

Publicações da Escola da AGU

Pro Diviso

Estudos da Consultoria Jurídica junto ao
Ministério do Desenvolvimento Agrário

Caderno 02

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 22	p. 1- 344	novembro 2012
---------------------------------	----------	-------	-----------	---------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

SUBSTITUTO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Fernando Luiz Albuquerque Faria

MINISTRO DE ESTADO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO - MDA

Gilberto José Spier Vargas

CONSULTOR JURÍDICO JUNTO AO MDA

André Augusto Dantas Motta Amaral

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim
Joaquim Modesto Pinto Júnior

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores, e não refletem, necessariamente, entendimentos oficiais e orientações dos órgãos em que atuam ou que representam.

Publicações da Escola da AGU: Estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário - Caderno 02 - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 22 (nov./2012).- Brasília: EAGU - mensal.

A partir do ano III, o nº 8 passou a ser periódico Bimestral, e, a partir do ano IV, o nº 14 periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

Pro Diviso
Estudos da Consultoria Jurídica junto ao
Ministério do Desenvolvimento Agrário
Caderno 02

CONSELHO EDITORIAL:

ALTAIR ROBERTO DE LIMA
Advogado da União em exercício na Secretaria - Geral de Contencioso – AGU

DANIEL ROCHA DE FARIAS
Advogado da União em exercício na Consultoria-Geral da União - AGU

JOAQUIM MODESTO PINTO JÚNIOR
Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do
Desenvolvimento Agrário – Consultoria Geral da União – AGU

ROBERTO ÉLITO DOS REIS GUIMARÃES
Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento
Agrário - Consultoria-Geral da União – AGU

RODRIGO CUNHA VELOSO
Advogado da União em exercício na Procuradoria-Regional da União na 5ª Região da Justiça
Federal – Procuradoria-Geral da União – AGU

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES
Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento
Agrário - Consultoria-Geral da União – AGU



SUMÁRIO

Editorial	07
-----------------	----

ARTICULISTA CONVIDADO

Direito Agrário Constitucional: a vedação e o controle da aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil <i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	11
---	----

ARTIGOS

Identificação dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos no Contexto do Constitucionalismo Fraternal <i>Emanuel de Melo</i>	31
Criação de Unidades de Conservação por Estados e Municípios em Terras de Domínio da União: constitucionalidade e repercussões jurídicas na esfera federal <i>Ana Paula Ameno Sobral</i>	55
Desapropriação Agrária Incidente em Imóveis com Vocação Minerária – o possível conflito de interesses nacionais sobre a mesma base territorial: propostas de solução <i>Roberto Élito dos Reis Guimarães</i>	91
Licitações Públicas: instrumentos de fomento e proteção do mercado interno <i>Jefferson dos Santos Vieira</i>	127
Atuação Conjunta da Advocacia-Geral da União e da Ouvidoria Agrária Nacional em Conflitos e Tensões Fundiárias Submetidas ao Poder Judiciário <i>Ciro Benigno Porto</i>	157
Contratação Temporária: aspectos da recontratação de servidor antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior com a administração pública <i>Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté</i>	177
Domínio Fundiário Público e Pseudo Domínio Privado <i>Joaquim Modesto Pinto Júnior</i>	187

Distinção Entre Área Urbana e Rural: uma abordagem à luz da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009	
<i>Rogério Telles Correia das Neves</i>	233
Da Desapropriação Agrária a Fundamento Único de Descumprimento da Função Ambiental	
<i>Roberto Élito dos Reis Guimarães</i>	263
Proposta de Formatação do Relatório Final do Processo Administrativo Disciplinar	
<i>Iran Campos Costa</i>	285

EDITORIAL

Harmonizações Hermenêuticas

Dentre os muitos desafios que as expectativas da sociedade confiam às responsabilidades da Advocacia-Geral da União está o de em primeira abordagem pensar soluções hermenêuticas que harmonizem as tensões jurídicas que a aplicação da legislação não raramente tem suscitado no seio da Administração Pública Federal.

Com efeito. Conquanto a Ciência do Direito seja una, a contínua formulação e reformulação normativa orientada à satisfação dos diversos plexos de direitos assegurados pela Constituição, por vezes revela aparentes conflitos entre suas disciplinas, pondo eventualmente sob antagonismo até mesmo institutos jurídicos que se pensara sedimentados na doutrina e na práxis, como no caso da propriedade vista pela perspectiva de sua função social.

Portanto, este Caderno 02 da Revista da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, firme no seu propósito de compartilhar percepções que as peculiaridades do trato diário dos temas jurídicos afetos à Pasta lhe permitem entrever, propõe-se a destacar algumas dessas situações que, longe de serem espaços de turbulência, afiguram-se preciosos ensejos para (re)criação e renovação do Direito.

Proposta que se revela já no ensaio do articulista convidado, intitulado “*Direito Agrário Constitucional: A vedação e o controle da aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil*”, de autoria do Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Procurador da Fazenda Nacional e Consultor-Geral da União, que, talvez situando uma possível frente de embate entre Direito Civil e Direito Econômico, desenvolve ponto e contraponto entre as necessidades estatais gêmeas do controle soberano dos processos de concentração fundiária e de promoção do desenvolvimento nacional.

Na mesma senda, desta feita enfocando a projeção do critério diatópico que o multiculturalismo impõe às práticas de hermenêutica, o artigo “*Identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos no contexto do constitucionalismo fraternal*”, de autoria do Advogado da União Emanuel de Melo, que embora atuando em área de contencioso da Advocacia-Geral da União, faz valioso exemplo da postura versátil que deve pautar o membro da carreira, colaborando na investigação dos espaços de convergência do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos.

A seu tempo, examinando fenômeno de atrito jurídico entre prerrogativas constitucionais de membros da federação, e quicá atuando em zona de entrelaço entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo, o artigo *“Criação de unidades de conservação por Estados e Municípios em terras de domínio da União: Constitucionalidade e repercussões jurídicas na esfera federal”*, de autoria da Advogada da União Ana Paula Ameno Sobral, visualiza situações em que os direitos patrimoniais fundiários federais devam submeter-se às competências comuns que autorizam Estados e Municípios a sobre eles constituírem espaços ambientalmente protegidos.

A superposição de regimes jurídicos é característica que também não se faz ausente no artigo *“Desapropriação agrária incidente em imóvel com vocação minerária – O possível conflito de interesses nacionais sobre a mesma base territorial: propostas de solução”*, subscrito pelo Advogado da União Roberto Élio dos Reis Guimarães, revelador de hipótese de concorrência entre o Direito Minerário e o Direito Agrário, dinamizada pelo Direito Administrativo das Desapropriações.

A seu modo, o mesmo fenômeno propõe a condução do artigo *“Licitações Públicas: Instrumento de Fomento e Proteção do Mercado Interno”*, do Advogado da União Jefferson dos Santos, que, ao abordar a inovadora proposta de preferência a percentuais de nacionalização dos produtos tornados objeto de processos licitatórios, busca delimitar o âmbito de possível convivência harmônica entre o Direito Administrativo dos Contratos e o Direito Econômico.

De seu turno, o Advogado da União Ciro Benigno Porto vale-se do seu artigo *“Atuação Conjunta da Advocacia-Geral da União e da Ouvidoria Agrária Nacional em conflitos e tensões fundiárias submetidas ao Poder Judiciário”* para estabelecer as correlações que o tema suscita no plano dos Direitos Constitucional, Administrativo e Processual Civil, buscando, no plano do relacionamento com o Poder judiciário, delimitar as atuações da Ouvidoria Agrária Nacional face às da Advocacia-Geral da União, a partir da distinção entre o direito constitucional de petição e o munus processual do advogado, sem, contudo, negar-lhes eventual caráter de complementariedade.

Segue-se o artigo *“Contratação temporária: Aspectos da recontração de servidor antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior com a Administração Pública Federal”*, do qual é autora a Advogada da União Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté, cuja investigação da constitucionalidade da vedação de recontração de servidor temporário, antes de 24 meses do encerramento do contrato

anterior, aborda tema situado no limiar divisório entre o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, sob o pálio do Direito Constitucional.

Curiosa hipótese de conflito entre o Direito Registrário e o Direito Fundiário é abordada no artigo “*Domínio fundiário público e pseudo domínio privado*”, no qual o Advogado da União Joaquim Modesto Pinto Júnior prospecta possibilidades de títulos causais privados derivados de registros paroquiais desprovidos de medição terem indevidamente ingressado no registro público, em detrimento de domínio originário de ente estatal sobre as terras devolutas sobre as quais incidentes.

Um determinado grau de antagonismo entre Direito Tributário e Direito Agrário, a exigir a definição da natureza urbana ou rural de um terreno para fins de legitimação das atividades de tributação, de reforma agrária ou de regularização fundiária, é o tema do artigo “*Distinção entre área urbana e rural: Algumas aproximações à luz da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009*”, da lavra do Advogado da União Rogério Telles Correia das Neves.

A aparente oposição entre Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Ambiental, que irradia a partir da tensão entre propriedade e sua função social, vem a ser o objeto do artigo “*Da desapropriação agrária a fundamento único de descumprimento da função ambiental*”, do Advogado da União Roberto Élito dos Reis Guimarães, que examina o descumprimento dos regramentos ambientais como atrativo da figura do descumprimento da função social da propriedade, justificadora da desapropriação para fins de reforma agrária.

E, por fim, no artigo “*Proposta de formatação do relatório final do processo administrativo disciplinar*”, do Advogado da União Iran campos Costa, é apresentada sugestão de *modus operandi* coadunado á jurisprudência sobre o tema, para que em processos administrativos disciplinares sejam elididas nulidades, mediante exame em tempo real da existência ou não de prejuízo às imposições do devido processo legal.

Trabalhos esses, em sua maioria voltados à busca de um modelo equânime para acomodação dos direitos de parte a parte postos em atrito, pois, se, a exemplo do que ocorre na filosofia, em que o caminho do meio é sempre o da harmonia, no Direito a hermenêutica jurídica é o ideal instrumento para sua consecução.

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao MDA



DIREITO AGRÁRIO CONSTITUCIONAL: A VEDAÇÃO E O CONTROLE DA AQUISIÇÃO DE TERRAS RURAIS POR ESTRANGEIROS NO BRASIL

AGRARIAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROHIBITION AND CONTROL OF THE ACQUISITION OF RURAL LAND BY FOREIGNERS IN BRAZIL

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹
Procurador da Fazenda Nacional e Consultor-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971 e os entendimentos da Advocacia-Geral da União; 2 A propósito de um novo marco regulatório; 3 Conclusões; Referências.

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. As opiniões aqui omitidas são do autor e não refletem, necessariamente, a orientação do órgão que representa.

RESUMO: O artigo, trilhando o percurso regulatório do tema aquisição de terras por estrangeiros, põe em destaque aspectos da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, ênfase ao § 1º do seu art. 1º, que ensejou os Pareceres AGU nº GQ-22, AGU nº GQ-181 e AGU nº LA-01, os quais, a partir da dicotomia empresa nacional e estrangeira, e antes e depois de a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995 ter revogado o art. 171 da CF/1988, dedicaram-se a situar ou não no espectro de sua regulação as empresas constituídas no país sob controle de estrangeiros, os dois primeiros concluindo não ter sido tal disposição recepcionada pelo regime constitucional de 1988, o último deles invocando os artigos 172 e 190 da Constituição para defender a sua recepção, a partir de interpretação agrarista permeada de feição humanista, conteúdo ético, orientação econômica e preocupações com a segurança nacional, a segurança alimentar, a proteção ambiental, a universalização do acesso à terra e a indenidade de terras comunitárias. Discorre também sobre as possibilidades e conveniências de um novo marco regulatório para o tema, frisando a necessidade de controle do fenômeno e os permissivos nesse sentido extraídos dos artigos 1º, I - 3º, II e IV - 170, I e parágrafo único - 172 e 190 da Constituição, concluindo que nem a derradeira interpretação da AGU, nem uma nova regulação nas bases que preconiza estariam na contramão da globalização, dadas as razões descortinadas.

