



Jurisprudência da **Segunda Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 622.234-SP (2004/0012011-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: José Liberato Ferreira Cabloco

Advogado: Marcelo de O F Figueiredo Santos

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Dano ao erário. Natureza jurídica do ressarcimento e da multa enquanto sanções por ato ímprobo. Condenação mista. Necessidade de estabelecer corretamente os institutos jurídicos para fins de incidência das previsões do art. 12 da Lei n. 8.249/1992.

1. Tem-se aqui da ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Prefeito em razão da contratação temporária de merendeiras sem concurso público sob a justificativa de existência de interesse público.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu caracterizada a improbidade administrativa no regime do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, aplicando, ato contínuo, a sanção de ressarcimento do dano prevista no art. 12, inc. I, do mesmo diploma normativo.

3. Nas razões recursais, sustenta o recorrente ter havido ofensa aos arts. 535 do CPC e 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992, ao argumento de, além de existirem omissões não sanadas após manejo do meio adequado na origem, estar plenamente caracterizada desproporcionalidade na sanção de ressarcimento aplicada como consequência de ato considerado ímprobo pela origem - uma vez que não houve dano ao erário, tampouco ganho patrimonial revertido a seu favor, e, ainda, as partes interessadas no ato administrativo pretensamente ímprobo estavam de boa-fé -, devendo a consequência da ação civil pública ser apenas e tão-somente a anulação do ato administrativo impugnado.

4. Inicialmente, não se pode conhecer da ofensa aos arts. 128 e 535 do CPC quando a parte não indica pormenorizadamente os vícios que inquinam o acórdão recorrido, limitando-se a apresentar

razões genéricas para tanto. Incide, no ponto, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

5. No mais, cumpre destacar que a origem adotou fundamentos constitucionais para concluir que houve, sim, improbidade administrativa no caso. Entre eles, ganharam relevância as seguintes teses: (a) o art. 37, inc. IX, da Constituição da República vigente determina que somente a lei pode disciplinar os casos de contratação temporária e (b) o art. 37, inc. II, da Lei Maior condiciona a ocupação de cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público (fls. 538-539).

6. Além disso, a instância ordinária afastou, com base em provas carreadas aos autos, a alegação de existência de interesse público que justificasse excepcionalmente os atos de contratação temporária, bem como, agora já quando do julgamento de embargos de declaração, consignou ter havido dano ao erário (fl. 553).

7. Dessa forma, através de especial, não só é impossível rever as premissas de direito invocadas pela origem para firmar a improbidade na espécie - haja vista que o acórdão recorrido adotou fundamento constitucional não passível de desconstituição por esta Corte Superior -, como também é inviável rediscutir se houve ou não a perda patrimonial contra o poder Público, sob pena de desconsideração da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

8. Assentadas essas premissas de método, não se deve atender ao pleito recursal.

9. As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma conseqüência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A este respeito, v., p. ex., REsp n. 664.440-MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 08.05.2006.

10. Mas a dogmática do ressarcimento não se esgota aí. Em termos de improbidade administrativa, onde se lê “ressarcimento

integral do dano” deve compreender-se unicamente os prejuízos *efetivamente* causados ao Poder Público, sem outras considerações ou parâmetros.

11. Ora, a Lei n. 8.429/1992 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções *concomitantemente* aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações *outras* que não a própria extensão do dano.

12. O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, *e.g.*, a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, *além* da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de *caráter rígido*, *i.e.*, *sempre se impõe* e sua extensão é *exatamente a mesma* do prejuízo ao patrimônio público.

13. A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm *caráter elástico*, ou seja, são providências que *podem ou não ser aplicadas* e, caso o sejam, são *dadas à mensuração* - conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato - nestes casos, tudo por conta do parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que *pelo menos uma* delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento. Retornar-se-á mais adiante ao ponto.

14. Na verdade, essa criteriosa separação torna-se mais imperiosa porque, na seara da improbidade administrativa, existem duas conseqüências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento. A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário.

15. É preciso reconhecer e bem lidar com essa diferenciação para evitar uma proteção da moralidade de forma deficiente ou excessiva, pois ambas as situações corresponderiam à antítese da proporcionalidade.

16. O esclarecimento desses pontos é importante porque é justamente sobre eles que recai a peculiaridade do caso concreto.

17. O trecho da sentença pertinente para fins de compreensão do direito na situação é o seguinte (fl. 411 - negrito acrescentado): “Destarte fica a sanção assim definida: [...] III - pagamento de **multa** correspondente a 50 (cinquenta) vezes a remuneração do requerido prefeito municipal **visando com isto o ressarcimento ao erário dos valores pagos às funcionárias contratadas irregularmente**”.

18. Em resumo: a condenação aplicada foi a multa (inclusive com a adoção do parâmetro quantitativo expressamente declinado pela Lei de Improbidade Administrativa: “valor da remuneração percebida pelo agente”), embora o fim fosse o ressarcimento ao erário. Definitivamente, uma impropriedade técnica de tormentosa solução.

19. Para problematizar mais, a sentença, além da “multa-ressarcimento”, fixou suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público e dele receber benefícios, deixando de impor a perda da função pública porque não foi requisitada na inicial (fl. 410).

20. O Tribunal, entretanto, manteve apenas o ressarcimento - reputando-o efetivamente como ressarcimento -, mas reduziu o valor para “5 (cinco) vezes a maior remuneração do Sr. Prefeito”, porque o dano foi de pequena proporções (fl. 541).

21. Enfim: ou bem a condenação se fez a título de multa civil, ou bem houve determinação de ressarcimento (que não é sanção, frise-se). O uso indistinto dos conceitos causou uma dificuldade esdrúxula, a saber: (1) se o valor determinado pelo acórdão será suportado pelo ímprobo a título de *ressarcimento*, então, como sustentado antes, não poderá ser superior ao do *efetivo* dano causado; no entanto, (2) se o valor determinado pelo acórdão será suportado pelo ímprobo a título de *multa civil*, então, como sustentado antes, poderá ser superior ao do *efetivo* dano causado, valendo como medida sancionadora.

22. Essa dificuldade, entretanto, é apenas aparente porque, como foi dito anteriormente, o ressarcimento é medida imediata e *necessária* da condenação por improbidade administrativa; ao revés, a multa civil é *opcional*.

23. Dessa forma, tendo havido a confusão dos institutos pela sentença e também pelo acórdão, tem-se como impositiva a consideração de que, em verdade, *pelo menos* o ressarcimento deve estar presente no título executivo judicial. E o ressarcimento deve ser formulado nos exatos termos do dano causado.

24. Se assim é, tanto acórdão como sentença enganaram-se ao fixar o valor a ser *ressarcido* em montante *superior* ao do dano *efetivamente* suportado pelo Poder Público (repita-se ainda que à exaustão).

25. Ocorre que, não custa relembrar aqui, além do ressarcimento, deve-se aplicar alguma sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, observando, por evidente, a proporcionalidade (REsp n. 1.019.555-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29.06.2009). Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa *apenas* com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 é mandatória, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a *ratio* da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...).

26. Daí que é viável manter a *condenação pecuniária total* imposta ao recorrente, mas nos seguintes termos: (i) *ressarcimento integral* do dano causado e (ii), eventualmente, se o dano for menor do que o montante de 5 vezes a remuneração do Prefeito, remanesce a condenação pelo saldo a título de *multa civil*.

27. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 15.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por José Liberato Ferreira Cabloco, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República vigente, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 533):

Ação civil pública. Atos de improbidade. Contratação de servidores, sem concurso público. Emergência. Definição por lei, e não por Decreto do Prefeito. Inteligência do art 37, II e IX. Enquadramento nas sanções do art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. Ato ímprobo de pouca gravidade. Redução da multa, para ressarcimento do erário, a *quantum* compatível com extensão do dano. Exclusão das demais penas impostas. Recurso, do réu provido, em parte, para esse fim.

Nulidade. Sentença. Preenchimento dos requisitos legais. Desnecessidade de prévio inquérito civil. Citação dos beneficiários. Desnecessidade. Atos de improbidade do Prefeito, e não dos servidores. Objetivo da lide. Rejeição da preliminar.

Municipalidade. Ausência de interesse de recorrer. Arguição acolhida. *Decisum* favorável aos seus interesses. Afronta, a par disso, da vedação ao art. 6º do CPC. Recurso voluntário, não conhecido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 552).

Nas razões recursais (fls. 572-586), sustenta o recorrente ter havido ofensa aos arts. 535 do Código de Processo Civil - CPC e 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992, ao argumento de, além de existirem omissões não sanadas após manejo do meio adequado na origem, estar plenamente caracterizada desproporcionalidade na sanção de ressarcimento aplicada como consequência de ato considerado ímprobo pela origem - uma vez que não houve dano ao erário, tampouco ganho patrimonial revertido a seu favor, e, ainda, as partes interessadas no ato administrativo pretensamente ímprobo estavam de boa-fé -, devendo a

conseqüência da ação civil pública ser apenas e tão-somente a anulação do ato administrativo impugnado.

Contra-razões às fls. 611-615.

O juízo de admissibilidade foi negativo na origem (fls. 617-623), mas essa decisão foi revertida em momento posterior.

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Tem-se aqui da ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Prefeito em razão da contratação temporária de merendeiras sem concurso público sob a justificativa de existência de interesse público.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu caracterizada a improbidade administrativa no regime do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, aplicando, ato contínuo, a sanção de ressarcimento do dano prevista no art. 12, inc. I, do mesmo diploma normativo.

Nas razões recursais, sustenta o recorrente ter havido ofensa aos arts. 535 do CPC e 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992, ao argumento de, além de existirem omissões não sanadas após manejo do meio adequado na origem, estar plenamente caracterizada desproporcionalidade na sanção de ressarcimento aplicada como conseqüência de ato considerado ímprobo pela origem - uma vez que não houve dano ao erário, tampouco ganho patrimonial revertido a seu favor, e, ainda, as partes interessadas no ato administrativo pretensamente ímprobo estavam de boa-fé -, devendo a conseqüência da ação civil pública ser apenas e tão-somente a anulação do ato administrativo impugnado.

Inicialmente, não se pode conhecer da ofensa aos arts. 128 e 535 do CPC quando a parte não indica pormenorizadamente os vícios que inquinam o acórdão recorrido, limitando-se a apresentar razões genéricas para tanto. Incide, no ponto, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

No mais, cumpre destacar que a origem adotou fundamentos constitucionais para concluir que houve, sim, improbidade administrativa no caso. Entre eles, ganharam relevância as seguintes teses: (a) o art. 37, inc. IX, da Constituição da República vigente determina que somente a lei pode

disciplinar os casos de contratação temporária e (b) o art. 37, inc. II, da Lei Maior condiciona a ocupação de cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público (fls. 538-539).

Além disso, a instância ordinária afastou, com base em provas carreadas aos autos, a alegação de existência de interesse público que justificasse excepcionalmente os atos de contratação temporária, bem como, agora já quando do julgamento de embargos de declaração, consignou ter havido dano ao erário (fl. 553).

Dessa forma, através de especial, não só é impossível rever as premissas de direito invocadas pela origem para firmar a improbidade na espécie - haja vista que o acórdão recorrido adotou fundamento constitucional não passível de desconstituição por esta Corte Superior -, como também é inviável rediscutir se houve ou não a perda patrimonial contra o poder Público, sob pena de desconsideração da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Assentadas essas premissas de método, penso que não se deve atender ao pleito recursal. Explica-se.

As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A este respeito, v., p. ex., REsp n. 664.440-MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 08.05.2006.

Mas a dogmática do ressarcimento não se esgota aí. Em termos de improbidade administrativa, onde se lê “ressarcimento integral do dano” deve compreender-se unicamente os prejuízos *efetivamente* causados ao Poder Público, sem outras considerações ou parâmetros.

Ora, a Lei n. 8.429/1992 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções *concomitantemente* aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações *outras* que não a própria extensão do dano.

O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem

levar em conta, *e.g.*, a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, *além* da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de *caráter rígido*, i.e., *sempre se impõe* e sua extensão é *exatamente a mesma* do prejuízo ao patrimônio público.

A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm *caráter elástico*, ou seja, são providências que *podem ou não ser aplicadas* e, caso o sejam, são *dadas à mensuração* - conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato - nestes casos, tudo por conta do parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que *pele menos uma* delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento. Retornar-se-á mais adiante ao ponto.

Na verdade, essa criteriosa separação torna-se mais imperiosa porque, na seara da improbidade administrativa, existem duas conseqüências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento. A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo consumado em desfavor do erário.

É preciso reconhecer e bem lidar com essa diferenciação para evitar uma proteção da moralidade de forma deficiente ou excessiva, pois ambas as situações corresponderiam à antítese da proporcionalidade.

O esclarecimento desses pontos é importante porque é justamente sobre eles que recai a peculiaridade do caso concreto.

O trecho da sentença pertinente para fins de compreensão do direito na situação é o seguinte (fl. 411 - negrito acrescentado):

Destarte fica a sanção assim definida:

[...]

III - pagamento de **multa** correspondente a 50 (cinquenta) vezes a remuneração do requerido prefeito municipal **visando com isto o ressarcimento ao erário dos valores pagos às funcionárias contratadas irregularmente.**

Em resumo: a condenação aplicada foi a multa (inclusive com a adoção do parâmetro quantitativo expressamente declinado pela Lei de Improbidade Administrativa: “valor da remuneração percebida pelo agente”), embora o fim fosse o ressarcimento ao erário. Definitivamente, uma impropriedade técnica de tormentosa solução.

Para problematizar mais, a sentença, além da “multa-ressarcimento”, fixou suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público e dele receber benefícios, deixando de impor a perda da função pública porque não foi requisitada na inicial (fl. 410).

O Tribunal, entretanto, manteve apenas o ressarcimento - reputando-o efetivamente como ressarcimento -, mas reduziu o valor para “5 (cinco) vezes a maior remuneração do Sr. Prefeito”, porque o dano foi de pequena proporções (fl. 541).

Enfim: ou bem a condenação se fez a título de multa civil, ou bem houve determinação de ressarcimento (que não é sanção, frise-se). O uso indistinto dos conceitos causou uma dificuldade esdrúxula, a saber:

(1) se o valor determinado pelo acórdão será suportado pelo ímprobo a título de *ressarcimento*, então, como sustentado antes, não poderá ser superior ao do *efetivo* dano causado; no entanto,

(2) se o valor determinado pelo acórdão será suportado pelo ímprobo a título de *multa civil*, então, como sustentado antes, poderá ser superior ao do *efetivo* dano causado, valendo como medida sancionadora.

Essa dificuldade, entretanto, é apenas aparente porque, como foi dito anteriormente, o ressarcimento é medida imediata e *necessária* da condenação por improbidade administrativa; ao revés, a multa civil é *opcional*.

Dessa forma, tendo havido a confusão dos institutos pela sentença e também pelo acórdão, tem-se como impositiva a consideração de que, em verdade, *pelo menos* o ressarcimento deve estar presente no título executivo judicial. E o ressarcimento deve ser formulado nos exatos termos do dano causado.

Se assim é, tanto acórdão como sentença enganaram-se ao fixar o valor a ser *ressarcido* em montante *superior* ao do dano *efetivamente* suportado pelo Poder Público (repita-se ainda que à exaustão).

Ocorre que, não custa lembrar aqui, além do ressarcimento, deve-se aplicar alguma sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, observando, por evidente, a proporcionalidade (REsp n. 1.019.555-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29.06.2009). Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa apenas com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 é

mandatória, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a *ratio* da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...).

Daí que é viável manter a *condenação pecuniária total* imposta ao recorrente, mas nos seguintes termos: (i) *ressarcimento integral* do dano causado e (ii), eventualmente, se o dano for menor do que o montante de 5 vezes a remuneração do Prefeito, remanesce a condenação pelo saldo a título de *multa civil*.

Com essas considerações, voto por *conhecer parcialmente* do recurso e, nesta parte, *negar-lhe provimento*.

RECURSO ESPECIAL N. 783.523-PR (2005/0158815-1)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Companhia Paranaense de Energia - Copel

Advogado: Adriano M C Ranciaro e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Rodrigo Pereira da Silva Frank e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda na fonte sobre valores remetidos ao exterior. Pagamento de comissões e despesas incorridas nas operações de colocação de ações no exterior. Art. 92 da Lei n. 8.383/1991.

1. O art. 92 da Lei n. 8.383/1991 (revogada pela Lei n. 9.430/1996) reduziu para zero a alíquota do imposto de renda na fonte sobre valores remetidos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, destinados ao pagamento de comissões e despesas incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil.

2. A norma teve o intuito de incentivar a colocação de ações no mercado externo com vistas a propiciar, como desdobramento,

o ingresso de divisas no país, sendo certo, portanto, que o efetivo lançamento dos papéis consubstancia condição indispensável à aplicação da alíquota zero do imposto de renda.

3. No caso, a recorrente remeteu valores ao exterior a título de pagamento de honorários advocatícios e demais despesas atreladas ao estudo da viabilidade de lançamento de suas ações preferenciais junto à Bolsa de Valores de Nova York, procedimento que não restou concretizado por fim, o que afasta a incidência do disposto no art. 92 da Lei n. 8.383/1991.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Rafael Vasconcelos de Araujo Pereira, pela parte Recorrida: Fazenda Nacional.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 31.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nestes termos ementado:

Tributário. Imposto de Renda na fonte sobre valores remetidos ao exterior. Pagamento de comissões e despesas incorridas nas operações de colocação de ações no exterior. Interpretação da expressão "operações de colocação". Processo teleológico e gramatical. Competência da CVM e do Bacen. Lei n. 8.383/1991, art. 92.

1. A norma que fixa alíquota zero de imposto de renda na fonte sobre os valores remetidos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, destinados ao pagamento de comissões e despesas, desde que aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil, tem evidente caráter extrafiscal. Embora não se vincule a fim arrecadatório imediato, há um fim prático planejado, pertinente aos interesses da coletividade.

2. O objetivo da União, ao deixar de arrecadar o imposto de renda sobre os valores remetidos ao exterior pelas empresas brasileiras que se proponham a lançar suas ações no mercado mobiliário internacional, reservados ao pagamento de despesas e comissões, é lograr o ingresso de maiores divisas ao País.

3. Contraria o aspecto finalístico da norma entender que as operações de colocação das ações não abrangem a colocação propriamente dita, isto é, a realização das operações de venda, pois somente a efetiva colocação das ações no mercado pode alcançar o intento do legislador. A emissão das ações e colocação à venda no mercado fazem parte da essência da norma.

4. A lei não contém palavras supérfluas. A expressão “operações de colocação” abrange todos os procedimentos preparatórios e executórios, desde a sondagem do mercado até a venda das ações.

5. Em se tratando de abrandamento de obrigação tributária, na dúvida, não se presume o intuito do Estado de abrir mão de sua autoridade de exigir tributos.

6. Não tem consistência a alegação de incompetência da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil para negar a redução de alíquota do tributo, porque a não aplicação do benefício fiscal decorreu da verificação da não ocorrência dos pressupostos fáticos descritos na norma para a incidência da alíquota zero, submetidos ao exame das autoridades competentes (fl. 276).

A ora recorrente afirma que o posicionamento adotado pela Corte de origem acabou por afrontar disposição literal do art. 92 da Lei n. 8.383/1991, o qual, no seu entender, garante o benefício da alíquota zero de imposto de renda “relativamente às despesas incorridas pela mesma referente à remessa ao exterior de honorários advocatícios e despesas acessórias para a operação de colocação no mercado exterior de suas ações preferenciais nominativas de propriedade da Secretaria de Fazenda do Estado do Paraná, ainda que tais ações, ao final, não tenham sido efetivamente colocadas no mercado exterior” (fl. 282).

Em síntese, defende que a aplicação da alíquota zero de imposto de renda prevista no dispositivo legal em tela prescinde da efetiva emissão das ações no mercado exterior, bastando que tenham sido efetuadas despesas relacionadas à averiguação da viabilidade deste procedimento, inclusive no tocante ao pagamento de honorários advocatícios.

Focalizando os critérios gramatical e finalístico de interpretação, argumenta:

Ora, pode-se afirmar, com grau de certeza que, se quisesse o legislador que o benefício fiscal abarcasse somente os casos em que as ações foram colocadas de fato no mercado exterior teria dito (no art. 92 da Lei n. 8.383/1991, em comentário) “despesas incorridas na colocação” e não “nas operações para a colocação”, conceito por certo muito mais largo.

(...)

Vale dizer, não importa se foi gerada a despesa pela “colocação” ou pela “intenção de colocar”. A natureza da despesa é justamente o que prevê o art. 92 da Lei n. 8.383/1991, ou seja, despesas incorridas nas operações de colocação de ações no exterior.

(...)

Ora, o disposto no art. 92 da Lei n. 8.383/1991, sobre o qual versa a presente demanda, trata claramente de incentivar uma ação - colocar ações no mercado exterior - não se debruçando em nenhum instante sobre o implemento de condição tida, pela recorrida, como essência da norma.

O fim - trazer recursos ao país - é completamente alheio à norma, não guardando pertinência com o sistema, sendo de todo deplorável.

Se fosse da essência da norma que houvesse “ingresso de recursos no Brasil”, por certo se cogitaria de critérios quantitativos (evidenciando a finalidade arrecadatória), até porque há uma série de operações com valores mobiliários que podem gerar prejuízo, que não fariam jus ao benefício por elementar ofensa a sua essência.

Ora, o fim arrecadatório adotado pelo aresto recorrido para interpretar o disposto no art. 92 da Lei n. 8.383/1991 reside em distorção do sistema, transformando o benefício fiscal em penalidade (fls. 284-287).

Contrarrrazões ofertadas às fls. 298-301.

Admitido o apelo nobre, subiram os autos a esta Corte.

Em parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. José Eduardo de Santana, o Ministério Público Federal opina pelo desacolhimento do especial, como se confere da ementa:

REsp. Imposto de renda retido na fonte. Alíquota zero. Honorários advocatícios e despesas acessórias despendidas com operações de colocação de ações no mercado exterior. Art. 92 da Lei n. 8.383/1991. Ausência de norma interpretativa expressa sobre as regras de redução de alíquota. Aplicação por analogia do art. 111 do CTN. Interpretação literal. Precedente desse e. STJ. *In casu*, a redução

da alíquota de imposto de renda requer a real colocação de ações no mercado exterior. Intuito da norma tributária que não se coaduna com a pretensão da recorrente. Parecer pelo desprovemento do recurso (fl. 308).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A Companhia Paranaense de Energia - Copel ingressou em 18.04.2001 com ação declaratória de inexigibilidade de obrigação tributária cumulada com repetição de indébito em desfavor da União buscando, em síntese, afastar a incidência de imposto de renda sobre os valores remetidos ao exterior a título de pagamento de honorários advocatícios e demais despesas atreladas à operação de lançamento de suas ações preferenciais junto à Bolsa de Valores de Nova York.

Em sentença encartada às fls. 209-211 dos autos, o magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido deduzido pela Copel por entender que, de acordo com o art. 92 da Lei n. 8.383/1991, o benefício perseguido estaria condicionado à efetiva colocação das ações da companhia, o que não teria ocorrido no caso vertente, em que os dispêndios advieram somente da avaliação desta possibilidade.

Inconformada, a Copel apelou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve incólume a sentença, prolatando, a final, acórdão, cuja fundamentação é a seguinte:

A polêmica travada neste processo tem por objeto a interpretação do art. 92 da Lei n. 8.383/1991, o qual tem a seguinte redação:

Art. 92. Fica reduzida para zero a alíquota do imposto de renda na fonte sobre valores remetidos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, destinados ao pagamento de comissões e despesas, desde que aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil.

Ainda que sejam logicamente coerentes os argumentos da recorrente, não me conduziram a convencimento favorável às teses sustentadas no recurso.

O processo lógico de interpretação deve aliar-se ao elemento teleológico, e justamente quanto a esse último propugno entendimento diverso do preconizado pela autora. Não há dúvida de que a norma indigitada tem evidente caráter extrafiscal, consistindo em uma forma de atuação do Estado na atividade

econômica, como agente normativo e regulador, buscando, precipuamente, concretizar os valores e princípios que consubstanciam a ordem econômico-social. Não se vincula a fim arrecadatório imediato, mas há um fim prático planejado, pertinente aos interesses da coletividade. Mostra-se percuciente a observação de Heleno Taveira Tôres a respeito:

Desse modo, antes de falar propriamente em “extrafiscalidade”, melhor seria falar de “fiscalidade” (competência) vinculada a “motivos constitucionais” materiais. E assim, para atingir tais fins, o legislador usaria de distintos meios aplicados à dinâmica do tributo, o que pode vir mediante isenção, pela sua não arrecadação, como equivalente a despesa pública (não recebimento do tributo), na maioria dos casos como medida para alcançar melhores arrecadações futuras, a partir dos investimentos estimulados; como uma simples redução de despesas que seriam ainda maiores, não fossem os incentivos (por redução total ou parcial da carga tributária, também como despesa); com arrecadação e ulterior restituição, sob a forma de crédito ou outro; ou mesmo, no agravamento de situações, para os fins de desestimular atividades, com aumento dos tributos empregados. (*in* Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres. Paulo de Barros Carvalho *et alii*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 157)

Vista a questão sob este prisma, por qual razão a União deixaria de arrecadar o Imposto de Renda sobre os valores remetidos ao exterior pelas empresas brasileiras que se proponham a lançar suas ações no mercado mobiliário internacional, reservados ao pagamento de despesas e comissões, se não fosse com o nítido objetivo de lograr o ingresso de maiores divisas ao País? Somente a efetiva colocação das ações no mercado pode alcançar tal intento; por esse motivo, contraria o aspecto finalístico da norma entender que as operações de colocação das ações não abrangem a colocação propriamente dita, a realização das operações de venda. Propalar que o incentivo se destina a que as empresas busquem meramente prospectar o mercado mobiliário externo implica desvio de finalidade, pois o Estado estaria financiando despesa exclusivamente privada, sem que houvesse probabilidade de haver ingresso de recursos no Brasil.

Exatamente por ser norma extrafiscal, o legislador não fixou critérios quantitativos para medir a entrada de divisas; apenas concedeu o incentivo tencionando a possibilidade de que isso ocorra, não o vinculando a qualquer resultado financeiro direto e mensurável. Se a operação de colocação das ações não se concluiu, por decisão discricionária da empresa, resta frustrado o propósito visado pelo benefício fiscal.

Em suma, a emissão das ações e a colocação à venda no mercado fazem parte da essência da norma, desapegando-se do elemento teleológico considerar que, para fazer jus à alíquota zero, basta efetuar despesas com as providências antecedentes e necessárias à colocação das ações. As entidades que apreciaram o pedido de remessa dos valores ao exterior limitaram-se a lhe dar a correta aplicação, zelando pelo respeito ao princípio da legalidade.

A investigação do elemento gramatical, embora desprestigiado pela moderna hermenêutica por suas limitações, não leva a conclusão distinta. Guiando-se pelo preceito de que se presume que a lei não contenha palavras supérfluas, devendo todas ser entendidas como escritas para influir no sentido da frase, a expressão “operações de colocação” quer claramente abranger todos os procedimentos preparatórios e executórios, visto que, para a venda das ações no mercado externo, as companhias devem se ajustar às regras do mercado mobiliário no qual pretendem se inserir. A redução da alíquota envolve, portanto, todos os gastos feitos desde a sondagem do mercado até a venda das ações.

