência de direito adquirido a estatuto jurídico ou a regime jurídico, mas fazendo apenas um juízo tópico tendo em vista essa situação.

E, com isso, portanto, reconhecemos essa possibilidade – aqueles que estão subscrevendo a tese do provimento do recurso. Entre eles, então, eu me inscrevo com essas observações, invocando a ideia de segurança jurídica, a proporcionalidade em sentido estrito e esse pensamento do possível que temos invocado aqui

ou acolá para apontar essas lacunas parciais do texto constitucional, como já fizemos naqueles casos dos procuradores do trabalho que puderam, mesmo sem ter os dez anos – na falta de pessoas que tivessem essa condição –, ser conduzidos a tribunais regionais do trabalho; ou a regra do Ministério Público representando a Defensoria Pública.

Portanto, é nessa ambiência teórica que eu tento inscrever esse voto para também acompanhar a manifestação inicial do Ministro Eros Grau.

EXTRATO DA ATA

RE 597.994/PA — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Recorrente: Maria do Carmo Martins Lima (Advogados: Mauro Cesar Santos e outros). Recorridos: José Erasmo Maia Costa (Advogados: José Maria Ferreira Lima e outros e Admar Gonzaga e outro) e Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, vencida a Ministra Ellen Gracie (Relatora) e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Votou o Presidente. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencida a Ministra Ellen Gracie (Relatora) e os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Celso de Mello. Votou o Presidente Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o Ministro Menezes Direito. Falaram, pela recorrente, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin; pelo recorrido, o Dr. Admar Gonzaga Neto e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 4 de junho de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

AÇÃO PENAL 511 — DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Revisor: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Autor: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — Procurador: Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios — Réu: José Edmar de Castro Cordeiro

Suplente de deputado federal. Direitos inerentes à suplência. Inextensibilidade, ao mero suplente de membro do Congresso Nacional, das prerrogativas constitucionais pertinentes ao titular do mandato parlamentar. Prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais. Inaplicabilidade ao suplente de deputado federal/senador da República. Reconhecimento, no caso, da falta de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de mero suplente de congressista. Remessa dos autos ao juízo de origem.

Decisão: Reconheço **não mais subsistir**, no caso, **a competência penal originária** do Supremo Tribunal Federal **para prosseguir** na apreciação **deste** procedimento, **eis que** – **conforme salientado** pela douta Procuradoria-Geral da República **e consoante se verifica** em consulta aos registros que a Câmara dos Deputados **mantém** em sua página oficial na "*Internet*" (fls. 886/888) – o acusado José Edmar de Castro Cordeiro **já não mais ostenta** – **porque mero suplente** – a condição de deputado federal.

Como se sabe, o suplente, **enquanto** ostentar essa **específica** condição – **que lhe confere** mera expectativa de direito –, **não só não dispõe** da garantia constitucional da imunidade parlamentar, **como também não se lhe estende** *a prerrogativa de foro* **prevista** na Constituição Federal, cujo art. 53, **§ 1º**, revela-se **unicamente** aplicável **a quem esteja no exercício do mandato** de deputado federal **ou** de senador da República.

Cabe registrar, neste ponto, **que o suplente**, em sua posição **de substituto eventual** do congressista, **não goza** – enquanto permanecer nessa condição – das prerrogativas constitucionais deferidas **ao titular** do mandato legislativo, **tanto quanto não se lhe estendem** as incompatibilidades, que, **previstas** no texto da Carta Política (**CF**, art. 54), **incidem**, **apenas**, sobre aqueles **que estão no desempenho** do ofício parlamentar.

Na realidade, **os direitos inerentes à suplência abrangem**, **unicamente**, (**a**) **o direito de substituição**, em caso de impedimento, **e** (**b**) **o direito de sucessão**, na hipótese de vaga.

Antes de ocorrido o fato gerador da convocação, **quer** em caráter permanente (**resultante** do surgimento **de vaga**), **quer** em caráter temporário (**decorrente** da existência de situação configuradora **de impedimento**), **o suplente** dispõe **de mera expectativa** de direito, **não lhe assistindo**, por isso mesmo, **qualquer** outra prerrogativa de ordem parlamentar, **pois** – não custa enfatizar – **o suplente**, enquanto tal, **não se qualifica como membro do Poder Legislativo**.

Qualquer prerrogativa de caráter institucional, **inerente** ao mandato parlamentar, **somente** poderá ser estendida **ao suplente** mediante **expressa** previsão constitucional, **tal como o fez**, por exemplo, **a Constituição republicana** de 1934, **que concedeu**, "*ao suplente imediato do Deputado em exercício*" (art. 32, "*caput*", "*in fine*"), **a garantia da imunidade processual**.

A vigente Constituição, no entanto, **nada dispôs** a esse respeito, **nem** sequer atribuiu, **ao suplente** de deputado federal **ou** de senador da República, **a prerrogativa de foro**, "*ratione muneris*", perante o Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, nos processos penais condenatórios – **e quando se tratar dos integrantes** do Poder Legislativo da União – qualifica-se, **quanto a estes**, como o seu juiz natural (**RTJ 166/785**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **não se estendendo**, essa extraordinária jurisdição constitucional, **a quem**, por achar-se na condição *de mera suplência*, **somente** dispõe – insista-se – de simples **expectativa** de direito.

Registre-se que esse entendimento **nada mais reflete** senão a própria **orientação jurisprudencial** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **no exame** dessa **específica** questão (**Inq 1.244/PR**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Inq 1.537/RR**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Inq 1.659/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Inq 2.421-AgR/MS**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **Inq 2.429-AgR/MS**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Inq 2.453-AgR/MS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI):

> ***Os suplentes*** *de Deputado ou de Senador* ***não gozam*** *de imunidades,* ***salvo quando convocados*** *legalmente e para integrar a Câmara para a qual foram eleitos.* ***Nesta situação****, desempenhando,* ***em sua plenitude****, a função legislativa,* ***entram a fruir*** *de todos os direitos, vantagens e prerrogativas dos demais companheiros da Câmara a que forem chamados.* ***Aberta*** *a vaga (...),* ***as imunidades passam a amparar os suplentes****.*
> (**HC 34.467/SE**, Rel. Min. SAMPAIO COSTA, **Pleno** – **Grifei**.)

Essa mesma compreensão do tema é **também** perfilhada por **autorizado** magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Municipal Brasileiro**", p. 455, 6. ed./3ª tir., 1993, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição de 1988**", vol. V/2.679, item n. 267, 1991, Forense Universitária; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 2/625, 1990, Saraiva), **como se depreende** da expressiva lição de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ("**A Constituição Federal Comentada**", vol. II/35, 3. ed., 1956, Konfino):

> ***A referência feita**, finalmente, **aos membros do Congresso**, não pode ter outro sentido **que não aos que participam efetivamente** da atividade legislativa **e nunca aos que têm mera expectativa**, dependendo **de condição** que pode ou não ocorrer.*
>
> ***Podemos**, assim, concluir que, no texto omisso da Constituição Federal, **não se devem compreender os suplentes**, que, quando não se achem em exercício, **não fazem** parte do Congresso.*
>
> (**Grifei.**)

Essa visão da matéria encontra fundamento na própria razão de ser que justifica a outorga **de determinadas** prerrogativas constitucionais **aos que exercem** o mandato parlamentar, **pois** as garantias em questão – **notadamente** aquelas que concernem às imunidades parlamentares – **visam a proteger o exercício independente** do ofício legislativo.

É preciso enfatizar, por isso mesmo, **que o instituto da imunidade parlamentar existe** em função **do exercício** do mandato representativo **e traduz** prerrogativa institucional **necessária** ao desempenho independente da função de representação política, **revelando-se**, por isso mesmo, **garantia** inerente ao congressista **que se encontre em plena atividade legislativa** (PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**", tomo III/10 **e** 43, 2. ed., 1970, RT; JOÃO BARBALHO, "**Constituição Federal Brasileira**", p. 64, edição fac-similar, 1992, Senado Federal; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 2/625, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição de 1988**", vol. V/2624-2625, item n. 204, 1991, Forense Universitária; MICHEL TEMER, "**Elementos de Direito Constitucional**", p. 129/130, 5. ed., 1989, RT; PEDRO ALEIXO, "**Imunidades Parlamentares**", p. 59/65, 1961, Belo Horizonte, **v.g.**).

Essa, também, é a "***ratio***" subjacente à norma, que, **inscrita** no art. 53, § 1º, da Constituição da República, **confere prerrogativa de foro**, "*ratione muneris*", **aos membros** do Congresso Nacional, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **nas infrações penais comuns**.

E é, **precisamente**, por tais razões **que não se torna lícito** estender, **ao suplente** de Deputado Federal **ou** de Senador da República, **as prerrogativas parlamentares** de índole constitucional, **pelo fato** de que estas – **por serem inerentes**, *apenas*, **a quem exerce** o mandato legislativo – **não alcançam** aquele, que, **por achar-se na condição de mera suplência**, somente dispõe **de simples expectativa** de direito.

Devo registrar, neste ponto, que, **ao julgar**, nesta Suprema Corte, **questão idêntica** à ora versada **na presente** sede processual, **proferi decisão** que está assim ementada:

> ***SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. CONDIÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA QUE NÃO LHE CONFERE*** *AS GARANTIAS* ***E*** *AS PRERROGATIVAS INERENTES* ***AO TITULAR DO MANDATO PARLAMENTAR***. *RECONHECIMENTO* ***DA FALTA*** *DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO* ***CONTRA SUPLENTE*** *DE MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL.*
>
> *– **O suplente**, em sua posição de **substituto eventual** de membro do Congresso Nacional, **não goza** – enquanto permanecer nessa condição – **das prerrogativas constitucionais** deferidas **ao titular** do mandato legislativo, **tanto quanto não se lhe estendem** as incompatibilidades, que, **previstas** na Carta Política, **incidem**, unicamente, sobre aqueles **que estão no desempenho** do ofício parlamentar.*
>
> *– A Constituição da República **não atribui**, **ao suplente** de deputado federal **ou** de senador, **a prerrogativa de foro**, "ratione muneris", perante o Supremo Tribunal Federal, **pelo fato de o suplente – enquanto** ostentar essa **específica** condição – **não pertencer a qualquer** das Casas que compõem o Congresso Nacional.*
>
> *– **A Suprema Corte**, nos processos penais condenatórios – **e quando** se tratar **dos integrantes** do Poder Legislativo da União – qualifica-se, **quanto a estes**, como o seu juiz natural, **não se estendendo**, essa extraordinária jurisdição constitucional, **a quem**, por achar-se **na condição de mera suplência**, somente dispõe **de simples expectativa** de direito. **Doutrina**. **Precedentes**.*
>
> (**Inq 1.684/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" Informativo/STF 251, de 2001.)

Vale referir, finalmente, que o entendimento ora exposto **foi reiterado**, pelo **Plenário** desta Suprema Corte, no recente julgamento **do Inq 2.453-AgR/MS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **em acórdão assim ementado**:

> ***AGRAVO REGIMENTAL***. "***HABEAS CORPUS***". ***QUEIXA-CRIME***. *ARTS. 20, 21 E 22 DA LEI 5.250/1967.* ***SUPLENTE*** *DE SENADOR.* ***INTERINIDADE***. ***COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*** *PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIS.* ***INAPLICABILIDADE*** *DOS ARTS. 53, § 1º, E 102, I, "b", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.* ***RETORNO DO TITULAR*** *AO EXERCÍCIO DO CARGO.* ***BAIXA DOS AUTOS***. ***POSSIBILIDADE***. ***NATUREZA***. ***FORO ESPECIAL*** *(...).* ***ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS*** *QUE SE APLICA* ***APENAS AOS PARLAMENTARES EM EXERCÍCIO*** *DOS RESPECTIVOS CARGOS.*
>
> *(...)*
>
> ***IV – A diplomação do suplente não lhe estende, automaticamente, o regime político-jurídico*** *dos congressistas,* ***por constituir*** *mera formalidade anterior* ***e*** *essencial* ***a possibilitar*** *a posse interina* ***ou*** *definitiva no cargo* ***na hipótese*** *de licença do titular ou vacância permanente.*
>
> ***V – Agravo desprovido***.
>
> (**Grifei.**)

Sendo assim, pelas razões expostas, **tendo em vista** a decisão que proferi **no Inq 2.639/SP e na Pet 4.062/SP**, **remetam-se** estes autos ao órgão de origem, **eis que cessou**, na espécie, **a competência originária** do Supremo Tribunal Federal **para apreciar** este procedimento penal, **instaurado** contra José Edmar de Castro Cordeiro, que, **por não mais titularizar** o mandato de deputado federal, **ostenta** a mera condição **de suplente** de congressista, **o que não lhe confere** prerrogativa de foro, "*ratione muneris*", nas infrações penais comuns, **perante** esta Suprema Corte.

Publique-se.

Brasília, 25 de novembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

———

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 8.989 — PI

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Reclamante: Valmir Victor da Silveira Filho — Reclamado: Tribunal Superior Eleitoral (Ação Rescisória 376) — Intimado: José Herculano de Negreiros

Ação rescisória eleitoral. Constitucionalidade de sua instituição mediante lei (LC 86/1996). Validade constitucional desse diploma legislativo (art. 1º) confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.459/DF). Entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a admissibilidade da ação rescisória eleitoral somente ocorre nos casos em que a decisão dessa alta corte judiciária (TSE), desde que transitada em julgado, haja decretado a inelegibilidade de candidato. Opção hermenêutica do Tribunal Superior Eleitoral por interpretação restritiva da regra legal que instituiu a ação rescisória eleitoral (CE, art. 22, I, *j*). Possibilidade. Inexistência de ofensa à autoridade do julgamento vinculante que o Supremo Tribunal Federal proferiu na ADI 1.459/DF. Reclamação de que não se conhece.

– A orientação firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral – no sentido de que a ação rescisória eleitoral somente se revela admissível quando ajuizada para desconstituir decisões por ele próprio proferidas (quer em sede originária, quer em âmbito recursal) e que, além de transitadas em julgado, hajam declarado a inelegibilidade de qualquer candidato – não desrespeita nem transgride a autoridade do julgamento que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 1.459/DF.