PALAVRAS-CHAVE: Aquisição de Terras por Estrangeiros. Globalização. Pessoa Natural, Jurídica e a esta Equiparada. Marco Regulatório. Controle. Soberania.

ABSTRACT: The article, tracking the regulatory path of the topic of acquisition of land by foreigners, highlights aspects of Law No. 5,709, of October 7, 1971, highlighting § 1 of art. 1, which gave rise to the Attorney General's office (AGU) Opinions AGU No GQ-22, AGU No GQ-181 and AGU No LA-01, which, from the dichotomy of domestic and foreign companies, and both before and after Constitutional Amendment No. 6 of 15 August 1995 had repealed art. 171 of CF/1988, dedicated themselves to the issue of placing or not placing in the spectrum of their regulations those companies incorporated in the country under foreign control, the first two Opinions concluding no such provision has been considered by the constitutional regime of 1988, the last Opinion invoking Articles 172 and 190 of the Constitution to defend such a provision's inclusion, starting from an agrarian interpretation permeated with humanist features, ethical content, economic orientation and concerns about national security, food security, environmental protection, universal

access to land, and community land indemnity. The article discusses the possibilities and conveniences of a new regulatory framework for the theme of land acquisition, highlighting the need for control of the phenomenon and the permissions accordingly extracted from Articles 1, I ; 3, II and IV ; and 170, I (the sole paragraph), 172 and 190 of the Constitution, concluding that neither the ultimate interpretation of the AGU, nor a new regulation, on the bases which have been discussed, would be in opposition to globalization, in view of the reasons unveiled.

KEYWORDS: Acquisition of Land by Foreigners. Natural person, Legal Entity and the Equation Between These Two. Regulatory Framework. Control. Sovereignty. Globalization.

INTRODUÇÃO

O enfrentamento da questão da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil é o tema do presente ensaio. Pretende-se retomar as linhas gerais do marco regulatório que temos, isto é, a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Retoma-se também as várias intervenções da Advocacia-Geral da União-AGU, com o objetivo de oxigenar o debate, tão necessário, nos tempos presentes², dada a gravidade da questão.

Opina-se pela necessidade de confecção de parâmetros normativos seguros, indica-se que há previsão constitucional para tal; defende-se, com igual veemência, a constitucionalidade e a legalidade do marco regulatório atual, plasmado na já citada Lei nº 5.709, de 1971.

Do ponto de vista conceitual há também um desafio no sentido de se construir um novo direito agrário, de feição humanista³, com conteúdo marcadamente ético⁴, mas que também tenha como objetivo a eficiência econômica e a segurança nacional. Isto é, deve-se perseguir a maximização de nossas possibilidades, escolhendo-se a melhor alternativa que as restrições que a vida real permite⁵, no contexto da

2 Por exemplo, a senadora Vanessa Grazziotin, da Subcomissão Permanente da Região Amazônica, organizou debate, no Senado Federal, em forma de audiência pública, para debate da questão, entre tantas outras iniciativas que há. Conferir, *Jornal do Senado*, Brasília, 31 de outubro de 2011.

3 Cf. ZELEDÓN, Ricardo. *Derecho Agrário y Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 35.

4 Cf. BORGES, Antonino Moura. *Curso Completo de Direito Agrário*. Leme: Edijur, 2007, p. 1019.

5 Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37. Tradução de Luis Marcos Sander e de Francisco Araújo Costa.

função social da propriedade rural⁶, aproximando-se vontade estatal e vontade privada⁷.

Parte-se da premissa de que a compra indiscriminada e descontrolada de terras brasileiras por estrangeiros poderia elevar os preços de nossos imóveis rurais. Teme-se que possa haver um comprometimento de nossa política agrária. Há apreensão para com eventual desestabilização de modelo de segurança alimentar.

Pode haver ameaças de concepção de regime nosso de proteção ambiental. Teme-se que possa haver desarticulação de percepção de continuidade fundiária, dificultando-se o acesso a terra para pequenos e médios produtores rurais. Não se nega eventual ameaça para com a segurança nacional – especialmente em área de fronteira –, contrariando-se interesses públicos de primeira grandeza.

O descontrole quanto à venda de terras brasileiras para estrangeiros pode afetar a reforma agrária. E pode também atentar contra formulação de uma política de controle fundiário que remonta à Lei de Terras, de 1850, conjunto normativo baseado em modelo concebido na Áustria⁸.

A Lei de Terras dispunha que os estrangeiros que comprassem terras, e nelas se estabelecessem, ou viessem à custa própria exercer qualquer indústria em nosso país, seriam naturalizados, querendo, depois de dois anos de residência⁹.

Hoje, a procura internacional por alimentos, bem como as demandas internas, justificam novas concepções de políticas agrárias¹⁰. Cidadania e segurança alimentar são conceitos convergentes¹¹.

Além do que, e ao que parece, algum setor do agronegócio, eventualmente fomentado pelo capital estrangeiro, poderia desenhar uma nova fronteira agrícola. Deve-se precaver contra modalidades de cultivo que se sobreponham a unidades de conservação, a terras ocupadas por remanescentes de quilombolas e a terras indígenas.

6 Cf. OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição Vigente*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 166 e ss.

7 Cfr. MARQUES, Nilson. *Curso de Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 16 e ss.

8 Cf. VIAL, Sandra Regina Martini. *Propriedade da Terra, Análise Sociológica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 181.

9 Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, art. 17: Os estrangeiros que comprarem terras, e nelas se estabelecerem, ou vierem à sua custa exercer qualquer indústria no país, serão naturalizados querendo, depois de dois anos de residência, pela forma por que o foram os da colônia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do município.

10 Cf. ROCHA, Olavo Acyr de Lima. *A Desapropriação no Direito Agrário*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 46.

11 Cf. ZIBETTY, Darcy. Cidadania e Segurança Alimentar no Brasil. in BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita. *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125 e ss.

Poderia haver registros de especulação imobiliária. Como resultado indireto, pode-se ter a elevação dos custos de desapropriação em áreas destinadas à reforma agrária. No limite, haveria apreensões para com a grilagem de terras e para com eventual e imaginária desarticulação na venda de terras públicas. São essas, também, algumas preocupações com as quais se preocupou o Parecer LA-01, sobre o qual mais adiante se ocupará.

Segundo o INCRA, de onde colho algumas apreensões aqui identificadas, o capital estrangeiro já deteria 4,35 milhões de hectares de terras no Brasil. Seriam 3.689 Municípios que conviveriam com investidores estrangeiros. Uma área que equivaleria ao Estado do Rio Grande do Norte (cerca de 0,47% do território nacional) já pertenceria ao investidor estrangeiro. Japoneses, italianos, norte-americanos, argentinos e chineses deteriam a maior parte destas terras¹². Em médio prazo, a persistir a situação atual, quantos milhões de hectares serão ocupados pelo capital estrangeiro?

São as inquietações aqui identificadas que estimulam as reflexões vindouras.

1 A LEI Nº 5.709, DE 7 DE OUTUBRO DE 1971 E OS ENTENDIMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A discussão se alastra ao longo dos anos. O Ato Complementar nº 4, de 1969 e o Decreto-Lei nº 494, também de 1969, impunham restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. Posteriormente, a Lei nº 5.709, de 1971, também fixou algumas limitações, no mesmo sentido. Posteriormente, a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que trata mais especificamente de reforma agrária, dispôs que ao Congresso Nacional compete autorizar a aquisição e o arrendamento de terras, por parte de pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos rurais.

Por parte da Advocacia-Geral da União há algumas manifestações que alcançam a questão, especialmente, os Pareceres AGU nº GQ-22, AGU nº GQ-181 e LA-01. No primeiro deles (Parecer AGU nº GQ-22) entendeu-se que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, relativo às restrições à propriedade de terras brasileiras por estrangeiros, não fora recepcionado pelo art. 171 da Constituição de 1988.

Bem entendido, trata-se do art. 171 em sua versão originária. É que se fazia distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Esta última era aquela cujo controle efetivo estava em caráter

¹² <www.incra.gov.br>. Acesso em: 31 de out. 2011.

permanente sob a titularidade direta de pessoas físicas domiciliadas no País ou entidades de direito público interno. A empresa brasileira era simplesmente a constituída sob leis brasileiras e que tivesse sede e administração no Brasil.

Mais tarde, em função dos efeitos da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que revogou a redação originária do art. 171 da Constituição, novo questionamento emergiu e se produziu o Parecer AGU nº GQ-184. Repudiou-se eventual idéia de repristinação. Manteve-se orientação anterior a 1994.

Por fim, e num último passo, o Parecer AGU nº LA-01, que sustenta que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, foi recepcionado pela Constituição, e que há restrições para que pessoas jurídicas estrangeiras adquiram ou arrendem propriedades rurais no Brasil. É do que trato agora.

A Lei nº 5.709, de 1971, regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, a par de outras providências. É o marco regulatório que informa a matéria. Dispôs-se que as limitações previstas na aludida lei, no que se referem à compra de terras, se aplicariam a estrangeiros residentes no País e a pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil (art. 1º).

E ainda, disposição que ensejará a todas as discussões supervenientes, sujeitou-se ao regime estabelecido na lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria de seu capital social e residam ou tenham sede no Brasil (§ 1º do art. 1º).

Facultou-se ao estrangeiro que pretenda imigrar para o Brasil a celebração, em seu país de origem, de compromisso de compra e venda de imóvel rural, desde que, em três anos, contados da data do contrato, venha a fixar domicílio no Brasil, explorando o imóvel que adquiriu (art. 2º, caput).

Dispôs-se também que a aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira não pode exceder a 50 módulos de exploração indefinida (MEI), em área contínua ou descontínua. Tem-se ainda que a aquisição será livre em relação a imóveis com área não superior a três módulos, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas exigências gerais eventualmente fixadas em lei (§ 1º do art. 3º).

A lei dispõe também que nos loteamentos rurais feitos por empresas particulares de colonização, a aquisição e ocupação de no mínimo 30% da área total deve ser feita obrigatoriamente por brasileiros (art. 4º).

Exige-se que as pessoas jurídicas estrangeiras que a lei alcança só possam adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização, vinculados a seus objetivos estatutários (art. 5º, caput). Tem-se que a aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende de escritura pública (art. 8º), bem como, na hipótese de terra situada em área de fronteira, a aquisição depende de autorização de autoridades de segurança nacional (art. 7º).

Especialmente, deve-se registrar restrições relativas à quantidade de propriedade de terras por estrangeiros em relação aos municípios nos quais se encontrem, nomeadamente, nos termos do art. 12 da Lei:

Art. 12 - A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.