A discriminação proposta pela recorrente entre as operações de colocação e a colocação ignora o sentido dinâmico da palavra “operações”, empregada na lei para evidenciar os meios utilizados para atingir a colocação das ações, a qual representa o resultado final da operação.

A solução da controvérsia atende à regra do art. 111 do CTN, cuja inteligência não se restringe à interpretação meramente literal da legislação tributária que disponha sobre a suspensão ou exclusão do crédito tributário, bem como a que estabelece outorga de isenção, porquanto o intérprete não pode deixar de empregar outros processos exegéticos para apreender o verdadeiro conteúdo da norma. Deve sempre ter em mente, todavia, as palavras do mestre Carlos Maximiliano:

O rigor é maior em se tratando de disposição excepcional, de isenções ou abrandamentos de ônus em proveito de indivíduos ou corporações. Não se presume o intuito de abrir mão de direitos inerentes à autoridade suprema. A outorga deve ser feita em termos claros, irretorquíveis; ficar provada até à evidência, e se não estender além das hipóteses figuradas no texto; jamais será inferida de fatos que não indiquem irresistivelmente a existência da concessão ou de um contrato que a envolva. No caso, não tem cabimento o brocardo célebre; na dúvida, se decide contra as isenções totais ou parciais, e a favor do fisco; ou melhor, presume-se não haver o Estado aberto mão da sua autoridade para exigir tributos. (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro, Forense. 13ª ed. p. 333-334)

Por fim, não tem consistência a alegação de incompetência da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil para negar a redução de alíquota do tributo. A não aplicação do benefício fiscal não decorreu de decisão fundada na oportunidade e conveniência do ato, mas de verificação da inoportunidade dos pressupostos fáticos descritos na norma para a incidência da alíquota zero, submetidos ao exame das autoridades competentes. No tocante ao tributo cobrado em função da remessa de valores ao exterior, a CVM e o Bacen limitaram-se a analisar a ocorrência do suporte fático que enseja a incidência do imposto de renda, visto que todos os elementos da obrigação tributária estão previstos em lei. Cumpre salientar que não se está impugnando o lançamento fiscal, cuja realização é atribuída exclusivamente à autoridade administrativa fazendária.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação (fls. 273-274).

Sucedeu, então, o manejo do presente recurso especial, fundado na suposta violação ao art. 92 da Lei n. 8.383/1991, no qual a Copel defende a tese de que a aplicação da alíquota zero de imposto de renda prevista no dispositivo legal em tela prescinde da efetiva emissão das ações no mercado exterior, bastando que tenham sido efetuadas despesas relacionadas à averiguação da viabilidade deste procedimento, inclusive no tocante ao pagamento de honorários advocatícios.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial e passo a analisar o mérito da controvérsia, a qual gravita essencialmente em torno da exegese do art. 92 da Lei n. 8.383/1991, o qual, antes da revogação operada pela Lei n. 9.430/1996, assim preconizava:

Fica reduzida para zero a alíquota do imposto de renda na fonte sobre valores remetidos a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, destinados ao pagamento de comissões e despesas, desde que aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, *incorridas nas operações de colocação*, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil.

A indagação que é submetida ao crivo deste Superior Tribunal de Justiça pode ser assim sintetizada: a redução para zero da alíquota do imposto de renda é restrita aos casos em que se concretizou a colocação das ações no mercado exterior, ou é suficiente a mera realização de despesas tendentes a averiguar a viabilidade deste procedimento, mesmo que, a final, a companhia opte por não ultimar o lançamento de seus papéis?

Penso que a solução esposada pela Corte de origem representa a melhor exegese da norma em comento, quer se adote o critério gramatical ou o finalístico de interpretação.

Primeiramente, destaco que o intuito do art. 92 da Lei n. 8.383/1991 foi, sem sombra de dúvidas, incentivar a colocação de ações no mercado externo com vistas a propiciar, como desdobramento, o ingresso de divisas no país, sendo certo, portanto, que o efetivo lançamento dos papéis consubstancia condição indispensável à aplicação da alíquota zero do imposto de renda.

Ora, por que outro motivo o legislador deixaria de autorizar a regular arrecadação do tributo senão para, em um momento posterior, propiciar os benefícios extrafiscais relativos à repercussão econômico-financeira da entrada no país de capital estrangeiro? Em última análise, a norma em comento foi editada tendo em mira a aludida vantagem à coletividade, de forma que a não configuração desta consequência afasta por absoluto a isenção reclamada pela recorrente, sob pena de desvirtuar-se a teleologia do art. 92 da Lei n. 8.383/1991.

A título de reforço, trago esclarecedor parágrafo retirado da Exposição de Motivos do projeto que resultou na Lei n. 8.383/1991:

14. O projeto que ora submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência tem como objetivo principal a recomposição das receitas públicas da União e o aperfeiçoamento da justiça social. Envolve, dentre outros aspectos, evitar os efeitos do fenômeno inflacionário sobre os valores da arrecadação, a ampliação do campo de incidência e o aperfeiçoamento da tributação na área do imposto sobre a renda, particularmente em relação às pessoas físicas e aos investidores estrangeiros; objetiva, ainda, aumentar a eficácia da administração tributária e combater a evasão fiscal, *conjuntamente com o uso da política fiscal para estimular investimentos.*

Como bem assinalado pelo Tribunal Regional, não é admissível que uma empresa remeta expressivos valores para o exterior no intuito de estudar a viabilidade econômica da emissão de suas ações e, ao considerar, por derradeiro, inoportuna a realização de tal procedimento, ainda assim seja contemplada com a redução a zero do imposto de renda devido.

Quanto ao campo gramatical de interpretação, a recorrente não colhe melhor sorte.

O posicionamento propugnado importa verdadeira distorção da letra da lei, pois busca emprestar à norma um elastério inconsistente: o art. 92 da Lei n. 8.383/1991 é categórico ao preconizar a redução a zero da alíquota tributária quanto às despesas “*incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil*”.

Como é cediço, a inteligência de norma desta natureza deve ser necessariamente realizada sob a ótica do art. 111 do Código Tributário Nacional-CTN, o qual preceitua a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção.

Nesse prisma, tenho que o substantivo “colocação” foi insculpido na norma sem qualquer adjetivação a ampliar seu alcance para abarcar também aquelas operações que, enfim, restaram frustradas. Ou seja, a literalidade não permite que se afaste da concretude emanada pelo termo “*operações de colocação*” para adotar-se uma exegese larga a ponto de abranger meras investigações e estudos tendentes a atingir o fim colimado, mas que não lograram sucesso.

Por derradeiro, no plano lógico, é certo que o art. 92 da Lei n. 8.383/1991 vincula o consectário – redução a zero da alíquota fiscal – ao atendimento da

norma-matriz, que é prevista hipoteticamente, a saber, a colocação, no exterior, de ações de companhias abertas domiciliadas no Brasil. Sem o cumprimento da premissa fática, resta indúvidosa a inaplicabilidade do comando ao caso concreto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 877.106-MG (2006/0175986-2)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Procurador: Antônio Sérgio Rocha de Paula e outro

Recorrente: Orcival Pereira Dias e outro

Advogado: Jorge Moisés Junior e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

Recorrido: Ana Maria de Souza

Advogado: Donizete dos Reis da Cruz

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial interposto em momento anterior ao julgamento de embargos de declaração. Ratificação inexistente. Extemporaneidade. Improbidade administrativa. Quatro servidores públicos municipais. Utilização de mão-de-obra na edificação de residência de particular. Suspensão dos direitos políticos. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. Necessária a ratificação do reclamo especial ajuizado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, sob pena de extemporaneidade. Precedente: REsp n. 776.265-SC, Corte Especial, Relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em 06.08.2007. Providência não adotada pelo particular.

2. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com ação civil pública por improbidade administrativa sob o fundamento de que servidores públicos municipais trabalharam irregularmente por no mínimo dois meses, durante o horário de expediente, na edificação da residência de pessoa que mantinha relacionamento íntimo com o ex-prefeito do Município de Itamogi-MG, percebendo remuneração diretamente dos cofres públicos, com a colaboração do então Secretário Municipal de Obras.

3. Ao reformar a sentença que havia extinto a ação por insuficiência de provas, a Corte de origem reconheceu a existência de improbidade administrativa e, por conseguinte, estabeleceu condenação consistente na devolução, por todos os réus, dos pagamentos realizados aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, além de multa civil equivalente a três vezes esse valor.

4. Não há necessidade de aplicação cumulada das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1997, cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias. Precedentes desta Corte.

5. De acordo com o substrato fático-probatório fornecido pelo aresto recorrido, os três réus concorreram na prática de ato que causou prejuízo ao erário, sendo certo, outrossim, que o emprego irregular do trabalho dos servidores públicos não foi esporádico, tampouco pode ser confundido com mera incapacidade gerencial ou deslize de pequena monta.

6. Representa, na verdade, o uso ilegítimo da “máquina pública”, por um substancial período, no intuito de favorecer sem disfarces determinada pessoa em razão de suas ligações pessoais com os administradores do Município. O objetivo de extrair proveito indevido salta aos olhos pela constatação de que o então Prefeito encontrava-se em final de mandato e não havia conseguido se reeleger no pleito de outubro de 2000, buscando os réus, no “apagar das luzes” da administração, obter as últimas vantagens que o cargo poderia lhes proporcionar.

7. Hipoteticamente, caso a jornada laboral de cada um dos quatro pedreiros fosse de razoáveis 40 (quarenta) horas semanais, o desempenho das atividades por 2 (dois) meses significa aproximadamente 1.300 (mil e trezentas) horas de trabalho que deixaram de ser usufruídas pelo Município – que atualmente conta com pouco mais de 10.000 (dez mil) habitantes – para serem direcionadas única e exclusivamente à satisfação dos interesses privados de três pessoas.

8. Torna-se patente que ficou caracterizado tanto o enriquecimento ilícito da proprietária da residência edificada quanto o prejuízo ao erário decorrente da reprovável conduta dos então Prefeito e Secretário Municipal, não restando dúvidas, ademais, de que o ato em tela reveste-se de uma gravidade intensa e indiscutível na medida em que o descaso com a Municipalidade e a incapacidade de distinguir os patrimônios público e privado foram a tônica dos comportamentos adotados pelos réus.

9. Assim, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é impositiva a suspensão dos direitos políticos dos réus pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 12, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

10. Recurso especial do particular não conhecido. Recurso especial do *Parquet* Estadual provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso do particular e dar provimento ao recurso do *Parquet* Estadual, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 10.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recursos especiais interpostos contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nestes termos ementado:

Ação civil pública. Utilização de mão de obra do Município para construção de residência particular. Se há provas da utilização de mão de obra do Município na edificação de residência particular de terceiros dentro do mesmo horário de expediente comum e utilização de recursos públicos no financiamento de obra, há caracterização de infração à lei de improbidade (fl. 328).

Os dois embargos de declaração subsequentes foram rejeitados (fls. 347-350 e 402-406).

Com esteio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, *Orcival Pereira Dias*, suscita divergência jurisprudencial e indica contrariedade aos arts. 131, 515 e 535 do Código de Processo Civil-CPC ao argumento de que a Corte de origem incorreu em omissões e se equivocou na valoração das provas coligidas nos autos.

A seu turno, o *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* apresenta recurso especial amparado na alínea **a** do permissivo constitucional.

Em apertada síntese, defende que o Tribunal *a quo* violou o art. 12, I, II, III e parágrafo único, ao deixar de aplicar à parte adversa – ex-Prefeito do Município de Itamogi-MG – a sanção de suspensão de direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa de manifesta gravidade, a saber, a utilização de “*dinheiro público para realização de obra na propriedade de sua companheira, sem demonstração de interesse público*” (fl. 415).

Para respaldar sua pretensão, articula duas linhas de argumentação: *a*) a obrigatoriedade da suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade administrativa e *b*) ainda que superada essa tese, a necessidade de aplicação da referida medida em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contrarrrazões ofertadas às fls. 381-384 (Município de Itamogi), 389-393 (*Parquet* Estadual) e 427-429 (particular).

Inadmitido o apelo nobre apresentado pelo particular, sucedeu a interposição de agravo, o qual restou provido em decisão de minha lavra (AI n. 803.001-MG).

Admitido o recurso especial do Ministério Público Estadual, subiram os autos a esta Corte.

Em parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, o Ministério Público Federal opina pela rejeição do especial do particular e pelo acolhimento do apelo nobre do *Parquet* Estadual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Primeiramente, analiso o apelo nobre interposto pelo particular, o qual se revela manifestamente inadmissível.

Isso porque o recorrente protocolizou seu especial (fls. 354-361) em momento anterior à prolação do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios da parte adversa (fls. 402-406), não havendo notícia de ulterior ratificação.

Dessa forma, tenho que o reclamo é extemporâneo.

Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão foi consolidado em 18.04.2007, por ocasião do julgamento pela Corte Especial do REsp n. 776.265-SC, Relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em 06.08.2007.

Na referida assentada, decidiu-se, por maioria, ser indispensável a ratificação do reclamo especial aviado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Não havendo essa ratificação, tem-se por extemporâneo o apelo nobre, porquanto protocolizado fora do prazo recursal.

Eis a ementa então confeccionada:

Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

- Recurso especial não conhecido.

Confira-se ainda:

Processual Civil. Embargos de divergência. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC. Aplicação retroativa da atual orientação da Corte Especial.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei.

3. Embargos de divergência providos (EREsp n. 963.374-SC, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 1º.09.2008).

Passo, então, a apreciar o recurso especial manejado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o qual merece ser conhecido por atender a todos os requisitos de admissibilidade, mormente o prequestionamento da matéria devolvida a este Superior Tribunal de Justiça.

Retratam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com ação civil pública por improbidade administrativa sob o fundamento de que servidores públicos municipais trabalharam irregularmente por cerca de dois meses, durante o horário de expediente, na edificação da residência de Ana Maria de Souza, pessoa que mantinha relacionamento íntimo com o ex-prefeito do Município de Itamogi-MG, Orcival Pereira Dias, percebendo remuneração diretamente dos cofres públicos, com a colaboração do então Secretário Municipal João Pereira Dias.

Assim, o *Parquet* capitulou a conduta dos três réus acima referidos nas hipóteses previstas nos arts. 9º, IV, 10, XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, postulando a final pela condenação às sanções estipuladas no art. 12, I, do mesmo diploma legal.

Ao reformar a sentença que havia extinto a ação por insuficiência de provas, a Corte de origem reconheceu a existência de improbidade administrativa e, por conseguinte, estabeleceu condenação consistente na devolução, por todos os réus, dos pagamentos realizados aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, além de multa civil equivalente a três vezes esse valor, oferecendo as seguintes razões:

A prova testemunhal torna certo e inquestionável que servidores da Prefeitura Municipal realmente trabalharam na execução de obras de edificação da

residência da terceira requerida - Ana Maria de Souza -, pessoa tida notoriamente como de relacionamento íntimo com o primeiro requerido, ex -Prefeito Municipal de Itamogi-MG.

A decisão de primeiro grau de jurisdição, entretanto, embora reconhecendo como fato incontroverso a utilização desses serviços em benefício daquela personagem, equacionou e decidiu o caso sob a única e isolada consideração de que essa prestação de serviços não foi consumada e efetivada durante o expediente útil de funcionamento da municipalidade e, a luz dessa premissa, teve como não ilícito o comportamento permissivo do Chefe do Executivo Municipal.

Ora, a mais autorizada doutrina constitucional encara e define a improbidade como a violação a qualquer dos princípios que norteiam a Administração Pública, como a legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e razoabilidade.

Em sua prestigiada obra "Probidade Administrativa", ed. Saraiva, p. 223, o ínclito exegeta Wallace Paiva Martins Junior adverte:

...O agente público deve servir a Administração Pública e não servir-se dela, obtendo ou fornecendo vantagens a partir da utilização de bens e serviços públicos, dispondo da coisa pública como se fosse bem do seu acervo particular. O Estado organiza e presta serviços, adquire e utiliza bens, visando ao interesse da coletividade e não a satisfação dos interesses do agente político.

Além disso, observa ainda o mesmo interprete, coadjuvando e ilustrando o pensamento anterior:

A ética pública tem como objeto a noção de o funcionário estar a serviço do interesse público e não ao contrario; por isso, não tolera a utilização de bens públicos para finalidades alheias ao serviço.

De fato, como se infere do contexto probatório, a ação civil pública foi precedida de procedimento investigatório, no qual os empregados da Prefeitura de Itamogi - Márcio Antonio da Silva; Vitor Marques da Silva; Aparecido Donizete dos Santos e João Batista Freiria -, na presença de duas testemunhas, afirmaram que trabalharam na construção da casa de uma amiga do Prefeito, até o final do mês de novembro/2000, recebendo vencimentos da Prefeitura.

Em depoimento pessoal colhido em reclamações trabalhista movida em face do Município de Itamogi, perante a Vara do Trabalho de Guaxupé-MG, Marcio Antonio da Silva declinou que:

Indagado o reclamante ... tendo trabalhado ... ultimamente a partir de outubro na casa de uma amiga do prefeito.

Os recibos juntados às fls. 80-82 pela ré Ana Maria de Souza não se ajustam aos depoimentos colhidos, já que embora retratem pagamento mensal, os servidores Márcio Antônio da Silva e Aparecido Donizete dos Santos afirmaram, às fls. 121 e 141, que recebiam por quinzena e, de resto, aquele primeiro servidor declinou

que recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais) por quinzena, no período de outubro a novembro e R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais a partir de dezembro, quando se extrai dos recibos de fl. 81 os valores de R\$ 121,00 (cento e vinte e um reais), R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais) e R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais).

Não bastasse, embora tivessem reconhecido como suas as assinaturas nos recibos de pagamento promovidos pelo Município em torno da prestação de serviços de pedreiro no assentamento de guias de concreto em vias urbanas dos loteamentos Jardim União, Lago Azul e nas margens do córrego Vila Nova, durante o mês de outubro, Márcio Antônio da Silva e João Batista Freiria esclareceram, em Juízo, sob compromisso, que não chegaram a realizar os serviços individualizados nas notas de empenho.

Entendo, pois, que restando comprovado - como, a meu ver, efetivamente o. esta - que o ex-Prefeito utilizou dinheiro público para realização de obra em propriedade particular, sem qualquer demonstração de interesse público, deve o mesmo, juntamente com o então Secretário Municipal e a beneficiária direta, por ofensa aos princípios da legalidade e moralidade, indenizar o erário.

Ora, o Administrador Público, ainda que de forma intuitiva, há de ter a convicção de que qualquer obra ou benfeitoria realizada com dinheiro público há de se voltar em prol do interesse público e não, como no caso concreto, em benefício estritamente particular.

Detendo-se, particularmente, sobre a figura-tipo prevista no art. 9º, IV, da Lei n. 8.429/1992, após remissão a observações formuladas por Marcello Caetano, salienta o citado autor Wallace Paiva Martins Júnior:

...considera enriquecimento ilícito a utilização de bens públicos de qualquer *natureza* (grifamos) ... ou *do trabalho de agentes públicos (servidores, funcionários e empregados públicos, contratados temporários, etc.) em obra ou serviço particular, em proveito do próprio agente público.*

Não se pode olvidar, de resto, firme nos aforismos da *mihim factum dabo tibi jus e jura novit curia*, que o art. 10, XIII, da Lei n. 8.429/1992 - que dispõe sobre atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário - cuida da espécie de improbidade administrativa em que o proveito é de terceiro, segundo o jurista Wallace Paiva Martins Junior.

Ora, no caso, conquanto, a primeira vista, não haja sido o ex-Prefeito a beneficiário direto da utilização da mão de obra pública, o foi, entretanto, indiretamente, porque figura, naquela primeira posição, a pessoa de terceira personagem, com a qual mantinha relacionamento o então titular da municipalidade.

Como terceiros, de resto, como salienta a autor Wallace Paiva Martins Júnior, p. 289, a lei considera a :

... participe, cúmplice ou co-autor do ato de improbidade administrativa, que podem ser agentes ou não, pessoas físicas ou jurídicas... (grifamos)

Aliás, como pontua o art. 3º da Lei n. 8.429/1992, *verbis*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Assim, dúvida não há da tipificação da conduta perpetrada pelos apelados nos arts. 9º, IV, 10, XII e XIII e 11, *caput*, da Lei n. 8.529/1992.

Quanto a fixação da pena, o parágrafo único do art. 12 da mencionada Lei de Improbidade, orienta no sentido de que:

Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em torno do citado artigo, o autor Marcelo Figueiredo, *in* "Proibidade Administrativa - Comentários a Lei n. 8.429/1992 e legislação complementar", 4ª ed. São Paulo - Malheiros, 2000, p. 114-115 e 132-133, observa:

Sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode "discricionariamente" aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. (...) tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou o ato de improbidade em suas variadas formas. É bem verdade que a lei silenciou a respeito do tema. Ou, por outra, tem redação incompleta. O art. 12 e seus incisos apresentam-se confusos, dando margem a tais perplexidades...

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, insito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da Lei e verificar qual das penas é mais "adequada" em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal ...

Enfim, as penas devem ser, prudente e adequadamente, aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente contido na lei.

E mais:

Assim, o termo “fixação” pode ser decodificado e entendido do seguinte modo: o Judiciário analisará amplamente o ato praticado pelo agente, tido por violador da probidade administrativa, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, dentre as sanções legais, escolher as aplicáveis ao caso concreto.

Assim o entendeu a Quarta Câmara Cível, em decisão proferida pelo eminente Des. Almeida Mello, que acentuou:

... as cominações previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em obséquio da proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes, conforme anota Marcelo Figueiredo, in Probidade Administrativa - Comentários à Lei n. 8.429/1992 e legislação complementar, Malheiros Editores, 4ª ed. p. 132 (AI n. 205.325-4 00, Rel. Des. Almeida Melo, j. 08.02.2001).

Assim, nos termos do parágrafo único do art da Lei n. 8.429/1992, cabe ao Julgador, na fixação das penas, sopesar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, levando a conclusão de que se torna perfeitamente possível a aplicação a determinados casos de apenas uma ou algumas das sanções previstas, nos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, confira-se o seguinte julgado:

Aplicação parcial das sanções por improbidade administrativa. Possibilidade. Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As cominações previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes. Por isto, revela-se absolutamente correto e consentâneo com o princípio da proporcionalidade da pena que o juiz, diante de uma ilegalidade “qualificada”, analise a conduta do agente e opte pela aplicação de sanções proporcionais ao dano causado pelo agente público, como muito bem sopesado pelo d. juízo sentenciante (2ª CC, Apelação cível n. 236.772-0, rel. Dês Brandão Teixeira, j. 02.04.2002, DJ 26.04.2002).

Por estas razões, dou provimento parcial aos recursos para, firme no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, condenar os apelados Orcival Pereira Dias, João Pereira Dias e Ana Maria de Souza à pena de ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil de três vezes o referido valor, fixando *astreintes* de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso no cumprimento desta decisão (fls. 331-339).

Acatando sugestão do Desembargador Vogal, o Órgão Colegiado houve por bem retificar o dispositivo para indicar minuciosamente os valores a serem ressarcidos, como se observa da redação final:

Por estas razões, dou provimento parcial aos recursos para, firme no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, condenar os apelados Orcival Pereira Dias, João Pereira Dias e Ana Maria de Souza à pena de ressarcimento integral do dano, traduzido nos pagamentos feitos pelos cofres públicos municipais aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, e pagamento de multa civil de três vezes esse valor, na importância de R\$ 4.840,89 (quatro mil, oitocentos e quarenta reais e oitenta e nove centavos), tudo acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, por se tratar de ilícito civil, e correção monetária, de acordo com a tabela da Corregedoria Geral de Justiça, além de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, já compensada a parcial sucumbência dos réus (fls. 340-341).

Inconformado, o recorrente sustenta que o Tribunal *a quo* violou o art. 12, I, II, III e parágrafo único, ao deixar de aplicar aos réus – o ex-Prefeito do Município de Itamogi-MG, o então Secretário Municipal que autorizou os pagamentos e a beneficiária da irregularidade – a sanção de suspensão de direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa de manifesta gravidade, a saber, a utilização de “dinheiro público para realização de obra na propriedade de sua companheira, sem demonstração de interesse público” (fl. 415).

Para respaldar sua pretensão, articula duas linhas de argumentação: *a*) a obrigatoriedade da suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade administrativa e *b*) ainda que superada essa tese, a necessidade de aplicação da referida medida em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Fornecidas as informações indispensáveis ao exame do apelo nobre, adentro a resolução da controvérsia.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal preceitua que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A seu turno, o art. 12 da Lei n. 8.429/1997 adicionou ainda a previsão de cominação de multa civil, perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Eis a dicção do indigitado dispositivo legal:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Desde a edição da Lei de Improbidade, esta Corte ocupou-se em debater dois importantes aspectos adstritos ao referido art. 12, quais sejam, a aplicação cumulativa das sanções e a influência exercida pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria das condenações.

Nesse raciocínio, a redação do parágrafo único conduziu a jurisprudência a posicionar-se pela indispensável observância da proporcionalidade entre a pena aplicada ao agente e o ato de improbidade praticado, de modo a evitar a cominação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito, sem que isto signifique, por outro lado, conferir beneplácito à conduta do ímprobo.

Outrossim, dessa premissa atingiu-se o entendimento pela desnecessidade de aplicação cumulada das sanções, cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias.

Nesse diapasão, os seguintes precedentes:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Inépcia da inicial. Ausência. Improbidade administrativa. Art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Princípio da proporcionalidade. Cumulação de sanções. Cerceamento defesa. Art. 330 do CPC. Súmula n. 7-STJ.

1. Não se conhece do recurso especial quanto a tema que demande o reexame de fatos e prova (Súmula n. 7-STJ). Para se chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido quanto à tipificação do ato de improbidade (artigos 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992) e à ausência de cerceamento de defesa (art. 330 do CPC), torna-se imperioso o reexame do arcabouço fático e probatório dos autos, o que é vedado nesta instância especial.

2. Não é inepta a petição inicial que deixa de apontar o dispositivo de lei, se da narração dos fatos decorrer logicamente o pedido. Da mesma forma, a aplicação de legislação diversa daquela utilizada pela parte para fundamentar seu pedido não implica julgamento *extra petita*. Aplicação dos brocardos *jura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*. Precedente.

3. O art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na "extensão do dano causado" bem como no "proveito patrimonial obtido pelo agente". No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver "indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial".

4. Não devem ser cumuladas as sanções por ato de improbidade se for de pequena monta o dano causado ao erário e se o agente não obteve proveito patrimonial com o ato.

5. Recursos especiais conhecidos em parte e providos também em parte (REsp n. 794.155-SP, DJU 04.09.2006);

Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicação da pena.

1. A aplicação da pena, em improbidade administrativa, deve ser empregada de forma que seja considerada a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido.

2. Pena de multa pecuniária no valor de 12 (doze) vezes o valor do subsídio pago a vereador do município.

3. Publicidade de promoção pessoal para fins eleitorais por conta do erário público.

4. Aplicação das penas de suspensão de direitos políticos e perda do cargo que não se justificam.

5. Razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada.

6. Recurso especial conhecido e não-provido (REsp n. 929.289-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 28.02.2008);

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Aplicação cumulativa das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Inadequação. Necessária observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes do STJ. Recurso especial desprovido.

1. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Luiz Carlos Heinze (Prefeito do Município de São Borja-RS), ora recorrido, com fundamento no art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992, em face de desvio de finalidade de verba orçamentária. Por ocasião da sentença, o ilustre magistrado, após reconhecer a configuração de ato de improbidade administrativa, aplicou pena de multa, afirmando que “há de levar em conta a ausência de prejuízo material pelo desembolso do valor destinado à aquisição do veículo, resumindo-se ele (prejuízo) na burla, que, ao final, não restou demonstrada se procedida de forma intencional ou culposa” (fl. 179), a qual foi mantida pelo Tribunal de origem. O ora recorrente interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega violação do art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. Sustenta que, configurado ato de improbidade administrativa, as penalidades previstas no referido artigo devem ser aplicadas cumulativamente.

2. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 713.146-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.03.2007, p. 324; REsp n. 794.155-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 04.09.2006, p. 252; REsp n. 825.673-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006, p. 198; REsp n. 513.576-MG, 1ª Turma, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.03.2006, p. 164; REsp n. 300.184-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003, p. 291; REsp n. 505.068-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.09.2003, p. 164.

4. Desprovisionamento do recurso especial (REsp n. 626.204-RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 06.09.2007).

Assim, em tese, não infringe o art. 12, II, da Lei n. 8.429/1997 o acórdão que deixa de aplicar cumulativamente as penas cominadas para o ato de improbidade em que incorreu o agente.

Superada a primeira tese esgrimida pelo recorrente, remanesce a segunda: a necessidade de suspensão dos direitos políticos dos réus sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É inequívoco o quadro fático delineado no julgado em tela: os três réus concorreram na prática de ato que causou prejuízo ao erário, a saber, a utilização indevida da mão-de-obra de 4 (quatro) servidores públicos municipais, durante o horário do expediente, na diuturna construção da residência da companheira do então Prefeito Municipal pelo prazo de 2 (dois) meses – no mínimo –, com remuneração paga diretamente pelos cofres públicos.

Ressalte-se: o emprego irregular do trabalho dos servidores públicos não foi esporádico, tampouco pode ser confundido com mera incapacidade gerencial ou deslize de pequena monta.

Representa, na verdade, o uso ilegítimo da máquina pública, por um substancial período, no intuito de favorecer sem disfarces determinada pessoa em razão de suas ligações pessoais com os administradores do Município. O objetivo de extrair proveito indevido salta aos olhos pela constatação de que o então Prefeito encontrava-se em final de mandato e não havia conseguido se reeleger no pleito de outubro de 2000, buscando os réus, no “apagar das luzes” da administração, obter as últimas vantagens que o cargo poderia lhes proporcionar.

Hipoteticamente, caso a jornada laboral de cada um dos quatro pedreiros fosse de razoáveis 40 (quarenta) horas semanais, o desempenho das atividades por 2 (dois) meses significa aproximadamente 1.300 (mil e trezentas) horas de trabalho que deixaram de ser usufruídas pelo Município – que atualmente conta com pouco mais de 10.000 (dez mil) habitantes – para serem direcionadas única e exclusivamente à satisfação dos interesses privados de três pessoas.

Torna-se patente que ficou caracterizado tanto o enriquecimento ilícito da proprietária da residência edificada quanto o prejuízo ao erário decorrente da reprovável conduta dos então Prefeito e Secretário Municipal, sendo certo, ademais, que o ato em tela reveste-se de uma gravidade intensa e indiscutível na medida em que o descaso com a Municipalidade e a incapacidade de distinguir

os patrimônios público e privado foram a tônica dos comportamentos adotados pelos réus.

Daí porque, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a suspensão dos direitos políticos dos réus pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 12, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial do particular e dou provimento ao recurso especial do Parquet Estadual.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 972.902-RS (2007/0175882-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Amapá do Sul S/A. Artefatos da Borracha

Advogado: Márcio Louzada Carpena e outro(s)

Interes.: Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul

Advogado: Maurem Silva Rocha e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Dano ambiental. Adiantamento de honorários periciais pelo *Parquet*. Matéria prejudicada. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c.c. o art. 21 da Lei n. 7.347/1985. Princípio da precaução.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas

por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c.c. o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 14.09.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (fl. 507):

Agravo de instrumento. Direito Público não especificado e Processual Civil. Ação civil pública. Honorários periciais. Adiantamento. Inversão do ônus da prova.

Não havendo relação entre a inversão do ônus da prova e a necessidade do pagamento adiantado de custas, e não se podendo confundir a responsabilidade ambiental com a de arcar com as despesas processuais, deve o Ministério Público proporcionar os meios para comprovar a ocorrência do dano ambiental e a sua extensão, tendo ele requerido a realização da perícia.

Recurso provido.

O recorrente sustenta que houve violação dos art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 e dos arts. 18 e 21 da Lei n. 7.347/1985. Pleiteia a reforma do acórdão recorrido, “para o fim de inverter o ônus probatório em desfavor do demandado e isentar o Ministério Público da antecipação dos honorários periciais” (fl. 544).

Com contrarrazões às fls. 546-560, subiram os autos a esta Corte por força de juízo positivo de admissibilidade (fls. 562-563).

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo provimento do recurso (fls. 568-569).

A recorrida noticiou às fls. 572-574, que o juízo de 1º grau tornou sem efeito a decisão que deferiu a realização de perícia, pleiteando a decretação da perda de objeto do recurso especial.

O recorrente, intimado a se manifestar sobre o pedido (despacho de fl. 576), afirma que “há inequívoca perda de objeto quanto ao adiantamento de honorários periciais pelo *Parquet*. Todavia, no que tange ao ponto da inversão do ônus da prova, permanece o interesse recursal” (fls. 580-581).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, reconheço a parcial perda de objeto do recurso especial do Ministério Público, no tocante à violação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia, conforme informado pela recorrida às fls. 572-574.

Entretanto, subsiste interesse recursal ao *parquet* quanto aos demais dispositivos tidos por violados, concernentes à inversão do ônus probatório em Ação Civil Pública, que objetiva a reparação de dano ambiental.

Considerada prequestionada a matéria, passo à análise do recurso especial nesse ponto.

O Tribunal de origem entendeu que cabia ao Ministério Público a comprovação de que as atividades da empresa, ora recorrida, causavam danos ambientais, conforme se pode verificar do trecho seguinte do voto-condutor do acórdão recorrido (fls. 511-513):

A despeito disso, não há razão para a inversão do ônus da prova na espécie, não havendo relação entre tal instituto e a necessidade de pagamento adiantado de custas, não se podendo confundir a responsabilidade ambiental com o ônus processual de arcar com as despesas processuais.

É o Ministério Público que deve proporcionar meios para comprovar a ocorrência do dano ambiental e a sua extensão, na qualidade de autor e de requerente da realização da perícia, juntamente com a Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul.

De qualquer forma, não há hipossuficiência do Ministério Público em relação à empresa ré, ora agravante, o que poderia autorizar a inversão do ônus probatório.

(...)

Ressalto não ser possível determinar a inversão do ônus da prova como pretendido, isto é, com o argumento de que “[...] cabível é a inversão do custo da prova, em matéria ambiental, face à transferência do risco ao potencial poluidor [...]”, pois a responsabilidade da empresa agravante é questão ainda não decidida que se perquire na demanda, e *não há relação de hipossuficiência entre a empresa agravante e o Ministério Público.* (grifei)

O recorrente, por sua vez, alega o seguinte (fl. 527):

A inversão do ônus da prova decorre diretamente da transferência do risco para o potencial poluidor. Em virtude do acolhimento da teoria do risco integral, defendida por Antônio Herman Benjamin, José Afonso da Silva, Fábio Dutra Lucarelli, Nelson Nery Júnior e Édis Milaré, dentre outros, transfere-se para o empreendedor todo o encargo de provar que sua atividade não enseja riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados, bastando que haja um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação.

A transferência de riscos impõe, portanto, duas conseqüências fundamentais. De um lado, a imposição do ônus da prevenção dos danos, decorrência, ainda, da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. De outro, a responsabilização civil objetiva quando já consolidado o dano, objetivando-se a reparação integral da degradação.

A inversão do ônus da prova decorre, ainda, da redefinição de alguns dos requisitos para a responsabilização civil objetiva, ante a constatação da extrema relevância do objeto jurídico protegido e das dificuldades inerentes às peculiaridades do dano ambiental (caráter fluido, incerto, com projeções no futuro, de difícil mensuração e avaliação) e à prova do nexo causal.

Sobre a controvérsia em questão – possibilidade de inversão do ônus da prova –, a Primeira Turma desta Corte se manifestou recentemente em sentido

favorável à tese do Ministério Público, no julgamento do Recurso Especial n. 1.049.822-RS, da relatoria do eminente Ministro Francisco Falcão, com ementa nos seguintes termos:

Ação civil pública. Dano ambiental. Agravo de instrumento. Prova pericial. Inversão do ônus. Adiantamento pelo demandado.

Descabimento. Precedentes.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c.c. o artigo 18, da Lei n. 7.347/1985.

IV - Recurso improvido.

(REsp n. 1.049.822-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.04.2009, DJe 18.05.2009).

Por ocasião desse julgado, vários ministros tiveram a chance de proferir voto-vista, sendo que o Ministro Teori Zavascki, não obstante tenha ficado vencido na conclusão de seu voto, teceu importantes considerações sobre a distinção entre ônus da prova e ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.

Considerando que tais ponderações também são pertinentes à análise da hipótese em comento, transcrevo trecho do referido voto:

Por outro lado, não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais. Quando a lei atribui a uma das partes o ônus da prova (ou permite a sua inversão), certamente não está determinando que, além desse ônus processual próprio, a parte contrária fique obrigada também a suportar as despesas de realização da prova requerida pela parte adversa (que, se a requereu, é porque tinha o ônus processual de produzi-la).

(...) Ora, não se pode confundir ônus da prova com obrigação pelo pagamento ou adiantamento das despesas do processo. A questão do ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos não restarem provados. Todavia, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, a lei processual determina, que “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final; e bem ainda na execução, até a plena satisfação do direito declarado na sentença” (CPC, art. 19). Determina, outrossim, que “compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público” (CPC, art. 19, § 2º). Bem se vê, portanto, que o regime estabelecido no Código é de que o réu somente está obrigado a adiantar as despesas concernentes a atos que ele próprio requerer. Quanto aos demais, mesmo que tenha ou venha a ter o ônus probatório respectivo, o encargo será do autor.

O eminente Ministro Teori Zavascki deixou claro que o ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

Feitas essas considerações, percebo que a análise sobre o ônus da prova, em ação coletiva por dano ambiental, deve ser dirimida pela interpretação das leis aplicáveis ao mencionado instrumento processual à luz dos princípios norteadores do Direito Ambiental.

Isso porque, em regra, a inversão do ônus probatórios deve assentar-se exclusivamente em disposição expressa de lei. Mas, no presente caso, essa inversão encontra fundamento também em princípios transversais ao ordenamento jurídico, quais sejam, os princípios ambientais.

No plano legal, destaco os dispositivos que guardam relação direta com a questão posta em discussão:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, *inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor*, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Lei n. 7.347/1985

Art. 21. *Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.*

Código Civil

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando *a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* (grifei).

Vê-se que há uma interdisciplinariedade entre as normas de proteção ao consumidor e às referentes à defesa dos direitos coletivos.

No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente.

A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo.

Incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável.

Além desse conteúdo substantivo, entendo que o Princípio da Precaução tem ainda uma importante concretização adjetiva: a inversão do ônus da prova.

Sobre o tema, cito lição do eminente Ministro Herman Benjamin:

Uma das justificativas para a constituição de um regime diferenciado (= fragmentado) para a responsabilidade civil pelo dano ambiental reside no fato de que a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam na vala comum dos conflitos humanos.

O primeiro deles, princípio da precaução, já escrevemos em outro momento, responde a uma pergunta simples mas chave para o sucesso ou insucesso de uma ação judicial ou política de proteção ao meio ambiente: diante da incerteza científica quanto à periculosidade ambiental de uma dada atividade, quem tem o ônus de provar sua inofensividade? O proponente ou o órgão público/vítima? Em outras palavras, suspeitando que a atividade traz riscos ao ambiente, devem o Poder Público e o Judiciário assumir o pior e proibi-la (ou regulá-la, impondo-lhe padrões de segurança rigorosos), ou, diversamente, deve a intervenção pública ocorrer somente quando o potencial ofensivo tenha sido claramente demonstrado pelo órgão regulador ou pelos representantes não-governamentais do interesse ambiental, amparados num raciocínio de probabilidades, ou, nos termos do Direito Civil codificado, num regime de previsibilidade adequada?

(...)

Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso do instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental); por razões várias que não podem aqui ser analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), *impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos em onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala.*

Noutro prisma, a precaução é o motor por trás da alteração radical que o tratamento de atividades potencialmente degradadoras vem sofrendo nos últimos anos. Firmando-se a tese – inclusive no plano constitucional – de que *há um dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente, inverte-se, no campo dessas atividades, o regime de ilicitude, já que, nas novas bases jurídicas, esta se presume até prova em contrário.* (in *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 17-18, jan./mar. 1998, grifei).

Portanto, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c.c. o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado ao Princípio da Precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a inversão do ônus probatório, julgando prejudicado parte da impugnação por perda de objeto.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 991.243-SP (2007/0234365-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Município de São Paulo

Procurador: Rachel Mendes Freire de Oliveira e outro(s)

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo. Estado novo. Revolução de 1932. Campo de Marte - São Paulo. Ocupação pela União. Município. Reintegração. Pedido subsidiário de indenização. Lei n. 601/1850. Terra devoluta. Imóvel público não destinado a uso público específico. Súmula n. 487-STF. Afetação ao serviço público federal. Indenização.

1. Hipótese em que União e Município de São Paulo discutem a posse e o domínio do “Campo de Marte”, em São Paulo, aeroporto que abrigou a aviação bélica alinhada com os paulistas na Revolução Constitucionalista de 1932 e que, nesse contexto, foi conquistado pelas forças federais.

2. Com o fim do Estado Novo, em 1945, e a retomada de parcela da autonomia local, foram iniciadas tratativas para a devolução do imóvel. Frustradas as negociações, o Município propôs Ação Possessória, com pedido subsidiário de indenização, em 1958.

3. A área integrava, na época colonial, sesmaria dos jesuítas, até ser confiscada em 1759 com a expulsão da Companhia de Jesus pelo Marquês de Pombal. Com o advento da República, o Estado de São Paulo, considerando o imóvel devoluto, cedeu-o ao Município de São Paulo. Foi dada destinação pública à área somente em 1912, com sua ocupação pelo corpo de cavalaria e, posteriormente, pela aviação bélica paulista.

4. A União argumenta que a área lhe pertence. Pelo fato de ter sido confiscada dos jesuítas, não poderia ter sido considerada terra devoluta, pois não se enquadraria na definição do art. 3º da Lei n. 601/1850 (Lei de Terras).

5. Não há omissão se o Tribunal decide a demanda com fundamentos suficientes.

6. Admite-se o julgamento de ação possessória pela análise do domínio, se esse for o fundamento aduzido pelos litigantes.

7. Discussão que se restringe à caracterização da área como devoluta (ou não) em 1891. Se o era, foi transferida ao Estado pela primeira Constituição Republicana, que, por sua vez, cedeu-a ao Município naquele mesmo ano (fatos incontroversos). Se não era devoluta, a cessão pelo Estado para o Município seria inválida e ineficaz, inexistindo justo título em seu favor.

8. A Companhia de Jesus possuía vasto patrimônio imobiliário no Brasil, em outras colônias e no próprio solo português, todo ele confiscado pelo Marquês de Pombal em 1759.

9. Não se pode excluir do conceito de terras devolutas as áreas antes ocupadas pela Companhia de Jesus, sobretudo se abandonadas e nunca destinadas a uma finalidade pública. Do contrário, seria criar uma espécie de propriedade da União, abarcando um imenso território, incerto e incomensurável. Pior, os Estados surgidos com a República, titulares das terras devolutas por força da CF/1891, seriam obrigados a pesquisar quase quatro séculos de histórico fundiário para descobrirem se as terras abandonadas em seu território pertenceram aos jesuítas e foram confiscadas no século XVIII, hipótese em que não seriam devolutas. Tal exigência inviabilizaria a delimitação dessas áreas, gerando inegável insegurança jurídica quanto à situação fundiária no País, exatamente aquilo que a Lei n. 601/1850 procurou evitar.

10. A Lei de Terras surgiu para regularizar os títulos de propriedade derivados das sesmarias, as quais, em quase sua totalidade, caíram em comisso por descumprimento dos requisitos de ocupação, moradia, cultura e medição. O fim mediato era dar ao País um instrumento de retomada dos imóveis improdutivos e permitir a efetiva ocupação da terra. A maior parte dos dispositivos da Lei n. 601/1850 trata exatamente da alienação de terras devolutas, inclusive a colonos estrangeiros, além do fomento à imigração com recursos do tesouro público. Nesse contexto é que deve ser interpretada a definição de terras devolutas por ela veiculada.

11. Nos termos do art. 3º da Lei n. 601/1850, terras devolutas são aquelas de domínio público e sem destinação pública específica. Irrelevante a origem da terra pública (conquistada, confiscada, comprada, caída em comisso, etc.).

12. Sendo incontroverso que a área onde hoje se encontra o Campo de Marte somente foi ocupada pelo poder público em 1912, constata-se que era devoluta em 1891 e, portanto, integrante do domínio Estadual. Também não se discute a sua cessão, pelo Estado, ao Município, nos termos da Lei de Organização Municipal de 13.11.1891.

13. “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada” (Súmula n. 487-STF).

14. A área estritamente afetada ao serviço público federal não pode ser reintegrada ao Município, ressalvado o remédio da indenização.

15. Determinação de retorno dos autos à instância de origem, para análise da área insuscetível de reintegração e apreciação do pedido subsidiário de indenização.

16. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fl. 845):

Civil. Possessória. “Campo de Marte”.

- Litígio entre a Municipalidade de São Paulo e a União Federal, tendo como objeto a área conhecida como “Campo de Marte”, ocupada por forças militares da União em 1930 e 1932 e anteriormente possuída pela Municipalidade. Alegação de domínio da Municipalidade enquadrando como devolutas as terras, que como tais foram transferidas ao domínio do Estado de São Paulo pela Constituição de 1892 e deste para a Municipalidade de São Paulo por referidos atos normativos. Alegação da União conceituando o imóvel como próprio nacional oriundo do confisco das terras dos jesuítas por Alvará Régio do ano de 1761. Perícia comprobatória do antigo domínio dos jesuítas. Enquadramento como terras devolutas que não se reconhece. Inteligência da Lei n. 601/1850.

Sentença de improcedência do pedido mantida. Verba honorária reduzida nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC. Recurso da Municipalidade desprovido e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

Antes de relatar as razões recursais, parece-me interessante indicar os pontos principais da sentença e do acórdão na apelação.

O juiz de primeira instância negou provimento ao pleito do Município de São Paulo, pelos seguintes fundamentos:

a) o imóvel passou ao domínio da Coroa em 1761, por força do Alvará Régio que seqüestrou todos os bens dos padres jesuítas (fl. 780);

b) a posse da União tem respaldo em seu domínio, tendo sido exercida durante mais de 26 anos até a propositura da ação (fl. 781);

c) “A posse se deu em função de interesses estratégicos, que envolvem a própria segurança nacional, sempre com vistas aos mais elevados anseios da nação brasileira, que temia o crescimento de uma onda popular de cunho segregacionista, que poderia levar o Brasil, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos da América, a uma luta fratricida e de proporções imprevisíveis” (fl. 781);

d) “Exerceu a União, como lhe competia, o poder de império para ocupar uma área, que julgava de fundamental importância para estancar a sedição que, justa ou não, se instalara nos pagos paulistas” (fl. 781);

e) “Não se pode classificar de injusta a posse, que no caso vertente, é retomada, que se verificou por motivos os mais relevantes, envolvendo interesses de crucial valor para os mais altos desígnios da nacionalidade” (fl. 782);

f) “Credite-se às Forças Armadas essa vitória da nação, que conseguiu arredar de São Paulo a ameaça de uma situação semelhante, agindo sempre de forma patriótica e serena, de modo a ir vencendo de forma gradativa e constante as resistências regionais contra a hegemonia do poder central, de modo a se ter nos dias atuais um País unido, forte e cheio de esperanças para lutar - essa é a guerra que importa - por dias mais felizes e venturosos” (fl. 783); e

g) Não cabe indenização pelas benfeitorias, que pertenciam ao Estado de São Paulo, e não ao Município (fls. 783-784).

O Tribunal Regional manteve a sentença, no que se refere ao mérito, pelas seguintes razões:

a) “A ocupação do ‘Campo de Marte’ foi uma operação de guerra, não um esbulho possessório” (fl. 836);

b) Por não se tratar de esbulho, a solução da demanda não pode se basear apenas no fato, aduzido pelo Município, de que estava na posse do imóvel até então (fl. 836);

c) “Os critérios jurídicos do julgamento da demanda não estão na disciplina da posse e também não se extraem da mera realidade fática. Se Justiça em uma de suas tradicionais formulações é dar a cada um o que lhe é devido no caso significa atribuir o ‘Campo de Marte’ a seu legítimo proprietário” (fl. 837);

d) O foco do julgamento deve ser a questão do domínio (fl. 837);

e) “O fato de a Municipalidade ter demorado vinte e oito anos para propor a ação não é critério jurídico de julgamento, além do que não decorreu de inércia deliberada mas de injunções da conjuntura política da época e posterior escolha, no feixe de opções, da via conciliatória” (fl. 837);

f) “Mas os acordos noticiados também não poderiam ser interpretados em desfavor da União por uma suposta atividade de reconhecimento de direitos da Municipalidade” (fl. 837);

g) “Que a Municipalidade detivera a posse é uma verdade devidamente estabelecida e este fato, por si somente e especialmente em combinação com presumíveis questões de ressentimento político, podia justificar a escolha da via conciliatória” (fl. 838);

h) O cerne da demanda, que exige a apreciação do Judiciário, são as teses da Municipalidade e da União: (1) a tese do município “depende, para sua aceitação, do reconhecimento do enquadramento do imóvel como terras devolutas”, e (2) a tese da União “tem como condição para seu acolhimento a alvitrada propriedade da Companhia de Jesus e pertinente análise jurídica” (fl. 841);

i) O art. 3º, § 1º, da Lei n. 601/1850 deve ser interpretado no sentido de que há terra devoluta na “falta de transferência aos particulares por meio de sesmaria ou outras concessões” (fl. 843); e

j) “Ressalto ainda que, se como acima enunciado, o conceito de terras devolutas não se exaure no de terras públicas vagas, por outro lado também não se resolve pelo significado linguístico de ‘devolução’, nos termos da lei (art. 8º) só as terras devolvidas à Coroa Portuguesa por caídos em comisso os possuidores correspondendo ao sentido etimológico do modelo jurídico, o elemento de retorno ao patrimônio nacional por motivado no confisco não tendo, destarte, semelhante alcance jurídico e não outorgando ao Campo de Marte a natureza de terras devolutas” (fl. 843).

Os Embargos de Declaração opostos pela União e pelo Município foram rejeitados (fl. 876).

No presente Recurso Especial, o Município de São Paulo sustenta que houve violação:

a) do art. 535 do CPC, pois o Tribunal Regional não se manifestou acerca dos dispositivos legais que definem o esbulho possessório e o art. 505 do CC/1916 (art. 1.210, § 2º, do CC atual), “de acordo com o qual a ação possessória não pode ser decidida tendo em vista arguições de propriedade” (fl. 890);

b) dos artigos do Código Civil que tratam da matéria possessória (arts. 489, 497, 499, 503, 504, 505 do CC/1916, e arts. 1.200, 1.208, 1.210, 1.211 e 1.212 do CC atual), ao negar-se o direito à reintegração ou à indenização. Ademais, não poderia a demanda ter sido julgada com base na questão do domínio (fl. 894); e

c) do art. 3º da Lei n. 601/1985, por falha na definição de terras devolutas (fl. 895).

A União apresentou contra-razões (fls. 941-946).

O Recurso foi admitido na origem (fl. 952).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): A discussão nestes autos refere-se à posse e ao domínio de uma área no Município de São Paulo, denominada Campo de Marte.

Como sabem aqueles que têm algum conhecimento da geografia daquela cidade, o Campo de Marte é, atualmente, um aeroporto de pequeno porte, localizado à margem do Rio Tietê, na zona norte do Município.

O caso é que Getúlio Vargas, ao tomar posse como Presidente em 1930, extinguiu a aviação bélica do Estado de São Paulo, desalojando-a do Campo de Marte, e lá instalando um Regimento de Aviação Militar do Exército Nacional (fl. 830).

Com a Revolução de 1932, esse Regimento aderiu à causa constitucionalista, perfilhando-se ao Estado de São Paulo, chegando o Campo de Marte a ser bombardeado (fl. 830). A partir daquele momento, a União tomou definitivamente posse da área, que ocupa até hoje.

A justificativa da União para a manutenção dessa posse é que a área lhe pertencia desde o século XVIII, quando a Coroa a confiscou dos jesuítas expulsos pelo Marquês de Pombal. O fato teria ocorrido em 1932; portanto, fora uma retomada do imóvel.

Já para o Município, as terras eram devolutas quando do advento da República. Assim, passaram ao domínio do Estado de São Paulo, que, posteriormente, transferiu-as ao Município. Houve uma cessão precária ao Estado, para a instalação da aviação bélica local. É incontroversa a posse (ainda que indireta) anterior à tomada do Campo de Marte em 1930-1932.

A ocupação do imóvel pela União deu-se no prelúdio do Estado Novo, que se estendeu até 1945. Sabemos todos que nesse longo período histórico o Município de São Paulo, a exemplo de tantos outros, não era efetivamente autônomo, sendo conduzido por prefeitos indicados pelo Governador do Estado, que, por sua vez, era interventor apontado por Getúlio Vargas.

Com a Constituição de 1946, os entes federados recuperaram parcela da autonomia perdida no regime anterior. Foi a partir daí que se iniciaram as tratativas para a devolução da área ao Município. Não havendo solução amigável, a presente Ação foi proposta no ano de 1958 (12 anos após o fim do Estado Novo, fl. 837).

O recorrente pretende a reintegração de posse ou, subsidiariamente, indenização pela área. Em qualquer hipótese, pretende indenização pelo período da ocupação.

Antes de adentrar o mérito recursal, anoto que a discussão em torno do conflito militar de 1932 ou das razões político-militares pelas quais a União tomou o Campo de Marte são irrelevantes para a solução da demanda. Tampouco cabe discutir a justiça da causa constitucionalista ou do regime varguista que se instalou com o Estado Novo.

Faço essas considerações para afastar, desde já, o debate emotivo que levou o juiz sentenciante a definir a Revolução de 1932 como “segregacionista” e ofensiva aos anseios da Nação Brasileira e a creditar ao Governo central um alto valor patriótico em sua luta contra São Paulo.

Há que respeitar a reverência do povo paulista por sua luta constitucionalista, orgulhosamente evocada pela Municipalidade (fl. 900), sem que isso, evidentemente, oriente a decisão judicial.