– Solução hermenêutica adotada pelo TSE que traduz opção por determinada corrente de interpretação da norma inscrita no art. 22, I, *j*, do Código Eleitoral, na redação dada pela Lei Complementar 86/1996 e que exclui a possibilidade de utilização da ação rescisória eleitoral como instrumento de imposição, a qualquer candidato, da sanção jurídica da inelegibilidade.

– Existência de controvérsia doutrinária em torno da exegese desse preceito normativo constante do Código Eleitoral. Inocorrência de transgressão à autoridade da decisão emanada do STF no julgamento da ADI 1.459/DF. Consequente inadmissibilidade de utilização, no caso, do instrumento constitucional da Reclamação.

Decisão: **Trata-se de reclamação**, com pedido de medida liminar, **na qual se sustenta** que o ato judicial ora questionado – **emanado** do E. Tribunal Superior Eleitoral – **teria desrespeitado** a autoridade **da decisão** que o Supremo Tribunal Federal **proferiu** na **ADI 1.459/DF**, em julgamento que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO RESCISÓRIA ELEITORAL *(LEI COMPLEMENTAR 86, DE 14-5-1996, QUE ACRESCENTOU A ALÍNEA 'J' AO INCISO I DO ART. 22 DO CÓDIGO ELEITORAL).*

SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA SOBRE INELEGIBILIDADE. EFICÁCIA RETROATIVA DA LEI: INADMISSIBILIDADE.

1. Não ofende a Constituição Federal a instituição de uma Ação Rescisória Eleitoral*, como prevista na alínea "j" do inciso I do art. 22 do Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15-7-1965), acrescentada pelo art. 1º da Lei Complementar 86, de 14-5-1996. (...).*

(**Grifei.**)

Eis o teor da decisão de que ora se reclama (fl. 15):

ELEIÇÕES 2008. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA DO TSE PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE RESCISÓRIAS DE SEUS PRÓPRIOS JULGADOS EM CASOS DE DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE.

I – É competente o Tribunal Superior Eleitoral *para o processamento* ***e*** *julgamento* ***de ação rescisória*** *de seus próprios julgados* ***que tenham declarado inelegibilidade*** *(art. 22, I, "j", do Código Eleitoral).*

II – Provimento negado.

(**Grifei.**)

O reclamante, **para justificar** o suposto desrespeito ao julgamento proferido nos autos da **ADI** 1.459/DF, **alega**, em síntese, que o fato de o Supremo Tribunal Federal haver confirmado "*(...)* ***a constitucionalidade*** *da ação rescisória na Justiça Eleitoral*" **impediria o Tribunal Superior Eleitoral de considerar admissível** mencionada ação autônoma de impugnação **tão somente** na hipótese de declaração **de inelegibilidade** de candidato, **não** sendo lícito, por isso mesmo, ao TSE – **consoante sustentado** nesta sede reclamatória –, **excluir**, do juízo de revisão, os julgados **confirmatórios da elegibilidade** dos candidatos em geral (fl. 9).

Sendo esse o contexto, **cabe assinalar**, preliminarmente, que o **exame** dos fundamentos **subjacentes** à presente causa **leva-me a reconhecer a inexistência**, na espécie, de situação caracterizadora **de desrespeito** à autoridade da decisão **proferida** pelo Supremo Tribunal Federal nos autos **da ADI 1.459/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES.

É que o Tribunal Superior Eleitoral, **ao não conhecer** da ação rescisória ajuizada pela parte reclamante, **destacou**, na decisão ora impugnada, que, "*(...)* ***nos termos*** *da iterativa jurisprudência desta Corte,* ***a previsão*** *do art. 22, I,* ***"j"****, do Código Eleitoral* ***tem por finalidade permitir*** *a propositura de ação rescisória de acórdão* ***que tenha declarado a inelegibilidade*** *de candidato a cargo eletivo*" (fl. 24 – **Grifei**).

Vê-se, daí, que a decisão ora reclamada **não infringiu** a autoridade do julgamento **emanado** desta Suprema Corte, **proferido** no exame **da ADI** 1.459/DF, **pois**, no caso em análise, o Tribunal Superior Eleitoral **não recusou** validade constitucional à regra legal **que instituiu** a *ação rescisória eleitoral*.

Se tal houvesse ocorrido, **e** o Tribunal Superior Eleitoral **tivesse declarado**, "*incidenter tantum*", **a inconstitucionalidade da alínea** "**j**" do inciso I do art. 22 do Código Eleitoral, **introduzida** pela Lei Complementar 86/1996, **aí**, **sim**, **ter-se-ia** registrado **claro desrespeito** à autoridade da decisão **emanada** do Supremo Tribunal Federal **no julgamento** da ADI 1.459/DF.

Na realidade, o E. Tribunal Superior Eleitoral, **em interpretação restritiva** do alcance processual da *ação rescisória eleitoral*, **limitou-se** – **fundado** no reconhecimento da legitimidade constitucional desse meio autônomo de impugnação (**em plena harmonia**, portanto, **com o julgamento** do Supremo Tribunal Federal **na ADI** 1.459/DF) – **a proclamar a inadmissibilidade** de mencionada ação rescisória, **quando ajuizada** contra decisões que hajam **confirmado** a elegibilidade (**e não** a inelegibilidade) do candidato.

Essa orientação jurisprudencial firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral **representou** solução hermenêutica **adotada** por essa Alta Corte judiciária, **que optou** – **presente** dissídio doutrinário **a respeito** do tema – **por exegese restritiva** quanto à pertinência **da mencionada** *ação rescisória eleitoral*, **limitando-lhe** o cabimento à hipótese **única** de reconhecimento, pelo julgado rescindendo, de inelegibilidade do candidato.

Em uma palavra: o Tribunal Superior Eleitoral, **ao assim interpretar** a regra legal, **enfatizou** que a rescindibilidade do julgado **dar-se-á**, **unicamente**, "*secundum eventum litis*", **consoante resulta claro** de sucessivas decisões **emanadas** do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral:

> ***Ação Rescisória. Eleições 2004. Inelegibilidade. Cabimento.***
> ***Não cabe*** *rescisória de acórdão* ***que proclamou a elegibilidade*** *de candidato.*
> (**AR 207/PA**, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – **Grifei.**)

> ***AÇÃO RESCISÓRIA. HIPÓTESE DE CABIMENTO. INEXISTÊNCIA.***
> ***No âmbito*** *da Justiça Eleitoral,* ***a ação rescisória somente é cabível*** *para desconstituir decisão* ***do Tribunal Superior Eleitoral e que****, ademais,* ***contenha declaração de inelegibilidade*** *(art. 22, I, "j", CE), o que não ocorre na espécie.*
> ***Agravo improvido.***
> (**AR 225-AgR/MG**, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – **Grifei.**)

> ***ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental em ação rescisória. Registro de candidatura*** *ao cargo de prefeito.* ***Ausência de declaração de inelegibilidade. Não cabimento de ação rescisória. Precedentes****. Fundamentos da decisão monocrática não infirmados. Mera reiteração das razões da petição inicial. Inviabilidade. Agravo regimental* ***a que se nega*** *provimento.*
> (**AR 370-AgR/BA**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **Grifei.**)

Como **anteriormente** ressaltado, **registra-se**, no plano doutrinário, **divergência** quanto ao alcance da *ação rescisória eleitoral*, **pois há autores** que a admitem **tanto** nos casos de proclamação de elegibilidade **quanto** nos de inelegibilidade de candidatos (VERA MARIA NUNES MICHELS, "**Direito Eleitoral**", p. 129, item n. 7.5, 5ª ed., 2006, Livraria do Advogado; PEDRO

HENRIQUE TÁVORA NIESS, "**Ação Rescisória Eleitoral**", p. 24, **item** n. 6, **e** p. 27, **item** n. 7, 1997, Del Rey; ROGÉRIO CARLOS BORN, "**Ação Rescisória no Direito Eleitoral – Limites**", p. 30 **e** p. 39, 1ª ed./2ª tir., 2003, Juruá; RODRIGO NÓBREGA FARIAS, "**Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**", p. 205, item n. 7.4.1, 2005, Juruá), **enquanto que outros doutrinadores – como** EMERSON GARCIA ("**Abuso de Poder nas Eleições – Meios de Coibição**", p. 232, item 65, 3ª ed., 2006, Lumen Juris), PEDRO ROBERTO DECOMAIN ("**Elegibilidade e Inelegibilidades**", p. 386, 2ª ed., 2004, Dialética), LEONEL TOZZI ("**Ações, Impugnações e Procedimentos Recursais no Direito Eleitoral**", p. 121, item n. 5.4, 2ª ed., 2008, Verbo Jurídico) **e** JOSÉ JAIRO GOMES ("**Direito Eleitoral**", p. 412, item n. 2.2.23, 3ª ed., 2008, Del Rey) – **somente a reputam cabível** na hipótese única em que o acórdão rescindendo **haja declarado a inelegibilidade** do candidato.

Esse dissídio registrado no magistério da doutrina – **que oscila entre uma** interpretação de índole extensiva **e outra** de caráter restritivo – **foi bem apreendido** por PEDRO ROBERTO DECOMAIN ("**Elegibilidade e Inelegibilidades**", p. 386/387, 2ª ed., 2004, Dialética), que, **perfilhando** a orientação restritiva, **assim expõe** a controvérsia **existente** sobre a matéria:

> ***A ação rescisória*** *prevista pelo dispositivo do Código em referência* ***tem cabimento apenas*** *das decisões* ***que hajam decidido pela inelegibilidade*** *de algum candidato,* ***ou poderá ser intentada também*** *nos casos em que a decisão transitada em julgado haja decidido* ***pela elegibilidade, rechaçando*** *a presença de causa de inelegibilidade****?***
>
> ***Em tese****, o dispositivo* ***da letra*** *"****j****", do inciso I, do art. 22 do Código* ***poderia receber duas interpretações****:* ***uma extensiva e outra restritiva****.* ***Pela interpretação extensiva****,* ***a expressão*** *"nos casos de inelegibilidade", nele contida,* ***seria interpretada*** *como* ***abrangente*** *de* ***quaisquer*** *decisões proferidas* ***acerca de elegibilidade****, quer tenham reconhecido,* ***quer*** *não,* ***a presença*** *de causa de inelegibilidade.* ***Já a interpretação restritiva importaria em entender*** *o dispositivo literalmente,* ***para fazê-lo abranger apenas aquelas decisões*** *que* ***efetivamente*** *houvessem proclamado* ***a inelegibilidade*** *de algum candidato.*
>
> ***Aparentemente****,* ***ao decidir pela inconstitucionalidade da parte final do inciso*** *(****aquela*** *que assegurava o exercício do mandato até o trânsito em julgado da decisão proferida na ação rescisória),* ***o próprio*** *Supremo Tribunal Federal* ***optou pela interpretação restritiva*** *do dispositivo.* ***Sim****, pois que* ***só*** *tem cabimento* ***dizer da inconstitucionalidade da ressalva****,* ***quando se conclui*** *que a ação rescisória se acha voltada* ***contra*** *decisão* ***que reconheceu a presença de causa de inelegibilidade****.* ***Se*** *a hipótese* ***fosse de afirmação da elegibilidade****, claro que o exercício do mandato não poderia ser tolhido pela propositura da ação rescisória,* ***pois****, então sim, nesse caso, tolhendo-se-o, é que se estaria a violar a coisa julgada indevidamente.*
>
> ***Aliás****,* ***talvez esse houvesse sido mesmo o pensamento do legislador****,* ***ao instituir*** *essa ação rescisória eleitoral.* ***Permitir que fosse manejada em todos*** *os casos em que se tivesse proferido decisão definitiva* ***sobre elegibilidade****,* ***quer reconhecendo****,* ***quer não****,* ***a presença*** *de causa de inelegibilidade.* ***Nesse caso****, inclusive,* ***a parte final*** *do dispositivo* ***não seria*** *inconstitucional,* ***como se disse****,* ***eis que estaria resguardando*** *o exercício do mandato,* ***mesmo proposta*** *a ação rescisória,* ***quando*** *esta tivesse por objeto decisão que não reconheceu inelegibilidade de candidato que acabou eleito.*

> ***Todavia**, como restou dito, **a interpretação dada ao dispositivo pelo STF**, **até** por força do reconhecimento da inconstitucionalidade **da parte final** do dispositivo, **parece haver sido a restritiva**. **Desta sorte**, **a ação rescisória terá** cabimento **apenas** em face de decisão **transitada** em julgado **que tenha reconhecido a presença de causa de inelegibilidade**, a tanto equivalendo também o reconhecimento de ausência de condição de elegibilidade. **Apenas quando a inelegibilidade haja sido proclamada é que a ação rescisória terá cabimento**. **Não assim**, portanto, **quando** a decisão transitada em julgado **haja reconhecido a elegibilidade** do candidato.*" (**Grifei.**)

O fato é que o Tribunal Superior Eleitoral, **ao proferir** a decisão de que ora se reclama, **nela veiculou** julgamento **que não dissentiu** daquele **emanado** do Supremo Tribunal Federal **no exame da ADI** 1.459/DF, **pois**, no acórdão **objeto** da presente reclamação, o TSE, **ao optar** por determinada solução hermenêutica, **não** desconsiderou **nem** desrespeitou o juízo **de constitucionalidade** da norma **inscrita na alínea** "**j**" do inciso I do art. 22 do Código Eleitoral, **introduzida** pela Lei Complementar 86/1996.

Conclui-se, desse modo, que o acórdão de que ora se reclama **cuidou** de matéria **de todo estranha** à controvérsia examinada no julgamento da **ADI 1.459/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, **eis** que – **insista-se** – o Tribunal Superior Eleitoral, **ao proceder** à interpretação da regra legal mencionada, **não** dissentiu **do juízo afirmativo** de validade constitucional que esta Suprema Corte **formulou** a propósito de referida norma legal.