§ 1º - As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2º - Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I - inferiores a 3 (três) módulos;

II - que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no Registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;

III - quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

§ 3º - O Presidente da República poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

Dispõe-se que a aquisição de imóveis rurais que violem as prescrições da lei em apreço é nula de pleno direito; e ainda, o

tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica; no mesmo artigo assentou-se que o alienante, naquelas condições, está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel (art. 15).

Resumidamente, a Lei nº 5.709, de 1971, elenca várias restrições à aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil, como visto, a exemplo de fixação de tamanho da propriedade (art. 3º), percentual de loteamentos rurais por empresa de colonização (art. 4º), necessidade de vínculo entre os objetivos estatutários da empresa compradora e a utilização dos imóveis (art. 5º), necessidade de concordância do Conselho de Defesa Nacional na hipótese de imóveis rurais localizados em áreas de segurança nacional (art. 7º), requisitos específicos de escritura pública (art. 9º), cadastramento especial nos registros de imóveis (art. 10), necessidade de encaminhamento de informações periódicas ao Ministério da Agricultura e ao Conselho de Defesa Nacional (art. 11), limitação de ¼ de propriedade de terras rurais por parte de estrangeiros em relação à área total dos municípios (art. 12), proibição de doação de terras públicas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras (art. 14).

No entanto, e aqui o início do problema que hoje se desenha, do ponto de vista essencialmente normativo, questionou-se a aplicação da Lei nº 5.709, de 1971, no contexto da Administração, quando da promulgação da Constituição de 1988. Em 1994, o então Ministro Interino da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária consultou a AGU a propósito da recepção (ou não) do § 1º, do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, em face da Constituição de 1988.

Na resposta ao Ministério da Agricultura o então Advogado-Geral da União, Geraldo Magela Quintão, adotou parecer de autoria de Luiz Alberto da Silva, então Consultor da União, que escreveu:

12. Antes do advento da Constituição de 1988, o conceito de empresa brasileira ou de sociedade nacional estava inserido em normas infraconstitucionais. Assim, o Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, no art. 60, mantido pelo art. 300 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estabelece: Art. 60. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no País a sede de sua administração.

13. Sempre se entendeu que o conceito de sociedade estrangeira era fornecido por exclusão, ou seja, sociedade estrangeira era aquela que não preenchia os requisitos legais da empresa brasileira. Por

outro lado, a lei poderia, em determinados casos, exigir que todos os acionistas ou certo número deles fossem brasileiros, por expressa referência do parágrafo único do mesmo art. 60.

14. Além disso, tendo em vista a inexistência de qualquer norma de nível constitucional que dispusesse sobre o assunto, era admissível que norma jurídica de mesma hierarquia pudesse alterar o conceito legal antes referido, de maneira geral ou parcial, isto é, apenas para determinados efeitos. Assim, havendo a Lei nº 5.709, de 1971, sido editada sob a égide da Constituição de 69, que nada dispunha sobre o conceito de empresa brasileira ou empresa nacional, parece-me que nada se poderia opor, àquela época, à validade do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, que, em última análise, para os efeitos dessa lei, equiparava a pessoa jurídica brasileira, com participação majoritária de estrangeiro, pessoas físicas ou jurídicas, à empresa estrangeira. [...]

16. Com a promulgação da Constituição de 1988, porém, a situação alterou-se profundamente. A própria Constituição, no art. 171, estabeleceu o conceito de empresa brasileira (inciso I) e de empresa brasileira de capital nacional (inciso II). No primeiro caso – empresa brasileira – manteve, em linhas gerais, o conceito do art. 60 do Decreto-lei 2.627, de 1940, com pequenas alterações. No segundo caso – empresa brasileira de capital nacional – adotou, também em linhas gerais, o conceito de empresa nacional constante do art. 12 da Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984 (antiga Lei de Informática).

17. O conceito de empresa estrangeira continuou a ser fornecido por exclusão, ou seja, empresa estrangeira será aquela que não preencher os requisitos de empresa brasileira.

18. Estabelecido, na própria Constituição, o conceito de empresa brasileira, qualquer restrição às empresas que preencham os requisitos nela referidos somente poderão existir nos casos expressamente previstos na mesma Constituição. Da análise do art. 171 da Constituição resulta a convicção de que ela não deixou margem ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições à empresa brasileira. O que se verifica, dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, é que se estabelecem vantagens para empresa brasileira de capital nacional, sem qualquer referência, porém, a restrições à empresa brasileira. [...]

25. [...] É de concluir-se, portanto, que não cabe autorização do Congresso Nacional no caso de aquisição ou arrendamento de propriedade rural por empresa brasileira, controlada por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras. Encerro esta análise, por pertinentes, com as palavras de Estevão Mallet: 'Sendo assim, pode-se afirmar, com segurança, não existir, desde a promulgação do vigente texto constitucional, qualquer impedimento à aquisição de imóvel rural por empresa brasileira de capital estrangeiro. Se a conveniência dessa situação pode ser politicamente questionada, não há como negá-la, em face do direito positivo atual'. À consideração superior.

A AGU, naquele momento, reconheceu que não haveria mais restrições à aquisição de propriedades rurais no Brasil, por parte de empresas brasileiras, ainda que controladas por estrangeiros. O parecer foi aprovado pelo Presidente da República, porém não foi publicado no Diário Oficial da União. De certa forma, vinculava apenas o consulente.

Entendeu-se que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, não fora recepcionado pelo inciso I do art. 171 da redação originária da Constituição de 1988. Este último fragmento havia constitucionalizado o conceito de empresa brasileira. De tal modo, com a conceituação de empresa brasileira, no texto constitucional, entendeu-se, não se poderiam admitir restrições outras, em normas infraconstitucionais.

Consignou-se que no contexto da Constituição de 1969 havia possibilidade de que tais restrições se fizessem, pelo que se justificou o conteúdo da restrição originária que se encontrava no § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971. Por isso, mais uma vez resumidamente, a AGU entendeu, em 1994, que o ordenamento jurídico brasileiro não limitava a aquisição de terras rurais por empresas brasileiras com controle acionário estrangeiro, repelindo o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971.

É importante consignar que no entendimento primeiro da AGU (Parecer GQ-22) o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, fora revogado, isto é, não se adotou o conceito de recepção, de grande uso no direito constitucional contemporâneo.

Porém, a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, simplesmente revogou o art. 171 da Constituição de 1988. Assim, se o posicionamento da AGU, no sentido de não se limitar a aquisição de terras brasileiras por estrangeiros, se fundava em artigo revogado da Constituição de 1988, questionou-se se a revogação do art. 171 da

Constituição de 1988 teria como resultado a repristinação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971. Foi este o novo questionamento que o Ministério da Agricultura dirigiu à AGU.

A resposta seguiu em 17 de dezembro de 1998 quando o ainda Advogado-Geral da União, Geraldo Magela Quintão, por meio do Parecer GQ-181, adotou mais uma manifestação de um Consultor da União, Luiz Alberto Silva, que já havia se pronunciado sobre o assunto quando da primeira consulta. Os pareceres foram aprovados pelo Presidente da República e publicados na íntegra no Diário Oficial da União na edição de 22 de janeiro de 1999.

Naquela ocasião entendeu-se que a revogação da art. 171 da Constituição, por força do art. 3º da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, não teria repristinado a regra do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, embora, no futuro, obstáculos não haveria para que nosso marco regulatório tratasse do assunto de modo diverso:

3º. Assim, parece evidente que a EC nº 6/95 não constitui empecilho a que o legislador ordinário limite, no futuro, a aplicação de capital estrangeiro em determinadas atividades reputadas estratégicas para o País, com fundamento na soberania, na independência ou no interesse nacionais, estabelecendo, por exemplo, que em determinada atividade o capital estrangeiro fique limitado a determinado percentual do capital social ou do capital com direito a voto, ou que se submeta a determinadas exigências, ressalvados, quando cabível, casos de reciprocidade nos países de origem. [...]

32. Não parece, realmente, admissível que a simples revogação do art. 171 da Constituição possa ser interpretada como impedimento para que o legislador ordinário, presentes razões ligadas à soberania, à independência e ao interesse nacionais, estabeleça, em determinados casos, limitações à aplicação do capital estrangeiro no País. O engessamento, antes criado pela Constituição, ao definir empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, era, de fato, inconveniente. Assim, a desconstitucionalização da matéria atende a interesses nacionais. Mas esse atendimento encontra-se fundamentado, justamente, na possibilidade de atuação do legislador ordinário, o que, de resto, é prática reconhecida nos países civilizados.

Manteve-se, de tal maneira, o entendimento originário, no sentido de que restrições não havia, para a compra de imóveis brasileiros, por parte de estrangeiros. Tal entendimento (Parecer GQ-181) era vinculante

para toda a Administração Pública Federal, porquanto aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União (art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993).

Porém, com o passar dos anos, e com o agravamento das suspeitas relativas ao regime de aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil, a situação justificou nova intervenção a AGU. Luís Inácio Lucena Adams, na qualidade de Advogado-Geral, aprovou parecer de autoria do então Consultor-Geral da União, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior. A aprovação é de 19 de agosto de 2010, quando a situação ganhou, novamente, amplo destaque na imprensa.

O parecer recomenda a revisão dos pareceres anteriores, insistindo na recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, por parte da Constituição de 1988, inclusive em face da redação do art. 171, posteriormente revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Nos termos do referido parecer, as restrições da Lei nº 5.708, de 1971, ao contrário do anteriormente afirmado pela AGU, aplicam-se também a empresas brasileiras que contem com participação de estrangeiros, em todas as nuances que a situação suscite.

Há uma bem fundamentada defesa da necessidade de se aperfeiçoar a legislação nacional. Parte-se da premissa de que a situação exige hoje novos vetores e chaves interpretativas, isto é, deve-se levar em conta a crise internacional de alimentos e a adoção do biocombustível como alternativa para matrizes energéticas.

No entender do então Consultor-Geral da União, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior, o Brasil teria perdido governabilidade e controle efetivo sobre aquisição e arrendamento de terras, nas hipóteses de transações efetivadas por empresas brasileiras controladas por estrangeiros.

E como efeitos desse descontrole, algumas circunstâncias já evidenciadas no início do ensaio, nomeadamente, a expansão da fronteira agrícola em desfavor de áreas de proteção ambiental e unidades de conservação, a superlativa valorização de nossas terras, com a consequente especulação imobiliária, o aumento dos custos para a reforma agrária, a venda ilegal de terras públicas, a possibilidade de que se tenham processos de lavagem de dinheiro em transações de aquisição de terras, um eventual aumento na grilagem de terras, o incremento da biopirataria na região amazônica, a ameaça do modelo de segurança nacional, no que se refere à ocupação de terras de fronteira.

No entender do parecerista, o que se deve buscar é um conjunto de mecanismos de controle. O parecer ainda mencionou manifestação de ex-presidente do INCRA, Rolf Hackbart, para quem o entendimento

anterior da AGU (Parecer GQ-181) permitiria que empresas supostamente nacionais ocupem terras brasileiras. Além do que, informou-se, haveria resistência, por parte de alguns cartórios, de se comunicar ao INCRA e as corregedorias estaduais, sobre negócios na compra e venda de terras, envolvendo estrangeiros.