Mais sereno e conveniente ao bom julgamento da causa foi o alerta feito pelo Tribunal Regional, para o qual essas condições históricas devem ser invocadas “apenas por reverência ao passado” (fl. 835).

O Superior Tribunal de Justiça foi idealizado como a Corte de harmonização da jurisdição. Cabe a ele interpretar as normas federais, levando os diversos Tribunais a dizer o Direito de maneira uniforme.

Essa função de Tribunal da Federação é exigida no presente caso para, de maneira serena, dirimir um conflito histórico entre a União e o Município de São Paulo.

De conflito chamo o simples debate quanto à posse e ao domínio de um imóvel. Nada mais. Trata-se de apreciar os legítimos pleitos da União e da Cidade, que, após as tratativas infrutíferas iniciadas com o fim do Estado Novo, recorrem ao arbitramento imparcial do Judiciário.

Não existe no Brasil legislação especial que regule esbulhos de guerra, o que torna inútil, como dito, a análise do conflito armado de 1932 para a solução do presente caso.

Fez bem, portanto, o TRF ao restringir o debate às normas civilistas que cuidam do domínio e da posse das terras. É o caminho que trilharei.

Como relatado, o Município estrutura seu Recurso Especial em três aspectos, aduzindo que houve violação:

a) do art. 535 do CPC, pois o Tribunal Regional não se manifestou acerca dos dispositivos legais que definem o esbulho possessório, e do art. 505 do CC/1916 (art. 1.210, § 2º, do CC atual), “de acordo com o qual a ação possessória não pode ser decidida tendo em vista arguições de propriedade” (fl. 890);

b) dos artigos do Código Civil que tratam da matéria possessória (arts. 489, 497, 499, 503, 504, 505 do CC/1916, e arts. 1.200, 1.208, 1.210, 1.211 e 1.212 do CC atual), ao negar-se o direito à reintegração ou indenização. Ademais, não poderia a demanda ter sido julgada com base na questão do domínio (fl. 894); e

c) do art. 3º da Lei n. 601/1985, por falha na definição de terras devolutas (fl. 895).

Analisarei, separadamente, cada um desses tópicos.

1. Da omissão

O Município sustenta que o TRF omitiu-se a respeito dos dispositivos relativos ao esbulho possessório (fl. 890).

Embora a Corte de origem não tenha feito expressa referência aos artigos legais suscitados, é inquestionável que emitiu juízo a respeito deles, o que afasta a suposta omissão.

Ocorre que o Tribunal Regional entendeu que a discussão possessória, na estrita regulamentação do Código Civil, era inaplicável à hipótese dos autos. Transcrevo trecho do judicioso e muito bem fundamentado voto-condutor (fl. 836):

A ocupação do Campo de Marte foi uma operação de guerra, não um esbulho possessório.

Não se trata, nestes desenvolvimentos do raciocínio, da emissão de juízos de valor ideológico. A conclusão alcançada circunscreve-se aos estritos quadrantes da teoria do Direito. Desejável ou não, boa ou não, justa ou injusta, era uma ordem constitucional que se implantava e o “Campo de Marte” foi ocupado enquanto providência exigida pela instauração da nova ordem o que a teoria do Direito diz dos fatos é que não se conceituam como esbulho possessório.

Pode-se discordar da conclusão a que chegou o TRF. Certamente é essa a posição do Município. Mas não se pode falar em omissão do acórdão quanto à aplicação da legislação federal relativa ao esbulho possessório ao caso debatido nos autos.

A solução encontrada pela Corte Regional foi fundamentar seu acórdão na questão do domínio, o que analisaremos mais adiante.

É pacífico o entendimento de que não viola o art. 535 do CPC o acórdão que decide a lide, desde que fundamentado adequadamente:

Processual Civil. Ação civil pública. IPTU. Ministério Público. Violação ao 535 do CPC. Inexistência de omissão. Ilegitimidade ativa. Precedentes.

1. Não há que se falar em violação do art. 535 se o Tribunal analisa o ponto controverso por fundamentação que lhe parece adequada, refutando os argumentos contrários ao seu entendimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, já se manifestou no sentido de que não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de discutir a cobrança de tributos, uma vez que os direitos do contribuinte, porquanto individuais e disponíveis, devem ser postulados por seus próprios titulares. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 827.482-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJ 28.02.2008 p. 86).

Afasto, portanto, a suposta omissão (ofensa ao art. 535 do CPC).

2. Ofensa aos dispositivos do Código Civil que tratam da posse e de sua reintegração

Em seu segundo ponto recursal, o Município sustenta que o Tribunal Regional violou os dispositivos legais que tratam da sua posse e do dever de indenizar pelo esbulho, além de julgar com base no domínio (fl. 894).

Com relação aos dispositivos legais que regem o esbulho, como visto anteriormente, o TRF entendeu-os inaplicáveis à espécie. Por conta disso, fundamentou sua decisão na questão do domínio.

Na verdade, parece-me desnecessária a análise, no presente Recurso Especial, dos dispositivos civilistas que regulam diretamente a posse e sua perturbação, já que, como veremos a seguir, a demanda se solucionará pela análise do domínio.

Dito de outra forma, assim como fez o TRF, emitirei meu voto com base na apreciação da propriedade da área. A solução é a mesma, embora o fundamento para essa minha decisão seja diverso.

O TRF apreciou o domínio, por entender que o debate quanto ao esbulho era inaplicável à tomada do bem em ambiente de guerra. No entanto, abordarei o domínio porque os pleitos possessórios de ambas as partes, no que concerne ao acórdão recorrido, fundaram-se em seus títulos de propriedade.

Não se trata, portanto, de emitir juízo quanto à qualificação jurídica da tomada do imóvel em 1930-32 (esbulho possessório ou não), mas apenas de decidir a demanda com base em outro critério: o domínio da terra.

Explico.

A discussão quanto à posse do Campo de Marte foi aduzida e decidida no âmbito da propriedade, ainda que o recorrente proteste quanto a isso (fl. 890).

Ocorre que o Código Civil de 1916, embora afastasse, em regra, o debate dominial das ações possessórias, ressaltava, inteligentemente, as situações em que a propriedade era central nas pretensões dos litigantes.

De fato, a regra (impossibilidade de discussão de domínio em Reintegração de Posse) comporta essa importante exceção.

O art. 505 do CC/1916 previa:

Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa. *Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio* (grifei).

A esse respeito, o egrégio STF expediu a Súmula n. 487-STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

É verdade que a aplicação da parte final do art. 505 do CC/1916 é bastante restrita, conforme entendimento fixado pela Súmula n. 487-STF. A rigor, somente se admite a discussão de domínio, em Possessória, se a demanda baseou-se na propriedade ou se há dúvida quanto à posse. O caso dos autos enquadra-se na primeira hipótese.

Para maior clareza, transcrevo trecho do voto-condutor, exarado no RE n. 59.943-BA, DJ 30.11.1966, que subsidiou a citada Súmula n. 487-STF. Na oportunidade, o e. Relator, Min. Evandro Lins e Silva, discorreu sobre as duas correntes interpretativas relativas ao art. 505, *in fine* (grifei):

A primeira delas, traz, desde logo, o prestígio de Clóvis (...).

É a que sustenta, nas palavras do próprio Orozimbo Nonato, que “para que o art. 505 não enegreça a mácula de uma contradição, é necessário se entenda que

a exceptio proprietatis somente é possível na ação possessória quando os litigantes todos pretendam a posse como proprietários. Em tais casos, a propriedade é o fundamento mesmo da ação possessória” (...).

Outros admitem mais a exceção de domínio em outra hipótese: a de ser duvidosa a posse dos litigantes, quando se poderia recorrer ao critério do domínio para solver a questão possessória.

Pois bem, já na primeira folha destes autos, o Município aduzia seu domínio sobre as terras disputadas, sustentando que “por força do disposto nas Leis Estaduais de Organização Municipal (...), foram, pelo Estado de São Paulo, *transferidas para o domínio da Suplicante*, as terras devolutas situadas (... grifei)”.

A União, por seu turno, já na primeira página de sua contestação, sustentou que “toda a legislação evocada pela A. no ítem I de sua petição, invocada *para fundamentar o seu domínio* sobre a gleba de terras do chamado Campo de Marte, (...) se amesquinha e desaparece ante a documentação abundante e arrazadora junto à presente (...) *que prova e comprova a inequívoca propriedade da União* sobre dita gleba desde 1761, data da expedição do Alvará Régio sequestrando os bens dos Jesuítas, expulsos do Brasil em 1759 (Alvará de 25-II-1761)” (fl. 41, grifei).

Assim, tendo as pretensões das partes se fundado nos respectivos títulos de domínio apresentados, e mais, tendo as instâncias de origem julgado a demanda com fulcro na questão da propriedade, é esta a análise que ora se submete ao Superior Tribunal de Justiça.

Como já adiantado, esta linha de análise jurídica prejudica a discussão quanto aos dispositivos possessórios do Código Civil, pois sua aplicação ao caso, a rigor, é incontroversa.

Se, pela análise dos títulos dominiais, julgar-se que a propriedade do imóvel é municipal, a posse inquestionavelmente deverá ser deferida à cidade. Por outro lado, não se discute que, se o domínio da terra for considerado da União, sua posse será legítima.

É exatamente este o teor da Súmula n. 487-STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

Ademais, não se olvide que a Ação proposta não é exclusivamente possessória. Há um pedido subsidiário de indenização, em caso de impossibilidade da reintegração, o que, evidentemente, exige a análise do domínio.

Por essa razão, passo ao ponto central da demanda: a discussão quanto à propriedade do imóvel em que está localizado o Campo de Marte.

3. O art. 3º da Lei n. 601/1850 e a definição de terras devolutas

Antes de passarmos à análise fulcral do domínio, é bom relembrarmos os limites do litígio, com o intuito de evitar debates desnecessários, focando o julgamento no que realmente importa para a solução da demanda. Para isso, enumerarei as questões incontroversas:

a) as terras disputadas foram entregues pela Coroa Portuguesa à Companhia de Jesus, pelo regime de sesmarias (fl. 842);

b) em 1759, a Coroa Portuguesa expulsou os jesuítas do Brasil, confiscando suas terras, entre elas aquela disputada nestes autos (fl. 833);

c) à época da Proclamação da República, o imóvel não era ocupado;

d) entendendo tratar-se de terra devoluta e, portanto, de sua propriedade (art. 64 da CF/1891), o Estado cedeu o domínio da área ao Município no início da República, pela Lei de Organização Municipal de 13.11.1891 (fl. 829); e

e) deu-se destinação à área apenas em 1912, quando o Município cedeu o uso ao Estado, em caráter precário, para exercícios do Corpo da Cavalaria e, posteriormente, da aviação militar estadual (fls. 829-830).

A enumeração é interessante para visualizarmos que *o cerne do litígio está na qualificação jurídica das terras em 1891*, ano da promulgação da primeira Constituição Republicana. Transcrevo seu art. 64:

Art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

Se essas terras naquela época fossem devolutas, é inquestionável que passaram ao domínio dos Estados, nos termos do art. 64 da CF/1891. Em tal hipótese, o imóvel atualmente é de propriedade do Município de São Paulo, pois, como dito, o Estado lhe transferiu o domínio em 13.11.1891 (fato incontroverso).

Por outro lado, caso as terras não sejam qualificadas como devolutas no período republicano, o domínio não foi transferido para o Estado, por força do art. 64 da CF/1891. Como consequência, a cessão realizada ao Município em 13.11.1891 é nula. Nessa hipótese, o título apresentado pela Urbe não é bom, inexistindo fundamento para a reintegração da posse.

Esse ponto nodal do litígio foi bem detectado pelo Tribunal Regional, conforme o seguinte trecho do voto-condutor (fl. 841):

A tese sustentada pela Municipalidade como já exposta em detalhes no relatório depende, para sua aceitação, do reconhecimento do enquadramento do imóvel como terras devolutas.

(...)

Se devolutas as terras passaram ao domínio do Estado pela Constituição de 1892 e ao Município pelos atos referidos na inicial (...).

Antes de qualificar o imóvel em litígio, retomarei a definição, em abstrato, do que sejam terras devolutas. Num segundo momento, analisarei o entendimento do TRF. Finalmente, aplicarei as conclusões ao caso concreto.

3.1 Definição de terras devolutas

A definição inicial de terras devolutas, segundo sua etimologia, é de terras devolvidas à Coroa Portuguesa.

Todas as terras brasileiras, à época do descobrimento, eram da Coroa. A rigor, por paradoxal que pareça, antes de 1500 boa parte das terras que hoje compõem o nosso território já eram consideradas pelo Rei Português de sua propriedade, por força do Tratado de Tordesilhas.

Essas terras foram dadas a particulares, primordialmente pelo regime de sesmarias. Caso o beneficiário não as ocupasse e cumprisse as demais exigências correspondentes (em especial, cultura e demarcação), caía em comisso, perdendo o bem, que era *devolvido* à Coroa.

Posteriormente, esse sentido originário de “devolução” deu lugar a um mais singelo: *terras devolutas são terras públicas não destinadas a um uso público específico*. Essa definição mais simplificada, que veio a ser adotada pela doutrina e jurisprudência, como veremos mais adiante, segue o entendimento de que terras devolutas não são apenas as *devolvidas*, mas também todas as *adquiridas* pela Coroa, especialmente por título originário, às quais não foi dada uma utilização específica.

É importante salientar que, apesar desse conceito singelo, por exclusão (terras devolutas são aquelas públicas - não tituladas por particular - e sem destinação pública específica), a grande maioria das terras devolutas eram mesmo aquelas dadas em sesmarias e, posteriormente, caídas em comisso. Isso explica, como veremos mais adiante, a atenção que a legislação das terras dá a essa situação específica.

A razão para essa quase identidade das terras devolutas com aquelas caídas em comisso se explica por dois fatores: a) as terras brasileiras somente podiam ser adquiridas originariamente por meio de sesmarias e b) quase todas essas sesmarias caíam em comisso, já que era praticamente impossível cumprir os encargos.

Para que fique claro: *até a Independência, praticamente todas as terras brasileiras foram concedidas a particulares por meio de sesmarias*. Cito novamente Ruy Cirne Lima:

Dispondo as leis do reino que as terras do Brasil deviam ser adquiridas *unicamente por concessões de sesmarias*, bem é de vêr que todo modo diverso de aquisição lhes seria contrario. (*Terras Devolutas - História, Doutrina, Legislação*, Porto Alegre, Globo, 1935, p. 51, grifei).

É de reiterar que o beneficiário da sesmaria teria grande dificuldade em cumprir, no Brasil, os requisitos do instituto, em especial a efetiva ocupação, a moradia, a cultura da terra e a sua demarcação. Por essa razão, já adiantei, *a grande maioria dos beneficiários caía em comisso*, sendo as terras abandonadas pelos sesmeiros.

Nesse sentido, a melhor doutrina:

Ora, observam todos os escritores e estudiosos do assunto, que na concessão das Sesmarias, no Brasil, *as exigências eram realmente excessivas e de tal modo onerosas, que não raro, os titulares preferiam abandonar por completo a concessão*. Com êsse abandono, as terras eram invadidas por posseiros sem título algum. Os sesmeiros, mesmo, preferiam deixar a Sesmaria a êles titulada, para ir lavrar terras alheias, a salvo das obrigações com o Govêrno. (Linhares de Lacerda, *Tratado das Terras do Brasil*, Rio de Janeiro, Alba, 1960, p. 118, grifei).

As sesmarias eram concedidas debaixo das condições de medição, confirmação e verificação de cultivo, sendo esta última uma condição essencialíssima, segundo o alvará de 05 de janeiro de 1785. *Só isso já está indicando a inobservância do regime sesmeiro*, dada a carência de topógrafos e a inexistência de vias regulares de penetração no interior sertanejo. (Messias Junqueira, *O Instituto das Terras Devolutas*, São Paulo, Lael, 1976, p.35, grifei).

Neste sentido, *ao longo dos oitocentos era fato que as sesmarias estavam majoritariamente em comisso*, pois os sesmeiros não haviam cumprido a determinação legal de medir e demarcar sua terra. (Márcia Maria Menendes Motta, *Sesmarias e o mito da primeira ocupação*, in *Justiça & História*, vol. 4, n. 7. 2004, p. 63, grifei).

O Ministro Aliomar Baleeiro, em famoso voto proferido no RE n. 51.290-GO (relator Min. Evandro Lins e Silva, j. 24.09.1968, p. 24.09.1968), dá valiosa lição sobre o tema (nossos grifos, sublinhado no original):

As terras do Brasil foram objeto de conquista e posse, por Pedro Álvares Cabral para o Rei de Portugal. Ela passou a ser uma fazenda do Rei, ficando no domínio real até a Independência, quando foi transferida para o Patrimônio Nacional, lá permanecendo até o tempo do Império, até que o art. 64 da Constituição de 1891 a distribuiu aos Estados em cujos limites se encontrava. Então, os Estados, como sucessores da nação brasileira, e a nação brasileira, como sucessora do patrimônio pessoal do Rei de Portugal, não necessitam trazer nenhum título. O título é a posse histórica, o fato daquela conquista da terra. A terra, no Brasil, originariamente era pública. O Rei desmembrou pedaços, áreas enormes, as chamadas sesmarias, e doou-as. Houve esse processo até quase a Independência. Depois da Independência, estabeleceu-se que não poderiam ser mais objeto de doações ou concessões. Deveriam ser vendidas. Ora, o Rei de Portugal não dava terras. *Ele fazia uma espécie de concessão aos sesmeiros, para sua efetiva utilização econômica*. O que queria era fundar um império. Queria que o sujeito trouxesse dinheiro, homens, ferramentas, animais, lavrasse a terra, valorizasse-a, com o que o rei receberia seus impostos, tanto que reservava certos direitos regaleanos. *Basta o fato de não terem cumprido suas obrigações - como, geralmente, não cumpriam - para com a Corôa portuguesa, para que caíssem em **comisso**, por diferentes maneiras*.

Essa realidade, qual seja a inviabilidade de cumprimento das condições das sesmarias, foi um dos fatores para a extinção do instituto, em 1822, pouco antes da independência. Segundo Ruy Cirne Lima:

Desta sorte, portanto, a Resolução de 17 de julho de 1822, pondo termo ao regime das sesmarias no Brasil, sancionava apenas um fato consumado: - a instituição das sesmarias já havia rolado fóra de órbita de nossa evolução social. (*Ob. cit.*, p. 44).

Reconhecidamente, o instituto secular, que dera bons resultados nas demais colônias portuguesas, fracassara no país, gerando grandes latifúndios improdutivos, impossibilitando a racional ocupação das terras. Laura Beck Varela registra:

Nestas primeiras décadas do séc. XIX, eram as sesmarias identificadas com o atraso na agricultura e no desenvolvimento econômico em geral. Os discursos de José Bonifácio de Andrade e Silva expressam com nitidez essa concepção, quando afirma que a legislação das sesmarias não atendia aos interesses de expansão da agricultura, a qual exigia novos instrumentos legais. (*Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 112).

O fim do regime das sesmarias deu início a um período sem legislação específica relativa à política fundiária, gerando uma situação de caos na ocupação da terra. É o que relatam Paulo Garcia e, mais modernamente, Laura Beck Varela, entre outros:

Assim, de 1822 a 1850, vivemos um regime quase caótico, imperando, então, o princípio que reconhecia valor à posse, ou ocupação. (Paulo Garcia, *Terras Devolutas*, Belo Horizonte, Oscar Nicolai, 1958, p. 23).

É caótico o cenário da distribuição territorial que a nova legislação agrária pretendia organizar, na segunda metade do séc. XIX. Tratava-se de um grande número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas (Laura Beck Varela, *Ob. cit.*, p. 108).

De fato, o regime das sesmarias entrou em colapso, não atingindo seu objetivo de efetiva ocupação das imensas terras brasileiras, gerando um universo de ocupantes sem título legítimo de propriedade.

Urgia sanar a situação fundiária brasileira, criando-se regras claras para a aquisição do domínio, que distinguissem as terras públicas (devolutas) das particulares, coibissem os latifúndios improdutivos e, especialmente, fomentassem uma racional ocupação do País.

Foi com esses objetivos que surgiu a Lei das Terras (Lei n. 601/1850), vigente até os dias atuais, com força de lei federal.

Chamo a atenção para a necessidade de entendermos essas razões que levaram o legislador a publicar a novel normatização das terras, a fim de bem interpretarmos os seus dispositivos (interpretação histórica e teleológica), em especial sua definição de terras devolutas (art. 3º).

O fim imediato da Lei n. 601/1850 era sanar a situação dos domínios particulares. O mediato, e mais importante, era proporcionar meios fáticos e jurídicos para a efetiva colonização do Brasil. A definição das terras devolutas não foi, de modo algum, o cerne da Lei, embora essa definição venha ecoando até os dias atuais.

O Império precisava dispor de meios legais para retomar os imóveis improdutivos e entregá-los a quem se dispusesse a ocupá-los e cultivá-los efetivamente, viabilizando o nascente projeto de imigração fomentada pelo tesouro nacional. É a lição de Paulo Garcia e Messias Junqueira:

Entretanto, que fêz a Lei n. 601? Simplesmente isto: reconheceu ao concessionário de sesmarias o direito de revalidar sua concessão, embora não tivesse dado cumprimento às condições legais para a concessão, embora não a tivesse, sequer, medido (art. 4º). (Paulo Garcia, *Ob. cit.*, p. 26)

A finalidade da elaboração da lei 601 foi obter terras em que se fizesse a colonização por pessoas livres, de vez que, a esse tempo já havia cessado o tráfico legal de escravos (...)” (Messias Junqueira, *Ob. cit.*, p. 78).

Feitas essas observações, transcrevo o conhecido art. 3º da Lei n. 601/1850, cuja definição do que sejam terras devolutas vige até os dias atuais:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em *commisso* por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em *commisso*, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

As negativas dos parágrafos indicam claramente: a definição de terras devolutas é dada por exclusão.

O § 1º exclui do conceito de terras devolutas aquelas destinadas a um uso específico pelo poder público.

Os §§ 2º, 3º e 4º excluem aquelas sob legítimo domínio particular.

É essa, singelamente, a definição: terras devolutas são aquelas (a) públicas e (b) não destinadas a um uso público específico.

Mas por que, então, a lei desceu a detalhes na definição de terras devolutas?

A resposta é simples: o art. 3º tem como objetivo não apenas definir as terras devolutas por exclusão, mas também *fixar as regras para saneamento dos títulos de sesmarias e validação de posses qualificadas*.

A Lei n. 601/1850 detalhou, nos §§ 2º a 4º, as situações em que se considerariam legítimas as propriedades privadas e, portanto, excluídas do conceito de terras devolutas.

O § 2º alerta que as terras dadas em sesmarias e caídas em comisso eram de domínio do Império, ressalvando, logo a seguir, no § 3º, a possibilidade de revalidação, desde que cumpridos os requisitos da Lei (basicamente, efetiva ocupação, moradia e cultura). O dispositivo somente pode ser entendido em conjunto com o art. 4º: “Serão *revalidadas as sesmarias*, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem *cultivadas*, ou com *princípios de cultura*, e *morada habitual* do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente, *embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas*.”

O § 4º trata de uma segunda medida de saneamento da situação fundiária: validação de posses, desde que efetivamente haja ocupação, moradia e cultivo, dentre outros requisitos da Lei. Mais uma vez, seu entendimento depende da leitura do art. 5º da Lei n. 601/1850: “Serão *legitimadas as posses mansas e pacíficas*, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem *cultivadas*, ou com *princípio de cultura*, e *morada habitual* do respectivo possessor, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: (...)”

Os §§ 2º, 3º e 4º, portanto, mais do que servir à definição de terras devolutas, tratam da revalidação dos títulos a que se referiu Paulo Garcia e que acima transcrevi. Conforme o estudioso do assunto, a Lei n. 601/1850 “reconheceu ao concessionário de sesmarias o direito de revalidar sua concessão, embora não tivesse dado cumprimento às condições legais para a concessão, embora não a tivesse, sequer, medido”.

Definidas as terras devolutas no art. 3º e fixadas as regras gerais para a regularização fundiária, pelo mesmo dispositivo, destaco que o restante da Lei trata, prioritariamente, da alienação dessas terras devolutas por meio de hasta pública, ou por outro meio, e sua efetiva ocupação por colonos.

Relembro que uma função primordial da Lei n. 601/1850, como salienta Messias Junqueira, é dar os meios jurídicos para o poder público “obter terras em que se fizesse a colonização por pessoas livres”.

Os artigos 12 a 16 da Lei n. 601/1850 tratam exatamente da alienação das terras devolutas. O art. 17 prevê a naturalização dos colonos estrangeiros que se fixarem nas terras e, concluindo o projeto de efetiva ocupação, os artigos 18 e 20 autorizam o governo a promover, às custas do Tesouro Nacional, a vinda desses trabalhadores ao País, dando início ao período da frutífera imigração que todos nós conhecemos.

Foi por isso, repito, que o art. 3º desceu a minúcias, ao definir as terras não-particulares e, a partir daí, as terras devolutas.

Essa informação é essencial para, mais adiante, analisarmos o entendimento do TRF no caso presente (a Corte de origem, adiante, interpretou o § 2º excluindo do conceito de terras devolutas as sesmarias confiscadas pela Coroa, com a expulsão dos jesuítas, no século XVIII).

Por ora, fixo a definição de terras devolutas por exclusão: são as áreas públicas (fora do domínio legítimo de particulares) às quais não é dada destinação pública específica.

É essa a correta interpretação do art. 3º da Lei n. 601/1850.

Cito a lição da melhor doutrina:

São bens públicos, não bens adéspotas (= sem dono). (...) Se a terra pública era usada *especialmente* (pelo Império, pela Província, ou pelo Município) não estava devoluta. Nem se havia de considerar devoluta a terra com dono, por título de direito privado. (...) Os bens do Estado, se não recebem destino, nem exerce o Estado os direitos que tem, ficam devolutos. (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado, tomo 12*, Campinas, Bookseler, 2001, pp. 521-523).

Em resumo, eram *devolutas* e assim definidas, as terras:

- a) que não eram consideradas particulares;
- b) que não estavam destinadas a algum uso público federal, provincial, ou municipal. (Linhares de Lacerda, *Ob. cit.*, p. 183).

Assim, resumindo, podemos conceituar como devolutas: a) as terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal; b) as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850 [refere-se ao saneamento das posses com cultivo, pela Lei n. 601/1850]; c) as que não estão no domínio de um particular, em virtude de um título legítimo. (Paulo Garcia, *Ob. cit.*, p. 159).

A observação é de Lafaiete: “antes da promulgação da citada Lei vigorava o costume de adquirirem-se por ocupação (posse era o termo consagrado) *as terras devolutas, isto é, as terras públicas que não se achavam aplicadas a algum uso ou serviço do Estado, Províncias ou Municípios.*” (Messias Junqueira, *Ob. cit.*, pp. 73-74, grifei).

Terra que, constituindo patrimônio de pessoa jurídica de direito público, não se destina a uso público. (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, v. 4, São Paulo, Saraiva. 2005, p. 658).

Fixado o conceito, passo a analisar a interpretação dada pelo Tribunal Regional, que, como veremos, afasta-se da Lei n. 601/1850, criando outra exclusão no conceito de terras devolutas: aquelas confiscadas dos jesuítas.