Daí inexistir qualquer situação de conflito **entre** o acórdão **emanado** do TSE, **objeto** da presente reclamação, **e** o julgamento do Supremo Tribunal Federal, **ora invocado** como paradigma de confronto, **circunstância essa que desautoriza**, por completo, **a utilização** do instrumento constitucional da reclamação.

É importante rememorar, bem por isso, **quando se tratar** de alegação de desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, **que os atos questionados** em processo de reclamação, **quaisquer** que sejam, **considerado** o respectivo contexto, **hão de se ajustar**, **com exatidão e pertinência**, aos julgamentos **desta** Suprema Corte **invocados** como paradigmas de confronto, **em ordem a permitir**, pela análise comparativa, **a verificação da conformidade**, ou não, da deliberação estatal impugnada **em relação** aos parâmetros de controle **emanados** deste Tribunal (**ADI** 1.459/DF, **no caso**), **como reiteradamente tem advertido a jurisprudência** desta Corte:

> *(...) – **Os atos questionados** em qualquer reclamação – **nos casos** em que se sustenta **desrespeito** à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal – **hão de se ajustar**, **com exatidão e pertinência**, aos julgamentos **desta** Suprema Corte **invocados** como paradigmas de confronto, **em ordem a permitir**, pela análise comparativa, **a verificação da conformidade**, ou não, da deliberação estatal impugnada **em relação** ao parâmetro de controle **emanado** deste Tribunal. **Precedentes**. (...).* (**Rcl 6.534-AgR/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

Reconheço, desse modo, **a inviabilidade jurídico-processual** da utilização, **nesta** causa, do instrumento da reclamação.

Não custa relembrar, por necessário, **em face da ausência**, na espécie, dos pressupostos **que poderiam** legitimar o ajuizamento da reclamação, **que este** remédio constitucional **não pode ser utilizado** como um (**inadmissível**) atalho processual **destinado** a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, **a submissão imediata** do litígio ao exame **direto** desta Suprema Corte.

É que a reclamação – constitucionalmente **vocacionada** a cumprir a **dupla** função **a que alude** o art. 102, I, "**l**", da Carta Política (**RTJ** 134/1033) – **não se qualifica** como sucedâneo recursal **nem configura** instrumento viabilizador **do reexame** do conteúdo do ato reclamado, **além de não constituir** – **considerado** o contexto em exame – **meio de revisão da jurisprudência eleitoral**, **eis que** tal finalidade revela-se **estranha** à destinação constitucional **subjacente** à instituição dessa medida processual, **consoante adverte** o Supremo Tribunal Federal:

> *(...) – **O remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado** como um (**inadmissível**) atalho processual **destinado** a permitir, por razões de caráter **meramente** pragmático, **a submissão imediata** do litígio ao exame **direto** do Supremo Tribunal Federal. **Precedentes**.*
>
> *– **A reclamação**, constitucionalmente **vocacionada** a cumprir a **dupla** função **a que alude** o art. 102, I, "**l**", da Carta Política (**RTJ** 134/1033) – **embora cabível**, em tese, **quando se tratar** de decisão **revestida** de efeito vinculante (**como sucede** com os julgamentos **proferidos** em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de ação direta de inconstitucionalidade **ou** de ação declaratória de constitucionalidade) –, **não se qualifica** como sucedâneo recursal **nem configura** instrumento viabilizador **do reexame** do conteúdo do ato reclamado, **além de não constituir** meio de revisão da jurisprudência eleitoral, **eis que** tal finalidade revela-se **estranha** à destinação constitucional **subjacente** à instituição dessa medida processual. **Precedentes**.*
>
> (**Rcl 6.558-AgR/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

> ***AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. A RECLAMAÇÃO NÃO É SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO. RECURSO IMPROVIDO.***
>
> ***I – A reclamação constitucional não pode** ser utilizada como sucedâneo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos da decisão de mérito.*
>
> *(...)*
>
> ***III** – Reclamação **improcedente**.*
>
> *IV – Agravo regimental **improvido**.*
>
> (**Rcl 5.684-AgR/PE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Grifei.**)

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA** AO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL **NÃO** PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> ***3. O instituto da Reclamação não se presta** para substituir recurso específico que a legislação tenha posto à disposição do jurisdicionado irresignado com a decisão judicial proferida pelo juízo "a quo".*
>
> *(...)*

5. Agravo regimental ***não*** *provido.*
(**Rcl 5.465-ED/ES**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **Grifei.**)

CONSTITUCIONAL. *PROCESSUAL CIVIL.* ***RECLAMAÇÃO****:* ***NÃO É SUCEDÂNEO DE RECURSO*** *OU DE AÇÃO RESCISÓRIA.*

I. – A ***reclamação*** *não pode ser utilizada* ***como sucedâneo de recurso*** *ou de ação rescisória.*

II. – Reclamação não conhecida.
(**RTJ 168/718**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **Pleno – Grifei.**)

Não cabe reclamação *destinada* ***a invalidar*** *decisão de outro Tribunal, que haja porventura* ***divergido*** *da jurisprudência do Supremo Tribunal, firmada no julgamento de causa diferente,* ***mesmo em se tratando*** *de controvérsias de porte constitucional.*

Também não é a reclamação *instrumento idôneo de uniformização de jurisprudência,* ***tampouco sucedâneo de recurso*** *ou rescisória, não utilizados tempestivamente pelas partes.*
(**Rcl 724-AgR/ES**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, **Pleno – Grifei.**)

AGRAVO REGIMENTAL. ***RECLAMAÇÃO****. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP.* ***INEXISTÊNCIA****. AUSÊNCIA DE* ***IDENTIDADE*** *OU* ***SIMILITUDE*** *DE OBJETOS ENTRE O ATO IMPUGNADO E A EXEGESE DADA PELO TRIBUNAL.*

(...)

A questão da responsabilidade do Estado pelas dívidas da instituição financeira estatal revela tema afeto ao processo de execução que tramita na Justiça do Trabalho, não guardando pertinência com o objeto da presente ação. ***A reclamação não pode servir de sucedâneo de outros recursos ou ações cabíveis****.*
(**Rcl 1.852-AgR/RN**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei.**)

O despacho ***acoimado*** *de ofender a* ***autoridade*** *da decisão do Supremo Tribunal Federal negou seguimento, por razões processuais suficientes, ao recurso ordinário interposto contra acórdão em mandado de segurança. Por esse* ***fundamento não é cabível reclamação****, eis que a decisão da Corte Maior não cuida da matéria.*

(...)

A reclamação não pode servir de sucedâneo de recursos e ações cabíveis*, como decidiu esse Plenário na Rcl Ag.Rg 1852, Relator Maurício Correa e Rcl Ag.Rg. 724, Rel. Min. Octavio Gallotti. (...).*
(**Rcl 1.591/RN**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **Grifei.**)

Em conclusão, **não se acham presentes**, na espécie, as situações **legitimadoras** da utilização do instrumento reclamatório.

Sendo assim, pelas razões expostas, **não conheço**, por **incabível**, da presente reclamação, **restando prejudicada**, em consequência, **a apreciação** do pedido de medida liminar.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 96.549 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Rafael de Oliveira Fonseca — Impetrante: Airton Mozart Valadares Pires — Coatora: Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI das Escutas Telefônicas Clandestinas

Decisão: **1.** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Rafael de Oliveira Fonseca*, contra ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI das Escutas Telefônicas Clandestinas, Deputado Federal *Marcelo Itagiba*, que, em 16 de outubro deste ano, convocou o Paciente para participar de audiência pública.

O ora Paciente, Juiz de Direito da Vara Criminal de Itaguaí/RJ, havia sido convocado pela CPI para "prestar informações e esclarecimentos acerca de autorizações para a realização de interceptações telefônicas" (fl. 15). Na justificativa da convocação, o autor do requerimento, Deputado Federal *Nelson Pellegrino*, afirmou que o alto número de autorizações, exatamente 874, só para uma operadora, concedidas naquela Comarca, pelo Paciente, indicava ser de fundamental importância seu depoimento. O Paciente, em 9 de outubro, recusou a convocação, alegando que "não é dado ao juiz manifestar-se sobre processos em que funcione, muito menos naqueles que estejam acobertados pelo sigilo" (fl. 18). Alegou, ainda, motivos de segurança pessoal e o fato de já ter prestado, a respeito das ordens de interceptação, informações ao seu Corregedor-Geral.

A CPI não aceitou a justificação apresentada pelo Paciente e, aos 16 de outubro, enviou-lhe novo ofício, em que informava realização de audiência pública sobre o assunto no próximo dia 22 de outubro e advertiu que, "caso haja negativa de comparecimento à reunião acima citada, este órgão técnico utilizar-se-á dos meios necessários para garantir a presença compulsória de Vossa Excelência, e que a ausência implicará na tipificação do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal" (fl. 30). Alega o Impetrante que a Lei Orgânica da Magistratura (Loman) veda, expressamente, aos magistrados manifestarem-se sobre processos em andamento ou pendentes de julgamento, razão pela qual o Paciente estaria legalmente impedido de depor sobre as autorizações concedidas nos processos sob sua responsabilidade (fl. 5). Afirma, ainda, que a competência para apurar eventuais desvios de conduta do magistrado é exclusiva do Tribunal a que é vinculado, nos termos da mesma Loman e do art. 96, III, da Constituição da República (fl. 6).

Conclui afirmando que esta Corte já consolidou o entendimento de que os atos de conteúdo jurisdicional não estão abrangidos pelo poder de investigação parlamentar das Casas legislativas (fls. 7-8). Requer, liminarmente, a suspensão da eficácia da convocação expedida pela CPI, para que o Paciente não seja obrigado a comparecer à audiência pública que se realizará no próximo dia 22 de outubro. No mérito, requer seja concedida a ordem para determinar que o Paciente não seja obrigado a prestar depoimento sobre qualquer ato jurisdicional, praticado no exercício de suas funções, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito (fl. 10).

2. É caso de liminar.

A leitura do requerimento aprovado de convocação do Paciente para depor perante a CPI não deixa dúvida de que sua motivação se prende, por conta do número aparentemente elevado das respectivas ordens, à necessidade de "informações e esclarecimentos acerca de autorizações para realização de interceptações telefônicas" (fls. 15 e 16), ou seja, sobre a prática de atos tipicamente jurisdicionais no exercício das funções de Juiz Titular da Vara Criminal da Comarca de Itaguaí/RJ.

Tal convicção é reforçada pelos termos do segundo ofício. Diante da resposta do magistrado, que havia declinado do que considerou mero "convite" para se pronunciar sobre os processos em que atua (fl. 18), o novo ofício comunica-lhe que tal justificativa "não foi aceita" pela CPI, além de deixar manifesto o caráter coercitivo da nova convocação, sob cominações tidas por legais (fl. 30).

Ora, caso o interesse da Comissão não fosse apenas questionar atos jurisdicionais praticados pelo Paciente, outros eventuais motivos da sua convocação, que, à evidência, enquanto legítimos deveriam constar do requerimento até para efeito de fundamentação necessária da deliberação, teriam sido esclarecidos na oportunidade, ou alguma feita.

Havendo, pois, à míngua de outra perceptível, nítida relação entre a convocação do Juiz e os atos jurisdicionais por ele praticados, força é dar logo pela aparência de grave ilegalidade daquela e pelo óbvio risco de dano irreparável a esse. É que, conforme velha, aturada e conhecida jurisprudência desta Corte, decisões judiciais só podem, como objeto de controle de sua legitimidade, ser revistas no âmbito dos remédios jurídico-processuais e pelos órgãos jurisdicionais competentes, ou, em caso de suposto desvio ou abuso, pelas instâncias das correspondentes corregedorias, em procedimento próprio.

Assim como não pode o Judiciário submeter nenhum membro do Poder Legislativo a procedimento em que seja obrigado, sob cominações adequadas à condição de testemunha ou de acusado, a prestar "informações e esclarecimentos" sobre votos que, em certo sentido ou número, haja dado no Parlamento, no exercício legítimo da sua função política, tampouco pode o Legislativo, ainda que por via de Comissão Parlamentar de Inquérito, controlar a regularidade ou a legalidade de atos jurisdicionais, obrigando magistrado a dar, além das que constam dos autos, outras razões de sua prática, ou a revelar as cobertas por segredo de justiça, que uma e outra coisas ofendem, de modo grosseiro e frontal, o princípio constitucional da separação e independência dos poderes (cf. **HC 86.581**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 19-5-2006; **HC 80.539**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 1º-8-2003; **HC 80.089**, Rel. Min. **Nelson Jobim**, *DJ* de 29-9-2000; **HC 79.441**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**; *DJ* de 6-10-2000; **HC 71.049**, Rel. Min. **Ilmar Galvão,** *DJ* de 17-3-1995).

A propósito, ao julgar a **ADI 2.911-ES** (Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 2-2-2007), o Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade de norma de Constituição estadual que obrigava o Presidente do Tribunal de Justiça a

comparecer à Assembleia Legislativa, mediante convocação, sob pena de crime de responsabilidade. Na ocasião, deixou patente que a atual Constituição da República só atribui ao Poder Legislativo competência para exercer fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sobre as unidades administrativas do Poder Judiciário, e apenas por intermédio do Tribunal de Contas. Qualquer outro ato com pretensões de revisão ou de controle administrativo e, sobretudo, jurisdicional, romperia o sistema constitucional de freios e contrapesos, agredindo o princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição da República).

3. Diante do exposto, **concedo a liminar**, para desobrigar o Paciente de comparecer à audiência pública para prestar depoimento perante CPI das Escutas Telefônicas Clandestinas, no próximo dia 22 de outubro. Comunique-se incontinenti à autoridade tida por coatora, mediante telex e ofício, solicitando-lhe, ao mesmo tempo, que preste as informações que repute devidas. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se. Int.

Brasília, 21 de outubro de 2008 — Cezar Peluso, Relator.

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 100.042 — RO

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Pacientes: Francisco Barroso Sobrinho e Edson Atiari Magalhães — Impetrante: Izidoro Celso Nobre da Costa — Coator: Superior Tribunal de Justiça

A investigação penal e a questão da delação anônima. Doutrina. Precedentes. Pretendida extinção do procedimento investigatório, com o consequente arquivamento do inquérito policial. Descaracterização, na espécie, da plausibilidade jurídica do pedido. Medida cautelar indeferida.