Noticiou-se também a existência de demandas no Congresso Nacional, com o objetivo de se normatizar entendimento diverso ao deduzido pela AGU por ocasião do Parecer GQ-181. Seguiu um grupo de trabalho que entendeu pela necessidade de revisão do Parecer GQ-181. Por outro lado, preocupou-se também com a insegurança jurídica que a revisão do Parecer GQ-181 poderia gerar no setor, com especial atenção para com investidores na indústria de papel e celulose. Evidenciou-se também que a Comissão de Reforma Agrária no Senado estaria interessada na revisão do Parecer GQ-181.

No entender do último entendimento da AGU, o Parecer GQ-22 tratava de matéria de fundo, de índole inconstitucional, bem como o Parecer GQ-181 cuidaria de eventual repristinação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971.

Na concepção do último (e hoje definitivo) entendimento da AGU, o Parecer GQ-22 não se mostrava conceitualmente adequado, porquanto haveria compatibilidade entre o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971 e o art. 171 da Constituição de 1988, na redação originária. É que, no entender do parecerista, a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional não visava apenas criar estímulos e incentivos para empresas brasileiras de capital nacional.

E porque haveria uma série de prerrogativas às empresas brasileiras de capital nacional, a contrário senso, haveria restrições genéricas às empresas brasileiras. Por exemplo, retomo o parecer, somente empresas brasileiras de capital nacional poderiam atuar no setor de desenvolvimento tecnológico. Conclusivamente, entendeu o parecerista, haveria restrições às empresas nacionais, com sede e administração no país, com participação de capital estrangeiro. Empresas poderiam ser constituídas no Brasil, tinham sede no Brasil, porém o controle era externo. Apontou-se equívoco no Parecer GQ-22.

O então Consultor-Geral da União pontuou também compatibilidade entre o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, com o art. 190 da CF, que dispõe que a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional. Isto é, o Parecer GQ-22 sustentava que o art. 190

da Constituição limitava a aquisição de terras por estrangeiros, e não por empresas equiparadas às estrangeiras.

Com o parecer LA-01 retomou-se o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, de modo que restrições há, no que se refere à compra de terras rurais por estrangeiros, nomeadamente aqueles que não sejam residentes no Brasil, bem como por pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a aqui funcionar. É esta a posição atual da AGU.

2 A PROPÓSITO DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO

Um novo marco regulatório pode ser concebido. Com alguma alteração de pormenor, que propiciasse mecanismos de controle suficientes, limitando-se as restrições apenas a imóveis rurais, haveria condições objetivas para que se propusesse medida provisória que tenha como núcleo a vedação da aquisição de terras nacionais por estrangeiros.

Seria necessária concepção de texto de lei ordinária que estabeleça limites, objetivamente, à aquisição de terras por estrangeiros no Brasil. É preciso que se controle o avanço do capital estrangeiro no território brasileiro, no que se refere à compra de terras por estrangeiros no Brasil. E justificativas há, a mancheias, para a concepção de nosso marco regulatório, que propicie um maior controle da aquisição de terras rurais brasileiras, por parte de estrangeiros. Deve-se controlar também o regime de arrendamento.

Em primeiro lugar, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II, do art. 3º da Constituição). E ainda que também o seja a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV, art. 3º), não se teria, com o controle da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil, qualquer forma de discriminação.

Tem-se, na verdade, uma afirmação de nossa soberania. O princípio constitucional de vedação de discriminação cederia a outros princípios e critérios, a exemplo de referenciais de soberania nacional. Afinal, é a soberania o fundamento vetor do Estado democrático de direito, no qual se constitui a República Federativa do Brasil (inciso I do art. 1º da Constituição).

É a soberania nacional também núcleo da ordem econômica (inciso I do art. 170 da Constituição). No mesmo contexto, a função social da propriedade (inciso III do mesmo art. 170). Não se pode evidenciar função social em propriedade que comprometa política agrária e que, de alguma forma, contrarie interesses públicos incontestáveis.

Ainda no que se refere à ordem econômica, é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de qualquer autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (parágrafo único do art. 170 da Constituição). Já há lei que presentemente restringe a propriedade de terras por estrangeiros, refiro-me à Lei nº 5.709, de 1971, plenamente vigente, marco regulatório com o qual se conta.

Além do que, a Constituição também dispõe que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro (art. 172). A aquisição de terras por estrangeiros é matéria de interesse nacional, e os recursos que das operações decorrem qualificam investimentos de capital estrangeiro.

A Constituição dispõe que a lei regulará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e que estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional (art. 190). Esta disposição é indicativa segura e definitiva que eventual invocação de discriminação não prospera, no minado campo da propriedade fundiária. É que a Constituição já prevê tratamento diferenciado, que decorre de forte indicação de soberania nacional.

Pode-se argumentar, por outro lado, que a doutrina de segurança nacional que substancializa a Lei nº 5.709, de 1971, não mais se sustentaria num contexto de democracia e de prestígio de direitos humanos. Ou que a vedação da aquisição de terras por estrangeiros hostilizaria o princípio da igualdade. Ou que desrespeitaríamos atos internacionais que garantem reciprocidade nos investimentos. Ou que a Constituição não mais diferencia empresas brasileiras controladas por brasileiros das empresas brasileiras controladas por estrangeiros. Ou que já há muitas situações consolidadas que devem ser respeitadas. Ou que há direitos sucessórios que podem ser ameaçados. Ou que nosso modelo de cartórios privados (ainda que controlados pelo Estado) não deteria expertise para controlar as titularidades. Ou que haverá intensa movimentação de rearticulação empresarial. Ou que se pretende reprimar o art. 171 da Constituição, em sua redação originária, alterada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Ou que a medida ameaça a segurança jurídica. Ou que não se levará em conta conjunto de direitos adquiridos. Ou que caminharíamos na contramão da globalização. Ou que desestimularíamos o investimento estrangeiro. Ou que retrocederíamos, no sentido de que viveríamos num Estado absolutamente interventor. Ou que a medida seria escatológica, tremendamente apocalíptica. Ou que não haveria proporcionalidade entre o que se pretende alcançar e a

medida adotada. Esses argumentos e dúvidas não prosperam, como se demonstrará.

A doutrina da segurança nacional que fundamentou a Lei nº 5.709, de 1971, não é a mesma doutrina que sufraga a mesma lei, 40 anos depois. Em 1971 vivíamos no contexto da Guerra Fria, espremidos entre duas tendências ideológicas opostas. Explorávamos esta divergência, aliando-nos com os norte-americanos. Foi a opção.

A doutrina contemporânea de segurança nacional reforça que brasileiros somos pacíficos, por tradição e por convicção, como afirmaram Roberto Mangabeira Unger e Nelson Jobim, em documento então dirigido ao então Presidente Luís Inácio Lula da Silva. A ideia de segurança nacional que hoje vinga é conceito que converge à percepção de soberania e de independência nacional.

Não se tem nenhuma mácula ao princípio da igualdade. O conceito é relacional. Simplesmente, não se pode equiparar estrangeiro a brasileiro, para efeitos de segurança nacional ou de política fundiária. São realidades e contingências distintas, que merecem tratamento distinto, e assim já o proclama o art. 190 da Constituição.

Não se pode falar também em desrespeito a atos internacionais que garantam reciprocidade nos investimentos. Perderemos a oportunidade de aquisição de terras no estrangeiro. É um dos preços que pagamos pela nossa soberania: respeitar a soberania dos outros Estados.

Situações já consolidadas, por outro lado, devem ser respeitadas. Uma nova lei que limitasse a aquisição de terras por estrangeiros levaria em conta a disposição do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. De igual modo, a natureza ex nunc de eventual norma nesse sentido atenderia à disposição do inciso XXX do art. 5º da Constituição que garante o direito de herança.

Eventual deficiência do modelo cartorial contaria com monitoramento do Conselho Nacional de Justiça, que já se conhece, inclusive como resultado de provocação do Ministério Público Federal e de deferência para com recomendação do Tribunal de Contas da União.

Determinou-se que corregedorias locais ou regionais junto aos tribunais respectivos determinem aos cartórios de registros de imóveis e tabelionatos de notas que façam observar rigorosamente as disposições da Lei nº 5.709, de 1971, quando se apresentarem ou tiverem de lavrar atos de aquisição de terras rurais por empresas brasileiras com participação majoritária de estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas.

Deve-se preparar para o enfrentamento de eventuais rearticulações empresariais. E, entre outros, a Comissão de Valores Mobiliários, Juntas Comerciais, deveriam, neste sentido, exercer forte controle, com aproximação

com o Ministério Público e demais atores deste contexto institucional. Não se trata de repristinação da redação original do art. 171 da Constituição. Cuida-se da efetiva aplicação do art. 190 do mesmo texto constitucional.

3 CONCLUSÕES

Não se caminhará na contramão da globalização. É que a globalização também pode ser o mote para o fortalecimento da democracia, para o impulso de uma concreta e construtiva participação, combatendo todos os modelos deterministas, que nos acorrentam e que nos fazem prisioneiros das supostas regras que articulam a abstrata ideia de mercado, e de forças determinantes dos vários modelos sociais que há.

A globalização propiciou uma agenda política neoliberal que pretendia uma ruptura entre Estado e cidadão. Uma indiferença recíproca matizaria as relações entre indivíduo e poder. A intervenção que se defende, embutida na concepção da vedação da aquisição de terras brasileiras por estrangeiras, é fórmula de resgate de uma cidadania que se vê ameaçada.

O investimento estrangeiro de que precisamos não é unicamente aquele que se refere à aquisição da propriedade fundiária. Devemos negociar nossos próprios termos de recepção de investimentos, e a medida é afirmativa de soberania. Não há nenhum retrocesso, no sentido de que retomariamos um Estado interventor, tal qual se observou em algumas circunstâncias pretéritas, de memória perturbadora.

A intervenção é necessária. Mais. É imperativo de independência nacional. E ainda, não se defende aqui a vedação da aquisição de terras brasileiras por estrangeiros; advoga-se, tão somente, um maior controle destas transações, com a especificação clara de limites e de procedimentos.

A intervenção é necessária, e se já se faz sentir, especialmente, em âmbito de região amazônica. Há projeto de lei já aprovado na Câmara dos Deputados, e presentemente sob análise do Senado, que tem como objeto uma fortíssima intervenção no regime fundiário dos Estados do Acre, do Amapá, do Amazonas, do Mato Grosso, de Rondônia, de Tocantins, de parte do Maranhão, no que se refere a restrições à propriedade de terras, por parte de estrangeiros.

O referido projeto de lei dispõe sobre prazos e condições para aquisição de grandes imóveis rurais, por pessoas estrangeiras, no território de abrangência da Amazônia Legal brasileira. Pretende-se proibir no aludido território a posse, a qualquer título, de imóvel rural

com área superior ao correspondente a 15 módulos fiscais, por pessoas físicas e entidades estrangeiras, respectivamente, domiciliadas e não instaladas no país há pelo menos 10 anos.

Dispôs-se também que a vedação se aplica à pessoa jurídica. Também se dispôs que na área territorial de fronteira internacional do Brasil com os países limítrofes às regiões Norte e Centro-Oeste não será permitida a posse, a qualquer título, de imóvel rural por pessoas jurídicas estrangeiras.

A proporcionalidade exige adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste num ajuste entre meios e fins. É necessária a medida. Lei que vede a aquisição de terras por estrangeiros é de todo adequada. Meios e fins se acomodam.

Forte na premissa de que se deva controlar a aquisição de imóvel rural por estrangeiro não residente no Brasil, bem como por pessoa jurídica não autorizada a funcionar no país, pode-se pensar na retomada de um novo marco regulatório. Ou ainda, deve-se atender ao comando do Parecer LA-01, no sentido de que se aplique, efetivamente, o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971.