3.2 A interpretação dada pelo TRF ao art. 3º, § 2º, da Lei n. 601/1850

Como dito anteriormente, o cerne da demanda é aferir se as terras relativas ao Campo de Marte eram devolutas em 1891. Se a resposta for positiva, o domínio é municipal (a CF/1891 teria transferido a área ao Estado de São Paulo que, por sua vez, a cedeu ao Município). Se a resposta for negativa, o imóvel não foi transferido ao Estado pela CF/1891, e, portanto, é nula a cessão ao Município.

O Tribunal Regional entendeu que a área não era devoluta, negando o pleito da cidade de São Paulo.

Segundo a Corte de origem, o fato de a Coroa Portuguesa ter confiscado as terras dos jesuítas, em meados do século XVIII, exclui o bem da definição de terra devoluta, nos termos do art. 3º da Lei n. 601/1850.

Segundo o Desembargador-relator, o art. 3º, § 1º, da Lei n. 601/1850 deve ser interpretado no sentido de que há terra devoluta na “falta de transferência aos particulares por meio de sesmaria ou outras concessões” (fl. 843). Concluiu, conforme trecho do excelente voto-condutor a seguir transcrito:

Ressalto ainda que, se como acima enunciado, o conceito de terras devolutas não se exaure no de terras públicas vagas, por outro lado também não se resolve pelo significado linguístico de “devolução”, nos termos da lei (art. 8º) só as terras devolvidas à Coroa Portuguesa por caídos em comisso os possuidores correspondendo ao sentido etimológico do modelo jurídico, o elemento de retorno ao patrimônio nacional por motivado no confisco não tendo, destarte, semelhante alcance jurídico e não outorgando ao Campo de Marte a natureza de terras devolutas (fl. 843).

Para que fique clara a interpretação feita pela Corte de origem, retomo o texto da Lei n. 601/1850 (grifei):

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Segundo o TRF, as terras havidas por sesmarias somente poderiam ser consideradas devolutas se caídas em comisso, conforme a literalidade do § 2º, acima transcrito, isoladamente considerado.

Com todo o respeito, esse entendimento não me parece o mais correto.

É notória a situação a que se refere a União, ao apresentar seu título de domínio: a expulsão dos jesuítas e o confisco de suas terras.

Sabemos que o Marquês de Pombal, preocupado com a vasta influência e o poder acumulado pela Companhia de Cristo, expulsou os jesuítas das terras portuguesas em 1759. Como consequência, foram confiscados todos os seus imóveis no Brasil.

Essas terras, havidas pelo sistema de sesmarias, foram *devolvidas à Coroa*. Chamo a atenção para o termo *devolvidas*, para lembrar a primeira definição dada às terras devolutas: *comisso*, a que se refere o art. 3º, § 2º, da Lei n. 601/1850 é exatamente essa devolução.

É verdade que o mais comum era a devolução por descumprimento das condições para a sesmaria, como vimos. Mas seria absurdo imaginar o legislador descrevendo uma situação absolutamente única e excepcional na história brasileira (expulsão dos jesuítas pelo Marquês de Pombal) ao definir as terras devolutas.

A rigor, o conceito legal de comisso nem sequer é, originalmente, relativo às sesmarias. Na verdade, o termo se referiu, em primeiro lugar, à pena atribuída ao foreiro na enfiteuse, em determinadas situações.

A partir daí a palavra passou a ser usada com relação a vários institutos, inclusive do Direito Privado.

Mas o conceito mais amplo de comisso é exatamente o de pena de perdimento, o que ocorreu no caso dos jesuítas.

Assim, já por essa razão, afasta-se a interpretação dada pelo TRF.

De qualquer forma, mesmo que não se admita que o confisco aos jesuítas foi uma pena equiparada ao comisso, inviável a interpretação da Corte Regional.

Demonstrei a tranqüilidade da doutrina em definir as terras devolutas de maneira singela: terras públicas (fora do domínio privado), sem destinação específica dada pelo poder público.

É esse o conceito repetido à exaustão por todos aqueles que se debruçam sobre o assunto.

O Tribunal Regional criou um novo critério: não são terras devolutas aquelas confiscadas dos jesuítas. Ora, a origem da terra pública é irrelevante. Tenha sido ela conquistada, retomada, comprada, confiscada, o que interessa é que ela seja do domínio público.

Sendo terra pública, de duas uma: ou se dá destinação de uso (especial, comum, ou dominical), ou a terra é devoluta. Não há uma terceira espécie.

Como vimos, a Lei n. 601/1850 deve ser interpretada tendo em vista sua finalidade principal. O legislador editou uma primeira Lei de Terras para resgatar os imóveis improdutivos, sanar os títulos dominiais e, sobretudo, dar ao Império uma ferramenta jurídica para a efetiva colonização de seu vasto território.

Neste sentido, o legislador tomou a cautela de deixar expresso, no indigitado art. 3º, § 2º, que aqueles sesmeiros que não ocupassem, cultivassem e demarcassem suas terras as perderiam em favor do poder público.

Foi essa a única razão para o detalhamento a que desceu o legislador, como visto no item anterior.

O § 2º, interpretado sempre em conjunto com o § 3º, pretendeu solucionar um problema gerado pelo regime de sesmarias no Brasil: os vastos latifúndios improdutivos. Criou-se uma punição (ou referendou-se aquela prevista no momento da concessão das sesmarias): se não ocupados, cultivados e demarcados, seriam considerados devolutos, retornando ao poder público e, posteriormente sendo cedidos a quem se dispusesse a povoá-lo (lembro que boa

parte da Lei n. 601/1850 trata exatamente dessa cessão das terras devolutas a particulares, para efetiva colonização do Brasil). Permito-me voltar a Messias Junqueira:

A finalidade da elaboração da Lei n. 601 foi obter terras em que se fizesse a colonização por pessoas livres, de vez que, a esse tempo já havia cessado o tráfico legal de escravos (...)" (Messias Junqueira, *Ob. cit.*, p. 78).

Não é possível retirar desse dispositivo, de maneira casuística, a interpretação de que o confisco dos jesuítas, por escapar ao conceito estrito de comisso, não está incluído naquele delineado pelo § 2º.

As terras dadas por sesmarias, ainda que fossem uma espécie de propriedade resolúvel (privada, mas sempre passível de retorno ao poder público), foram excluídas do conceito de terras devolutas. Esta é uma exceção (definição por exclusão) ao conceito de terras devolutas.

Salvo melhor juízo, o que o TRF criou, ao fim e ao cabo, foi mais uma exclusão ao conceito de terras devolutas, ao arripio da lei: aquelas sesmarias confiscadas aos jesuítas. Esses imóveis, mesmo de domínio público, e mesmo que não destinados a uso específico, não seriam considerados terras devolutas.

Não se trata de pouca coisa! A Companhia de Jesus, sabemos todos, era titular de vasta porção do território brasileiro, em outras colônias portuguesas e no próprio solo lusitano.

Sua presença no território brasileiro data do início da colonização. Missionários acompanharam Tomé de Souza em 1549 como parte essencial do esforço da Coroa na povoação de suas terras. A sesmaria recebida de Estácio de Sá, em 1565, está na gênese da Cidade do Rio de Janeiro. Os jesuítas construíram o Colégio que até hoje testemunha o nascimento de São Paulo.

Eram os "Soldados de Cristo", prestando-se aos interesses portugueses à medida que traziam a presença lusitana nos limites e para além da linha de Tordesilhas, em um compartilhamento de interesses seculares e religiosos, advindos inclusive da comunhão entre Coroa (depois Império) e Igreja.

A história registra inúmeras concessões de terras à Companhia, para a construção de escolas, igrejas, missões etc. É notório que o próprio surgimento de diversas cidades brasileiras partiu da concessão de vastas sesmarias aos jesuítas (grifei):

Em fevereiro de 1564, quando Estácio de Sá chegou, incumbido de estabelecer as bases de uma colonização sistemática, encontrou a Cidade [Rio de Janeiro]

novamente dominada, sendo impossível estabelecer-se. Buscando reforços em São Vicente, desembarcou um ano depois, em março de 1565, subjugando os franceses e índios hostis. *Estácio de Sá Iniciou seus atos oficiais doando sesmarias aos jesuítas (1º de julho de 1565) e ao patrimônio territorial da Cidade (16 de julho).*

(extraído da página eletrônica oficial da Cidade do Rio de Janeiro na *Internet*, em 04.04.2008:

<http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico/interna.php?n0=1&n1=4&n2=6&n0=2&n1=2&PHPSESSID=be2be163cf67c9a8dba44290e8405662>).

Em agosto de 1727, fez-se *doação da Sesmaria do Itaiacoca, também denominada de Pitangui à Companhia de Jesus*, sendo a capela construída em 1729.

Os religiosos da Companhia de Jesus povoaram as Sesmarias de gado e escravos movimentando suas fazendas.

(...)

Com a expulsão dos jesuítas, efetuada por ordem do Marques de Pombal, de Portugal e das suas colônias, confiscando todos os seus bens e os enexando à Coroa Portuguesa, dentre estes à Capela de Santa Bárbara, cessaram assim todos os ofícios divinos que eventualmente eram realizados ali, e os escravos que ali viviam, foram alforriados e passaram a viver na ociosidade, de acordo com o que consta no arquivo Paroquial de Castro.

(extraído da página eletrônica oficial do Governo do Paraná na *Internet*, em 04.04.2008:

<http://www.patrimoniocultural.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=149>).

Quando os jesuítas chegaram à Bahia com o terceiro Governador Geral do Brasil, Mem de Sá, encontraram, na foz do rio Itapicuru, ao norte de Salvador, os nativos tupinambás, primeiros habitantes do local, que passou a chamar-se Itapicuru de Baixo. Em 1621, Garcia d'Ávila, o Fidalgo da Torre, concedeu em testamento a sesmaria aos jesuítas, que construíram no local a Capela de Nossa Senhora do Monte.

No século seguinte, a sesmaria dos jesuítas ganhou status de Freguesia, recebendo o nome de Nossa Senhora do Monte de Itapicuru da Praia.

(extraído da página oficial da empresa de turismo da Bahia na *Internet*, em 04.04.2008:

<http://www.bahiaturso.ba.gov.br/guia/costa-dos-coqueiros/sitio.htm>).

Pois bem, todas essas terras foram confiscadas pela Coroa com a expulsão de 1759, exatamente por conta dos temores do Marquês de Pombal em relação ao poder secular da Companhia de Jesus.

Pelo entendimento do acórdão recorrido, nenhuma dessas terras poderia ser considerada devoluta, mesmo que tenham sido abandonadas. Nenhum imóvel que, em algum momento da história, tenha sido abarcado por uma das inúmeras e vastas sesmarias dos jesuítas poderia ser considerado terra devoluta depois de 1759, mesmo que inulto, desocupado e sem destinação pública.

A ser assim, os Estados surgidos com a República, titulares das terras devolutas por força do art. 64 da CF/1891, seriam obrigados a pesquisar quase quatro séculos de histórico fundiário para descobrirem se as terras abandonadas em seu território pertenceram aos jesuítas, tendo sido confiscadas no século XVIII e, portanto, não eram devolutas.

Ademais, a se manter a respeitável interpretação do TRF, qual a classificação desses imóveis confiscados pelo Marquês de Pombal? Um novo gênero de bens, não previsto em qualquer dispositivo legal ou constitucional: imóvel do domínio público a que não é dada destinação pelo poder público, *mas que não é terra devoluta*.

No limite, se interpretarmos, como o TRF, que as terras que já foram sesmarias somente podem ser conceituadas como devolutas no caso de descumprimento das condições de cultivo, moradia e demarcação (comisso em sentido estrito), o universo de imóveis nessa terceira situação é ainda maior, além daquelas terras confiscadas dos jesuítas.

De fato, os imóveis desapropriados ou comprados pela Coroa ou pelo Império tampouco caíram em comisso, no sentido estrito. Aquelas terras objeto de herança jacente (sesmeiro falecido sem herdeiros ou legatários) e que entram no domínio público também estariam nesse limbo jurídico.

Por essa novel interpretação, somente seriam terras devolutas as de domínio público, não destinadas a um uso específico pelo poder público, *e que nunca tenham sido abarcadas por sesmarias extintas por confisco, compra, desapropriação, herança jacente ou qualquer outra resolução que não seja o comisso em sentido estrito (descumprimento das condições impostas ao sesmeiro)*. Não parece a mais razoável das soluções.

Com todo o respeito à louvável combatividade dos Advogados da União, é evidente o casuísmo dessa interpretação dada à Lei n. 601/1850. Apesar da

imensidão das terras confiscadas dos jesuítas por todo o Brasil, não se conhece um único caso em que essa linha argumentativa tenha sido adotada para excluir o domínio estadual sobre as terras devolutas. Não é possível pretender, por essa interpretação absolutamente *sui generis*, aplicável exclusivamente ao presente caso, ratificar a tomada do Campo de Marte durante a Revolução de 1932.

Conforme a definição amplamente aceita pela doutrina, citada antes em meu voto, a origem do domínio público é irrelevante para a conceituação de terras devolutas.

Se o bem era público em 1891 e se a ele não era dada destinação específica pelo poder público, a conclusão é uma só: trata-se de terra devoluta que passou ao domínio dos Estados.

No caso dos autos, tudo isso é incontroverso.

A área do Campo de Marte somente foi ocupada pelo poder público em 1912, quando o Município cedeu o uso ao Estado, em caráter precário, para exercícios do Corpo da Cavalaria e, posteriormente, da aviação militar estadual (fls. 829-830).

Até então, desde tempos imemoriais, a terra era devoluta e, portanto, fora do domínio da União.

4. Possibilidade de reintegração

Como visto, a área do Campo de Marte, por ser pública e sem destinação específica, era devoluta, nos termos do art. 3º da Lei n. 601/1850, quando do advento da primeira Constituição Republicana (1891).

O Estado, titular da terra devoluta, cedeu o domínio da área ao Município no início da República, pela Lei de Organização Municipal de 13.11.1891 (fl. 829, fato incontroverso).

Concluindo-se pelo domínio municipal da terra, é de prover a Ação Possessória em favor do titular, nos termos da Súmula n. 487-STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

No presente caso, porém, há uma questão prejudicial.

Conforme relatado, o Campo de Marte é afetado, ainda que parcialmente, à prestação de um serviço público federal, relacionado à aviação (aeroporto).

Em tal situação, é inviável afastar a posse da União, ainda que reconhecido o domínio do Município. Aplica-se, por analogia, o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Se há a possibilidade de desapropriação de bem municipal pela União, reconhece-se a inviabilidade de impor a restituição de um imóvel afetado ao serviço público federal, sendo devida a indenização.

A solução juridicamente adequada é o provimento do pedido subsidiário de indenização, relativamente a essa parcela da área estritamente afetada ao serviço público federal. Havendo parcela não afetada ao serviço público federal, é devida a imediata reintegração em favor do Município.

A questão da indenização, como relatado, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, que afastou a pretensão do Município por ausência de domínio.

Tampouco se analisou o pedido de indenização referente ao período da ocupação.

Assim, ultrapassada a discussão quanto ao domínio, é necessário o retorno dos autos, para que o TRF: (a) verifique qual a parcela da área em litígio efetivamente afetada ao serviço público federal e, por consequência, insuscetível de reintegração; (b) analise o pedido de indenização quanto a ela; e (c) determine a imediata reintegração da parcela eventualmente não afetada.

5. Conclusão

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial, reconhecendo o domínio municipal sobre o Campo de Marte, e determino o retorno dos autos à origem, para apreciação do pedido de indenização, considerando que há área afetada ao serviço público federal, insuscetível de reintegração.*

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.034.511-CE (2008/0040285-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Carlos Roberto Aguiar

Advogado: Raimundo Augusto Fernandes Neto

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-Lei n. 201/1967. Notificação de defesa prévia. Art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. Prescindibilidade. Nulidade da citação. Inocorrência. Competência da Justiça Federal. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa não-configurado. Fundamentação deficiente. Não-configurada. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade. Súmula n. 284-STF.

1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada contra Carlos Roberto Aguiar, ex-Prefeito de Reriutaba-CE, por não ter o mesmo emitido, no prazo de 60 dias, a prestação de contas final da aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, no valor de R\$ 66.645,00, o qual se destinava à construção de um centro para instalação de unidades produtivas de beneficiamento de palha, confecção de bordado e corte e costura.

2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei n. 201/1967 e a Lei n. 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.

3. O julgamento das autoridades – que não detêm o foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade –, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.

4. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ.

5. Está preclusa a discussão sobre alegada falsidade na assinatura de ciência do mandado citatório do réu, em razão do decurso de prazo, sem recurso, da decisão em incidente de falsificação.

6. É competente a Justiça Federal para apreciar ação civil pública por improbidade administrativa, que envolva a apuração de lesão a recursos públicos federais. Precedentes.

7. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

8. É incabível, em recurso especial, a análise de violação de dispositivo constitucional.

9. Inviável a apreciação do recurso por ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC (fundamentação deficiente), em razão de alegações genéricas. Incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 22.09.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (fl. 394):

Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Repasse de verba do Ministério da Previdência e Assistência Social para município. Competência da Justiça Federal. Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns n. 2.797 e 2.860. Ausência de cerceamento de defesa. Incidente de falsidade superado. Provas convincentes quanto à não prestação de contas do ex-Prefeito. Apelação improvida.

Os embargos de declaração opostos pelo particular foram rejeitados nos termos abaixo transcritos (fl. 411):

Processual Civil. Ação civil de improbidade. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 para apuração de atos praticados por prefeitos municipais. Independência das esferas civil e criminal. Embargos de declaração improvidos.

O recorrente defende ofensa aos seguintes dispositivos:

a) Lei n. 8.429/1992 e divergência jurisprudencial, tendo em vista “sua inaplicabilidade aos agentes políticos que se submetem ao rigor do Decreto-Lei n. 201/1967” (fl. 420);

b) art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 – cerceamento de defesa e nulidade do feito, por ausência da notificação para apresentação da defesa antecipada;

c) arts. 213 e 214 do CPC – nulidade da citação, sob a alegação de que houve falsificação na assinatura de ciência do respectivo mandado;

d) art. 2º da Lei n. 7.347/1985 – incompetência da Justiça Federal da Comarca de Fortaleza-CE, tendo em vista que “o suposto dano teria ocorrido na Comarca de Reriutaba, sede administrativa do Município e local onde os recursos federais são destinados e aplicados” (fl. 442);

e) art. 331, I, do CPC – nulidade do julgamento antecipado da lide sem a produção de provas; e

f) art. 93, IX, da CF/1988 e arts. 165 e 485 do CPC – fundamentação da decisão insuficiente.

Com contrarrazões às fls. 521-530, subiram os autos a esta Corte em razão do juízo positivo de admissibilidade (fl. 541).

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo parcial conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento (fls. 546-555).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Tem-se, originariamente, ação civil pública ajuizada contra Carlos Roberto Aguiar, ex-Prefeito de Reriutaba-CE, por não ter o mesmo emitido, no prazo de 60 dias, a prestação de contas final da aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Previdência e

Assistência Social, no valor de R\$ 66.645,00, o qual se destinava à construção de um centro para instalação de unidades produtivas de beneficiamento de palha, confecção de bordado e corte e costura.

O Tribunal de origem confirmou a sentença de 1º grau, que julgou procedente a demanda, para condenar o réu, pela prática de ato de improbidade administrativa, descrito no art. 10, inc. XI, da Lei n. 8.429/1992, nas seguintes penas (fls. 218-219):

- a) ressarcimento à União do valor de R\$ 66.645,00 (sessenta e seis mil, seiscentos e quarenta e cinco reais), acrescido de correção monetária a partir de 23.11.1998, nos termos do Manual de Cálculo da Justiça Federal, e juros de 12% ao ano, a partir do trânsito em julgado da decisão;
- b) perda da função pública que ocupar quando do trânsito em julgado da decisão;
- c) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos;
- d) pagamento de multa civil no valor de R\$ 66.645,00 (sessenta e seis mil, seiscentos e quarenta e cinco reais), atualizados monetariamente, a partir da publicação desta decisão, nos termos do Manual de Cálculo da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora a razão de 12% ano, a partir do trânsito em julgado;
- e) proibição de contratar com o Poder Público ao receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Para melhor clareza, analiso separadamente os pontos do recurso especial do particular.

1. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos submetidos ao Decreto-Lei n. 201/1967 (Prefeitos e Vereadores)

O recorrente defende que a Lei de Improbidade Administrativa é inaplicável à espécie, pois “as penas previstas pelo Decreto-Lei n. 201/1967, à exceção das privativas de liberdade, são iguais às da LIA. Ao mesmo tempo, as condutas previstas como ‘improbidade administrativa’ na Lei n. 8.429/1992 estão todas nos arts. 1º e 2º da Lei de crimes de responsabilidade. Em outras palavras, os agentes políticos, ao se sujeitarem aos dois regimes de responsabilidade, estariam sofrendo um claro *bis in idem*” (fl. 421).

O argumento apresentado pelo recorrente, a meu ver, demanda reflexão sobre algumas questões importantes referentes à LIA, que passo a abordar.

1.1. O objetivo da Lei n. 8.429/1992 e seu alcance

A probidade administrativa é tratada na Constituição Federal em mais de um momento. Para ser mais precisa, são quatro os dispositivos constitucionais que versam explicitamente sobre a probidade do serviço público, dois deles na parte dos “Direitos Políticos”, e os outros dois no Capítulo da “Administração Pública” e no Capítulo do Poder Executivo. Transcrevo-os:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de *proteger a probidade administrativa*, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

V - *improbidade administrativa*, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os *atos de improbidade administrativa* importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

V - *a probidade na administração*; (grifei)

É evidente a preocupação do constituinte em resguardar a Administração Pública de condutas contrárias aos princípios norteadores da atuação estatal, que visa ao interesse público em detrimento de vantagens pessoais de seus agentes.

Assim, em 02 de junho de 1992, sob o n. 8.429, foi sancionada a Lei prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. O diploma legal veio ao encontro do apelo popular por maior retidão no serviço público e punição dos seus agentes ímprobos.

A Lei n. 8.429/1992 definiu basicamente três condutas como sendo caracterizadoras de atos de improbidade, quais sejam: aquelas que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); que causam prejuízo ao Erário (art. 10); e que atentem contra os Princípios da Administração Pública (art. 11).

Após essas prescrições de natureza estritamente material, estipulou no art. 12 aquilo que intitulou de “Penas”, as quais, dependendo da gravidade, consistem em: perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica.

Uma das primeiras discussões sobre esse diploma legal, tem que ver com a natureza jurídica do direito por ele tutelado, se seria de natureza penal ou civil.

O *caput* do art. 12 dispõe que as penas da LIA são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas, dando a impressão de que a natureza das sanções da LIA não seria penal, civil ou administrativa. Todavia, a Lei n. 8.429/1992 está assim redigida não porque seja de natureza diversa das áreas retrocitadas, mas porque realça a possibilidade de cumulação das suas sanções com as constantes na área civil, penal ou administrativa, evitando a alegação de que as penas da LIA ou dessas áreas se excluem mutuamente.

A responsabilidade pela improbidade administrativa não se confunde com a responsabilidade pela prática do ilícito penal. Diversamente, ela é um amálgama de natureza cível e administrativa. Podemos ainda dizer – com mais propriedade – que a natureza predominante da LIA é civil, pois seu caráter constitucional mais relevante (ou preponderante) é o ressarcitório, motivo pelo qual o ressarcimento do dano contra o Erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da CF/1988).

Mas, qual o alcance da LIA? Quem se submete a esse Código de Conduta? A interpretação dos seus arts. 1º, 2º e 3º permite afirmar que o legislador adotou conceito de grande abrangência no tocante à qualificação de agentes públicos submetidos a referida legislação, a fim de incluir na sua esfera de responsabilidade todos os agentes públicos, servidores ou não, que incorram em ato de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, os agentes políticos, conforme posição doutrinária dominante, estariam incluídos no regime da Lei n. 8.429/1992.

1.2. A Reclamação n. 2.138-DF/STF

A partir do julgamento da Reclamação n. 2.138-DF pelo Supremo Tribunal Federal ganhou relevo a tese de que as infrações praticadas pelos agentes políticos classificam-se como infrações político-administrativas e, dessa forma, a apuração e reprimenda encontrariam assento exclusivo na legislação definidora dos crimes de responsabilidade.

O pano de fundo do referido incidente diz respeito a uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra um Ministro de Estado do “Governo Fernando Henrique”, que teria se utilizado de avião da Força Aérea Brasileira (FAB) para passar férias em Fernando de Noronha. Nesta demanda, julgada procedente pelo juízo de 1º grau, dito ministro teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos bem como a perda da função pública.

A mencionada reclamação defendia que compete ao Supremo, a teor do que dispõe o art. 103, I, c, da CF/1988, o julgamento dos Ministros de Estado, quando lhes é imputada a prática de crime de responsabilidade. Logo, como a Lei n. 1.079/1950 prescreve que se tipifica crime de responsabilidade a existência de ato de improbidade administrativa, não poderia ele, Ministro, sofrer a incidência de outro processo, senão aquele atinente à citada lei. A reclamação foi julgada procedente, nos moldes da ementa seguinte:

Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos.

I. Preliminares. Questões de ordem. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento

de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

II. Mérito. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição.

III. *Reclamação julgada procedente.* (Rcl n. 2.138, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2007, DJe-070, divulg. 17.04.2008, public. 18.04.2008, Ement. vol-02315-01 pp. 00094).

Nesse julgado, partiu-se das críticas às possíveis conseqüências, para chegar à conclusão de que a competência *ratione personae* impede o exame das infrações político-administrativas ou, por similaridade, dos atos de improbidade administrativa pelos juízes de 1ª instância quando envolvido agente político.

Em outras palavras, considerou-se que os atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) seriam, necessariamente, crimes de responsabilidade (art. 85 da CF/1988, regulamentado pelas Leis n. 1.079/1950, 7.106/1983 e Decreto-Lei n. 201/1967), e as autoridades que os praticassem deveriam ser julgadas pelo foro definido na Constituição Federal.

Ressalto que os efeitos dessa reclamação são apenas *inter partes* e não possui aplicação imediata e irrestrita a todos os agentes políticos. Tanto é verdade, que a eminente Ministra Carmen Lúcia, na Reclamação n. 4.767-CE, assim se manifestou:

*(...) A decisão liminar exarada pelo Ministro Nelson Jobim na Reclamação n. 2.138, que não é, processualmente, integrada pela Reclamante, tem efeitos apenas inter partes. Nesse sentido, a decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Carlos Britto em Reclamação similar à presente: "(...) segundo noticiou o postulante, este Supremo Tribunal Federal ainda não julgou definitivamente a Rcl n. 2.138, porquanto ainda não foram colhidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Ademais, nada obsta que algum integrante desta Corte Suprema que já tenha votado pela procedência da reclamação reconsidere o seu ponto de vista. (...) Dito isto, cumpre averbar que a decisão a ser proferida na Rcl n. 2.138 não possuirá efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional a ser exarado naquele feito apenas terá a finalidade de atar as partes nele envolvidas. E se é assim - vale repisar -, se o reclamante não está figurando em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado apelo extremo, é de se inferir que, no ponto, faltaria ao acionante legitimidade ativa *ad causam*. (DJ de 14.11.2006, grifei).*

Ainda assim, verifico a necessidade de respeitar seus fundamentos, para que a decisão neste processo, não seja contraditória à exegese adotada pelo Pretório Excelso.