– As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de *persecutio criminis*.

– Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.).

– Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.

Ministério Público. Autonomia investigatória. Possibilidade de oferecer denúncia independentemente de prévia instauração de inquérito policial.

– O Ministério Público, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua *opinio delicti* com apoio em outros elementos de convicção – inclusive aqueles resultantes de atividade investigatória por ele próprio promovida – que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não derivem de documentos ou escritos anônimos nem os tenham como único fundamento causal. Doutrina. Precedentes.

Decisão: **Trata-se** de "*habeas corpus*", com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 49):

> ***PENAL E PROCESSUAL PENAL***. "***HABEAS CORPUS***" ***SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 342, 343 E 344 DO CÓDIGO PENAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE***.
>
> ***De acordo*** *com a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte,* ***não há ilegalidade*** *na instauração de inquérito policial* ***com base*** *em investigações deflagradas* ***por denúncia anônima****, eis que a autoridade policial tem o* ***dever*** *de apurar a veracidade dos fatos alegados,* ***desde que se proceda*** *com a devida cautela (****HC 38.093/AM****, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17-12-2004).* ***Além disso****, as notícias-crimes levadas ao conhecimento do Estado sob o manto do anonimato têm auxiliado de forma significativa na repressão ao crime (****HC 64.096/PR****, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 4-8-2008).* ***A propósito****, na mesma linha, recentemente* ***decidiu*** *a c. Sexta Turma desta Corte no HC 97.122/PE, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJ/MG –, DJ de 30-6-2008.* ***Enfim****,* ***a denúncia anônima é admitida*** *em nosso ordenamento jurídico,* ***sendo considerada apta a determinar*** *a instauração de inquérito policial, desde que contenham elementos informativos idôneos suficientes para tal medida,* ***e desde que observadas as devidas cautelas*** *no que diz respeito à identidade do investigado (****HC 44.649/SP****, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 8-10-2007).*
>
> "*Habeas corpus*" ***denegado***.
>
> (**HC 93.421/RO**, Rel. Min. FELIX FISCHER – **Grifei.**)

Busca-se, na presente sede processual, **a extinção** do procedimento de investigação penal ora questionado, **sob o fundamento** de que – **não** se revestindo de legitimidade jurídica a **instauração** de inquérito policial **com apoio em** "***denúncia anônima***" – **inexiste justa causa** autorizadora da adoção, **contra** os pacientes, de medidas de persecução penal (fls. 2/22).

Em consequência desse pleito, **pretende-se a concessão** de medida liminar **para suspender**, **até** final julgamento da presente ação de "*habeas corpus*", o curso do Inquérito Policial 138/2007, **em trâmite** perante a 1ª DP/GM da comarca de Guajará-Mirim/RO.

Passo a apreciar o pedido de medida liminar. **E**, ao fazê-lo, **entendo**, em juízo **de estrita** delibação, **que se revela insuscetível de acolhimento** a postulação cautelar ora **deduzida** no presente "*writ*" constitucional.

Não se desconhece que a *delação anônima*, **enquanto** fonte **única** de informação, **não constitui** fator que se mostre suficiente para legitimar, **de modo autônomo**, **sem** o concurso **de outros** meios de revelação dos fatos, a instauração de procedimentos estatais.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, **ao aprovar** a Resolução STF 290/2004 – **que instituiu**, nesta Corte, o serviço de Ouvidoria – **expressamente vedou** a possibilidade de formulação de reclamação, críticas **ou** denúncias de **caráter anônimo** (art. 4º, **II**), **determinando** a sua liminar rejeição.

Mais do que isso, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o MS 24.405/DF**, do Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **declarou**, "*incidenter tantum*", **a inconstitucionalidade** da **expressão** "*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*" **constante do § 1º** do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/1992).

É certo, no entanto, que essa diretriz jurisprudencial – **para não comprometer** a apuração de comportamentos ilícitos **e**, ao mesmo tempo, **para resguardar** a exigência constitucional de publicidade – há de ser interpretada **em termos** que, *segundo entendo*, **assim podem ser resumidos**:

(a) o escrito anônimo não justifica, **por si só**, desde que **isoladamente** considerado, **a imediata instauração** da "*persecutio criminis*", **eis** que peças apócrifas **não podem** ser incorporadas, formalmente, ao processo, **salvo** quando tais documentos forem produzidos **pelo acusado**, **ou**, ainda, **quando constituírem**, eles próprios, **o corpo de delito** (**como sucede** com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, **ou como ocorre** com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, **ou** que corporifiquem o delito de ameaça **ou** que materializem o "*crimen falsi*", **p. ex.**);

(b) nada impede, contudo, **que o Poder Público**, **provocado** por delação anônima ("*disque-denúncia*", **p. ex.**), **adote** medidas **informais** destinadas a apurar, **previamente**, em averiguação sumária, "***com prudência e discrição***", **a possível** ocorrência de **eventual** situação de ilicitude penal, **desde que o faça** com o objetivo **de conferir a verossimilhança** dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, **então**, em caso positivo, a formal instauração da "*persecutio criminis*", **mantendo-se**, assim, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação** às peças apócrifas; **e**

(c) o Ministério Público, de outro lado, **independentemente** da prévia instauração de inquérito policial, **também pode formar** a sua "*opinio delicti*" **com apoio** em **outros** elementos de convicção **que evidenciem** a materialidade do fato delituoso **e** a existência de indícios suficientes de autoria, **desde** que os dados informativos **que dão suporte** à acusação penal **não derivem** de documentos **ou** escritos **anônimos nem** os tenham **como único fundamento causal**.

Cumpre referir, no ponto, **o valioso** magistério **expendido** por GIOVANNI LEONE ("**Il Codice di Procedura Penale Illustrato Articolo per Articolo**", sob a coordenação de UGO CONTI, vol. I/562-564, itens n. 154/155, 1937, Società Editrice Libraria, Milano), **cujo entendimento**, no tema, **após** reconhecer o desvalor **e** a ineficácia probante **dos escritos anônimos**, desde que **isoladamente** considerados, **admite**, no entanto, quanto a eles, **a possibilidade** de a autoridade pública, **a partir** de tais documentos **e mediante** atos investigatórios **destinados a conferir** a verossimilhança de seu conteúdo, **promover**, então, em caso positivo, **a formal instauração** da pertinente "*persecutio criminis*", **mantendo-se**, desse modo, **completa desvinculação** desse procedimento estatal **em relação às peças apócrifas** que forem encaminhadas aos agentes do Estado, **salvo se** os escritos anônimos **constituírem** o próprio corpo de delito **ou** provierem do acusado.

Impende rememorar, no sentido **que ora venho de expor**, **a precisa lição** de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I/147, item n. 71, 2. ed., **atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium):

> ***No direito pátrio**, a lei penal considera crime a denunciação caluniosa **ou** a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), **o que implica a exclusão do anonimato na** "**notitia criminis**", uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, **no caso** de atuar abusiva e ilicitamente.*
>
> ***Parece-nos**, porém, **que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial**, **quando delação anônima lhe chega às mãos**, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. **Se**, no dizer de G. Leone, **não se deve incluir** o escrito anônimo **entre** os atos processuais, **não servindo ele** de base à ação penal, **e tampouco** como fonte de conhecimento do juiz, **nada impede que**, em determinadas hipóteses, **a autoridade policial**, **com prudência e discrição**, **dele se sirva para pesquisas prévias**. **Cumpre-lhe**, porém, **assumir** a responsabilidade da abertura das investigações, **como se o escrito anônimo não existisse**, tudo se passando **como se tivesse havido** "notitia criminis" inqualificada.*
> (**Grifei.**)

Essa diretriz doutrinária – **perfilhada** por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES ("**Tomada de Contas Especial**", p. 51, item n. 4.1.1.1.2, 2. ed., 1998, Brasília Jurídica) – **é também admitida**, em sede de persecução penal, por FERNANDO CAPEZ ("**Curso de Processo Penal**", p. 77, item n. 10.13, 7. ed., 2001, Saraiva):

> ***A delação anônima** ("notitia criminis inqualificada") **não deve ser repelida de plano**, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, **requer cautela redobrada**, por parte da autoridade policial, **a qual deverá**, **antes de tudo**, **investigar a verossimilhança** das informações.*
> (**Grifei.**)

Idêntica percepção sobre a matéria em exame **é revelada** por JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 95, item n. 5.4, 7. ed., 2000, Atlas), **que assim se pronuncia**:

> *(...) **Não obstante** o art. 5º, IV, da CF, **que proíbe o anonimato** na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, **nada impede a notícia anônima** do crime ("notitia criminis" inqualificada), **mas**, nessa hipótese, **constitui dever funcional** da autoridade pública **destinatária**, **preliminarmente**, **proceder com a máxima cautela e discrição** a investigações preliminares **no sentido** de apurar a verossimilhança das informações recebidas. **Somente com a certeza** da existência de indícios da ocorrência do ilícito **é que deve instaurar** o procedimento regular.*
> (**Grifei.**)

Esse entendimento é também acolhido por NELSON HUNGRIA ("**Comentários ao Código Penal**", vol. IX/466, item n. 178, 1958, Forense),

cuja análise do tema – **realizada** sob a égide da Constituição republicana de 1946, **que expressamente não permitia o anonimato** (art. 141, § 5º), **à semelhança** do que se registra, **presentemente**, com a vigente Lei Fundamental (art. 5º, IV, "*in fine*") – **enfatiza a imprescindibilidade** da investigação, **ainda que motivada por delação anônima**, desde que fundada **em fatos verossímeis**:

> ***Segundo*** *o § 1º do art. 339, "A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto".* ***Explica-se****: o indivíduo* ***que se resguarda sob o anonimato*** *ou nome suposto* ***é mais perverso*** *do que aquele que age sem dissimulação.* ***Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista*** *(salvo quando* ***evidentemente*** *inverossímil),* ***ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo****; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena.*
> (**Grifei.**)

Essa mesma posição – que entende recomendável, nos casos de *delação anônima*, que a autoridade pública **proceda**, **de maneira discreta**, a uma averiguação preliminar em torno da verossimilhança da comunicação ("*delatio*") que lhe foi dirigida – **é igualmente compartilhada**, dentre outros, por GUILHERME DE SOUZA NUCCI ("**Código de Processo Penal Comentado**", p. 87/88, item n. 29, 2008, RT), DAMÁSIO E. DE JESUS ("**Código de Processo Penal Anotado**", p. 9, 23. ed., 2009, Saraiva), GIOVANNI LEONE ("**Trattato di Diritto Processuale Penale**", vol. II/12-13, item n. 1, 1961, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("**Código de Processo Penal Comentado**", vol. 1/34-35, 4. ed., 1999, Saraiva), RODRIGO IENNACO ("**Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por *denúncia anônima* no Estado Democrático de Direito**", "*in" Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62/220-263, 2006, RT), ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR ("**Inquérito Policial e Ação Penal**", item n. 17, p. 19/20, 7. ed., 1998, Saraiva) **e** CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. 1/210, item n. 70, 2002, EDIPRO), **cumprindo rememorar**, ainda, **por valiosa**, **a lição** de ROGÉRIO LAURIA TUCCI ("**Persecução Penal, Prisão e Liberdade**", p. 34/35, item n. 6, 1980, Saraiva):

> ***Não deve haver qualquer dúvida****, de resto,* ***sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente*** *à autoridade pública (...).*
> *(...)* ***constitui dever funcional da autoridade pública*** *destinatária da notícia do crime,* ***especialmente*** *a policial,* ***proceder****, com máxima cautela e discrição,* ***a uma investigação preambular*** *no sentido* ***de apurar a verossimilhança*** *da informação,* ***instaurando*** *o inquérito* ***somente*** *em caso de verificação positiva.* ***E isto, como se*** *a sua cognição* ***fosse espontânea****, ou seja, como quando se trate de "notitia criminis" direta ou inqualificada (...).*
> (**Grifei.**)

Vale acrescentar que esse entendimento **também** fundamentou julgamento **que proferi**, em sede monocrática, **a propósito** da questão pertinente **aos**

escritos anônimos. Ao assim julgar, **proferi** decisão **que restou** consubstanciada **na seguinte ementa**:

> ***DELAÇÃO ANÔNIMA***. *COMUNICAÇÃO* ***DE FATOS GRAVES*** *QUE TERIAM SIDO PRATICADOS* ***NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA***. *SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM,* ***EM TESE***, *DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS* ***SUPOSTAMENTE*** *DIRECIONADOS* ***E ALEGADO*** *PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES).* ***A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO*** *(****CF****, ART. 5º, IV, "IN FINE"),* ***EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA*** *DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES.* ***OBRIGAÇÃO*** *ESTATAL, QUE,* ***IMPOSTA*** *PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE* ***E*** *DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (****CF****, ART. 37, "CAPUT"),* ***TORNA INDERROGÁVEL*** *O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO.* ***RAZÕES*** *DE INTERESSE SOCIAL* ***EM POSSÍVEL CONFLITO*** *COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (****CF****, ART. 5º, X).* ***O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO*** *DO CIDADÃO* ***AO FIEL*** *DESEMPENHO,* ***PELOS AGENTES ESTATAIS****, DO DEVER DE PROBIDADE* ***CONSTITUIRIA*** *UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES* ***EM ANTAGONISMO***. *SITUAÇÃO DE* ***TENSÃO DIALÉTICA*** *ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL.* ***COLISÃO DE DIREITOS*** *QUE SE RESOLVE,* ***EM CADA CASO OCORRENTE****, MEDIANTE* ***PONDERAÇÃO*** *DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO.* ***CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS****. LIMINAR* ***INDEFERIDA***.
>
> (**MS 24.369-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "*in*" **Informativo/STF** 286/2002.)