O modelo também seria aplicável a pessoa jurídica brasileira com controle efetivo, de fato ou de direito, por pessoa estrangeira, a par de pessoa jurídica brasileira, sem fins lucrativos, que receba, direta ou indiretamente, recursos de pessoa jurídica estrangeira.

Haveria controle também para a aplicação da regra, no que se refere à sucessão legítima. Haveria previsão de outras regras, a exemplo da incomunicabilidade do imóvel rural adquirido por cônjuge brasileiro casado com estrangeiro.

O modelo deve expressar limites, isto é, deve controlar a aquisição por pessoa natural ou jurídica estrangeira no que se refere a áreas que a lei vai fixar, eventualmente em módulos fiscais, em área contínua ou descontínua. Em áreas de dimensão superior aos limites deve-se buscar autorização do Congresso Nacional. O modelo deve suscitar também ampla atuação do INCRA.

Em vários países do mundo há restrições a aquisição de terras, por parte de investidores estrangeiros, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e no México. Com efeito, mera cláusula de reciprocidade limitaria substancialmente o acesso de terras brasileiras a investidores estrangeiros, o que revela a dimensão do problema, sob uma ótica externa. Não se trata de postura xenofóbica ou de restrição absoluta. O que se deve fazer é a concepção de modelo de controle que atenda, prioritariamente, interesses nacionais de primeira grandeza.

REFERÊNCIAS

BORGES, Antonino Moura. *Curso Completo de Direito Agrário*. Leme: Edijur, 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e de Francisco Araújo Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

MARQUES, Nilson. *Curso de Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição Vigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima. *A Desapropriação no Direito Agrário*. São Paulo: Atlas, 1992.

VIAL, Sandra Regina Martini. *Propriedade da Terra, Análise Sociológica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZELEDÓN, Ricardo. *Derecho Agrário y Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

ZIBETTY, Darcy. Cidadania e Segurança Alimentar no Brasil. in Barroso, Lucas Abreu; Passos, Cristiane Lisita. *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

*IDENTIFICATION OF THE REMAINING QUILOMBO COMMUNITIES
IN THE CONTEXT OF FRATERNAL CONSTITUTIONALISM*

Emanuel de Melo

Advogado da União

em exercício na Procuradoria Regional da União junto à 1ª Região da Justiça Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os quilombos e a Constituição fraternal – para além do constitucionalismo liberal e social; 2 O conceito de quilombos: necessidade de superação do paradigma arqueológico em face dos direitos culturais dos quilombolas; 2.1 O conceito arqueológico de quilombo; 2.2 O moderno conceito de quilombo; 3. A identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos; 3.1 Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e a busca pela verdade possível; 3.1.1 A auto-atribuição como ponto de partida do diálogo intercultural; 3.1.2 A territorialidade; 3.1.3 A coletividade do grupo no contexto de sua evolução histórica própria; 3.1.4 Presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O reconhecimento do direito à terra para a comunidades remanescentes dos antigos quilombos é uma exigência do constitucionalismo fraternal, expressamente positivado nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os quilombolas constituem relevante minoria, sendo que a inclusão de tais atores sociais afigura-se como essencial para a concretização dos objetivos da República, em especial a construção de uma sociedade sem preconceitos. O presente texto tem o objetivo de investigar os limites da aplicação do mencionado dispositivo, analisando: o conceito arqueológico e moderno de quilombos; as transformações no significado da igualdade e da propriedade ao longo dos paradigmas liberal, social e fraternal do constitucionalismo; o multiculturalismo dos direitos humanos de Boaventura de Sousa Santos. Finalmente, o estudo dos critérios de identificação de tais comunidades é essencial, pois é a partir da correta caracterização de tais atores sociais que a proteção constitucional pode incidir. O texto busca demonstrar o desacerto da caracterização do quilombo como realidade arqueológica estanque, bem como assentar a correção do critério da auto-atribuição como legítimo meio para a abertura de um diálogo intercultural.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombolas. Multiculturalismo; Auto-atribuição.

ABSTRACT: The acknowledgment of property to the descendents of the ancient quilombos consists in a demand of the fraternal constitutionalism, as expressed in the art. 68 of the Brazilian Constitution's transitory dispositions. That group consists in a relevant minority, which justifies the inclusion of them as social actors essentials to the concretization of the Republic objectives. The present text has the proposal of investigating the limits to application of the art. 68, analyzing: the classic and modern concept of quilombos; the transformation in the understanding of equality and property; the human rights multiculturalism of Boaventura de Sousa Santos. At last, the study of the quilombos' recognition criterions is essential to achieve the correct characterization of them, in the way of obtaining the Constitution protection. This text aims to demonstrate that: 1) the classical concept of quilombos is wrong; 2) the self-declaration criterion of identification is a correct way to achieve a multicultural dialogue.

KEYWORDS: Quilombos. Multiculturalism. Self-declaration.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos à propriedade de tais terras, cabendo ao Poder Público a demarcação de tais áreas e a expedição do respectivo título. É claro o intuito fraternal e emancipatório de tal norma consagradora de direitos fundamentais.

Tal dispositivo, no entanto, encerra certos problemas de ordem prática, como no ponto referente à identificação dos sujeitos do mencionado direito. Ante a ausência de lei nacional sobre o assunto, o Poder Executivo, dando cumprimento direto à Constituição, tem expedido Decretos regulamentando o assunto. Nesse sentido, está em vigor o Decreto nº 4.887¹, de 20 de novembro de 2003, o qual revogou o Decreto nº 3.912 de 10 de setembro de 2001.

O Decreto atualmente em vigor aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de

1 Não se desconhecem as diversas alegações de inconstitucionalidade que pairam sobre tal Decreto. Nesse sentido, a ADI nº 3239, da relatoria do aposentado Ministro César Peluso, ataca os seguintes pontos daquela regulamentação: 1) inconstitucionalidade formal do Decreto autônomo, havendo necessidade de lei para regular o tema; 2) inconstitucionalidade dos critérios de identificação postos, notadamente a auto-atribuição, devendo-se prestigiar os rígidos critérios objetivos do Decreto anterior; 3) desnecessidade de desapropriação da área demarcada. O presente artigo parte da premissa de que tal Decreto é constitucional, forte nos seguintes argumentos, todos sintetizados no Parecer, da lavra de Daniel Sarmento, apresentado pelo Ministério Público Federal na mencionada ADI: 1) formalmente, o Decreto em vigor simplesmente regulamenta norma de direito fundamental, o qual tem aplicabilidade imediata; além disso, tal decreto não seria autônomo, por regulamentar a Lei 9.784/99, bem como a Convenção 169 da OIT; 2) materialmente, o critério da auto-atribuição, adiante analisado aprofundadamente, prestigia o direito à diferença, levando em conta a visão de mundo da minoria, não se admitindo uma interpretação hegemônica dos conceitos alheios. Em relação à necessidade de desapropriação, entende-se que ADI deve ser julgada procedente, pois a Constituição, de fato, não condicionou a emissão do título de propriedade à desapropriação, sendo necessária, no entanto, indenização ao antigo proprietário. As questões em torno da inconstitucionalidade formal e da desnecessidade de desapropriação não serão abordadas no presente estudo, ante a completa falta de pertinência com o objeto da investigação ora proposta. Para um aprofundamento no tema, ver: SARMENTO, Daniel. Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf. Acessado em: 23 de novembro de 2012. Sobre a conveniência, mas não a necessidade, de se editar lei sobre o tema, a fim de se elaborar uma real política de Estado e não de governo, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e igualdade étnico-racial. In.: Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 120-126.

ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

O presente trabalho propõe-se a analisar esses critérios de identificação, com o intuito primordial de investigar: 1) o acerto em se prever um critério como o da auto-atribuição, levando em conta os riscos para fraudes que o mesmo pode proporcionar e 2) a existência de eventual hierarquia entre tais critérios. Informando essa análise, durante toda a exposição, ter-se-á a ressignificação de certos conceitos e a busca pela inclusão e respeito ao outro, de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo fraterno.

Sendo assim, o texto desenvolver-se-á a partir de uma apresentação necessária acerca dos direitos dos remanescentes das comunidades quilombolas, delimitando-se o conceito de quilombo. Nesse ponto, demonstrar-se-á como o conceito clássico e repressivo de quilombo merece ser relido, não se admitindo qualquer perspectiva arqueológica sobre o mesmo. Sua evolução culminará com o entendimento dos quilombolas como grupo étnico, dotado, portanto, de cultura própria.

Em seguida, os critérios de identificação acima elencados serão postos a prova, analisando-se cada um deles, mas com especial atenção para o a auto-atribuição, numa perspectiva, principalmente, voltada para a proteção dos direitos humanos.

Finalmente, buscar-se-á sustentar que a concretização do art. 68 do ADCT somente será possível se o paradigma acerca da busca arqueológica da reconstrução de fatos for substituído pelo paradigma da construção argumentativa da verdade. Parte-se, assim, da premissa básica cada vez mais repetida de que a verdade substancial é algo inatingível pelo homem.

1 OS QUILOMBOS E A CONSTITUIÇÃO FRATERNAL – PARA ALÉM DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E SOCIAL

Uma das marcas mais belas da Constituição Federal de 1988 é seu nítido caráter fraterno². A primeira ideia que vem à mente quando

2 A Constituição usa de modo indistinto, as expressões solidariedade e fraternidade. Logo no preâmbulo estão consignadas certas aspirações que compreendem valores supremos de uma sociedade fraterna. O termo qualifica, portanto, a sociedade. Em seguida, no famoso art. 3º, quando a Constituição fixa os objetivos da República Federativa do Brasil, tem-se, em seu inciso I, a meta de se construir uma sociedade, livre, justa e solidária. Percebe-se, agora, que não é mais a expressão “fraterna” que qualifica a sociedade, mas sim a palavra “solidária”. Quisesse a Constituição dotar de significado diverso ambas as expressões, teria, tanto no preâmbulo, como no art. 3º, colocado as duas expressões conjuntamente, nestes termos: “construir uma sociedade, livre, justa, solidária e fraterna”. Pensar de modo diverso levaria ao absurdo de se sustentar que a Constituição quer uma sociedade solidária, mas não fraterna, em total contradição com

se pensa em fraternidade é a de ajuda desinteressada ao próximo, reconhecendo-se alguma dificuldade deste em se manter, pelo menos momentaneamente, através de suas próprias forças. Esse é o fundamento básico, por exemplo, das ações afirmativas.

O constitucionalismo e o Estado de Direito, no entanto, não surgiram preocupados com tais considerações de amor ao próximo. Nesse sentido, para se compreender o constitucionalismo fraternal do Estado Democrático de Direito, deve-se traçar uma breve evolução, do constitucionalismo liberal ao social, com as respectivas marcas no Estado Liberal e Social.