Conforme dito anteriormente, a Reclamação n. 2.138 afastou a aplicação da Lei n. 8.429/1992 a um Ministro de Estado. Todavia, ainda resta a questão: tal entendimento aproveitaria aos senadores, deputados federais, governadores, deputados estaduais, prefeitos e vereadores, para fugirem ao julgamento dos juízes monocráticos de 1ª instância, pela prática de improbidade administrativa?

Continuo na minha explanação, a fim de responder ao questionamento.

1.3. O foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade

No caso da Rcl n. 2.138, o STF entendeu ser exclusivamente competente para processar e julgar Ministro de Estado, em razão do foro por prerrogativa de função.

Segundo esse precedente, apenas as autoridades com foro por prerrogativa de função para o processo e julgamento por crime de responsabilidade, previstos na Constituição Federal, é que não estão sujeitas a julgamento também pela justiça civil comum por prática de improbidade administrativa.

Contudo, não foi para todos os agentes políticos que a Constituição Federal previu foro especial, por prerrogativa de função, para julgamento de crime de responsabilidade.

Somente em relação aos seguintes agentes políticos foi concedido o privilégio:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o *Presidente* e o *Vice-Presidente da República* nos crimes de responsabilidade, bem como os *Ministros de Estado* e os *Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica* nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os *Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União* nos crimes de responsabilidade;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os *Ministros de Estado* e os *Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*, ressalvado o disposto no art. 52, I, os *membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União* e os *chefes de missão diplomática de caráter permanente*;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os *Governadores dos Estados e do Distrito Federal*, e, nestes e nos de responsabilidade, os *desembargadores dos Tribunais de Justiça dos*

Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) *os juízes federais* da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e *os membros do Ministério Público da União*, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Art. 96. Compete privativamente:

(...)

III - aos Tribunais de Justiça julgar *os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios*, bem como *os membros do Ministério Público*, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. (grifei)

Assim, não há previsão constitucional de foro privilegiado por prerrogativa de função para julgamento de improbidade administrativa para os *senadores, deputados federais, deputados estaduais, governadores, prefeitos e vereadores*.

Para essas autoridades, nos termos dos incs. I e XIII do art. 22 c.c. o parágrafo único do art. 85, ambos da CF/1988, cabe à legislação federal estabelecer normas para definir as infrações político-administrativas (também conhecidas como crimes de responsabilidade, nas quais se incluem os atos de improbidade administrativa) e seu respectivo processo e julgamento.

1.4. Decreto-Lei n. 201/1967 e compatibilidade com a Lei n. 8.429/1992

No caso dos prefeitos e vereadores, essa legislação federal refere-se ao Decreto-Lei n. 201/1967, que, em seus arts. 4º e 7º, preceitua a competência da Câmara de Vereadores para processá-los e julgá-los pela prática de crimes de responsabilidade, sem ressaltar quanto ao julgamento desses mesmos fatos pela justiça comum.

Dessa forma, entendo que não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei n. 201/1967 e a Lei n. 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.

É essa a conclusão advinda da regra hermenêutica prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil):

Art. 2º (...)

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, *não revoga nem modifica a lei anterior.* (grifei).

A Lei n. 8.429/1992 que, diga-se de passagem, é da mesma hierarquia do Decreto-Lei n. 201/1967, dispondo sobre a mesma matéria, estabeleceu outras normas a par das já existentes, sem contrariá-las, apenas ressaltando que, além do processo político pelo Parlamento (Câmara Municipal), os detentores de mandato eletivo, *in casu*, prefeito e vereadores, também serão julgados pela justiça comum cível pelo mesmo fato.

Esclareço que o Supremo Tribunal tem jurisprudência pacífica de que os crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas) dos Prefeitos são os tipificados no art. 4º do Decreto-Lei n. 201/1967, sujeitos ao julgamento pela Câmara Municipal. Já as demais infrações (art. 1º) serão julgadas pela justiça comum, na esfera penal.

Nesse sentido:

Penal. Processual Penal. Prefeito: crime de responsabilidade. DL n. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns.

I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do DL n. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo e o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. n. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade.

II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. n. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

IV. - H.C. indeferido. (HC n. 7.0671, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 13.04.1994, DJ 19.05.1995 pp. 13993, Ement. Vol. 01787-03, pp. 00536, RTJ vol. 00159-01, pp. 00152)

Assim, fica evidente que esse diploma legal previu o processamento do prefeito tanto na esfera política (Câmara dos Vereadores) como na esfera penal (Justiça comum), mas não fez qualquer ressalva quanto ao julgamento desses mesmos fatos pela justiça cível.

É nessa parte que entra a Lei da Improbidade Administrativa.

Deve-se interpretar o art. 2º da Lei n. 8.429/1992 com o intuito de lhe dar finalidade. Colaciono o mencionado dispositivo:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, *por eleição*, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, *mandato*, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (grifei).

Ora, se a Lei define como agente público – para fins de submissão da LIA – aqueles que exercem cargos “por eleição” ou “mandato”, por que afastar todos os agentes políticos, pelo simples fato de eles já se submeterem a normas específicas de crimes de responsabilidade? Se adotássemos esse proceder, estaríamos considerando inúteis as mencionadas expressões da lei.

Assim, entendo que o julgamento das autoridades – que não detêm o foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade –, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.

1.5. *Jurisprudência do STJ*

Ainda que haja precedentes em sentido contrário, filio-me à corrente de que a condenação de (ex-)prefeito no Processo Penal não lhe assegura o direito de não responder, pelo mesmo fato, nas esferas civil e administrativa (Lei n. 8.429/1992).

Nessa esteira de pensamento:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Aclaramento do *decisum* (Administrativo. Ação civil pública. Ex-Prefeito. Conduta omissiva. Caracterização de infração político administrativa. Decreto-Lei n. 201/1967. Ato de Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Coexistência. Impossibilidade. Manutenção do acórdão recorrido. Voto divergente do relator).

1. Os Embargos de Declaração são cabíveis para o fim de esclarecer o alcance da decisão, quando seus fundamentos, ainda que utilizados obter *dictum* e sob a ótica subjetiva do relator não retrata o cerne da decisão proferida.

2. *In casu*, a Turma reconheceu que a conduta do prefeito em recusar-se a responder determinado ofício não representava delito de improbidade, por isso que, extravagante a discussão acerca do concurso aparente de normas entre a ação típica do Decreto-Lei n. 201/1967 e a Ação de Improbidade, tema, aliás, ainda pendente no eg. Supremo Tribunal Federal.

3. *Destarte, o eg. Superior Tribunal de Justiça através da sua jurisprudência predominante, admite a ação de improbidade nos ilícitos perpetrados por Prefeitos, mercê de agentes políticos.*

4. Embargos de Declaração acolhidos.

(EDcl no REsp n. 456.649-MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24.10.2006, DJ 20.11.2006 p. 273, grifei).

Adotar entendimento contrário representa, para a sociedade brasileira, uma enorme perda na incansável trajetória em busca da construção de uma Administração mais proba, a fim de diminuir as mazelas sociais de nosso país.

2. Violação do art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 – cerceamento de defesa e nulidade do feito

O recorrente defende que “o juiz monocrático não cumpriu com o rito processual previsto no art. 17, § 7º da Lei n. 8.429/1992, ou seja, não determinou a notificação do Promovido para apresentação da defesa, que a doutrina chama de antecipada ou preliminar” (fl. 431).

Na hipótese em apreço, após o ajuizamento da ação pelo *Parquet*, o magistrado de primeiro grau determinou a citação do réu conforme havia sido requerida (consoante despacho de fl. 198).

Não obstante haver certidão nos autos de que o réu foi citado pessoalmente (fl. 208, verso), transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contestação (fl. 209).

O juiz de 1º grau entendeu ser prescindível a notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 na hipótese, conforme se verifica pelo trecho seguinte da sentença (fl. 216):

Muito embora o réu não tenha acudido à citação, tratando-se de direitos indisponíveis, não podem ser aplicados os efeitos da revelia, por vedação do art. 320, inc. II, do Código de Processo Civil. Verifico, contudo, que, *face à contumácia do réu, a ausência de intimação para apresentação de defesa prévia, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, não trouxe qualquer prejuízo à defesa. Razão pela qual dou por superado o vício procedimental e passo à análise da prova.* (grifei).

Assim, a falta de notificação não impediu que se desenvolvesse o processo regularmente, sendo que houve oportunidade para o réu se defender nos autos, apesar de não aproveitada.

Considero demasiado formalismo anular todo o processo, sem que se tenha apontado efetivo prejuízo.

Nessa mesma linha de pensamento, colaciono precedentes:

Processual Civil. Improbidade administrativa. Alínea **c**. Matéria não prequestionada. Ausência de cotejo analítico. Art. 535 do CPC. Omissão não apontada. Não-conhecimento. Arts. 480 e 481 do CPC. Ausência de prequestionamento. Ação civil pública. Adequação da via eleita. Lei n. 8.429/1992. Defesa preliminar. Inexistência. Exordial precedida de inquérito civil. Ausência de prejuízo ao acusado. *Pas des nullité sans grief*. Nulidade. Não-ocorrência.

1. Inviável o conhecimento do Recurso com base na alínea **c** do permissivo constitucional, pois o paradigma trata de matéria não prequestionada (possibilidade de cumulação das sanções por improbidade administrativa). Ademais, não houve o necessário cotejo analítico.

2. Não se conhece da suposta violação do art. 535 do CPC se o recorrente não aponta objetivamente qual teria sido a omissão e qual a relevância para o deslinde da demanda.

3. O Tribunal de origem não se manifestou, nem sequer implicitamente, a respeito dos arts. 480 e 481 do CPC, o que impede sua análise em Recurso Especial (Súmula n. 211-STJ).

4. A Ação Civil Pública é via adequada para demandas relativas à improbidade administrativa. Precedentes do STJ.

5. A defesa preliminar é oportunidade para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. Nesses casos, o juiz rejeitará a inicial. Interpretação do art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 em harmonia com o § 8º do mesmo dispositivo.

6. Hipótese em que ocorreu instrução administrativa prévia por meio de inquérito civil e o juiz, ao apreciar a exordial, verificou que havia no processo elementos sólidos para a sua convicção quanto às condições da ação.

7. Inexistência de prejuízo para o réu, como decorrência direta da ausência de defesa preliminar, constatação essa ratificada pelo Tribunal de origem.

8. *A decretação de nulidade dos atos processuais posteriores, por falta de defesa preliminar, só é cabível quando se verificar efetivo prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa.*

9. Se inexistente dano, não há falar em nulidade (*pas de nullité sans grief*). Precedentes da Segunda Turma.

10. A declaração da nulidade pela simples carência de defesa prévia, a par de ser um exagerado formalismo, agrediria a celeridade e a economia processual sem nenhum benefício real e legítimo às partes, exceto a procrastinação, que não pode ser agasalhada pelo Judiciário.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp n. 944.555-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 20.04.2009).

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública de improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Lei n. 8.429/1992. Prescrição afastada. Propositura da ação. Art. 219, § 1º, do CPC. Citação. Foro privilegiado afastado pela ADIn n. 2.797. Devolução dos autos ao juízo de Primeiro Grau.

1. Ainda que inexistente a notificação prévia prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, a citação tem o condão de interromper o prazo prescricional, retroagindo, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC, à data da propositura da ação.

2. O prazo prescricional para o exercício dessa pretensão, fora dos casos de ressarcimento ao erário, é de cinco anos, contados do término do mandato do ex-Prefeito. (art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992) 3. Se o ex-Prefeito teve seu mandato encerrado em 31.12.1996, e ajuizada a ação contra ele em 11.05.2001, não está prescrita a pretensão do Ministério Público para processá-lo por ato de improbidade.

4. Em razão do julgamento da ADIn n. 2.797 pelo STF, na qual restou declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, os autos devem retornar ao juiz de primeira instância, a quem caberá dar o impulso oficial para o processamento da ação movida em face do ex-Prefeito.

Recurso especial provido.

(REsp n. 680.677-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 02.02.2007 p. 381, grifei)

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Prescrição afastada. Lei n. 8.429/1992.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consista no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação.

2. Em que pese o rito específico contido no § 7º do artigo 17 da Lei de Improbidade, que prevê a notificação do requerido para manifestação prévia, sua inobservância não tem o efeito de invalidar os atos processuais ulteriores, exceto se o requerido sofrer algum tipo de prejuízo.

3. Ainda que inexistente a notificação prévia prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, a citação tem o condão de interromper o prazo prescricional, retroagindo, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC, à data da propositura da ação.

4. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp n. 619.946-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 439, grifei)

Processual Civil. Recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Propositura dentro do prazo prescricional. Citação. Interrupção da prescrição, retroativa à data do ajuizamento (CPC, art. 219). Adoção somente em momento posterior das providências do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 (MP n. 2.245/2001), atinentes à notificação prévia dos requeridos. Irrelevância, para efeito de interrupção da prescrição, já ocorrida. Recurso especial provido.

(REsp n. 799.339-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 30.06.2006 p. 180, REPDJ 18.09.2006 p. 283)

3. Ofensa aos arts. 213 e 214 do CPC – nulidade da citação

O recorrente defende que houve falsificação na assinatura de ciência do mandado de citação, o que acarretaria sua nulidade.

Sobre a alegação, instaurou-se no Tribunal de origem incidente de falsificação, no qual restou demonstrada a correta identidade do autor da assinatura no mandado citatório.

A título demonstrativo, transcrevo excerto da decisão no mencionado incidente (fl. 378):

O oficial de justiça foi intimado e ratificou o documento de fl. 208 e verso, rechaçando a assertiva do apelante.

A simples comparação de grafia da assinatura de fl. 208v com aquela constante da procuração de fl. 280, documento produzido pelo réu, demonstra a perfeita identidade. São assinaturas partidas do mesmo punho, o que se revela imediatamente, sem necessidade de exame grafotécnico.

Observe-se ainda que o oficial de justiça goza de fé de ofício e não precisaria falsificar a assinatura do réu para certificar a citação, por isso que a perícia, no caso, é absolutamente desnecessária e tem nítido propósito protelatório.

Essa decisão foi publicada no DJ de 19.05.2006 (certidão de fl. 380), inexistindo nos autos qualquer recurso contra ela. Assim, entendo como preclusa a discussão.

Ademais, tendo a matéria sido resolvida, por ocasião do julgamento do incidente, o acórdão recorrido nada mencionou sobre a questão, o que também inviabiliza a análise no presente recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide, na hipótese, a Súmula n. 211-STJ.

4. Negativa de vigência ao art. 2º da Lei n. 7.347/1985 – suposta incompetência da Justiça Federal da Comarca de Fortaleza-CE

O particular defende que “o suposto dano teria ocorrido na Comarca de Reriutaba, sede administrativa do Município e local onde os recursos federais são destinados e aplicados” (fl. 442), razão pela qual seria incompetente a Justiça Federal da Comarca de Fortaleza-CE para julgar a demanda.

Sobre o tema o Tribunal de origem aplicou a jurisprudência do STF, no sentido de que “o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu” (RE n. 228.955, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10.02.2000, DJ 24.03.2001).

Percebo que o posicionamento adotado harmoniza-se também com a jurisprudência do STJ, exemplificada pelo precedente seguinte:

Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Local do dano. Juízo Federal. Art. 109, I, e § 3º, da CF/1988. Art. 2º, da Lei n. 7.347/1985. Matéria decidida pelo colendo STF.

1. O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do parágrafo 3º, do art. 109, da CF/1988, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais.

2. Não aplicação da Súmula n. 183-STJ, em face do seu cancelamento.
3. Precedentes das Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

4. Provimento do recurso especial, para reconhecer o Juízo Federal que engloba a circunscrição do dano como competente. Prejudicada a preliminar de citação dos litisconsortes, a qual deverá ser apreciada pelo Juízo singular.

(REsp n. 442.884-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03.09.2002, DJ 21.10.2002 p. 312)

Destaco, ainda, que a ação civil pública originária visa à apuração de irregularidades no uso de recursos federais, oriundos do Ministério da Previdência e Assistência Social, o que reforça a competência da Justiça Federal da Comarca de Fortaleza-CE, que possui jurisdição sobre o Município de Reriutaba.

5. Ofensa ao art. 331, I, do CPC – nulidade do julgamento antecipado da lide sem a produção de provas

Alega-se que houve cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide e impossibilidade de produção de provas.

A suposta violação não prospera, tendo em vista que inexistente cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo. Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Ato de improbidade. Contratação de servidores para a Secretaria de Saúde do Estado do Acre sem a realização de concurso público. Prova. Ofensa ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Falta de prequestionamento: Súmula n. 282-STF.

(...)

4. Inexistente cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide se a prova cuja produção foi requerida pela parte autora se mostra inservível para demonstrar a veracidade de suas alegações.

5. Alegação de ofensa aos arts. 131, 330, I e 333 do CPC que se rejeita.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp n. 852.953-AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.09.2008, DJe 21.10.2008)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Auto de infração. Inmetro. Julgamento antecipado da lide. Produção de provas indeferida. Alegado cerceamento de defesa. Revisão do valor da multa. Impossibilidade. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmula n. 284-STF.

1. O deferimento do pedido de produção de provas está vinculado à livre convicção do magistrado de primeiro grau de jurisdição, na medida em que incumbe “ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, podendo julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produzir prova em audiência, conforme o disposto nos arts. 130 e 330 do CPC.

2. Entretanto, saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a permitir ou não o julgamento antecipado da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

(...)

(AgRg no Ag n. 1.017.090-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 03.12.2008)

Além disso, entendo que modificar o entendimento adotado pela instância ordinária nesse ponto demandaria o reexame fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. Violação do art. 93, IX, da CF/1988 e arts. 165 e 485 do CPC – fundamentação da decisão insuficiente

O recorrente defende que “a sentença, corroborada pelo acórdão recorrido, alega que todas as questões de fato já se encontram provadas, porém não expõe os motivos, ou seja, não fundamenta quais os elementos que ensejaram a convicção da existência de irregularidades na gestão dos recursos do Fundef; lembrando ainda, que os documentos acostados são administrativos, não aferidos judicialmente, incapazes de levar ao julgamento antecipado da lide” (fls. 451-452).

Em primeiro lugar, assinalo que não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de violação de dispositivo constitucional, em razão da delimitação da competência do STF.

No tocante aos dispositivos do Código de Processo Civil, percebo que as argumentações do recorrente são genéricas, sem demonstrar em que ponto, especificamente, houve deficiência na fundamentação. O que faz incidir, por analogia, o óbice da Súmula n. 284-STF.

Ademais, diversamente do que alega a parte, constato que tanto a sentença como o acórdão recorrido estão devidamente fundamentados, apresentando os

elementos probatórios válidos para ensejar a procedência da ação de improbidade administrativa.

Conclusão

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial e lhe nego provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.041.197-MS (2008/0059830-7)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Juliana Nunes Matos e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Direito à saúde. Fornecimento de equipamentos a hospital universitário. Manifesta necessidade. Obrigação do Estado. Ausência de violação do princípio da separação dos poderes. Não- oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser

eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção

da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 16.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Estado de Mato Grosso do Sul*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado.

A decisão ficou assim ementada:

Ação civil pública. Fornecimento de equipamentos ao Hospital Universitário de Dourados. Interesse difuso e coletivo. Legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público.

O Ministério Público é instituição permanente e essencial para a defesa dos interesses sociais, difusos e coletivos; no caso, considerando-se que o pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados é interesse de toda a sociedade douradense, é certo que o Ministério Público possui legitimidade ativa extraordinária *ex legis* (Constituição Federal) para a promoção da presente Ação Civil Pública.

Ação civil pública. Fornecimento de equipamentos ao Hospital Universitário de Dourados. Manifesta necessidade. Obrigação estatal (sentido genérico). Dever imposto pela norma contida no art. 196 da Constituição Federal. Não-

configuração de afronta à ordem econômica e orçamentária e à separação dos poderes. Teoria da reserva do possível. Mínimo existencial.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal); a Administração Pública está submetida ao império da lei quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo; todavia, o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, e pode analisar as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Os Tribunais Superiores têm entendido que, quando a Constituição Federal consagra um direito, e a norma infraconstitucional o torna explícito, o Poder Judiciário deve torná-lo realidade ao cidadão, e coibir a “Síndrome da Inefetividade (*sic*) das Normas Constitucionais”, mesmo que isso resulte repercussões na esfera orçamentária; a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial; no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul deve providenciar os equipamentos médicos-hospitalares que faltam ao Hospital Universitário de Dourados, especialmente porque esse nosocômio presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende à dignidade daqueles que mais precisam de um serviço adequado e eficiente. (fls. 215)

Aduz o recorrente que o acórdão hostilizado violou os arts. 267, VI, § 3º, do CPC, 2º da Lei n. 8.666/1993, 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.080/1990, art. 3º da Lei n. 7.347/1985.

Sustenta que o Ministério Público é parte ilegítima para obrigar o Estado do Mato Grosso do Sul a cumprir convênios firmados com a Fundação Municipal de Saúde, gestora do Hospital Universitário de Dourados.

Alega também que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatória licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Argumenta que, “em se tratando de dever do Estado, que deve ser exercitado com base nos recursos previstos em orçamento público, fica ínsito o seu condicionamento às regras de execução deste” (fls. 236).

Aduz, por fim, que ficou caracterizada a ingerência do Poder Judiciário no critério discricionário do Poder Executivo, o que culminou em patente ofensa ao art. 3º da Lei n. 7.347/1985.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 253-269, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 314-315).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 354-369, opinando pelo não-provimento do recurso especial.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Do juízo de admissibilidade

Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública.

Isto porque, ao analisar a questão, o Tribunal de origem decidiu unicamente sob o prisma constitucional. Vejamos:

Em contra-razões, o réu arguiu a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, e 3º do Código de Processo Civil.

A Constituição Federal dispõe:

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dessa maneira, é certo que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária *ex vi legis* (Constituição Federal) para defesa dos interesses sociais e para defesa dos interesses difusos e coletivos, como no caso.

Assim, afasta-se o argumento do réu. (fls. 218)

O recurso especial também não merece recepção quanto à alegação de existência de dissídio jurisprudencial, tendo em vista que o recorrente não efetivou o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Com efeito, a simples transcrição do acórdão paradigma não é suficiente para se demonstrar a divergência jurisprudencial com o aresto recorrido, sendo imperiosa a comparação analítica entre as decisões, com a indicação da similitude fática e jurídica.

No mesmo sentido:

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. Súmula n. 283-STF. Dissídio jurisprudencial. Ausência de comprovação. Não-realização do cotejo analítico.

1. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido que são suficientes para mantê-lo enseja o não-conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 283 do STF.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a ausência de demonstração de similitude fática e jurídica entre os casos e a conseqüente não-realização do devido cotejo analítico.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.109.816-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 04.06.2009, DJe 15.06.2009.)

No mais, ante a presença dos pressupostos recursais, conheço do recurso especial.

Da alegada violação do art. 2º da Lei n. 8.666/1993

Aduz o recorrente que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatoriedade licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Não está com a razão, o recorrente.

O acórdão recorrido em nenhum momento determinou que o Estado do Mato Grosso do Sul adquirisse os equipamentos e materiais necessários ao pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados sem o devido processo licitatório.

Pelo contrário, conforme transcrito abaixo, o Tribunal de origem concedeu prazo de 6 (seis) meses para a implementação das obrigações de fazer, justamente para que fosse possível ao recorrente efetivar os procedimentos exigidos por lei.

In verbis:

Por isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar ao Estado do Mato Grosso do Sul que entregue os equipamentos e materiais faltantes (indicados pelo *Parquet*, fl. 7-10 da inicial, enumerados no Procedimento de Investigação Preliminar, fl. 26, fl. 82-86) ao Hospital Universitário de Dourados, necessários ao seu pleno funcionamento, no prazo

razoável de 6 meses, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, revertidos ao Fundo de Interesses Difusos Lesados. Sem custas e honorários na forma dos artigos 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) (fls. 223).

Com efeito, não se encontra no comando do acórdão recorrido que o Estado do Mato Grosso do Sul estaria desobrigado de efetuar o procedimento licitatório para cumprir a obrigação de fazer que lhe foi determinada, motivo pelo qual, não houve violação do art. 2º da Lei n. 8.666/1993.

Da alegada ingerência indevida do Poder Judiciário

Da leitura da peça recursal, percebe-se que o sustentáculo do argumento de violação dos art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.080/1990, e art. 3º da Lei n. 7.347/1985, reside no princípio da separação dos poderes, nas limitações orçamentárias e na impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

É amparado nesses fundamentos que o recorrente alega que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir indevidamente em área de atribuição precípua do Poder Executivo.

Com efeito, observa-se que a matéria central do recurso especial aborda questão polêmica a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, tema que exige uma análise mais aprofundada a respeito não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais que estão arraigados em nossa cultura jurídica.

Do princípio da separação dos poderes

Início a análise dessas questões partindo de uma nova leitura que faço a respeito do princípio da separação dos poderes.

Entendo que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social.

Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes - inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas - nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Neste sentido, apenas a título de exemplo, pode-se frisar que o velho dogma da separação dos Poderes tem se modernizado e flexibilizado nos mais variados sistemas jurídicos. Exemplos disso são as chamadas “sentenças aditivas”, proferidas pelas cortes constitucionais, principalmente na Europa, onde se cria uma forma de legislação judicial, tendente a suprir as lacunas legais que impedem a realização de direitos fundamentais.

Em decisão recente, e que pode ser considerada como um marco para uma nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF n. 45 que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte em especial - a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(STF. ADPF n. 45 MC-DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ 04.05.2004.)

Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.

Neste sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.

Fora daí, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

O sistema jurídico deve ser analisado sob a premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de se quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Ora, diante de um ordenamento jurídico que consagra o princípio da separação dos Poderes, e que também impõe ao Poder Público a prática de atividades positivas destinadas a efetivar os direitos sociais, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os dois postulados.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

Das limitações financeiras

Um outro ponto que o recurso especial conclama ao enfrentamento é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao estado.

Trata-se aqui da chamada teoria da reserva do possível, tão bem exemplificada no seguinte trecho do recurso especial:

Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que esses recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis (fls. 236).

Com efeito, a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. 2000, p. 41).

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

Da ingerência do Poder Judiciário no estabelecimento das prioridades administrativas

A última questão levantada no recurso especial diz respeito à impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

Segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

Reconheço que em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal, apenas poderia ser identificada na análise do caso concreto.

Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação e a saúde, fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve encarar como prioritárias.

Basta uma leitura do art. 2º da Lei n. 8.080/1990 e do art. 196 da Constituição Federal para se concluir que o direito à saúde deve ser uma prioridade do estado; até porque, está intimamente ligado com o direito à vida, fonte de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais. Vejamos:

Art. 196 da Constituição Federal - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 2º da Lei n. 8.080/1990 - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando constitucional e legal. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e “da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e

presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente” (fls. 218).

Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público.

Deveria o agente político – consciente de sua responsabilidade – determinar a inclusão orçamentária nos exercícios financeiros seguintes, dos valores necessários para suprir a falta de equipamentos hospitalares, a fim de evitar demandas como a presente.

Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.