Cabe referir, ainda, que o E. Superior Tribunal de Justiça, **ao apreciar a questão da delação anônima**, analisada em face do art. 5º, IV, "*in fine*", da Constituição da República, **já se pronunciou** no sentido de considerá-la juridicamente possível, **desde que o Estado**, ao agir em função de comunicações **revestidas** de caráter apócrifo, **atue com cautela**, em ordem a evitar a consumação de situações que possam ferir, **injustamente**, direitos de terceiros:

> ***CRIMINAL. RHC. "NOTITIA CRIMINIS" ANÔNIMA. INQUÉRITO POLICIAL. VALIDADE.***
>
> ***1. A "delatio criminis" anônima*** *não constitui causa da ação penal que surgirá, em sendo o caso, da investigação policial decorrente. Se colhidos elementos suficientes, haverá, então, ensejo para a denúncia.* ***É bem verdade que a Constituição Federal*** *(art. 5º, IV)* ***veda o anonimato*** *na manifestação do pensamento,* ***nada impedindo****, entretanto, mas, pelo contrário,* ***sendo dever da autoridade policial proceder à investigação****,* ***cercando-se****, naturalmente,* ***de cautela****.*
>
> *2. Recurso ordinário* ***improvido****.*
>
> (**RHC 7.329/GO**, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – **Grifei.**)

> ***CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...). PROCESSO ADMINISTRATIVO DESENCADEADO ATRAVÉS DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". VALIDADE.***

*INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA FINAL **DO INCISO IV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** (**VEDAÇÃO DO ANONIMATO**). (...). RECURSO CONHECIDO **E** IMPROVIDO.*
(**RMS 4.435/MT**, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL – **Grifei.**)

*(...) **Carta anônima**, sequer referida na denúncia **e que**, quando muito, **propiciou** investigações **por parte** do organismo policial, **não se pode reputar de ilícita**. **É certo que**, **isoladamente**, **não terá** qualquer valor, **mas também não se pode tê-la** como prejudicial a todas as outras validamente obtidas.*
(**RHC 7.363/RJ**, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO – **Grifei.**)

Vê-se, portanto, **não obstante o caráter apócrifo** da delação ora questionada ("*denúncia anônima*" **encaminhada** ao representante do Ministério Público local), que, **tratando-se** de revelação de fatos **revestidos** de aparente ilicitude penal, **existe**, "*a priori*", **a possibilidade** de o Estado **adotar** medidas destinadas **a esclarecer**, em sumária **e** prévia apuração, **a idoneidade** das alegações que lhe foram transmitidas, **desde** que verossímeis, **em atendimento ao dever estatal** de fazer prevalecer – **consideradas** razões de interesse público – **a observância** do postulado jurídico da legalidade, **que impõe**, à autoridade pública, **a obrigação** de apurar a verdade real **em torno** da materialidade **e** autoria de eventos **supostamente** delituosos.

O caso dos autos **evidencia** que a diretriz jurisprudencial **consolidada** no âmbito **desta** Corte **foi observada**, **integralmente**, **na espécie** ora em exame, **eis** que o Ministério Público **só** fez instaurar o procedimento de investigação penal **depois** de haver adotado **medidas fundadas em prudente discrição e destinadas a conferir a verossimilhança** dos dados que lhe foram transmitidos mediante *delação anônima*, **pois** – insista-se – as autoridades públicas **não podem** iniciar **qualquer** medida de persecução (penal **ou** disciplinar) **somente** com fundamento em peças apócrifas **ou** em escritos anônimos.

Ou, em outras palavras: **a instauração** do ora questionado procedimento de investigação penal **não guarda** direta **e** imediata **vinculação causal** com a "*notitia criminis*" *inqualificada* – **assim chamada** por JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. I/147, item n. 71, 2. ed., **atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium) –, **de que foi destinatário**, na espécie em análise, o próprio representante do Ministério Público, **que somente movimentou** o aparato estatal **após averiguação preliminar** dos elementos **veiculados naquela** comunicação de prática delituosa.

É de registrar, ainda, **por relevante**, **que o** paciente Edson Atiari Magalhães, **ao comparecer** perante o Promotor de Justiça local, **teria confirmado**, na presença de uma Defensora Pública, o teor **de alguns** elementos informativos **transmitidos** pela *anônima delação* (**Apenso**, fls. 51/52).

Em suma, analisada a questão **sob a perspectiva** da *delação anônima*, **e considerados** os elementos que venho de mencionar, **não vejo** como reconhecer, **ao menos** em sede de **estrita** delibação, **ilicitude** na instauração, **contra** os ora pacientes, da "*persecutio criminis*" em referência, eis que esta **não foi iniciada**,

unicamente, com apoio na comunicação anônima dirigida ao representante do Ministério Público.

Cumpre enfatizar, finalmente, **que a mera instauração de inquérito policial**, que objetive a investigação de fatos considerados criminosos pelo ordenamento positivo, **não constitui**, só por si, ato capaz de caracterizar situação de injusto constrangimento, **mesmo porque se impõe**, ao Poder Público, **adotar** as providências necessárias **ao integral** esclarecimento da prática delituosa.

Por tal razão, **firmou-se**, nesta Suprema Corte, **orientação jurisprudencial no sentido** de que "*a simples apuração da 'notitia criminis' não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido pela via do 'habeas corpus'*" (*RTJ* 78/138).

Havendo suspeita de crime, **e existindo elementos idôneos** de informação **que autorizem** a investigação penal do episódio delituoso, **torna-se essencial proceder à ampla apuração** dos fatos, **satisfazendo-se**, desse modo, **com a legítima instauração** do pertinente inquérito, um **imperativo** inafastável, **fundado na necessidade** ético-jurídica **de sempre** se promover a busca **da verdade real**.

Convém ressaltar, neste ponto, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **cuja orientação** firmou-se no sentido de que, **havendo suspeita fundada** de crime, **legitima-se** a instauração de inquérito policial (**RT** 590/450), **pois o trancamento** da investigação penal **somente** se justificaria, **se** os fatos pudessem, **desde logo**, evidenciar-se como "*inexistentes ou não configurantes, em tese, de infração penal*" (**RT** 620/368):

> ***A SIMPLES APURAÇÃO DE FATO DELITUOSO NÃO CONSTITUI, SÓ POR SI, SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.***
>
> *– **Havendo suspeita fundada** de crime, **e existindo** elementos idôneos de informação **que autorizem** a investigação penal do episódio delituoso, **torna-se legítima** a instauração de inquérito policial, **eis que se impõe**, ao Poder Público, a **adoção** de providências **necessárias** ao **integral** esclarecimento da verdade real, **notadamente** nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. **Precedentes**.*
>
> (*RTJ* **181/1039-1040**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Esse entendimento – **que se reflete** na jurisprudência dos Tribunais (**RT** 598/321 – **RT** 603/365 – **RT** 610/321 – **RT** 639/296-297 – **RT** 729/590) – **também encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário, **como se vê da lição** de JULIO FABBRINI MIRABETE ("**Código de Processo Penal Interpretado**", p. 1424, item n. 648.2, 7. ed., 2000, Atlas):

> ***Em regra**, o "habeas corpus" **não é meio** para trancar inquérito policial, **porque**, para a instauração do procedimento inquisitório, **basta** haver elementos indicativos da ocorrência de fato que, **em tese**, configura ilícito penal, e indícios **que apontem** determinada pessoa ou determinadas pessoas como participantes do fato típico e antijurídico. **Se os fatos configuram crime em tese**, o inquérito policial **não pode ser trancado** por falta de justa causa.*
>
> (**Grifei.**)

Todos os elementos **que venho** de expor **levam-me a vislumbrar descaracterizada**, ao menos em juízo **de sumária** cognição, a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar **deduzida** na presente causa.

Sendo assim, em face das razões expostas **e sem prejuízo** de ulterior reexame da matéria **quando do julgamento final** desta ação de "*habeas corpus*", **indefiro** o pedido de medida cautelar.

2. **Oficie-se**, ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Guajará-Mirim/RO, **para que informe** a fase em que **presentemente** se acha o Inquérito Policial 138/2007, **encaminhando-se-lhe** cópia da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 2 de outubro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 233.585 — SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz — Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo — Procurador: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Defesa e proteção, em juízo, de direitos e interesses metaindividuais. Improcedência da ação civil. Imposição, ao Ministério Público, dos ônus da sucumbência (verba honorária, custas e despesas processuais). Inadmissibilidade, "salvo comprovada má-fé" (Lei 7.347/1985, art. 18). Ausência de comprovação, no caso, de conduta abusiva ou maliciosa por parte do representante do Ministério Público. Doutrina. Precedentes.

– O Ministério Público, quando vencido na ação civil pública – instrumento de que se utiliza para viabilizar a defesa e proteção, em juízo, de direitos e interesses metaindividuais –, não se sujeita aos ônus da sucumbência (verba honorária, custas e despesas processuais), exceto se resultar comprovado que o representante do *Parquet* incidiu em comportamento malicioso ou abusivo. Doutrina. Precedentes.

Decisão: **A controvérsia** suscitada **na presente** causa – **possibilidade** de o montante pertinente ao ICMS **integrar** a própria base de cálculo desse tributo estadual, **sem** que tal importe em transgressão ao princípio da não cumulatividade – **já foi dirimida pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 184/729**, Rel. p/ o ac. Min. NELSON JOBIM).

O **acórdão** questionado **nesta** sede recursal extraordinária **diverge** desse entendimento jurisprudencial, **que tem sido observado por ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal (**AI 195.323-AgR/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 261.393-AgR/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **v.g.**).

Sendo assim, pelas razões expostas, **conheço e dou provimento** ao presente recurso extraordinário (**CPC**, art. 557, § 1º – A), **em ordem a julgar improcedente** a ação civil pública **ajuizada** pelo Ministério Público.

2. **Deixo**, contudo, **de impor**, ao Ministério Público, **os ônus da sucumbência**, **considerada** a orientação – **que acolho** – **exposta em autorizado magistério doutrinário** (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "**Ação Civil Pública**", p. 443/445, item n. 6, 6ª ed., 2007, Lumen Juris; JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, "**Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**", p. 139/140, item n. 3.1.1.7, 2ª ed., 2009, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, "**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**", p. 583/585, item n. 3, 21ª ed., 2008, Saraiva; FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, "**Ação Civil Pública**", p. 133/134, item n. 8.17, 2ª ed., 2004, RT; YUSSEF SAID CAHALI, "**Honorários Advocatícios**", p. 262/273, item n. 6.3, 3ª ed., 1997, RT; GREGÓRIO ASSAGRA

DE ALMEIDA, "**Manual das Ações Constitucionais**", p. 192/193, item n. 1.1, 2007, Del Rey, **v.g.**), **que reconhece**, a propósito dessa questão, que o Ministério Público, **quando vencido** na ação civil pública, **não fica sujeito** ao pagamento da verba honorária (**ACO 565/MS**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), **valendo referir**, no ponto, **ante a extrema pertinência** de que se reveste, **expressiva** decisão **proferida** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA** – **Proteção dos direitos do consumidor** – **Propositura pelo Ministério Público** – **Hipótese em que age no interesse da coletividade** – **Condenação nas verbas da sucumbência uma vez julgada improcedente a ação inadmissível** – **Inteligência do art. 17 da Lei 7.347/1985**.*
>
> ***O Ministério Público**, quando **propõe** ação civil pública **para proteção** dos direitos do consumidor, **está agindo no interesse da coletividade**, tanto que não pode desistir da ação. **Assim**, **não poderá** também **ser condenado nas verbas** da sucumbência **quando** a demanda for julgada improcedente.*
>
> (**RT 639/73**, Rel. Des. SILVEIRA NETTO – **Grifei.**)

Mesmo, porém, **que se reconheça legítima** a possibilidade de o Ministério Público **sujeitar-se**, excepcionalmente, **em sede** de ação civil pública, aos ônus da sucumbência, **o que me parece** extremamente razoável **em face** dos parâmetros éticos **que regem** a atividade dos sujeitos processuais **e que repelem** a figura do "*improbus litigator*" (**REsp 577.804/RS**, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – **REsp 896.679/RS**, Rel. Min. LUIZ FUX – **REsp 1.065.401/RS**, Rel. Min. ELIANA CALMON – **AI 1.042.206-AgR/SP**, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, **v.g.**), **ainda assim** impor-se-á **a necessária** demonstração de que o representante do "*Parquet*", **procedendo** de maneira abusiva, **agiu** com "*comprovada má-fé*" (**Lei 7.347/85**, art. 18):

> ***1**. **É pacífico o entendimento** desta Corte Superior **no sentido** de que, **nos casos** em que a ação civil pública **proposta** pelo Ministério Público **for julgada improcedente**, **somente haverá condenação** ao pagamento de honorários advocatícios **quando comprovada a má-fé** do órgão ministerial, **nos termos** do art. 18 da Lei 7.347/1985. **Tal hipótese não ficou configurada** no caso examinado, **o que impõe o afastamento** da condenação aos ônus sucumbenciais. (...).*
>
> (**REsp 868.279-AgR/MG**, Rel. Min. DENISE ARRUDA – **Grifei.**)

Cabe assinalar, no entanto, **que essa situação anômala** (que **jamais** se presume) – **abuso**, pelo Ministério Público, de seu poder de demandar, **com transgressão** ao postulado ético-jurídico da probidade processual – **não ficou demonstrada** nos autos.

Com efeito, a parte ora recorrente **sequer alegou – muito menos** comprovou – **a ocorrência**, na espécie, de comportamento malicioso **ou** abusivo do representante do Ministério Público, **única** situação **que poderia**, **desde que regularmente demonstrada**, justificar a imposição, ao "*Parquet*", dos ônus **inerentes** à sucumbência, **consoante adverte** iterativa jurisprudência dos Tribunais em geral (**REsp 178.088/MG**, Rel. Min. CASTRO MEIRA – **REsp 183.089/**

SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – **REsp 204.951-AgR/SP**, Rel. Min. GILSON DIPP – **REsp 258.128/MG**, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – **REsp 403.599/PR**, Rel. Min. ELIANA CALMON – **REsp 422.801/SP**, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, **v.g.**):

> ***PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (CURADORIA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO). CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA EXPEDIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS NO PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO PARÁ. CONDENAÇÃO DO "PARQUET" EM HONORÁRIOS. ART. 18, LEI 7.347/1985. IMPOSSIBILIDADE.***
>
> ***1. A atuação do Ministério Público**, "pro populo", **nas ações difusas**, **justifica**, ao ângulo da lógica jurídica, **sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais**, acaso inacolhida a ação civil pública.*
>
> ***2. Consectariamente**, **o Ministério Público não deve ser condenado** ao pagamento de honorários advocatícios **e** despesas processuais, **salvo se comprovada má-fé**.*
>
> ***3. Precedentes** do STJ.*
>
> ***4.** Recurso especial **provido** (**CPC**, art. 557, § 1º-A).*
>
> (**REsp 480.156/MG**, Rel. Min. LUIZ FUX – **Grifei.**)

Por tais razões, **e não obstante** a sucumbência do Ministério Público no caso ora em exame, **deixo de fazer incidir**, sobre o "*Parquet*", **os ônus inerentes** à verba honorária **e** às custas processuais.