É conhecido o marco inicial do constitucionalismo clássico, apontado por diversos autores a partir das revoluções americana de 1776 e francesa de 1789. Tal abordagem, no entanto, encontra-se incompleta, como sustenta Dalmo de Abreu Dallari. Para o autor, o constitucionalismo precede às mencionadas revoluções, nestes termos:

O constitucionalismo nasceu durante disputas medievais pelo domínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Aqui nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios.³

Tendo como característica básica a confecção de uma Constituição escrita, é célebre a lição liberal francesa no sentido de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, nos termos do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

o preâmbulo, o qual, apesar de não ser norma jurídica, deve ser levado em conta como vetor interpretativo do texto constitucional. Como não fez tal distinção, sua intenção foi de apresentar os vocábulos como sinônimos. No presente texto, ambas as expressões serão aplicadas indistintamente. Para um estudo sobre a evolução histórica dos conceitos ver: FERREIRA, Emanuel de Melo. A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010, p. 5985-5993.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35

O constitucionalismo liberal representou a ruptura com o absolutismo monárquico, não mais se reconhecendo privilégios em razão do nascimento, pelo que consagrou a liberdade e igualdade sob o aspecto formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Exigia-se, unicamente, um absentéismo estatal para a proteção dos direitos civis.⁴

A interpretação meramente formal da igualdade seria o objeto do maior descontentamento da sociedade com o constitucionalismo liberal, quando do agravamento das sérias tensões sociais surgidas com o desenvolvimento da Revolução Industrial. Ficou evidente a necessidade de se prover um mínimo de igualdade material aos indivíduos, considerando que, de fato, há desigualdade entre os homens. A fórmula liberal, assim, aplicada isoladamente, consistiria em mera retórica. Ganha força, assim, uma concepção material dos direitos, determinando uma postura ativa, prestacional, do Estado no sentido de promover, por exemplo, a igualdade material entre os indivíduos.

É na terceira fase dessa evolução, no entanto, quando se vai encontrar a justificativa para o reconhecimento de direito às minorias, como mulheres, crianças, idosos, índios e remanescentes das comunidades dos quilombos. O constitucionalismo fraternal é aquele que reconhece a diferença entre os homens e não tenta assimilá-la, mas sim respeitá-la. Fixam-se regras básicas de convivência, como o respeito aos direitos fundamentais e à democracia e, uma vez cumpridas essas condições, aquela minoria, substancialmente diferente da maioria, tem total direito de viver sua vida de acordo com suas crenças e convicções.

Carlos Ayres Britto sintetiza o constitucionalismo fraternal do seguinte modo:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40. Segundo o autor: "Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade."

isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa”.⁵ (destaques no original)

Especificamente no âmbito do reconhecimento do direito à propriedade aos remanescentes das comunidades quilombolas, percebe-se, no contexto do constitucionalismo fraternal, o acerto do constituinte de 1988 em consagrar a norma prevista no art. 68 do ADCT.

Levando em conta o passado de forte exclusão vivido pelas comunidades quilombolas ou seus remanescentes, seu passado de resistência à opressão bem como suas especiais e próprias formas de fazer, viver e criar, tem-se a caracterização de um grupo com cultura própria, diferente da maioria circundante. Além disso, a íntima relação com a terra em que habitam ou pretendem habitar torna ainda mais necessária a existência do art. 68, pois, como se sabe, muitas das consequências nefastas da escravidão perduram até hoje.

2 O CONCEITO DE QUILOMBOS: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ARQUEOLÓGICO EM FACE DOS DIREITOS CULTURAIS DOS QUILOMBOLAS

Sem dúvida alguma a delimitação conceitual do termo “quilombos” é essencial para a compreensão do art. 68 do ADCT e dos critérios postos no Decreto 4.887/2003 para identificação dos remanescentes daquelas áreas. Sobre o tema, duas principais correntes conceituais se apresentam:

5 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

a primeira propõe uma leitura arqueológica do termo, nos moldes em que classicamente concebido, enquanto a segunda apregoa uma evolução interpretativa.

2.1 O CONCEITO ARQUEOLÓGICO DE QUILOMBO

O termo quilombo possui definição clássica, atrelada à legislação repressiva do período imperial brasileiro. Nesse sentido, quilombo foi concebido como: “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Tal conceito, de acordo com a informação de Alfredo Wagner Berno de Almeida, foi formulado como uma “resposta ao rei de Portugal”, em face de consulta feita ao Conselho Ultramarino, em 1740.⁶

O mencionado autor aponta os cinco elementos informadores do conceito, analisando-os nos seguintes termos:

O primeiro é a fuga, isto é, a situação de quilombo sempre estaria vinculada a escravos fugidos. O segundo é que quilombo sempre comportaria uma quantidade mínima de “fugidos”, a qual tem que ser exatamente definida — e nós vamos verificar como é que ocorrem variações dessa quantidade no tempo. Em 1740, o limite fixado correspondia a “que passem de cinco”. O terceiro consiste numa localização sempre marcada pelo isolamento geográfico, em lugares de difícil acesso e mais perto de um mundo natural e selvagem do que da chamada “civilização”. Isso vai influenciar toda uma vertente empirista de interpretação, com grandes pretensões sociológicas, que conferiu ênfase aos denominados “isolados negros rurais”, marcando profundamente as representações do senso comum, que tratam os quilombos fora do mundo da produção e do trabalho, fora do mercado. Esse impressionismo gerou outro tipo de divisão, que descreve os quilombos marginalmente, fora do domínio físico das plantations. O quarto elemento refere-se ao chamado “rancho”, ou seja, se há moradia habitual, consolidada ou não, enfatizando as benfeitorias porventura existentes. E o quinto seria essa premissa: “nem se achem pilões nele”. Que significa “pilão” nesse contexto? O pilão, enquanto instrumento que transforma o arroz colhido em alimento, representa o símbolo do autoconsumo e da capacidade de reprodução. Sob esse aspecto, gostaria de sublinhar que foi a partir de uma pesquisa sobre conflitos envolvendo famílias camponesas,

6 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 47.

que representam simultaneamente unidades familiares de trabalho/ produção e de consumo, que cheguei às denominadas terras de preto. Um dado de pesquisa é que nessas situações sociais o pilão traduz a esfera de consumo e contribui para explicar tanto as relações do grupo com os comerciantes que atuam nos mercados rurais quanto sua contradição com a grande plantação monocultora. Aliás, ao contrário do que imaginaram os defensores do “isolamento” como fator de garantia do território, foram essas transações comerciais da produção agrícola e extrativa dos quilombos que ajudaram a consolidar suas fronteiras físicas, tornando-as mais viáveis porquanto acatadas pelos segmentos sociais com que passavam a interagir.⁷ (destaques no original)

O conceito proposto, como será visto, sofreu diversas impugnações, apresentando variações que culminaram, hodiernamente, com o reconhecimento dos quilombolas como entidade étnica sujeita à proteção estatal. Uma dessas variações é apontada no trecho transcrito, referindo-se à diminuição do número de escravos fugidos para fins de caracterização dos quilombos. Além disso, o próprio conceito como um todo fora abandonado quando do advento da República, como se, num passe de mágica, simplesmente não mais existissem os quilombos.⁸

No contexto das críticas lançadas ao conceito, pode-se assentar que a ideia de fuga como único meio de formação dessas comunidades é incompleta.⁹ Não foram raras operações como as de doação, principalmente em face da crise econômica que atingiu o preço de produtos como algodão e cana-de-açúcar, fazendo com que diversos engenhos fossem desarticulados, com o consequente abandono ou doação de tais bens, pelos grandes proprietários, aos escravos. Além disso, estes, simplesmente, ocupavam tais terras abandonadas, existindo, ainda hoje, testamentos e inventários comprovando essa forma de aquisição da propriedade.¹⁰

7 Idem. p. 48-49. O intuito de Alfredo Wagner Berno de Almeida, no seu artigo ora em estudo, é desconstruir esse conceito “frigorificado” de quilombo. Para tanto, o autor lança diversas impugnações ao longo do texto, demonstrando que, mesmo antes de se pensar as comunidades quilombolas como entidades étnicas sujeitas à proteção estatal, aquele conceito clássico já não se sustentava, ante, por exemplo, as transformações econômicas que acabaram por diminuir os poderes dos senhores de engenho, fazendo com que estes perdessem, gradativamente, a possibilidade de impor sua vontade violentamente aos escravos fugidos.

8 Idem. p. 53.

9 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In.: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 449.

10 ALMEIDA, op. cit. p. 63.

Outra crítica feita ao conceito refere-se à necessária distância entre o quilombo e o restante da sociedade, notadamente da casa do senhor de engenho. Novamente, o argumento econômico serve para justificar a presente impugnação, pois, como a diminuição do poder dos grandes proprietários, estes não mais puderam conter o avanço e crescimento daquelas comunidades, as quais puderam se desenvolver até bem próximo dos antigos locais de opressão, como a casa-grande. O caso Frechal é um exemplo dessa constatação, pois tal quilombo fora constituído a 100 metros da casa-grande.¹¹

As duas últimas características do conceito em estudo, quais sejam, a habitualidade da moradia dos ocupantes dos quilombos, bem como a utilização de tais terras para sua subsistência, não se afiguram, em si mesmas, incorretas. Nesse sentido, como será analisado adiante, quando da proposição de releitura daquele conceito, a especial forma de interação entre as comunidades quilombolas e a terra configura-se um traço marcante para a caracterização delas como entidades étnicas, cujos direitos culturais devem ser protegidos.

2.2 O MODERNO CONCEITO DE QUILOMBO

Já se demonstrou que o conceito clássico de quilombo não resiste às críticas antes apontadas, concernentes na origem exclusiva na fuga dos escravos, na necessária distância entre o quilombo e a casa-grande e na fixação fechada de um número mínimo de ocupantes do território.

A ressignificação do conceito de quilombo culmina com a caracterização das comunidades a ele ligadas como entidades étnicas, ou seja, minorias com próprias maneiras de fazer, viver e criar, que bem as diferenciam da sociedade que a circunda. Jorge Miranda aponta a dificuldade em se definir o termo “cultura”. Mesmo assim, o autor aponta o conteúdo do mesmo: “*tudo aquilo que tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; tudo que se reporta a bens não económicos; tudo que tem ver com obras de criação ou de valoração humana, contrapostas às puras expressões da natureza*”.¹²

11 Idem. p. 54. Os efeitos da crise economia são bem analisados pelo autor, nestes termos: “Caso nos empenhemos numa releitura das fontes documentais e arquivísticas, veremos que há indícios dessa idéia de quilombo enquanto processo de produção autônomo, no momento em que os preços dos produtos do sistema de monocultura agrário-exportador estavam em declínio no mercado internacional. Esse quadro propiciava situações de autoconsumo e de autonomia a pouca distância da casa-grande. Tratava-se de famílias de escravos que mantinham uma forte autonomia em relação ao controle da produção pelo grande proprietário, que não era mais o organizador absoluto da produção diante das dificuldades com a queda do preço de seu produto básico”.

12 MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <<http://www.fid.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

Não é difícil encontrar nos direitos dos remanescentes das comunidades de quilombos no próprio termo “quilombos” a caracterização apresentada pelo autor português mencionado. Inicialmente, deve-se consignar que a relação daqueles sujeitos com a terra em que ocupam ou exploram não é caracterizada pela marca individual, mas sim coletiva. Nesse sentido, o próprio art. 17 do Decreto nº 4.887/2003 reconhece, corretamente, que os títulos de propriedade serão expedidos de forma coletiva, cabendo às associações legalmente constituídas a representação das comunidades.¹³

Além disso, o intuito da propriedade quilombola não é o aumento do patrimônio de seus membros. A tais comunidades, na sua ampla maioria formada por pessoas pobres, é deferido, unicamente, o direito de propriedade para fins de exploração para sua própria subsistência. É nesse sentido que o mencionado art. 17 determina a obrigatoriedade de cláusula de inalienabilidade em tais títulos de propriedade, fortalecendo a ideia de que o aspecto econômico e patrimonial, para as comunidades remanescentes de quilombos, é totalmente secundário. Não se quer com isso sustentar que eventuais excedentes encontráveis na exploração sustentável das áreas não possam ser objeto de apropriação pela comunidade. A busca por melhores condições de vida, com a aplicação do superávit fruto de excedentes da produção, não está vedada, pelo que se busca garantir o desenvolvimento das comunidades.