Neste particular, esclarecedora a doutrina de Lênio Luiz Streck:

se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados

(STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44)

Esse também é o entendimento que vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Vaga em estabelecimento de educação infantil. Direito assegurado pela Constituição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas

implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifei)

(RE n. 595.595 AgR-SC - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.04.2009, DJe 29.05.2009.)

Também o Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas da primeira seção, já adentrou na análise de tais questões e as enfrentou com a grandeza que se espera desta Corte:

Processual Civil e Administrativo. Coleta de lixo. Serviço essencial. Prestação descontinuada. Prejuízo à saúde pública. Direito fundamental. Norma de natureza programática. Auto-executoriedade. Proteção por via da ação civil pública. Possibilidade. Esfera de discricionariedade do administrador. Ingerência do Poder Judiciário.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá

constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n. 7.783/1989. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo *princípio da continuidade*." 11. Recurso especial provido.

(REsp n. 575.998-MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004.)

Administrativo e Processo Civil. Ação civil pública. Obras de recuperação em prol do meio ambiente. Ato administrativo discricionário.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 429.570-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.11.2003, DJ 22.03.2004.)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.057.878-RS (2008/0105088-5)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Petrobrás Transportes S/A - Transpetro

Advogado: Raquel Cristina Baldo e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Reparação de dano ambiental. Rompimento de duto de óleo. Petrobrás Transportes S/A – Transpetro. Vazamento de combustível. Intempestividade do agravo de instrumento. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Competência da Justiça Federal. Súmula n. 150-STJ. Legitimação do Ministério Público Federal. Natureza jurídica dos portos. Lei n. 8.630/1993. Interpretação do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985.

1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da intempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento

de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande.

2. Não se conhece do Recurso Especial quanto à tempestividade do recurso apresentado na origem, pois a matéria não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem. Aplicação da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula n. 150-STJ.

5. A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão.

6. Em matéria de Ação Civil Pública ambiental, a dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta (mar, terreno de marinha ou Unidade de Conservação de propriedade da União, p. ex.) é apenas *um* dos critérios definidores da legitimidade para agir do *Parquet* federal. Não é porque a degradação ambiental se deu em imóvel privado ou afeta *res communis omnium* que se afasta, *ipso facto*, o interesse do MPF.

7. É notório o interesse federal em tudo que diga respeito a portos, tanto assim que a Constituição prevê não só o monopólio natural da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, em todo o território nacional, “os portos marítimos, fluviais e lacustres” (art. 21, XII, f), como também a competência para sobre eles legislar “privativamente” (art. 22, X).

8. Embora composto por partes menores e singularmente identificáveis, em terra e mar – como terminais e armazéns, públicos e privados –, o porto constitui uma *universalidade*, isto é, apresenta-se como realidade jurídica una, embora complexa; equipara-se, por isso, no seu conjunto, a bem público federal enquanto perdurar sua destinação específica, em nada enfraquecendo essa sua natureza o fato de se encontrarem imóveis privados inseridos no seu perímetro oficial ou mesmo o licenciamento pelo Estado ou até pelo Município de algumas das unidades individuais que o integram.

9. O Ministério Público Federal, como regra, tem legitimidade para agir nas hipóteses de dano ou risco de dano ambiental em porto marítimo, fluvial ou lacustre.

10. Não é desiderato do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, mormente em Município que dispõe de Vara Federal, resolver eventuais conflitos de competência, no campo da Ação Civil Pública, entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, solução que se deve buscar, em primeira mão, no art. 109, I, da Constituição Federal.

11. Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional” prevista no art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova.

12. O licenciamento pelo Ibama (ou por órgão estadual, mediante seu consentimento expresso ou tácito) de obra ou empreendimento em que ocorreu ou poderá ocorrer o dano ambiental justifica, de plano, a legitimação para agir do Ministério Público Federal. Se há interesse da União a ponto de, na esfera administrativa, impor o licenciamento federal, seria no mínimo contraditório negá-lo para fins de propositura de Ação Civil Pública.

13. Recurso Especial não provido.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A

Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), com a ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 21.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento na alínea **a** da previsão constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A Corte de origem deu provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público Federal para determinar a competência da Justiça Federal para julgar a demanda. A Ação Civil Pública foi proposta com o fim de reparar dano ambiental consistente no vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível em decorrência de rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro. Confira-se a ementa do julgado, de relatoria da eminente Desembargadora Marga Inge Barth Tessler:

Processual Civil, Administrativo e Direito Ambiental. Ação civil pública. Portos. Áreas estratégicas. Interesse da União. Derramamento de óleo. Ministério Público Federal. Legitimidade.

1. O dano ambiental questionado pela ação civil pública ocorreu dentro do complexo do Porto de Rio Grande e não vejo como afastar o interesse da União, na medida em que a Constituição Federal prevê que a ela compete tanto explorar os portos (art. 21, inciso XII, alínea **f**) quanto legislar sobre eles (art. 22, inciso X).

2. O fundamento utilizado pela decisão vergastada não se sustenta. O fato do terreno sobre o qual ocorreu o acidente não ser de propriedade da União não tem relevância para a solução da controvérsia. Os portos têm papel estratégico no desenvolvimento do país, cuja política de modernização e ampliação é da responsabilidade do Governo Federal, através do Ministério dos Transportes. Ora, neste contexto, é irrelevante o fato de que o terreno sobre o qual ocorreu o acidente não seja de propriedade da União.

3. Ainda a frisar, que o licenciamento ambiental do empreendimento portuário é realizado pelo Ibama (autarquia federal), pois, tratando-se de concessão da União, a ela, através da autarquia, incumbe a fiscalização ambiental dos portos.

4. Não resta dúvida, tanto pelas normas constitucionais como infraconstitucionais, da legitimidade e do interesse do Ministério Público para a ação civil pública originária. Ademais, sendo o Ministério Público Federal órgão da União, incide na hipótese obrigatoriamente o inciso I do art. 109 da Constituição Federal/1988 (Precedente do e. STJ) - fl. 161.

Os Embargos de Declaração opostos pela ora recorrente foram acolhidos para fins de prequestionamento (fl. 168).

A Petrobrás afirma ter havido ofensa ao art. 522 do CPC e ao art. 2º da Lei n. 7.347/1985. Sustenta, em suma, a) a intempestividade do Agravo de Instrumento apresentado pelo MPF; e b) que “não se afigura presente, *in casu*, nenhuma das hipóteses enumeradas pelo artigo 109, da Constituição Federal, para justificar o processamento deste feito perante a Justiça Federal” (fl. 136).

O MPF apresentou contra-razões ao Recurso Especial. Argumenta, em síntese, que “o dano ambiental ocorreu dentro do complexo do porto e Rio Grande que, embora não seja terreno da União (fundamento utilizado pelo juízo federal para declinar a competência), é área em que ocorre atividade de seu interesse, de que decorre a incidência do art. 109, I, da CRFB” (fl. 198, verso).

O recurso foi admitido na origem (fl. 205, verso).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na função de *custos legis*, opinou pelo não-conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento em parecer que recebeu a seguinte ementa:

Recurso especial. Matéria constitucional. Competência da Justiça Federal. Não conhecimento. Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Interesse da União configurado pela Justiça Federal, competente para tanto. Desprovemento do recurso (fl. 213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator):

1. Objeto do Recurso Especial

Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento da Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparação de dano ambiental.

2. *Tempestividade do Agravo de Instrumento*

Não se pode conhecer do recurso no ponto. Isso porque o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre a tese.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula n. 211-STJ.

Nesse sentido:

Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Deficiência de fundamentação. Fundamento suficiente inatacado. Súmula n. 283-STF. Ausência de prequestionamento.

(...)

4. A falta de prequestionamento da questão federal, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 211 do STJ).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 872.706-RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.02.2007, DJ 22.02.2007 p. 169)

Ademais, diga-se, em *obiter dictum*, que o Ministério Público possui prazo em dobro para recorrer, na forma do art. 188 do CPC, situação não considerada pela recorrente. Dessa maneira, não merece prosperar a irresignação nesse ponto.

3. *Competência para o julgamento da Ação Civil Pública para reparação de dano ambiental ocorrido no interior de complexo portuário*

Melhor sorte não assiste à recorrente no que tange à discussão sobre a competência para o julgamento da ação em tela. Confira-se o seguinte excerto do aresto recorrido, da lavra da respeitada e nacionalmente conhecida especialista no tema ambiental, Desembargadora Marga Inge Barth Tessler:

O dano ambiental questionado pela ação civil pública ocorreu dentro do complexo do Porto de Rio Grande e não vejo como afastar o interesse da União, na medida em que a Constituição Federal prevê que a ela compete tanto explorar os portos (art. 21, inciso XII, alínea f) quanto legislar sobre eles (art. 22, inciso X).

O fundamento utilizado pela decisão vergastada, pedindo vênia ao eminente prolator, não se sustenta. O fato do terreno sobre o qual ocorreu o acidente não ser de propriedade da União não tem relevância para a solução da controvérsia. Os portos têm papel estratégico no desenvolvimento do país, cuja política de modernização e ampliação é da responsabilidade do Governo Federal, através do Ministério dos Transportes. Ora, neste contexto, é irrelevante o fato de que o terreno sobre o qual ocorreu o acidente não seja de propriedade da União. Ainda a frisar, como o fez a eminente Procuradora da República, Dra. Samantha Chantal Dobrowolski, “que o licenciamento ambiental do empreendimento portuário é realizado pelo Ibama (autarquia federal), pois, tratando-se de concessão da União, a ela, através da autarquia, incumbe a fiscalização ambiental dos portos” (verso folha 158).

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o Ministério Público Federal é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), sendo que no inciso III do artigo 129 da Carta:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, assim dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

Não resta dúvida, tanto pelas normas constitucionais como infraconstitucionais, da legitimidade e do interesse do Ministério Público para a ação civil pública originária.

Sendo o Ministério Público Federal, ademais, órgão da União, incide na hipótese obrigatoriamente o inciso I do art. 109 da Constituição Federal/1988. Neste sentido, transcrevo parte da ementa do julgado proferido no Conflito de Competência n. 48.106-DF, cuja redação é do eminente Ministro Teori Zavascki, designado relator para o acórdão:

Processo Civil. Conflito de competência. Demandas coletivas e individuais promovidas contra a Anatel e empresas concessionárias de serviço de telefonia. Controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. (...)11. A competência da Justiça federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no

processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, sobre sua legitimidade para a causa. 12. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer. 13. *Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa.* E enquanto a Anatel, autarquia federal, figurar no pólo passivo, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (Súmula n. 150-STJ). (...) 15. Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 2ª Vara Especializada da Justiça estadual de Salvador, BA, e a 1ª Vara Federal de Salvador, BA, para declarar a competência da Justiça Federal. (publicado no DJU de 05 de junho de 2006, p. 233, grifos intencionais).

A declinação da competência à Justiça do Estado para processar e julgar os autos originários, desta forma, é descabida, em face da legitimidade ativa do Ministério Público para propor a ação civil pública, em face de acidente ambiental ocorrido em área estratégica, como o é o complexo do Porto de Rio Grande (fl. 169).

A recorrente afirma que não está configurada *in casu* a competência da Justiça Federal por não haver subsunção às hipóteses delineadas no art. 109 da Constituição Federal.

No entanto, o aresto recorrido utiliza como fundamento a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para justificar a competência da Justiça Federal, precisamente de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos.

Primeiramente, é bom lembrar que o STJ possui entendimento firmado no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide.

In casu, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região nada mais fez que reconhecer a competência da Justiça Federal para o exame da controvérsia à vista da existência de interesse da União na demanda, consoante teor da Súmula n. 150-STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente, como regra, para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que, contudo, não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão. Com muita propriedade, Teori Albino Zavascki, em obra especializada, afirma que, “para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a Ação Civil Pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Assim ocorrendo, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição”. E continua: “figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa”, para tanto devendo investigar se a demanda se insere “no âmbito das atribuições do Ministério Público que a promoveu” (*Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 2ª ed., São Paulo, 2007, pp. 144-145).

Essa, aliás, exatamente a jurisprudência do STJ. Confirmam-se dois precedentes:

Processual Civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “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 acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

(...)

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de

competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) *as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.*

(...)

6. *No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama (Leis n. 6.938/1981, art. 18, e 7.735/1989, art. 4º).*

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 440.002-SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.11.2004, DJ 06.12.2004 p. 195)

Processo Civil. Conflito de competência. Demandas coletivas e individuais promovidas contra a Anatel e empresas concessionárias de serviço de telefonia. Controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia fixa.

1. A competência originária dos Tribunais é para julgar de conflitos de competência. E, no que se refere ao STJ, é para julgar conflitos de competência entre tribunais ou entre tribunal e juízes a ele não vinculados ou entre juízes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, **d**).

2. Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A incompetência, inclusive a que porventura possa decorrer da conexão, é controlável, em cada caso, pelo próprio juiz de primeiro grau, mediante exceção, em se tratando de incompetência relativa (CPC, art. 112), ou mediante simples arguição incidental, em se tratando de incompetência absoluta (CPC, art. 113).

3. Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC, a saber: "I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge

controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”. No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada, a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição.

4. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência. Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (*v.g.*, resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência.

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de

suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que “abrangerà apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator” (Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; quanto às demais — nomeadamente as propostas pelo Ministério Público —, a eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, na grande maioria dos casos, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza — de improvável ocorrência —, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

9. Não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o Tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes, determinando a inclusão ou a exclusão de figurantes da relação processual. Conforme já assentado nessa Corte, “a competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda, tal como objetivamente proposta. Em se tratando de competência em razão da pessoa, o que se considera são os entes que efetivamente figuram na relação processual, e não os que dela poderiam ou deveriam figurar, cuja participação é fato futuro e incerto, dependente do que vier a ser decidido no curso do processo. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados” (AgRg no CC n. 47.497-PB, DJ de 09.05.2005). Essa orientação vem sendo reiteradamente adotada pela Seção, em precedentes sobre demandas a respeito da cobrança dos serviços de telefonia (v.g.: CC n. 48.447-SC, DJ de

13.06.2005; CC n. 47.032-SC, DJ de 16.05.2005; CC n. 47.016-SC, DJ de 18.04.2005; CC n. 47.878-PB, DJ de 23.05.2005).

10. No caso concreto, estão presentes os requisitos cumulativos (a) da superposição de ações com mesmos substituídos, a indicar o risco de decisões conflitantes e inexecutíveis e (b) da tramitação dessas ações perante juízes submetidos a Tribunais diversos apenas com relação às ações coletivas ajuizadas no Estado da Bahia, pelo Ministério Público Federal (perante a 1ª Vara Federal de Salvador) e pelo Instituto de Ação e Estudo pela Paz com Justiça Social (perante a 2ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor da Justiça Estadual de Salvador). Somente quanto a essas, portanto, pode ser reconhecido o conflito de competência a ser solucionado por esta Corte.

11. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, sobre sua legitimidade para a causa.

12. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer.

13. *Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa.* E enquanto a Anatel, autarquia federal, figurar no pólo passivo, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (Súmula n. 150-STJ).

14. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas.

15. Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 2ª Vara Especializada da Justiça Estadual de Salvador, BA, e a 1ª Vara Federal de Salvador, BA, para declarar a competência da Justiça Federal.

(CC n. 48.106-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14.09.2005, DJ 05.06.2006 p. 233, grifei)

Note-se, porém, que nem sempre a pura e simples intervenção do Ministério Público Federal basta para deslocar a competência para a Justiça

Federal, pois na sistemática da Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 5º, parágrafo incluído por força do art. 113, do Código de Defesa do Consumidor), é possível - e até recomendável e salutar em muitos casos de tutela do meio ambiente, bem difuso por excelência - o litisconsórcio facultativo entre o MPF e o Ministério Público Estadual.

Cabe ainda acrescentar que, ao contrário do que pretende a Transpetro, em matéria de Ação Civil Pública ambiental, a dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta (mar, terreno de marinha ou Unidade de Conservação de propriedade da União, p. ex.) é apenas *um* dos critérios definidores da legitimidade para agir do *Parquet* federal. Não é porque a degradação ambiental se deu em imóveis privados ou afeta *res communis omnium* que se afasta, *ipso facto*, o interesse do Ministério Público Federal.

Por outro lado, é notório o interesse federal em tudo que diga respeito a portos, tanto assim que a Constituição prevê não só o monopólio natural da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, em todo o território nacional, “os portos marítimos, fluviais e lacustres” (art. 21, XII, f), como também a competência para sobre eles legislar “privativamente” (art. 22, X).

Na mesma linha, a Lei n. 8.630/1993 (que dispõe “sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias”) estabelece que é de competência da “União explorar, diretamente ou mediante concessão, o *porto organizado*” (art. 1º, *caput*, grifei). Ainda segundo essa lei, *porto organizado* é “o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária” (art. 1º, § 1º, I). Por último, no que aqui importa, o legislador definiu *área do porto organizado* como “a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e *piers* de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto” (art. 1º, § 1º, IV).

Ora, não há qualquer dúvida que o acidente ambiental ocorreu na *área do porto organizado de Rio Grande*, fato não negado pela Transpetro. Embora composto por partes menores e singularmente identificáveis, em terra e

mar – como terminais e armazéns, públicos e privados –, o porto constitui uma *universalidade*, isto é, apresenta-se como realidade jurídica una, embora complexa; equipara-se, por isso, no seu conjunto, a bem público federal enquanto perdurar sua destinação específica, em nada enfraquecendo essa sua natureza o fato de se encontrarem imóveis privados no seu perímetro oficial ou mesmo o licenciamento pelo Estado ou até pelo Município de algumas das unidades individuais que o integram.

Além disso, o licenciamento ambiental pelo Ibama (ou por órgão estadual, mediante seu consentimento expresso ou tácito) de obra ou empreendimento em que ocorreu ou poderá ocorrer a degradação justifica, de plano, a legitimação para agir do Ministério Público Federal. Se há interesse da União ao ponto de, na esfera administrativa, impor o licenciamento federal, seria no mínimo contraditório negá-lo para fins de propositura de Ação Civil Pública.

Conseqüentemente, por todos os ângulos que se olhe, não há como afastar a conclusão de que o Ministério Público Federal, como regra, tem legitimidade para agir nas hipóteses de dano ou risco de dano ambiental em porto marítimo, fluvial ou lacustre.

Cumprindo finalmente salientar, em resposta às alegações da Transpetro, que não é desiderato do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, sobretudo em Município que dispõe de Vara Federal, resolver eventuais conflitos de competência, no campo da Ação Civil Pública, entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, solução esta que se deve buscar, em primeira mão, no art. 109, I, da Constituição Federal. Nesse diapasão, adverte Hugo Nigro Mazzilli, o teórico do Ministério Público brasileiro, que o art. 2º “nada estabeleceu sobre jurisdição estadual ou federal” (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 283).

Inexiste, ademais, incompatibilidade entre o art. 109, I, da Constituição, e o art. 2º, da Lei n. 7.347/1985. Como muito bem lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, “A interpretação teleológica sinaliza que se deva dar prevalência à exegese que, no caso concreto, assegura melhor e mais efetivo acesso do conflito coletivo à apreciação do órgão jurisdicional, não nos parecendo - sob essa óptica - haver antinomia ou contrariedade, senão complementaridade e integração entre os dispositivos que regem a competência na ação civil pública: CF, art. 109, I e parágrafos; art. 2º da Lei n. 7.347/1985; art. 93 e incisos e art. 117 do CDC” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública: Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, 9ª ed., 2004, p. 103).

Em síntese, qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional” prevista no art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova. E se é assim, a competência posta nesses termos é de *ordem pública* e haverá de ser *absoluta* - inderrogável e improrrogável pela vontade das partes.

O *critério da proximidade do dano*, observa José Carlos Barbosa Moreira, fundamenta-se na regra de experiência, tão óbvia como inquestionável, que “é de presumir que tenha melhores condições para exercer as funções necessárias o juízo do ‘foro do local onde ocorrer o dano’” (*A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, in Édís Milaré, coordenador, A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios, São Paulo, RT, 2005, p. 254*).

Na hipótese dos autos, o dano ambiental é de natureza transindividual indivisível (afinal, o meio ambiente ofendido é “bem de uso comum do povo”, na expressão do art. 225, *caput* da Constituição de 1988), o *local do dano* (Lei n. 7.347/1985, art. 2º) coincide com o *local do ato ou fato* (CPC, art. 100, V, **a**) que o causou (derramamento de combustível e contaminação do solo estão ambos no mesmo Município) e há, na cidade de Rio Grande, não só Justiça Estadual, como Varas Federais instaladas e em pleno funcionamento. Todos esses aspectos conspiram contra a tese da Transpetro de, pela aplicação do art. 2º da Lei n. 7.347/1985, levar a solução da demanda para o âmbito da Justiça Estadual.

4. Conclusão

Diante do exposto, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.107.833-SP (2008/0279470-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Luiz Antônio de Mitry Filho e outro
Advogado: Andréia A Alves e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Art. 142 da Lei n. 8.112/1991. Falta de prequestionamento. Art. 23 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Prazo prescricional. Ex-Prefeito. Reeleição. Termo *a quo*. Término do segundo mandato. Moralidade administrativa: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo. Hermenêutica. Método teleológico. Proteção dessa moralidade administrativa. Método histórico. Aprovação da LIA antes da Emenda Constitucional n. 16/1997, que possibilitou o segundo mandato. Art. 23, I, da LIA. Início da contagem do prazo prescricional associado ao término de vínculo temporário. A reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa, estabilização da estrutura estatal e previsão de programas de execução duradoura. Responsabilidade do administrador perante o titular da *res publica* por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (art. 557, § 1º-A, CPC).

1. O colegiado de origem não tratou da questão relativa à alegada violação ao art. 142 da Lei n. 8.112/1991 e, apesar disso, a parte interessada não aviou embargos de declaração. Assim, ausente o indispensável prequestionamento, aplica-se o teor das Súmulas n. 282 e 356 da Corte Suprema, por analogia.

2. O postulado constitucional da moralidade administrativa é princípio basilar da atividade administrativa e decorre, diretamente, do almejado combate à corrupção e à impunidade no setor público. Em razão disso, exerce dupla função: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo.

3. Interpretação da Lei n. 8.429/1992. Método teleológico. Verifica-se claramente que a *mens legis* é proteger a moralidade administrativa e todos seus consectários por meio de ações contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos em detrimento do erário e em atentado aos princípios da administração pública. Nesse sentido deve ser lido o art. 23, que trata dos prazos prescricionais.

4. Método histórico de interpretação. A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 04 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC n. 16/1997 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o expresse objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático.

5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/1997, a reeleição, embora não prorogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato.

6. O administrador, além de detentor do dever de consecução do interesse público, guiado pela moralidade – e por ela limitado –, é o responsável, perante o povo, pelos atos que, em sua gestão, em um ou dois mandatos, extrapolem tais parâmetros.

7. A estabilidade da estrutura administrativa e a previsão de programas de execução duradoura possibilitam, com a reeleição, a satisfação, de forma mais concisa e eficiente, do interesse público. No entanto, o bem público é de titularidade do povo, a quem o administrador deve prestar contas. E se, por dois mandatos seguidos, pôde usufruir de uma estrutura mais bem planejada e de programas de governo mais consistentes, colhendo frutos ao longo dos dois mandatos – principalmente, no decorrer do segundo, quando os resultados concretos realmente aparecem – deve responder inexoravelmente perante o titular da *res publica* por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização.

8. No que concerne à ação civil pública em que se busca a condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, esta Corte considera que tal pretensão é imprescritível, com base no que dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição da República. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 18.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública para apuração de atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, em 12 de abril de 2006 (fl. 2), em face de Luiz Antônio de Mitry Filho, ex-prefeito do Município de Águas de São Pedro - SP, e outros.

O requerido exerceu primeiro mandato eletivo, de 1º de janeiro de 1997 a 31 de dezembro de 2000, e foi reeleito, para segundo mandato, de 1º de janeiro de 2001 a 31 de dezembro 2004.

Ocorre que o ato imputado como ímprobo foi perpetrado em maio de 1998, durante o primeiro mandato. Em razão disso, o juízo de primeiro grau

(fl. 452) considerou que o exercício da ação fora atingido pela prescrição, nos termos do art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, já que o novo período de mandato, decorrente da reeleição, não seria causa interruptiva ou suspensiva do lapso prescricional.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença de primeiro grau, em acórdão assim ementado (fl. 490):

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição. Art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Cinco anos contados do término do primeiro mandato. Inexistência, para o caso, de imprescritibilidade. Recurso ministerial improvido.

Contra esse *decisum* colegiado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs o recurso especial (fls. 496-509), objeto do presente julgamento. Alega, em síntese, violação dos seguintes dispositivos legais: art. 21 da Lei n. 4.717/1965; art. 23 da Lei n. 8.429/1992; art. 142 da Lei n. 8.112/1991. Indica, ainda, dissídio jurisprudencial. Sustenta que o prazo prescricional é interrompido com a propositura da ação civil pública de improbidade administrativa, que começa a ser contado do fim do segundo mandato, em caso de reeleição de prefeito, e não do término do primeiro, como consignou o acórdão recorrido. Dessa forma, pleiteia o afastamento da prescrição, seja por esse argumento, seja pelo fato de o ressarcimento ao erário por dano causado ao patrimônio público ser imprescritível, a teor do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

Apresentadas contra-razões (fls. 518-528).

Recurso admitido na origem (fls. 532-533).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Assiste parcial razão ao *Parquet*.

Preliminarmente, o colegiado de origem não tratou da questão relativa à alegada violação ao art. 142 da Lei n. 8.112/1991 e, apesar disso, a parte interessada não aviou embargos de declaração. Assim, ausente o indispensável prequestionamento, aplica-se o teor da Súmula n. 282 da Corte Suprema, por analogia.

Assim, no que se refere ao art. 142 da Lei n. 8.112/1991, não conheço das razões recursais.

No entanto, relativamente aos demais temas, o recurso deve ser conhecido e provido.

Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou, em 12 de abril de 2006, ação civil pública por atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992.

É sabido que o prazo prescricional para que se intente ação civil pública contra ex-prefeito é, nos termos do artigo 23 da Lei n. 8.249/1992, de cinco anos a contar do término de mandato. Vejam-se precedentes nesse sentido:

Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição.

1. O termo final para que seja intentada ação civil pública contra ex-prefeito é, nos termos do artigo 23 da Lei n. 8.249/1992, de cinco anos a contar do término do mandato.

(...)

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 694.027-RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.09.2008)

Processual Civil. Recurso especial. Omissão do julgado. Inocorrência. Ação de improbidade. Ajuizamento dentro do prazo prescricional de cinco anos (art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992). Citação válida. Interrupção da prescrição independentemente da data em que ocorreu a notificação prévia (art. 17, § 7º da Lei n. 8.429/1992). Precedentes. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 696.223-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 03.03.2008)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Prescrição quinquenal. Art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Incidência do art. 219, § 1º, do CPC. Citação. Súmula n. 106-STJ. Interpretação do § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. Notificação prévia. Atribuição do magistrado. Entendimento pacífico do STJ. Prescrição afastada. Recurso especial provido.

1. No caso dos autos, a ação de improbidade administrativa foi ajuizada contra ex-prefeito, inequivocamente, no prazo quinquenal previsto no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, conforme expressamente reconhecido pelo Tribunal de origem. Portanto, proposta a ação no prazo legal, eventual demora no cumprimento da citação, em razão do próprio sistema dos serviços judiciais, não atrai a incidência da prescrição. Nesse sentido, a orientação da Súmula n. 106-STJ: "Proposta a ação

no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

(...)