Publique-se.

Brasília, 9 de setembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 258.067 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Câmara Municipal do Rio de Janeiro — Agravado: Prefeito do Município do Rio de Janeiro

Processo legislativo. Princípios constitucionais que regem o processo de formação das leis. Aplicabilidade aos Estados-membros e aos Municípios. Regime jurídico dos servidores públicos (*RTJ* 187/97, Rel. Min. Celso de Mello). Remuneração funcional. Matéria sujeita à reserva de iniciativa do chefe do poder executivo. A questão pertinente ao poder de emenda dos parlamentares. Prerrogativa de índole político-jurídica cujo exercício, pelos membros do Poder Legislativo, embora viável nos procedimentos de iniciativa reservada, submete-se a limitações de ordem constitucional. Doutrina. Precedentes. Recurso improvido.

Decisão: O recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo de instrumento **foi interposto** contra acórdão, que, **proferido**, **em sede** de Representação de Inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **está assim ementado** (**fl. 38**):

> ***Representação contra dispositivos de Lei Municipal decorrentes de emendas a projetos do Executivo***. *Se há extensão a outras categorias inegável a inconstitucionalidade por vício de iniciativa.* ***Emenda que aumenta*** *despesa pública* ***sem*** *indicação da fonte de receita.* ***Dispositivo*** *que repete proposta do Executivo no que respeita a reajuste gradual e cronograma da gradualidade, sem eiva de violação da Constituição.* ***Procedência Parcial***.
> (**Grifei.**)

A análise dos autos **evidencia** que o acórdão mencionado **ajusta-se** à diretriz jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou** na apreciação da controvérsia em causa.

Com efeito, **o tema** suscitado **na presente** sede recursal **concerne ao alcance do poder de emenda** conferido ao Legislativo **na apreciação** de proposições que **veiculam**, como sucede na espécie, normas relativas a matérias **reservadas**, quanto à sua iniciativa, ao Chefe do Poder Executivo.

O exercício do poder de emenda **constitui**, quando concretamente manifestado, **um dos incidentes** do processo de formação das espécies legislativas.

Trata-se de prerrogativa, que, **por ser inerente à função legislativa** do Estado, **qualifica-se** como poder de índole eminentemente constitucional.

O poder de emendar, nada mais sendo do que uma projeção do próprio poder de legislar, **sofre**, em função da matriz constitucional que lhe confere suporte jurídico, **apenas as limitações** definidas no texto da Carta Política.

O saudoso Ministro THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **ao versar** esse tema **em sede** de controle normativo abstrato, **salientou** (**RDA** 97/213):

*(...) **Pode-se dividir em três a orientação doutrinária sobre o poder de emenda**. **A primeira** entende que a função de emendar **é inerente** à função legislativa. **A segunda**, que o poder de emenda é limitado, é preciso ter afinidade lógica com o projeto. **E a terceira** é que vincula o poder de emenda ao poder de iniciativa (...).*
(**Grifei.**)

A Constituição Federal de 1988, prestigiando o exercício da função parlamentar, **afastou muitas das restrições** que incidiam, especificamente, sobre o poder de emenda **reconhecido** aos membros do Legislativo. **O legislador constituinte**, ao assim proceder, **certamente pretendeu repudiar a concepção regalista** de Estado, "*que eliminaria, na prática, o poder de emenda das Assembleias*" (**RTJ** 32/143 – **RTJ** 33/107 – **RTJ** 34/6 – **RTJ** 40/348).

Dentro desse contexto, a Constituição Federal, **ao definir** o âmbito de atuação do poder de emendar, **elasteceu**, significativamente, **a possibilidade** do exercício dessa prerrogativa parlamentar.

No que concerne aos projetos de iniciativa reservada, a Carta Política **estabeleceu** restrição **vedatória** das **emendas** que possam gerar **aumento da despesa global** prevista.

Esse novo tratamento constitucional dispensado ao poder de emenda parlamentar, **mesmo** naquelas hipóteses que envolvam projetos de lei **submetidos** à cláusula constitucional **que impõe** reserva de iniciativa, **mereceu**, de MICHEL TEMER ("**Elementos de Direito Constitucional**", p. 139, 5ª ed., 1989, RT), **correta apreciação**:

__O art. 63__, I e II, __inadmite emendas__ aos projetos de lei __que aumentem__ a despesa prevista __nos projetos__ cuja iniciativa __seja da exclusiva competência__ do Presidente da República __e naqueles referentes__ à organização dos serviços administrativos da Câmara, do Senado, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

Emendas que não aumentem a despesa poderão ser oferecidas?

*__Parece-nos que sim__. Mesmo que se modifique, pela emenda, o objetivo desejado pelo proponente, ao dar início ao processo de formação da lei. **O que a Constituição confere**, ao reservar iniciativa, **é a definição do momento** em que se deva legislar sobre determinada matéria. **O proponente do projeto é senhor da oportunidade**. **O mais se passa no interior** do Poder Legislativo, **no exercício constitucional** de sua atividade inovadora da ordem jurídica em nível imediatamente infraconstitucional. __Só não pode__, __por emenda__, __aumentar a despesa no projeto__.*
(**Grifei.**)

Desse modo, a nova Constituição **repeliu a interpretação – que certa vez prevaleceu nesta Corte** (**RF** 165/155) – **no sentido** de que, **sendo** o poder de emenda **corolário** do poder de iniciativa, **resultava inadmissível** (**segundo** tal exegese restritiva) qualquer alteração, **pela instância parlamentar**, dos projetos **decorrentes** da competência **privativa** dos outros poderes **ou** órgãos.

Esse entendimento, contudo, **não prosperou**. **Daí a observação** de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 2/105, 1992, Saraiva):

A Constituição vigente ***admite a apresentação de emendas*** *aos projetos de iniciativa reservada,* ***desde que não aumentem*** *a despesa prevista. (...).* ***Assim, hoje não mais cabe discussão. Desde que a emenda não aumente a despesa globalmente prevista, é ela cabível.***

A atual Constituição estendeu a regra à iniciativa reservada *a outros órgãos* ***que não*** *o Presidente da República.* ***Com isto,*** *a Constituição* ***permite a ingerência parlamentar*** *na própria organização dos serviços administrativos dos tribunais federais (...).*

(**Grifei.**)

É preciso ter presente, neste ponto, **a advertência** do saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL (**RTJ** 36/385):

(...) A Assembleia ***não pode ficar reduzida*** *ao papel de dizer* ***sim e não, como se fosse –*** *frase conhecida –* ***composta*** *de mudos,* ***que apenas*** *pudessem baixar a cabeça, vertical* ***ou*** *horizontalmente.* ***Ela pode introduzir elementos novos no projeto, desde que não o desfigure, que não mude*** *a sua substância,* ***que não estabeleça*** *incompatibilidade* ***entre*** *o sentido geral do projeto* ***e*** *as disposições a ele acrescidas pelo órgão legislativo.*

(**Grifei**)

A extração constitucional do poder de emenda, de outro lado, **não permite presumir** a existência de vedações **que não** as decorrentes de cláusula constitucional explícita, **como a que resulta –** presente o contexto em exame – da norma **inscrita** no art. 63, **inciso** I, da Constituição da República, **ressalvado** o entendimento, que **esta** Corte **já** proclamou (**ADI 574/DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **DJU** de 8-6-93), **de que se revela implícita**, no sistema constitucional brasileiro, **a exigência** de que as emendas parlamentares **guardem relação de pertinência** (*afinidade lógica*) com o objeto da proposição legislativa.

A tese consagrada no acórdão objeto do recurso extraordinário em questão – **aumento** da despesa global **resultante** de emenda de iniciativa parlamentar – **reveste-se** de inteira correção jurídica **e encontra fundamento** na própria jurisprudência **desta** Corte, que, **defrontando-se** com questões **virtualmente** idênticas, **e tendo presente** a cláusula inscrita **no art. 25** da Lei Fundamental, **proclamou a vinculação dos Estados-membros ao modelo federal pertinente ao processo de formação das leis**, **inclusive** no que concerne às restrições **decorrentes** dos arts. 61, § 1º, **e** 63 da Carta Política (**ADI 805-MC/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 865/MA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. ARTS. 21, 25, 26, 27, 32 E 33 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS* ***DO ESTADO*** *DE MINAS GERAIS, DE 21 DE SETEMBRO DE 1989.*

Normas que*, por disporem,* ***sem*** *exceção,* ***sobre servidores públicos*** *do Estado,* ***padecem*** *do vício de inconstitucionalidade formal,* ***por inobservância*** *do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo,* ***corolário*** *do postulado da separação dos poderes,* ***imposto*** *aos Estados* ***pelo art. 25*** *da CF/88* ***e****, especialmente,* ***ao constituinte estadual****, no art. 11 do ADCT/88, combinados, no presente caso, com o art. 61, parágrafo 1º, alíneas 'a' e 'c', da mesma Carta.*

(**ADI 89/MG**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Grifei.**)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUTELAR. INCISOS *VI, VII, VIII E IX, DO ART. 16, DA LEI ESTADUAL Nº 1.137, DE 14 DE SETEMBRO DE 1992.* ***ALEGADA AFRONTA*** *AOS ARTS. 61, § 1º, II, 'A' E 'C', E ART. 63, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

Plausibilidade da increpação*, tendo em vista tratar-se de dispositivos* ***resultantes de emenda da Assembleia****,* ***acarretadora de aumento de despesa****, a projeto de lei* ***que lhe foi enviado*** *pelo Chefe do Poder Executivo,* ***no exercício*** *de competência legislativa privativa.*

Concorrência *do "periculum in mora", consistente na possibilidade de virem a ser efetuados pagamentos de vantagens funcionais indevidas.*

Cautelar deferida*.*

(**ADI 816-MC/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Grifei.**)

Processo legislativo*:* ***consolidação da jurisprudência do STF*** *no sentido de que –* ***não obstante*** *a ausência de regra explícita na Constituição de 1988 –* ***impõem-se*** *à observância do processo legislativo dos Estados-membros* ***as linhas básicas*** *do correspondente modelo federal,* ***particularmente as de reserva de iniciativa****, na medida em que configuram elas prisma relevante do perfil do regime positivo de separação* ***e*** *independência dos poderes,* ***que é princípio fundamental*** *ao qual se vinculam compulsoriamente os ordenamentos das unidades federadas.*

(**ADI 872-MC/RS**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei.**)

Vale observar, no ponto, por relevante, **que o entendimento** ora exposto **consolidou-se** na jurisprudência constitucional **desta** Suprema Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE *–* ***LEI ESTADUAL QUE ESTENDE*** *A DETERMINADA CATEGORIA FUNCIONAL* ***O REALINHAMENTO REMUNERATÓRIO*** *DEFERIDO A SERVIDORES PÚBLICOS DIVERSOS –* ***EXTENSÃO*** *DESSE BENEFÍCIO PECUNIÁRIO* ***RESULTANTE DE EMENDA DE INICIATIVA PARLAMENTAR APROVADA*** *PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA –* ***VETO REJEITADO*** *–* ***PROMULGAÇÃO*** *DA LEI PELO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA LOCAL –* ***AUMENTO DA DESPESA GLOBAL*** *PREVISTA NO PROJETO DE LEI* ***APRESENTADO*** *PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO –* ***IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL*** *DESSA MAJORAÇÃO* ***POR EFEITO DE EMENDA*** *DE INICIATIVA PARLAMENTAR –* ***INCIDÊNCIA DA RESTRIÇÃO*** *PREVISTA NO ART. 63, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA –* ***MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA****.*

PROCESSO LEGISLATIVO E ESTADO-MEMBRO*.*

– ***A atuação*** *dos membros da Assembleia Legislativa dos Estados* ***acha-se submetida****,* ***no processo de formação das leis****,* ***à limitação*** *imposta* ***pelo art. 63, I****, da Constituição,* ***que veda*** *– ressalvadas as proposições de natureza orçamentária – o oferecimento* ***de emendas parlamentares*** *de que resulte* ***o aumento da despesa*** *prevista* ***nos projetos sujeitos ao exclusivo*** *poder de iniciativa do Governador do Estado.*

O EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA, PELOS MEMBROS DO PARLAMENTO, QUALIFICA-SE COMO PRERROGATIVA INERENTE À FUNÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO*.*

– ***O poder de emendar*** *–* ***que não constitui*** *derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis –* ***qualifica-se*** *como prerrogativa* ***deferida*** *aos parlamentares,* ***que se sujeitam****, no entanto,* ***quanto*** *ao seu exercício,* ***às restrições*** *impostas,* ***em "numerus clausus"****, pela Constituição Federal.*

*– **A Constituição Federal de 1988**, prestigiando o exercício da função parlamentar, **afastou muitas das restrições** que incidiam, **especificamente**, no regime constitucional anterior, **sobre** o poder de emenda **reconhecido** aos membros do Legislativo. **O legislador constituinte**, ao assim proceder, **certamente pretendeu repudiar a concepção regalista** de Estado (**RTJ** 32/143 – **RTJ** 33/107 – **RTJ** 34/6 – **RTJ** 40/348), **que suprimiria**, caso prevalecesse, **o poder de emenda** dos membros do Legislativo.*

*– **Revela-se plenamente legítimo**, desse modo, **o exercício** do poder de emenda pelos parlamentares, **mesmo quando se tratar** de projetos de lei **sujeitos** à reserva de iniciativa **de outros** órgãos **e** Poderes do Estado, **incidindo**, no entanto, sobre essa prerrogativa parlamentar – **que é inerente** à atividade legislativa –, **as restrições** decorrentes **do próprio** texto constitucional (**CF**, art. 63, I **e** II), **bem assim** aquela fundada **na exigência** de que as emendas de iniciativa parlamentar **sempre guardem** relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa. **Doutrina**. **Precedentes**.*
(**ADI 973-MC/AP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno.**)

Todas as considerações que venho de fazer **permitem-me reconhecer** que o acórdão **objeto** do recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo de instrumento **reflete**, com fidelidade, a diretriz jurisprudencial **que esta** Suprema Corte **firmou no tema** concernente **às limitações** que o exercício do poder de emenda **sofre**, quando praticado **por membros** do Legislativo **no contexto** do processo de formação das leis, **cuja instauração sujeita-se** à cláusula de reserva de iniciativa.