Finalmente, as mencionadas formas próprias de criar, fazer e viver de tais comunidades transformam a relação ordinária e marcadamente patrimonial que a maioria da sociedade apresenta em relação à natureza. Como criação tipicamente humana, essas novas formas de enxergar os bens ambientais credenciam, mais uma vez e de acordo com o último conteúdo proposto por Jorge Miranda, o reconhecimento da cultura própria dos quilombolas.

Essas características agora apontadas como as mais relevantes para a caracterização moderna dos quilombos foram levadas em conta, com extrema seriedade, pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), como apontado por Eliane Cantorino O'Dwyer. A autora, após assentar a necessidade “*de se perceberem os fatos a partir de uma outra dimensão que venha a incorporar o ponto de vista dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição Federal*”, transcreve o entendimento

13 “Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas”.

básico daquela associação sobre a caracterização dos remanescentes da comunidades de quilombos, nestes termos:

O termo quilombo tem assumido novos significados na literatura especializada e também para grupos, indivíduos e organizações. Ainda que tenha um conteúdo histórico, o mesmo vem sendo ‘ressemantizado’ para designar a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos do Brasil. [...] Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio. [...] No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização dessas áreas obedece à sazonalização das atividades, sejam agrícolas, extrativistas ou outras, caracterizando diferentes formas de uso e ocupação dos elementos essenciais ao ecossistema, que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade.¹⁴

As características culturais do grupo estão todas claramente postas no mencionado documento:

- 1) origem não necessariamente insurrecional, mas marcada pela existência de grupos que resistem no sentido de manter suas próprias formas de vida;
- 2) territorialidade;

14 O'DWYER, Eliane Cantorino. Introdução - os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 18-19. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento aponta que: “Para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ele apresenta para a cultura ocidental hegemônica. Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica”. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

- 3) coletividade e sustentabilidade no uso dos recursos naturais; 4) solidariedade entre os membros.

Essa evolução das comunidades quilombolas, com o reconhecimento do direito à sua diferença, aponta para o constitucionalismo fraternal e para a caracterização dos direitos humanos numa perspectiva multicultural. É esse novo paradigma, por exemplo, que vai tornar essencial e legitimador a aceitação do critério da auto-atribuição como requisito para a identificação das comunidades remanescentes e consequente reconhecimento do seu direito de propriedade.

Como o reconhecimento desses direitos somente é possível numa perspectiva multicultural, é a partir desse ideário que serão analisados os critérios identificadores dos remanescentes das comunidades quilombolas. É a concepção multicultural dos direitos humanos que justifica o reconhecimento do direito à diferença, com o consequente respeito que maioria hegemônica tem de ter com as minorias.

3 A IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS

Como dito anteriormente, o Decreto nº 4.887/2003 aponta os seguintes critérios para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de acordo com seu art. 2º: 1) a auto-atribuição; 2) a trajetória histórica própria no contexto do coletivismo; 3) territorialidade; 4) a presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Tal regulamentação é amplamente informada pelo multiculturalismo dos direitos humanos, pois expressamente reconhece os quilombolas como grupo diferente da maioria e não pretende assimilá-los a ela. Para a compreensão do dispositivo e, principalmente, do critério da auto-atribuição, é essencial compreender em que consiste a concepção multicultural de direitos humanos, no contexto do debate entre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos. O referencial teórico básico, como anunciado, será o texto “*Uma concepção multicultural de direitos humanos*”, de Boaventura de Souza Santos.¹⁵

Em tal obra, o autor sustenta a necessidade de um diálogo intercultural como forma de garantir o conteúdo emancipatório dos

15 SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In.: *Contexto Internacional*, n. 23. p. 7-34. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>.

direitos humanos, reconhecendo-se que cada cultura é incompleta e apresenta visões parciais da dignidade da pessoa humana. Essa compreensão de diversidade e diferenças entre as culturas somente é possível a partir de uma interpretação dos fenômenos envolvidos que siga um método hermenêutico diatópico. A hermenêutica diatópica normatiza a interpretação no contexto do diálogo intercultural, levando em conta, seriamente, as diferenças e semelhanças entre as culturas. No entanto, o papel desse método não é buscar a igualdade, mas sim frisar as desigualdades entre as culturas. Assim está caracterizado esse procedimento:

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez a que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisso reside o seu carácter diatópico.¹⁶

Como se buscará demonstrar adiante, a legitimidade e proeminência do critério da auto-atribuição se deve ao fato de ser a partir dele que o diálogo intercultural poderá ser estabelecido.

3.1 OS CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS E A BUSCA PELA VERDADE POSSÍVEL

Os critérios de identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos previstos no art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 vieram superar o anacrônico sistema previsto no Decreto nº 3.912/2001. A evolução merece ser, sucintamente, analisada.

O antigo Decreto nº 3.912/2001, em seu artigo 1º, previa que *“somente pode ser reconhecida a propriedade sobre as terras que: I – eram ocupadas por quilombos em 1888; II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”*. Percebe-

16 Idem. p. 21. Os topoi são “os lugares comuns retóricos mais abrangentes de uma determinada cultura”. O autor aponta, ainda, que: “compreender determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível”. Idem. p. 20.

se, claramente, como a anterior regulamentação partia do conceito arqueológico de quilombo. Desse modo, as críticas anteriormente lançadas são plenamente aplicáveis à presente definição.

Além delas, é possível tecer mais algumas considerações acerca do anacronismo das datas propostas. A fixação da ocupação em 1888, levando em conta a simbólica data da abolição da escravidão, chega a ser ingênua, se não fora, deliberadamente, adotada com fins unicamente destinados a evitar a real concretização do art 68. Ora, é de todos conhecida a lição histórica de que, em diversas províncias brasileiras, como o Ceará, a escravidão já havia sido abolida desde 1884. Diga-se, ainda, que soa, no mínimo, estranho um prazo de usucapião de 100 anos, reconhecendo que, nos termos da lei civil, o maior prazo é de 15 anos.¹⁷ Sendo assim, ante a total imprestabilidade em se fixar a data da abolição da escravidão, a mesma deve ser totalmente desconsiderada.

A fixação do segundo marco, de igual modo, afigura-se incorreta. É certo que o texto do art. 68 garante o direito de propriedade para aqueles remanescentes das antigas comunidades que *estejam ocupando* tais áreas. Valendo-se dessa disposição verbal no gerúndio, o Decreto nº 3.912/2001 entendeu por bem fixar aquele outro marco temporal, referente à promulgação da Constituição. Novamente, a imprecisão e a desvinculação com a realidade social é manifesta, pois um grupo que, eventualmente, tenho sido expulso de suas terras, até mesmo violentamente, não pode ser privado do direito à área, mesmo não a ocupando em 5 de outubro de 1988. É evidente que um sujeito não pode ter seu direito sonogado em face de fato de outrem, ainda mais diante de eventual violência. Além do mais, ambas as datas são inconstitucionais por apontarem restrições ao art. 68 sem qualquer autorização constitucional, chegando, praticamente, a inviabilizar sua concretização.¹⁸ Como se sabe, as

17 SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição*: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

18 Deborah Duprat bem analisou essas inconstitucionalidades nestes termos: “Ao dispor que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos, o art. 68 do ADCT não apresenta qualquer marco temporal quanto à antigüidade da ocupação, nem determina que haja uma coincidência entre a ocupação originária e a atual. O fundamental, para fins de se assegurar o direito ali previsto, é que de comunidades remanescentes de quilombos se cuide e que, concorrentemente, se lhe agregue a ocupação das terras enquanto tal. Assim, os dois termos — remanescentes de comunidades de quilombos e ocupação de terras — estão em relação de complementaridade e acessoriedade, de tal forma que a compreensão de um decorre necessariamente do alcance do outro. E estes, e apenas estes, são necessários à interpretação do comando

normas constitucionais, principalmente as consagradoras de direitos fundamentais, devem ser interpretadas de modo a que se retire a máxima efetividade das mesmas, garantindo-se direitos na máxima amplitude possível.¹⁹ A regulação ora criticada parte, no entanto, de uma mínima eficácia do texto.

Não bastassem essas inconstitucionalidades, as disposições do Decreto antigo, por não respeitarem a auto-atribuição, a territorialidade, a coletividade e tradição de resistência à opressão daqueles grupos, afigurar-se-ia manifestamente inconvenção,²⁰ por violarem frontalmente as disposições da Convenção nº 169 da OIT, a qual, por ter natureza de tratado internacional sobre direitos humanos, tem caráter supra-legal, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).²¹ As questões em torno da inconvenção, no entanto, não foram levantadas diante da revogação do Decreto ora em comento e também porque esse entendimento do STF somente foi adotado em 2008, após, portanto, a publicação do Decreto.

A busca pela verdade no caso, a saber, caracterizar corretamente um sujeito como remanescente de comunidade quilombola não pode, a pretexto de se alcançar uma verdade absoluta, fixar critérios manifestamente contrários aos direitos culturais de uma minoria étnica. A busca por essa verdade deve ser também resignificada, partindo-se da premissa, hoje cada vez mais difundida no direito processual, de que a verdade é algo em si inatingível.

Provar um fato ocorrido contemporaneamente, tentando reconstruí-lo a partir dos meios de prova admitidos pelo Direito já é algo problemático, imagine-se buscar, unicamente por critérios estritamente objetivos, provar um fato ocorrido há mais de 100 anos. Esses problemas acerca da reconstrução dos fatos, no processo civil, são de diversas ordens, como a subjetividade do testemunho de quem os tiver presenciado ou mesmo a vedação posta pelo ordenamento acerca

constitucional. O que não se admite, certamente, é que um mero decreto — o que sequer à lei se autoriza —, numa visão unilateral, opere um reducionismo no conteúdo de sentido da norma”. (destaques no original). PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01. In.: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002. p. 283.

19 SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis. p. 172.

20 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle de Convencionalidade das Leis. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

21 RE 466.343. Rel. Ministro César Peluso. Dje nº 104. Publicação em 05/06/2009.

da admissibilidade de provas ilícitas. Evidentemente, tal vedação é correta, mas, juntamente com o problema anterior, ela leva a uma conclusão inafastável: não se pode alcançar uma verdade absoluta através de qualquer procedimento. O que se deve buscar, assim, é uma verdade possível, construída argumentativamente pelas partes envolvidas no litígio.²²

O alcance a essa verdade possível, negado pelo Decreto anterior, é garantido pelo atual. Como dito anteriormente, o art. 2º do Decreto nº 4.887/2003 fixa os seguintes critérios para identificação dos remanescentes: *“Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.”*

Como será estudado adiante, a atual regulamentação, além de fixar aqueles critérios subjetivos e objetivos para a identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos, prevê a participação de eventuais prejudicados no procedimento de demarcação, garantindo-se o contraditório necessário para a construção dialogada da verdade.²³ A busca por essa verdade possível na caracterização dos quilombolas, no entanto, não pode se converter em instrumento para acobertar fraudes, devendo essa preocupação ser levada a sério quando da análise dos critérios postos para identificação.