4. Provimento do recurso especial.

(REsp n. 798.827-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 10.12.2007)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública de improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Lei n. 8.429/1992. Prescrição afastada. Propositura da ação. Art. 219, § 1º, do CPC. Citação. Foro privilegiado afastado pela ADIn n. 2.797. Devolução dos autos ao juízo de primeiro grau.

(...)

2. O prazo prescricional para o exercício dessa pretensão, fora dos casos de ressarcimento ao erário, é de cinco anos, contados do término do mandato do ex-Prefeito (art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992).

3. Se o ex-Prefeito teve seu mandato encerrado em 31.12.1996, e ajuizada a ação contra ele em 11.05.2001, não está prescrita a pretensão do Ministério Público para processá-lo por ato de improbidade.

(...)

Recurso especial provido.

(REsp n. 680.677-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 02.02.2007)

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Prescrição afastada. Súmula n. 106-STJ. Notificação prévia. Art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. Atribuição do magistrado.

1. A ação civil pública decorrente de ato de improbidade administrativa, deve ser proposta até cinco anos após o término do exercício do mandato ou cargo em comissão, consoante o art. 23, I da Lei n. 8.429/1992.

2. *In casu*, o mandato do ex-prefeito foi extinto em 31.12.1996 (fls. 540) e a ação civil restou proposta pelo Ministério Público em 29.01.2001 (fls. 02), respeitando-se, portanto, o prazo quinquenal.

(...)

(REsp n. 750.187-RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.09.2006).

Processual Civil. Recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Propositura dentro do prazo prescricional. Citação. Interrupção da prescrição, retroativa à data do ajuizamento (CPC, art. 219). Adoção somente em momento posterior das providências do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 (MP n. 2.245/2001),

atinentes à notificação prévia dos requeridos. Irrelevância, para efeito de interrupção da prescrição, já ocorrida. Recurso especial provido.

(REsp n. 799.339-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Primeira Turma, DJ 30.06.2006)

In casu, fazendo-se referência ao expressamente consignado no acórdão recorrido, são relevantes as seguintes informações, relativas ao réu da ação civil pública (fls. 491).

Luiz Antônio de Mitry Filho, ex-prefeito, exerceu primeiro mandato eletivo, de 1º de janeiro de 1997 a 31 de dezembro de 2000, e foi reeleito, para segundo mandato, de 1º de janeiro de 2001 a 31 de dezembro.

Ocorre que o ato imputado como ímprobo foi perpetrado em maio de 1998, durante o primeiro mandato.

Diante da situação, a *quaestio iuris* trazida a esta Superior Corte reside na definição do termo *a quo* para a contagem do prazo de prescrição para ajuizamento da ação de improbidade. Em primeira possibilidade, considera-se que se inicia o lapso temporal com o fim do primeiro mandato, já que a conduta tida por ímproba nele ocorreu. Nesse sentido, entenderam o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A outra hipótese diz respeito à fixação do termo inicial quando do término do segundo mandato, de acordo com o aduzido pelo ora recorrente.

Para o desate da questão, é necessário firmar, preliminarmente, duas premissas.

Em primeiro lugar, seguindo o magistério doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello, considera-se como norte de toda a atividade estatal a necessidade de a Administração e seus agentes atuarem na conformidade de princípios éticos, em atendimento ao postulado constitucional da moralidade administrativa. De acordo com o autor

segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115)

Di Pietro, por sua vez, informa que a inclusão da moralidade como princípio basilar da atividade administrativa decorreu, diretamente, do almejado combate à corrupção e à impunidade no setor público. Nesse sentido,

a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público.

(PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 710)

Arrematando esta observação inicial, Hely Lopes Meirelles informa que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Leiam-se suas palavras:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir, o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve a finalidade de sua ação: o bem comum. (...)

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável jurista luso – António José Brandão – que “a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos juristas (...)

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 88-89)

Portanto, neste primeiro passo, atribui-se à moralidade administrativa, como princípio fundamental e inafastável da atividade do Estado, dupla função: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo.

Em segundo lugar, é necessário investigar a matriz constitucional que ampara a probidade administrativa.

O fundamento remoto do princípio decorre da própria forma republicana do governo brasileiro, insculpido no art. 1º da Carta Constitucional. De acordo com J. J. Gomes Canotilho, a conseqüência da adoção da República implica, necessariamente, a separação entre os “assuntos ou negócios pessoais dos agentes públicos” e aqueles relativos à persecução dos interesses públicos e do bem comum – a própria *res publica*. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 224).

O reflexo dessa filtragem de interesses privados e públicos é a possibilidade de responsabilização do agente público, que está gerindo os anseios coletivos, com custos suportados pelo povo e resultados por ele esperados e cobrados.

Portanto, o administrador, além de detentor do dever de consecução do interesse público, guiado pela moralidade – e por ela limitado –, é o responsável, perante o povo, pelos atos que, em sua gestão, extrapolem tais parâmetros.

Nesse sentido, vários diplomas legislativos surgiram no ordenamento brasileiro, com o fito de formatar o conjunto de sanções aplicável ao administrador que se afasta do interesse coletivo e, conseqüentemente, deve responder ao povo, titular do bem público. Vejam-se a Lei Complementar n. 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), e a própria Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Especificamente quanto à Lei de Improbidade, para se entender sua *mens legis*, dois métodos interpretativos são inafastáveis.

Primeiramente, sob um prisma teleológico, verifica-se claramente que se quis proteger a moralidade administrativa e todos seus consectários já referidos, *e. g.*, combate à corrupção e à impunidade do setor público, expressos como ações contra o enriquecimento ilícito de agentes públicos em detrimento do erário e em atentado aos princípios da administração pública, conforme se depreende, em linhas gerais, dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Para tanto, foram criados mecanismos de persecução judicial, inclusive pelas vias cautelares, nos quais se insere o regramento da prescrição de ajuizamento da ação para apurar atos de improbidade administrativa.

Então, qualquer dispositivo da referida lei deve ser lido tomando por premissa aquela especial proteção à moralidade e ao bem público, o que ocorre, necessariamente, com o art. 23, que trata dos prazos prescricionais.

Em outro passo, mediante o método histórico de interpretação, verifica-se que a LIA foi promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 04 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal.

A redação originária do referido § 5º determinava:

São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.

A Emenda Constitucional, no entanto, possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas:

O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

A justificativa para essa mudança consta expressamente na exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição n. 1, de 1995, publicada no Diário do Congresso Nacional de 15 de março de 1995, que gerou a Emenda n. 16/1997:

Durante o período de revisão constitucional, recentemente concluído, cerca de oitenta proposições apresentadas sugeriram a modificação desse dispositivo. É importante ressaltar que, destas, 40% visavam não apenas a possibilitar a reeleição para cargos executivos, como também entendiam ser inconsistente a manutenção, em tal caso, da exigência de renúncia prévia, assim como da inelegibilidade dos substitutos.

A exigência de renúncia prévia pode, com efeito, impedir a continuidade administrativa. A obrigatoriedade da renúncia do substituto implica, por outro lado, a formação de uma segunda chapa para a reeleição, o que tumultua o processo de negociação intrapartidária para a escolha de candidaturas.

Entendemos que o amadurecimento do processo democrático passa pelo instituto da reeleição, entendido este como um fato importante da constituição de corpos administrativos estáveis. À população brasileira deve ser dada

a opção de decidir pela continuidade de uma administração bem sucedida, como já aconteceu na maioria dos países. Além disso, cria-se, com isso, a efetiva possibilidade de se levar a efeito o cumprimento de metas governamentais de médio prazo, o que se torna praticamente impossível no sistema atual.

Portanto, a Lei de Improbidade, quando de sua aprovação, tinha por fundamento constitucional a existência de um único mandato eletivo para Chefes do Poder Executivo e, em razão disso, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final do mandato no qual, necessariamente, fora praticado o ato ímprobo.

No entanto, com a EC n. 16/1997, a possibilidade de reeleição gerou a perplexidade que ora se analisa: praticado o ato ímprobo no primeiro mandato, mas reeleito o agente público para segundo mandato, a partir do fim de qual dos períodos seria computado o prazo prescricional?

Primeiramente, a Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo.

De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/1997, fica bastante claro que a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa, mediante a “constituição de corpos administrativos estáveis” e o “cumprimento de metas governamentais de médio prazo”, inclusive para “o amadurecimento do processo democrático”. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato.

Ora, o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, visa a estabelecer, exatamente, que é o rompimento do vínculo com a Administração o marco inicial para contagem do prazo prescricional.

Em segundo lugar, para se constituírem corpos administrativos estáveis e se possibilitar o cumprimento de metas governamentais de médio prazo, não é aceitável conceder, ao administrador, os bônus sem se lhe atribuírem os respectivos ônus.

O processo democrático – que se quis amadurecer com a reeleição – possibilitou, com a estabilidade da estrutura administrativa e a previsão de programas de execução duradoura, a satisfação, de forma mais concisa e eficiente, do interesse público.

No entanto, repise-se, o bem público é de titularidade do povo, a quem o mandatário eleito deve prestar contas. E como o administrador, por dois mandatos seguidos, pôde usufruir de uma estrutura mais bem planejada e de programas de governo mais consistentes, colhendo frutos ao longo dos dois mandatos – principalmente, no decorrer do segundo, quando os resultados concretos realmente aparecem – deve responder inexoravelmente perante o titular da *res publica* por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização.

Portanto, a prescrição é contada a partir do término do segundo mandato, pois só aí se dá o rompimento do vínculo em que o art. 23, I, se embasa.

Além de tudo isso, a doutrina identifica outros motivos pelos quais o prazo prescricional começaria a fluir do término do segundo mandato e não do primeiro. Vale registrar, a esse respeito, o magistério de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Entendemos que a prescrição somente começará a fluir a partir do término do exercício do último mandato outorgado ao agente, ainda que o ilícito tenha sido praticado sob a égide de mandato anterior. Em abono dessa conclusão, podem ser elencados os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992 fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, o que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; d) a associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente deve se principiar com o afastamento do agente; e e) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade.

(GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, 4. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 501-502)

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho argumenta que

no caso de mandato, impõe-se vislumbrar a possibilidade de o mandatário ser eleito para períodos sucessivos. Em razão desse fato, poder-se-ia indagar

se o prazo de prescrição se iniciaria a partir do término do mandato dentro do qual foi praticado o ato de improbidade, ou a partir do fim do último mandato. É certo que cada mandato tem por fundamento aspectos específicos próprios de cada processo eletivo. No entanto, a *ratio* do dispositivo foi exatamente a de evitar que, valendo-se do poder que ostenta, pudesse o mandatário influir na decisão de propor a ação de improbidade ou nas provas que devem ampará-la. Dessa maneira, o titular do segundo mandato poderia assim agir em relação a atos praticados durante o primeiro. Resulta, pois, que a contagem do prazo deve realmente ser iniciada a partir do término do último mandato.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006)

Conclusão necessária de toda essa exposição – ainda que em “*obiter dictum*”, porque não objeto do presente recurso especial –, é que, em casos nos quais o agente político, embora reeleito, o seja com existência de interstício temporal de quatro anos entre os mandatos, o lapso prescricional será interrompido com a nova eleição para os atos eventualmente reputados como ímprobos *que tenham sido praticados no último ano do primeiro mandato*.

Trata-se de raciocínio imperioso, porque o prazo prescricional é de *cinco anos* e o intervalo entre os mandatos, no caso, é apenas de *quatro anos*. Daí porque, entendendo-se pela não-interrupção nessa espécie ou bem se aniquilaria a lógica anteriormente exposta – p.ex., no sentido de que a existência de vínculo político pode prejudicar a apuração das condutas ímprobas –, ou bem implicaria prejuízo ao Ministério Público.

Portanto, como a ação civil pública para apuração de atos de improbidade administrativa, em face de Luiz Antônio de Mitry Filho, foi ajuizada em 12 de abril de 2006 e o segundo mandato terminou em 31 de dezembro de 2004, não se verificou a prescrição.

Superado esse ponto, cabe analisar o último argumento veiculado na pretensão recursal.

No que concerne ao prazo prescricional para ação civil pública em que se busca condenação por dano ao erário, esta Corte revisou o entendimento de que seria vintenário o prazo prescricional e considera, agora, que tal ação é imprescritível, com base no que dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição da República, consoante já se posicionaram ambas as Turmas da Primeira Seção:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Reparação de dano ao erário. Prescrição. Não-ocorrência.

1. Hipótese em que o Ministério Público Estadual busca, na Ação Civil Pública, a decretação de nulidade de contrato de cessão e traspasse do domínio útil de lotes localizados no Balneário do Cassino, no município do Rio Grande-RS, celebrado entre a Administração Municipal e a empresa ora recorrente, bem como a reparação dos danos causados ao erário público.

2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 631.679-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09.03.2009)

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Dano ao erário. Licitação. Economia mista. Responsabilidade.

(...)

6. É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/1988).

(...)

12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos.

(REsp n. 403.153-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJU 20.10.2003)

De igual modo, entende o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Bolsista do CNPQ. Descumprimento da obrigação de retornar ao país após término da concessão de bolsa para estudo no exterior. Ressarcimento ao erário. Inocorrência de prescrição. Denegação da segurança. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS n. 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. (MS n. 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandoski, Tribunal Pleno, DJe 10.10.2008)

Portanto, ainda que para outros fins a ação de improbidade pudesse, teoricamente, estar prescrita – o que, concretamente, não ocorreu na espécie em análise –, o fenômeno da prescrição não atinge a pretensão ao ressarcimento dos danos, por força do mandamento constitucional contido no art. 37, § 5º.

Assim, com base nas razões expostas, voto por *conhecer parcialmente* do recurso especial e, nessa parte, *dar-lhe provimento*, para afastar a prescrição

com relação a Luiz Antônio de Mitry Filho, com determinação do retorno do processo à origem para que se decida o mérito da causa.

RECURSO ESPECIAL N. 1.115.916-MG (2009/0005385-2)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Município de Belo Horizonte

Procurador: Alexandre Rossi Figueira e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Administrativo e Ambiental. Centro de controle de zoonose. Sacrifício de cães e gatos vadios apreendidos pelos agentes de administração. Possibilidade quando indispensável à proteção da saúde humana. Vedada a utilização de meios cruéis.

1. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*.

2. A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

3. A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses.

4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio

dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998.

5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal.

6. *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 18.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Município de Belo Horizonte*, com fundamento no artigo 105, inciso III,

alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Embargos infringentes. Sacrifício de cães e gatos vadios apreendidos pelos agentes de Administração. Possibilidade. Necessidade de controle da população de animais de rua e prevenção de zoonoses. Falta de recursos públicos para se adotar as medidas pretendidas pela Sociedade Mineira Protetora dos Animais, como a vacinação, vermifugação e esterilização dos cães e gatos vadios. Eliminação dos animais apreendidos por meio de câmara de gás. Medida cruel. Impossibilidade. 1. A falta de recursos públicos, tanto financeiros como operacionais e de pessoal, para lastrearem outras medidas de controle de zoonoses e da população de cães e gatos vadios induz a possibilidade de se sacrificar tais animais, vez que os mesmos podem ser vetores de doenças graves, como a leishmaniose visceral canina e a raiva. 2. Os animais vadios apreendidos devem ser sacrificados utilizando-se de meios que não sejam cruéis ou impliquem sofrimento aos mesmos, hipótese que afasta o abate por gás asfixiante. (fls. 645)

No presente recurso especial, alega o recorrente, preliminarmente, ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC, porquanto, apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia.

Aduz, no mérito, que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos artigos 1.263 do CC/2002, e os arts. 2º, 126, 128, 293, 459, 460, 496, 515 e 555 do CPC.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 781-797, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem. (fls. 817-818)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Do juízo de admissibilidade

Ante a presença dos pressupostos recursais, conheço do recurso especial.

Da inexistência de violação do art. 535 do CPC

Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Em suma, nos termos de jurisprudência pacífica do STJ, “o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados” (REsp n. 684.311-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.04.2006), como ocorreu na hipótese ora em apreço.

Nesse sentido, ainda, os precedentes:

Processual Civil. Agravo regimental. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Matéria decidida de forma contrária à pretensão. Revisão da verba honorária. Súmula n. 7-STJ. Condenação da Fazenda Pública. Não-vinculação aos limites previstos no artigo 20 e parágrafos do CPC.

1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de forma clara e objetiva acerca do ponto alegado como omissis, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente.

(...)

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag n. 928.471-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 17.12.2008.)

Processual Civil e Administrativo. Violação aos arts. 535, 515, *caput* e § 3º, 333, II, e 126 do CPC não caracterizada. Contrato de prestação de serviços médicos e

hospitalares. Plano Real: conversão. Lei n. 9.069/1995. Tabela do SUS reformulada em novembro de 1999. Precedentes STJ.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando os fundamentos da decisão *a quo* que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, pois ao magistrado cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide.

(...)

7. Recurso da União não provido.

(REsp n. 851.911-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 16.12.2008.)

Da alegada violação dos arts. 126, 128, 293, 459, 460 e 555 do CPC

Alega o recorrente que os pedidos formulados na petição inicial deverão ser interpretados restritivamente, cabendo, pois, ao Poder Judiciário, decidir a lide nos limites em que foi inicialmente proposta, sendo-lhe defeso proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que foi demandado.

Sustenta que o Ministério Público, quando da apelação, pleiteou de forma inegavelmente genérica, ampliando os pedidos constantes na petição inicial.

Não assiste razão ao recorrente.

Há inquestionável correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados, e o acórdão sem dúvida deferiu o que a autora, na petição inicial, explícita ou implicitamente postulou, sendo certo que é dado ao julgador deferir pretensão que, conquanto não formulada expressamente, represente um *minus* em relação ao que perseguido, e exatamente por essa razão, esteja compreendida no pedido maior apresentado.

Ademais, não houve ampliação do pedido quando do oferecimento da apelação pelo Ministério Público. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*.

Neste sentido:

Agravo regimental. Seguro. Furto de veículo. Ação de cobrança de indenização c.c. pedido de lucros cessantes. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Pedido existente no corpo da petição, embora não constasse da parte específica

dos requerimentos. Interpretação lógico-sistemática do pedido. Precedente. Comprovação dos lucros cessantes. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ.

I - O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica "dos pedidos". (REsp n. 120.299-ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.09.1998).

II - O pedido de lucros cessantes respalda-se na extrapolação verificada quanto ao fiel cumprimento da apólice, resultando a responsabilização da seguradora pelo atraso no cumprimento da obrigação, a justificar sua condenação.

III - Analisando os elementos fáticos da causa, concluiu o Tribunal de origem terem sido comprovados os lucros cessantes, vez que a autora deixou de exercer sua atividade profissional após a ocorrência do sinistro e, via de consequência, de auferir a renda correspondente. A pretensão de rever esse entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste Tribunal. Agravo improvido. (Grifei)

(AgRg no REsp n. 714.159-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19.06.2008, DJe 1º.07.2008.)

Da alegada violação dos arts. 2º, 496 e 515 do CPC

Alega o recorrente que o acórdão, ao decretar que deve ser utilizado outro expediente para sacrificar cães e gatos vadios, como a injeção letal dentre outros que não causem dor ou sofrimento aos animais no instante da morte, acabou por violar de forma frontal e direta o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, corolário do princípio dispositivo inserto nos artigos 2º, 496 e 515, todos do Código de Processo Civil.

Afirma que o provimento parcial da apelação foi no sentido de apenas assegurar que na hipótese em que a eliminação dos animais seja necessária, seja então adotada a medida com prévia e regular sedação, sem a indicação de injeção letal como meio para a prática do sacrifício.

Aqui também não assiste razão ao recorrente.

Basta uma simples leitura dos acórdãos para se verificar que a decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida. Vejamos:

Acórdão da apelação (fls. 555-557):

Aliás, aquele mesmo ordenamento que autoriza o extermínio, do mesmo modo estabelece as hipóteses permissivas para o abate, especialmente ditando

que o sacrifício de qualquer animal apreendido será realizado mediante aplicação endovenosa de medicamento que leva à morte rápida e sem sofrimento para o animal.

Portanto, ilegal, descabido, cruel e até inverossímil o ato editado pela Pasta de Saúde Municipal – Portaria n. 025/2003 – que determinou que todos os animais que se enquadrem como de “origem desconhecida” sejam apreendidos e abatidos no Centro de Controle de Zoonoses.

(...)

Somente em parte – mas relevante – merece reforma a decisão, pelo que, curvando-me com redobrada vênua do respeitável ponto de vista do douto Relator, *dou parcial provimento* ao recurso, apenas para assegurar que nas hipóteses em que a eliminação dos animais seja necessária, de acordo com decisão fundada em laudo veterinário, seja então a medida adotada com prévia e regular seditação.

Acórdão dos embargos infringentes (fls. 648):

No que tange à forma de se abater os animais apreendidos – por utilização de gás asfíxiante -, entendo que tal hipótese configura maus-tratos, como elencado no art. 3º, **b**, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e no art. 38 da Lei n. 9.605/1998. Destarte, *deve ser utilizado outro expediente para se sacrificar os cães e gatos vadios, como a injeção letal, dentre outros que não causarem dor ou sofrimento aos animais nos instante da morte.*

O comando proferido pelo Tribunal de origem, nos dois acórdãos, é bastante claro: deve o município, quando necessário, promover o sacrifício dos animais por meios não cruéis, o que afasta, desde logo, o método que vinha sendo utilizado no abate por gás asfíxiante.

Dentre esses meios, o acórdão nos embargos infringentes apenas exemplificou a possibilidade da utilização da injeção letal, sem contudo, determinar que esta seria a única maneira que atenderia ao comando da decisão. Ao contrário, o Tribunal de origem inclusive abriu espaço para outros meios, desde que não causassem dor ou sofrimento aos animais.

Por esse motivo não observo a violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Da alegada violação do art. 1.263 - Código Civil

Aduz o recorrente que, nos termos do art. 1.263 do CC, os animais recolhidos nas ruas - e não reclamados no Centro de Controle de Zoonose pelo dono no prazo de quarenta e oito horas -, além dos que são voluntariamente

entregues na referida repartição pública, são considerados coisas abandonadas. Assim, a administração pública poderia dar-lhes a destinação que achar conveniente.

Não assiste razão ao recorrente, e o equívoco encontra-se em dois pontos essenciais: o primeiro está em considerar os animais como coisas, *res*, de modo a sofrerem o influxo da norma contida no art. 1.263 do CPC. O segundo, que é uma consequência lógica do primeiro, consiste em entender que a administração pública possui discricionariedade ilimitada para dar fim aos animais da forma como lhe convier.

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais.

Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres.

A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável.

A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia dar-lhes destinação que convier, nos termos do art. 1.263 do CPC.

Ademais, a tese recursal colide agressivamente não apenas contra tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Afronta, ainda, a Carta Fundamental da República Federativa do Brasil e a leis federais que regem a Nação.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da Unesco, celebrada na Bélgica em 1978, dispõe em seu art. 3º, que:

Artigo 3º 1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis. 2. Se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

No mesmo sentido a Constituição Federal:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...) VII - *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.* (Grifei)

No plano infraconstitucional:

Decreto Federal n. 24.645, de 10 de julho de 1934:

Art. 1º - Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado.

(...) Art. 3º - Consideram-se maus tratos:

I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;

(...) VI - não dar morte rápida, livre de sofrimento prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo ou não.

Lei n. 9.605/1998:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Ao arripio de toda essa legislação protetiva, é comum nos Centros de Controle de Zoonose, e o presente caso é uma prova disso, o uso de procedimentos cruéis para o extermínio de animais, tal como morte por asfixia, transformando esses centros em verdadeiros “campos de concentração”, quando deveriam ser um espaço para promoção da saúde dos animais, com programas de controle de doenças.

Não se pode esquecer que a meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas dos animais aos seres humanos, tais quais a raiva, a leishmaniose etc. Esse é o objetivo a ser perseguido.

Sem adentrar no campo discricionário do Poder Executivo, é até duvidoso que os métodos empregado pelo recorrido sejam dotados de eficiência.

Muitos municípios pretendem controlar as zoonoses e a população de animais, adotando, para tal, o método da captura, seguido da eliminação de animais encontrados em vias públicas.

Tal prática, era o que recomendava o 6º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde - OMS, de 1973. Todavia, a OMS, com fulcro na aplicação desse método em vários países em desenvolvimento, concluiu por sua ineficácia, enunciando que não há prova alguma de que a eliminação de cães tenha gerado um impacto significativo na propagação de zoonoses ou na densidade das populações caninas, por ser rápida a renovação dessa população, cuja sobrevivência se sobrepõe facilmente à sua eliminação (item 9.4, p. 58, 8º Informe Técnico).

Por essas razões, desde a edição de seu 8º Informe Técnico de 1992, a OMS preconiza a educação da comunidade e o controle de natalidade de cães e de gatos, anunciando que todo programa de combate a zoonoses deve contemplar o controle da população canina, como elemento básico, ao lado da vigilância epidemiológica e da imunização (capítulo 9, p. 55, 8º Informe OMS).

Na mesma linha, recente publicação da *Organización Panamericana de La Salud - OPAS* recomenda o método de esterilização e devolução dos animais à comunidade de origem, declarando que a eliminação não só foi ineficaz para diminuir os casos de raiva, mas aumentou a incidência da doença.

Um estudo mais completo pode ser encontrado na obra "*Zoonosis y enfermedades transmisibles comunes al hombre y a los animales*", de Pedro Acha, (p. 370, Publicación Científica y Técnica n. 580, *Organización Panamericana de La Salud*, Oficina Sanitária Panamericana, Oficina Regional de la *Organización Mundial de La Salud*, 3ª edição, 2003).

Segundo essa publicação, uma só cadela pode originar, direta ou indiretamente, 67.000 cães num período de seis anos, e que um cão, antes de ser eliminado, já inseminou várias fêmeas, motivos pelos quais, não é difícil deduzir que o extermínio não soluciona o problema.

Todavia, não desconheço que em situações extremas o extermínio dos animais seja imprescindível, como forma de se proteger a saúde humana.

No entanto, conforme bem entendeu a instância ordinária, nessas hipóteses deve-se utilizar métodos que amenizem ou inibam o sofrimento dos animais, ficando à cargo da administração a escolha da forma pela qual o sacrifício deverá ser efetivado.

Brilhante foi o acórdão recorrido quando lembrou que não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador público realize práticas ilícitas.

A bem da verdade, há, realmente, um espaço pelo qual o administrador público possa transitar com certa liberdade. Todavia, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade.

A lei, ao conceder discricionariedade ao administrador, o faz com o objetivo de que este encontre a melhor solução possível para o atendimento do interesse público. Desta forma, jamais se pode utilizar a discricionariedade administrativa para justificar a prática de atos, cuja lei, inclusive a Carta Magna, estabelece como ilícitos.

A conclusão que se chega ao analisar os diplomas legais transcritos acima, é que, em vez de discricionariedade, o que há é a vinculação do administrador para, em casos de necessidade extrema, sacrificar os animais por meio menos cruel.

Pode até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados caso exista meios que se equivalham em termos de menor crueldade, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal, ou seja, que se efetive através da prática de atos cruéis e de maus tratos contra os animais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.