Cabe registrar, finalmente, **tratando-se** da hipótese prevista no art. 125, **§ 2º**, da Constituição da República, **que o provimento e o improvimento** de recursos extraordinários **interpostos** contra acórdãos **proferidos** por Tribunais de Justiça **em sede** de fiscalização normativa abstrata **têm sido veiculados** em decisões monocráticas **emanadas** dos Ministros Relatores da causa no Supremo Tribunal Federal, **desde** que, **tal como sucede** na espécie, o litígio constitucional **já tenha sido definido** pela jurisprudência **prevalecente** no âmbito **deste** Tribunal (**RE 243.975/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RE 334.868-AgR/RJ**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **RE 336.267/SP**, Rel. Min. CARLOS BRITTO – **RE 353.350-AgR/ES**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 369.425/RS**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **RE 371.887/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 396.541/RS**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RE 415.517/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RE 421.271-AgR/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 444.565/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RE 461.217/SC**, Rel. Min. EROS GRAU – **RE 501.913/MG**, Rel. Min. MENEZES DIREITO – **RE 592.477/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 601.206/SP**, Rel. Min. EROS GRAU, **v.g.**).

Sendo assim, pelas razões expostas, **e considerando** os precedentes referidos, **nego provimento** ao presente agravo de instrumento, **por revelar-se inviável** o recurso extraordinário a que ele se refere.

Publique-se.

Brasília, 18 de setembro de 2009 — Celso de Mello, Relator.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrCv ***Ação civil pública.*** Improcedência. Ajuizamento pelo Ministério Público. Ônus da sucumbência: inadmissibilidade. Litigância de má-fé: não comprovação. Lei 7.347/1985, art. 18. RE 233.585 *RTJ* 212/653

Ct Ação de repetição de indébito: imposto de renda pertencente a Estado-membro. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Lei orçamentária: generalidade e abstração. Lei 11.514/2007, art. 100. ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Cargo público: extinção. Censor federal: aproveitamento. Ato normativo de efeito concreto exaurido. ADCT da Constituição Federal/1988, art. 23. Lei 9.688/1998. ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Ofensa indireta à Constituição Federal. Lei estadual 1.126/2002/RO. ADI 2.876 *RTJ* 212/22

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: descabimento. Justa causa. Materialidade do crime e indícios de autoria. HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn Ação penal pública. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

El ***Ação rescisória eleitoral.*** Descabimento. Acórdão rescindendo: declaração de elegibilidade pelo TSE. Decisão na ADI 1.459: ofensa inocorrente. Código Eleitoral/1965, art. 22, I, *j*, redação da LC 86/1996: interpretação. Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF Acórdão de Tribunal de Justiça em controle concentrado. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrCv Acórdão em conflito de competência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

El Acórdão rescindendo: declaração de elegibilidade pelo TSE. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF ADCT da Constituição Federal/1988, art. 23. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrCv Ajuizamento pelo Ministério Público. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Ct Ampliação: vedação. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Antecipação da pena: não ocorrência. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Ct Anuidade e mensalidade escolares: cobrança. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Ct Aproveitamento mercantil de recursos hídricos e potencial energético, pesquisa e lavra de minerais. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Área em unidade de conservação ambiental: condições estabelecidas pelo Instituto Chico Mendes. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv ***Assistência.*** Deferimento do pedido. Instrução já encerrada. Intervenção no estado em que se encontra o processo. CPC/1973, art. 50. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Ato de demarcação: natureza declaratória. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Ato de natureza jurisdicional. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

PrSTF Ato normativo de efeito concreto exaurido. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrPn Ato omissivo ou ato comissivo. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

Ct Autorização do Congresso Nacional: necessidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Autorização prévia: prescindibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

B

Trbt Base de cálculo. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Ct Bem da União. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Bem de pequeno valor. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrPn Cabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrCv Cabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 26.098 *RTJ* 212/400

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498

Adm ***Cargo público.*** Juiz de paz. Remuneração: ausência. Lei específica: necessidade. CF/1988, art. 98, II. RE 480.328 *RTJ* 212/561

PrSTF Cargo público: extinção. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

Adm Cargo vago durante o prazo de validade do certame. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

PrPn Casa do albergado inexistente ou imprópria. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498

PrSTF Censor federal: aproveitamento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

Ct CF/1988, art. 2º. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Pn CF/1988, art. 5º, XL. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

El CF/1988, arts. 14, § 5º, e 128, § 5º, II, *e*: interpretação. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

Ct CF/1988, art. 20, XI. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 22, I. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Adm CF/1988, art. 37, II e IV. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

Adm CF/1988, art. 37, X. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct CF/1988, arts. 49, XVI, e 231, § 3º. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 91. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm CF/1988, art. 98, II. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

Ct CF/1988, art. 102, I, *f*. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 114: ofensa inocorrente. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

Ct CF/1988, art. 157, I. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

Ct CF/1988, art. 165, § 2º. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct CF/1988, art. 231, *caput*. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231: interpretação. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231, § 1º e § 6º. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct CF/1988, art. 231, § 6º. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Cobrança de tarifa: inadmissibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

El Código Eleitoral/1965, art. 22, I, *j*, redação da LC 86/1996: interpretação. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

Ct ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** Convocação de magistrado. Informação relacionada ao exercício da atividade judiciária. Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. CF/1988, art. 2º. HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Ct ***Competência.*** Poder Executivo da União. Processo de demarcação de terra indígena. CF/1988, art. 231, *caput*. Lei 6.001/1973. Decreto 1.775/1996. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Competência criminal.*** Suplente de deputado federal. Prerrogativa de foro inexistente. Competência do STF: inocorrência. AP 511 *RTJ* 212/629

PrPn Competência do STF: inocorrência. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum estadual. Ação de repetição de indébito: imposto de renda pertencente a Estado-membro. CF/1988, art. 157, I. AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566

Ct ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum estadual. Execução de crédito trabalhista. Recuperação judicial ou falência. CF/1988, art. 114: ofensa inocorrente. Lei 11.101/2005. RE 583.955 *RTJ* 212/570

Ct ***Competência legislativa.*** União Federal. Direito civil. Contrato de prestação de serviço escolar ou educacional. Anuidade e mensalidade escolares: cobrança. CF/1988, art. 22, I. Lei distrital 670/1994/DF: inconstitucionalidade. ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. CF/1988, art. 102, I, *f*. ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal (STF). Conflito federativo: União e Estado-membro. Terra indígena "Raposa Serra do Sol". CF/1988, art. 102, I, *f*. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Complementação após o prazo. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrPn Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn Concurso material, concurso formal e continuidade delitiva. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Adm ***Concurso público.*** Nomeação. Cargo vago durante o prazo de validade do certame. Recusa em prover o cargo: necessidade de motivação. Direito adquirido e expectativa de direito. CF/1988, art. 37, II e IV. RE 227.480 *RTJ* 212/537

PrCv Concurso público para o Ministério Público Federal: encerramento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

Ct Conflito federativo: União e Estado-membro. (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Conselho de Defesa Nacional: órgão opinativo. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct Consulta prévia: desnecessidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Contrato de prestação de serviço escolar ou educacional. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Ct Controle: União Federal. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Ct Convocação de magistrado. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Pn CP/1940, art. 155, § 4º, I. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

Pn CP/1940, art. 288. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrCv CPC/1973, art. 50. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn CPM/1969, art. 125, VII. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn CPP/1941 art. 41. (...) ***Denúncia.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrPn CPP/1941, art. 580. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Pn Crime autônomo. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

Pn ***Crime contra a ordem tributária.*** Procedimento administrativo: prescindibilidade. Utilização de esquema fraudulento. HC 95.086 *RTJ* 212/487

Pn Crime hediondo. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Custas: exigibilidade após o trânsito em julgado da condenação. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

D

PrCv Decadência. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv Decisão do TCU. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrSTF Decisão monocrática: possibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

El Decisão na ADI 1.459: ofensa inocorrente. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

Ct Decreto 1.775/1996. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Decreto 4.011/2001. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrCv Deferimento do pedido. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Delação anônima. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

Adm Demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol". (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** Marco temporal: promulgação da CF/1988. Fato indígena: prevalência sobre a teoria do indigenato. Terra tradicionalmente ocupada: direito originário. Ato de demarcação: natureza declaratória. Ocupação, domínio ou posse por não índios: nulidade. CF/1988, art. 231, § 1º e § 6º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Demarcação de terra indígena. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** "Raposa Serra do Sol". Modelo contínuo: necessidade. Diversidade intraétnica: observância. Terra indígena, unidade de conservação ambiental e faixa de fronteira: compatibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Demarcação de terra indígena.*** "Raposa Serra do Sol": extensão. Ampliação: vedação. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Demarcação em faixa de fronteira. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. CPP/1941 art. 41. HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrSTF Descabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22 – ADI 2.980 *RTJ* 212/29

El Descabimento. (...) ***Ação rescisória eleitoral.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF Descabimento. (...) ***Reclamação.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrPn Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. (...) ***Denúncia.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrSTF Descumprimento da decisão na ADC 11-MC: alegação. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrPn Deserção: afastamento. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

Pn Destruição de obstáculo à subtração. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

Adm Direito adquirido e expectativa de direito. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

Ct Direito civil. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Adm Direito líquido e certo inexistente. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Diversidade intraétnica: observância. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

E

PrCv Efeito suspensivo a recurso de revisão: inadmissibilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

Ct Elaboração. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

El ***Eleição.*** Prefeito municipal: reeleição. Membro do Ministério Público eleito antes da EC 45/2004. Recandidatura: direito atual. Regras de transição: ausência. CF/1988, arts. 14, § 5º, e 128, § 5º, II, *e*: interpretação. RE 597.994 *RTJ* 212/598

Ct Emenda parlamentar com aumento de despesa. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct Estado-membro e Município: atuação complementar. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Estimativa de receitas. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct Execução de crédito trabalhista. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

Pn ***Execução penal.*** Indulto e comutação de pena. Crime hediondo. Fato anterior à vigência da Lei 8.072/1990. Princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. CF/1988, art. 5º, XL. Decreto 4.011/2001. RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrSTF Execução trabalhista: prazo para oposição de embargos. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Ct Extensão a categoria diversa. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Extensão a corréu. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn Extinção da punibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

F

Pn Fato anterior à vigência da Lei 8.072/1990. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

Ct Fato indígena: prevalência sobre a teoria do indigenato. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Fixação acima do mínimo legal. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533

Ct Forças Armadas e Polícia Federal: atuação na área demarcada. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Pn ***Furto.*** Bem de pequeno valor. Reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. HC 96.757 *RTJ* 212/520

Pn ***Furto qualificado.*** Objeto no interior de automóvel. Destruição de obstáculo à subtração. CP/1940, art. 155, § 4º, I. HC 98.406 *RTJ* 212/530

G

PrPn Garantia da ordem pública, gravidade do crime e risco de continuidade delitiva. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento. Ato omissivo ou ato comissivo. HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. CPM/1969, art. 125, VII. HC 95.563 *RTJ* 212/502

PrPn ***Habeas corpus.*** Extensão a corréu. Identidade de situação processual. Prisão preventiva: revogação. CPP/1941, art. 580. HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn ***Habeas corpus.*** Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Reunião de processos desmembrados. HC 83.428 *RTJ* 212/453

I

PrPn Identidade de situação processual. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Base de cálculo. Inclusão do valor do próprio imposto: constitucionalidade. RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrCv Improcedência. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

PrPn Inadmissibilidade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Trbt Inclusão do valor do próprio imposto: constitucionalidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Pn Indulto e comutação de pena. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

Ct Informação relacionada ao exercício da atividade judiciária. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Ct Iniciativa reservada de lei. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct Iniciativa reservada e iniciativa vinculada: distinção. (...) ***Processo legislativo.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrPn ***Inquérito policial.*** Instauração. Delação anônima. Investigação prévia: ocorrência. Ministério Público: formação da *opinio delicti*. HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrPn Instauração. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

PrCv Instrução já encerrada. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Intervenção no estado em que se encontra o processo. (...) ***Assistência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Investigação prévia: ocorrência. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

J

Adm Juiz de paz. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

PrSTF Jurisprudência assentada do STF. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Justa causa. (...) ***Ação penal.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

Ct Justiça comum estadual. (...) ***Competência jurisdicional.*** AI 577.516-AgR *RTJ* 212/566 – RE 583.955 *RTJ* 212/570

L

Adm Laudo antropológico: assinatura por apenas um profissional. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Lavagem de dinheiro. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrCv Lei 1.533/1951, art. 18. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

Ct Lei 6.001/1973. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Lei 7.347/1985, art. 18. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

Adm Lei 7.706/1988. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrCv Lei 8.443/1992, art. 35. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrPn Lei 9.099/1995, art. 89. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

PrSTF Lei 9.494/1997, art. 1º-B, redação da MP 2.180-35/2001. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrPn Lei 9.613/1998, art. 3º: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrSTF Lei 9.688/1998. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.980 *RTJ* 212/29

PrPn Lei 10.409/2002, art. 38. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

Ct Lei 11.101/2005. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

PrSTF Lei 11.514/2007, art. 100. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct Lei 11.514/2007, art. 100. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Ct ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** Elaboração. Estimativa de receitas. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições. Princípio da universalidade orçamentária. CF/1988, art. 165, § 2º. Lei 11.514/2007, art. 100. ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrPn Lei de Execução Penal (LEP), art. 117: afastamento do caráter taxativo. (...) ***Prisão domiciliar.*** HC 95.334 *RTJ* 212/498

Ct Lei de iniciativa do Poder Executivo. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** Poder Legislativo e Ministério Público estaduais: descumprimento. Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. Princípio da intranscendência: ofensa. ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Ct Lei distrital 670/1994/DF: inconstitucionalidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Adm Lei específica: necessidade. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

Adm Lei estadual: necessidade. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

PrSTF Lei estadual 1.126/2002/RO. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22

PrSTF Lei orçamentária: generalidade e abstração. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

PrCv Litigância de má-fé: não comprovação. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Cabimento. Acórdão em conflito de competência. Ato de natureza jurisdicional. RMS 26.098 *RTJ* 212/400

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decadência. Prazo: termo inicial. Lei 1.533/1951, art. 18. Súmula 632. MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decisão do TCU. Rejeição de contas de ex-prefeito. Efeito suspensivo a recurso de revisão: inadmissibilidade. Lei 8.443/1992, art. 35. MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrCv ***Mandado de segurança.*** Prejudicialidade. Medida liminar indeferida. Concurso público para o Ministério Público Federal: encerramento. Prova oral: não realização. MS 26.696 *RTJ* 212/405

Ct Marco temporal: promulgação da CF/1988. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Materialidade do crime e indícios de autoria. (...) ***Ação penal.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

PrCv Medida liminar indeferida. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

El Membro do Ministério Público eleito antes da EC 45/2004. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrPn Ministério Público: formação da *opinio delicti*. (...) ***Inquérito policial.*** HC 100.042-MC *RTJ* 212/644

Ct Modelo contínuo: necessidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

N

Adm Nomeação. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

PrPn Nulidade. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

Adm Nulidade inocorrente. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

O

Pn Objeto no interior de automóvel. (...) ***Furto qualificado.*** HC 98.406 *RTJ* 212/530

Ct Ocupação, domínio ou posse por não índios: nulidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Ofensa indireta à Constituição Federal. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.876 *RTJ* 212/22

PrCv Ônus da sucumbência: inadmissibilidade. (...) ***Ação civil pública.*** RE 233.585 *RTJ* 212/653

P

Ct Patrimônio indígena: imunidade tributária. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Pena superior a um ano. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** HC 83.163 *RTJ* 212/427

Pn ***Pena-base.*** Fixação acima do mínimo legal. Tráfico de entorpecente. Réu viciado: motivação inidônea. HC 98.456 *RTJ* 212/533

Ct Poder de emenda parlamentar: hipóteses. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct Poder de iniciativa: exercício. (...) ***Processo legislativo.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Poder Executivo da União. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Poder Legislativo e Ministério Público estaduais: descumprimento. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Pn Prática criminosa: dispensabilidade. (...) ***Quadrilha ou bando.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrCv Prazo: termo inicial. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

El Prefeito municipal: reeleição. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrCv Prejudicialidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

PrPn Preparo: insuficiência. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrPn Prerrogativa de foro inexistente. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

Ct Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

PrPn Prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Habeas corpus.*** HC 95.563 *RTJ* 212/502

Adm Presidente da República: homologação. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrSTF Prestação jurisdicional célere: necessidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Adm Presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Princípio da ampla defesa e da não culpabilidade. (...) ***Recurso especial.*** HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrSTF Princípio da dignidade da pessoa humana. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Ct Princípio da independência e harmonia dos Poderes: ofensa. (...) ***Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).*** HC 96.549-MC *RTJ* 212/641

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

Adm Princípio da intranscendência: ofensa. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Pn Princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. (...) ***Execução penal.*** RE 452.991 *RTJ* 212/553

PrPn Princípio da não culpabilidade: interpretação. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Princípio da proporcionalidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Ct Princípio da universalidade orçamentária. (...) ***Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).*** ADI 3.949-MC *RTJ* 212/372

Adm Princípios constitucionais: observância. (...) ***Processo administrativo.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Prisão cautelar: fundamentação. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn ***Prisão domiciliar.*** Cabimento: excepcionalidade. Casa do albergado inexistente ou imprópria. Lei de Execução Penal (LEP), art. 117: afastamento do caráter taxativo. HC 95.334 *RTJ* 212/498

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública, gravidade do crime e risco de continuidade delitiva. Lavagem de dinheiro. Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. Lei 9.613/1998, art. 3º: interpretação conforme à Constituição. HC 83.868 *RTJ* 212/458

PrPn Prisão preventiva: revogação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Pn Procedimento administrativo: prescindibilidade. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrSTF Processamento imediato dos embargos: peculiaridades do caso. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

Adm ***Processo administrativo.*** Demarcação de terra indígena. Presidente da República: homologação. Presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm ***Processo administrativo.*** Nulidade inocorrente. Demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol". Laudo antropológico: assinatura por apenas um profissional. Princípios constitucionais: observância. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade. Tráfico de entorpecente. Rito procedimental: inobservância. Lei 10.409/2002, art. 38. RHC 95.775 *RTJ* 212/506

Ct Processo de demarcação de terra indígena. (...) ***Competência.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Processo legislativo.*** Iniciativa reservada de lei. Poder de emenda parlamentar: hipóteses. Prerrogativa inerente à atividade parlamentar. AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct ***Processo legislativo.*** Lei de iniciativa do Poder Executivo. Emenda parlamentar com aumento de despesa. Servidor público: reajuste da remuneração. Extensão a categoria diversa. AI 258.067 *RTJ* 212/656

Ct ***Processo legislativo.*** Poder de iniciativa: exercício. Iniciativa reservada e iniciativa vinculada: distinção. MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrCv Prova oral: não realização. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.696 *RTJ* 212/405

Q

Pn ***Quadrilha ou bando.*** Crime autônomo. Prática criminosa: dispensabilidade. CP/1940, art. 288. HC 95.086 *RTJ* 212/487

PrPn Questão não apreciada pelo STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

R

Ct "Raposa Serra do Sol". (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct "Raposa Serra do Sol": extensão. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Reajuste. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

Adm Reajuste na data-base da categoria. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

El Recandidatura: direito atual. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

PrSTF ***Reclamação.*** Descabimento. Substituição de recurso ou ação rescisória. Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrSTF ***Reclamação.*** Execução trabalhista: prazo para oposição de embargos. Descumprimento da decisão na ADC 11-MC: alegação. Suspensão do processo: não razoabilidade. Processamento imediato dos embargos: peculiaridades do caso. Prestação jurisdicional célere: necessidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Lei 9.494/1997, art. 1º-B, redação da MP 2.180-35/2001. Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

PrPn Recolhimento à prisão antes da coisa julgada: possibilidade. (...) ***Sentença condenatória.*** HC 83.868 *RTJ* 212/458

Ct Recuperação judicial ou falência. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 583.955 *RTJ* 212/570

PrPn ***Recurso especial.*** Ação penal pública. Preparo: insuficiência. Complementação após o prazo. Custas: exigibilidade após o trânsito em julgado da condenação. Deserção: afastamento. Princípio da ampla defesa e da não culpabilidade. HC 95.128 *RTJ* 212/493

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Acórdão de Tribunal de Justiça em controle concentrado. Jurisprudência assentada do STF. Decisão monocrática: possibilidade. AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm Recusa em prover o cargo: necessidade de motivação. (...) ***Concurso público.*** RE 227.480 *RTJ* 212/537

El Regras de transição: ausência. (...) ***Eleição.*** RE 597.994 *RTJ* 212/598

Ct Regras estabelecidas pela Funai: observância necessária. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrCv Rejeição de contas de ex-prefeito. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

Adm Remuneração: ausência. (...) ***Cargo público.*** RE 480.328 *RTJ* 212/561

Pn Reprovabilidade da conduta. (...) ***Furto.*** HC 96.757 *RTJ* 212/520

Ct Ressalva: relevante interesse público da União. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Adm Restrição a operação de crédito do Poder Executivo estadual: impossibilidade. (...) ***Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15

Pn Réu viciado: motivação inidônea. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533

PrPn Reunião de processos desmembrados. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

Adm Revisão geral. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

PrPn Rito procedimental: inobservância. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

S

PrPn ***Sentença condenatória.*** Recolhimento à prisão antes da coisa julgada: possibilidade. Prisão cautelar: fundamentação. Antecipação da pena: não ocorrência. Princípio da não culpabilidade: interpretação. Princípio da proporcionalidade. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). HC 83.868 *RTJ* 212/458

Adm Servidor público. (...) ***Vencimentos.*** MS 22.538 *RTJ* 212/394

Ct Servidor público: reajuste da remuneração. (...) ***Processo legislativo.*** AI 258.067 *RTJ* 212/656

Adm Servidor público estadual. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

PrSTF Substituição de recurso ou ação rescisória. (...) ***Reclamação.*** Rcl 8.989-MC *RTJ* 212/634

PrCv Súmula 632. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 27.443-AgR *RTJ* 212/417

PrPn Suplente de deputado federal. (...) ***Competência criminal.*** AP 511 *RTJ* 212/629

Ct Supremo Tribunal Federal (STF). (...) ***Competência originária.*** ACO 1.431-REF-MC *RTJ* 212/15 – Pet 3.388 *RTJ* 212/49

PrPn Supressão de instância. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.428 *RTJ* 212/453

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal – sursis processual.*** Inadmissibilidade. Concurso material, concurso formal e continuidade delitiva. Pena superior a um ano. Lei 9.099/1995, art. 89. HC 83.163 *RTJ* 212/427

PrSTF Suspensão do processo: não razoabilidade. (...) ***Reclamação.*** Rcl 5.758 *RTJ* 212/386

T

Ct ***Terra indígena.*** Aproveitamento mercantil de recursos hídricos e potencial energético, pesquisa e lavra de minerais. Autorização do Congresso Nacional: necessidade. CF/1988, arts. 49, XVI, e 231, § 3º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Bem da União. Patrimônio indígena: imunidade tributária. CF/1988, art. 20, XI. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Controle: União Federal. Estado-membro e Município: atuação complementar. CF/1988, art. 231: interpretação. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Demarcação em faixa de fronteira. Conselho de Defesa Nacional: órgão opinativo. Consulta prévia: desnecessidade. CF/1988, art. 91. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Forças Armadas e Polícia Federal: atuação na área demarcada. Autorização prévia: prescindibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Usufruto exclusivo dos índios. Ressalva: relevante interesse público da União. CF/1988, art. 231, § 6º. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct ***Terra indígena.*** Visita de não índios: possibilidade. Regras estabelecidas pela Funai: observância necessária. Área em unidade de conservação ambiental: condições estabelecidas pelo Instituto Chico Mendes. Cobrança de tarifa: inadmissibilidade. Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra indígena "Raposa Serra do Sol". (...) ***Competência originária.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra indígena, unidade de conservação ambiental e faixa de fronteira: compatibilidade. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Ct Terra tradicionalmente ocupada: direito originário. (...) ***Demarcação de terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Tráfico de entorpecente. (...) ***Pena-base.*** HC 98.456 *RTJ* 212/533

PrPn Tráfico de entorpecente. (...) ***Processo criminal.*** RHC 95.775 *RTJ* 212/506

PrPn Trancamento: descabimento. (...) ***Ação penal.*** HC 96.608 *RTJ* 212/509

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 1.042 *RTJ* 212/11

Ct Usufruto exclusivo dos índios. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

Pn Utilização de esquema fraudulento. (...) ***Crime contra a ordem tributária.*** HC 95.086 *RTJ* 212/487

V

Adm ***Vencimentos.*** Servidor público. Revisão geral. Reajuste na data-base da categoria. Direito líquido e certo inexistente. CF/1988, art. 37, X. Lei 7.706/1988. MS 22.538 *RTJ* 212/394

Adm ***Vencimentos.*** Servidor público estadual. Reajuste. Vinculação a índice federal: inadmissibilidade. Lei estadual: necessidade. RE 459.128 *RTJ* 212/557

Adm Vinculação a índice federal: inadmissibilidade. (...) ***Vencimentos.*** RE 459.128 *RTJ* 212/557

Ct Visita de não índios: possibilidade. (...) ***Terra indígena.*** Pet 3.388 *RTJ* 212/49

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS E DECISÕES MONOCRÁTICAS

511	(AP)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/629
1.042	(ADI)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/11
1.431	(ACO-REF-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/15
2.876	(ADI)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	212/22
2.980	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Cezar Peluso	212/29
3.388	(Pet)	Rel.: Min. Ayres Britto	212/49
3.949	(ADI-MC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	212/372
5.758	(Rcl)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	212/386
8.989	(Rcl-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/634
22.538	(MS)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/394
26.098	(RMS)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/400
26.696	(MS)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	212/405
27.443	(MS-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/417
83.163	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Joaquim Barbosa	212/427
83.428	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/453
83.868	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Ellen Gracie	212/458
95.086	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/487
95.128	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	212/493
95.334	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	212/498
95.563	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	212/502
95.775	(RHC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	212/506
96.549	(HC-MC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/641
96.608	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	212/509
96.757	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	212/520
98.406	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	212/530
98.456	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	212/533
100.042	(HC-MC)	Rel.: Min. Celso de Mello	212/644

227.480 (RE) Rel. p/ o ac.: Min. Cármen Lúcia 212/537
233.585 (RE) Rel.: Min. Celso de Mello 212/653
258.067 (AI) Rel.: Min. Celso de Mello 212/656
452.991 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio 212/553
459.128 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio 212/557
480.328 (RE) Rel.: Min. Marco Aurélio 212/561
577.516 (AI-AgR) Rel.: Min. Cármen Lúcia 212/566
583.955 (RE) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 212/570
597.994 (RE) Rel. p/ o ac.: Min. Eros Grau 212/598