3.1.1 A AUTO-ATRIBUIÇÃO COMO PONTO DE PARTIDA DO DIÁLOGO INTERCULTURAL

A auto-atribuição consiste na oitiva prévia do beneficiário de determinado direito consagrado para minorias como forma de legitimar sua caracterização como sujeito de direito, dando especial destaque para essa declaração como forma de não se impor uma verdade hegemônica da maioria sobre a vida dessa minoria. A auto-atribuição está prevista no art. 1º, item 2 da Convenção 169 da OIT, o qual expressamente consigna que: *“A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”*.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 48-50.

²³ Art. 7º, §2º. Além do mais, tratando-se de processo administrativo, incidem as normas constitucionais garantidoras do devido processo legal e as disposições da Lei nº 9.874/99, a qual regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

A partir das considerações anteriormente lançadas sobre o multiculturalismo e, especialmente, sobre a hermenêutica diatópica, fica fácil justificar a legitimidade do presente critério. Ele assume o caráter de ponto de partida necessário para o diálogo intercultural, o qual decorre, como visto, da constatação de que as culturas apresentam diferentes e incompletas concepções de dignidade da pessoa humana.

Não se desconhece a diferenciação que a doutrina constitucional faz entre direitos fundamentais e direitos humanos, situando os primeiros na ordem interna de determinado Estado (como previsto na Constituição) e os segundos na ordem internacional (como consagrado nos tratados). Nesse sentido, poder-se-ia objetar que a questão de identificação dos quilombolas, por ser assunto de direito interno, não deveria sofrer os influxos da teoria multicultural dos direitos humanos, a qual, na própria formulação de Boaventura de Sousa Santos, está situada no contexto da globalização e internacionalização do discurso daqueles direitos.

Essa eventual objeção, de caráter meramente formal, não poderia proceder. É certo que a questão quilombola, numa análise a partir unicamente do art. 68, poderia se apresentar como questão de direito unicamente interno, não atraindo as preocupações do multiculturalismo. No entanto, toda questão de direito fundamental (analisada, portanto, sob o ângulo interno) também se afigura como um problema de direitos humanos à medida em que, caso o Estado em questão não atue, será possível o acionamento de cortes internacionais de direitos humanos. Além disso, o paradigma da soberania absoluta dos Estados está superado, admitindo-se intervenções internacionais (não meramente estrangeiras) com a finalidade de proteger os direitos humanos.

Mas não é só. É certo que a concepção multicultural dos direitos humanos, como formulada por Boaventura de Sousa Santos, preocupa-se com o desenvolvimento dos direitos humanos no contexto da globalização, num cenário que coloca em jogo dominadores e dominados, tendências hegemônicas e contra-hegemônicas. Ora, qual seria a situação dos remanescentes das antigas comunidades de quilombos, aqui no Brasil, senão a de um grupo historicamente dominado e excluído? Sendo assim, é manifesta a aplicabilidade do multiculturalismo à hipótese.

Admitindo-se sua utilização, deve-se, igualmente, admitir como legítimo o critério da auto-atribuição, pois é através dele que o Estado e a sociedade circundante, os quais formam a maioria que pode tender à opressão, conseguiram entender os remanescentes de quilombos a partir de sua própria linguagem. Trata-se, assim, do início de um diálogo intercultural.

Veja-se que não se trata, por outro lado, de um diálogo acabado. Uma das críticas feitas ao presente critério é a possibilidade de manipulações e fraudes pelas partes beneficiárias. Tal crítica é verdadeira no sentido de que, realmente, tais vícios podem ocorrer, cabendo ao Direito combatê-los.²⁴ No entanto, essa objeção erra quando busca, pura e simplesmente, a proscrição desse critério de identificação, pois, como será visto adiante, ele não é o único critério posto.²⁵ Diz-se, assim, que o diálogo intercultural não se encerra com a auto-atribuição porque aqueles outros critérios postos (territorialidade, coletividade e passado de resistência à opressão) também devem ser objeto do diálogo. Com a análise desses últimos critérios objetivos, afasta-se a preocupação acerca das fraudes, sempre num contexto, relembre-se, de que a verdade absoluta é inatingível.

Deve-se deixar claro, no entanto, que a auto-atribuição goza de primazia em relação aos outros critérios porque é somente a partir dela que todo o procedimento de demarcação e titulação se inicia.

4.1.2 A TERRITORIALIDADE

Feita a auto-atribuição pelo grupo, iniciar-se-ão as investigações históricas e antropológicas sobre os demais critérios, a fim de, numa perspectiva multicultural, analisar a existência daqueles traços objetivos antes postos. Um deles é a territorialidade, a qual consiste, como também já frisado anteriormente, na especial relação entre o grupo étnico a terra em que ocupa.²⁶ Carlos Ari Sundfeld assim disserta sobre a territorialidade:

24 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*. Ob. cit. p. 459.

25 Sobre o tema, Daniel Sarmento assim se manifesta: “É importante ressaltar que a auto-definição é um dos critérios adotados pelo Decreto 4.887/03, mas não o único. Trata-se de um critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se cancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas”. SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição*: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

26 De acordo com o art. 13.1 da Convenção 169 da OIT, tem-se a consagração do critério da territorialidade e do coletivismo, adiante analisado: “Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua

Outro parâmetro importante na identificação das comunidades quilombolas é a percepção de como as terras são utilizadas pelas mesmas. A territorialidade é um fator fundamental na identificação dos grupos tradicionais, entre os quais se inserem os quilombolas. Tal aspecto desvenda a maneira como cada grupo molda o espaço em que vive, e que se difere das formas tradicionais de apropriação dos recursos da natureza. São as terras de uso comum, em especial as “terras de preto”, cuja ocupação não é feita de forma individualizada, e sim em um regime de uso comum.²⁷

Assim, mesmo que determinada comunidade se auto-declare como remanescente de quilombo, se não restar caracterizada, cabalmente, qualquer relação especial da mesma com a terra em que ocupa ou pretenda ocupar, aquela não poderá titularizar o direito previsto no art. 68.

3.1.3 A COLETIVIDADE DO GRUPO NO CONTEXTO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA PRÓPRIA

Reportando-se, novamente, àqueles critérios caracterizados de dada cultura, anunciados por Jorge Miranda, tem-se que a especial forma de criar, fazer e viver de determinado grupo étnico encontra-se especialmente protegido pelo Direito. No caso brasileiro, os arts. 215 e 216 da Constituição especificamente tratam do tema, buscando promover a proteção dos grupos com trajetória histórica própria, os quais, a partir dessas características, são considerados como formadores da sociedade brasileira. Essas especiais formas de vida e de trajetória histórica são caracterizadas pelo coletivismo. Novamente, cita-se Carlos Ari Sundfeld, o qual sustenta que a identidade coletiva:

Trata-se de identificar a forma pela qual o grupo remanescente de quilombo conseguiu manter o seu modo de vida, resistindo às influências externas e mantendo os seus traços culturais e habitacionais ao longo das gerações. A partir da identificação desse modo de vida, conclui-se, em regra, que a titulação deve recair não só sobre os espaços que o grupo mora e cultiva, mas também sobre aqueles necessários ao lazer, à manutenção, da religião, à perambulação entre as famílias do grupo e também aqueles destinados ao estoque de recursos naturais.²⁸

relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”

27 SUNDFELD, Carlos Ari. Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias). Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Abaré, 2002. p. 78-79.

28 Idem. p. 79.

O coletivismo, por ser tão marcante nesses grupos, justifica até mesmo a titulação da terra de forma coletiva, como informado anteriormente. Sendo assim, se determinado grupo: 1) se auto-declara como remanescente de comunidade quilombola; 2) apresenta forte vínculo com sua terra; 3) mas apresenta tendência de explorá-la individualmente, em manifesto confronto com sua trajetória histórica própria, conforme apurado em laudos periciais específicos, não fará jus à proteção constitucional nos termos do art. 68. Eventualmente, o grupo poderá ser caracterizado como população tradicional, a merecer proteção a partir do art. 215 e 216 da constituição.

3.1.4 PRESUNÇÃO DE ANCESTRALIDADE NEGRA RELACIONADA COM A RESISTÊNCIA À OPRESSÃO HISTÓRICA SOFRIDA

O último critério objetivo elencado enuncia uma presunção. E nem poderia ser diferente, pois buscar uma comprovação cabal sobre um fato ocorrido, possivelmente, há mais de 100 anos, qual seja, a luta negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida,²⁹ afigurar-se-ia um verdadeiro absurdo.

Não é por acaso que o Decreto prevê esse critério como o último. Nesse sentido, casos os “testes” anteriores tenham sido favoráveis ao reconhecimento do grupo como quilombola, a presunção de ancestralidade negra relacionada à resistência será, tranquilamente, também favorável. Tal presunção somente cederá frente a uma fortíssima argumentação contrária, escudada em estudos históricos robustos. É difícil imaginar, nessa situação favorável ao pleito em face dos critérios anteriores, uma ocorrência prática em que a presunção ora em estudo seria desfavorável.

Por outro lado, a expressão “ancestralidade” não pode, também ela, ser entendida de modo estanque, referindo-se unicamente àqueles antepassados que se opuseram à opressão até 1888, por exemplo. Nesse sentido, demonstrando que a opressão aos quilombolas não pode ser analisada congeladamente até 1888, Leinard Ayer de Oliveira aponta, no contexto da fixação da data de 1888 como mera invenção, que:

Queremos mostrar primeiramente que a data de 1888, embora seja um marco formal para os negros no Brasil, não tem importância central

²⁹ Esse passado de perseguições, como é evidente, contribuiu para a formação das tradições do grupo, encontrando tal critério guardado no art. 1.1 da Convenção 169 da OIT: “A presente Convenção aplica-se a povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais”.

no que diz respeito aos quilombos. Eles se formam por escravos libertos e insurretos e negros livres antes e depois da abolição. Enquanto vigora a escravidão, os quilombos cumprem a função de abrigar as populações negras, configurando um tipo de resistência. Finda a escravidão, e sabemos que a Lei Áurea só vem formalizar uma realidade conquistada pelas populações negras uma vez que quase todos os escravos já se haviam libertado quando da assinatura da lei, os quilombos serão o único espaço onde muitos negros, excluídos pela nova ordem que se configura, poderão sobreviver física e culturalmente. Os quilombos continuam representando a resistência negra. É, portanto, perfeitamente lógico falar-se em quilombos mesmo após 1888.³⁰

Sendo assim, esse passado de ancestralidade não precisa se reportar a tempos imemoriais ou, necessariamente, até 1888. Mesmo após essa data houve opressão histórica aos ancestrais do grupo.

4 CONCLUSÃO

O presente texto procurou demonstrar como o constitucionalismo fraternal tem a capacidade de ressignificar diversos conceitos, como o de quilombo, acarretando consequências impensáveis até bem pouco tempo atrás, quando se vivia unicamente o paradigma do Estado Social. A principal consequência estudada ao longo do texto foi a consagração de um direito à diferença e à inclusão.

Esses novos significados fazem com que o conceito clássico de quilombo, pensado num contexto de repressão penal, seja ressemantizado para alcançar a proteção dos quilombolas, grupo étnico dotado de formas próprias de criar, fazer e viver. Essa evolução vai justificar a aceitação dos critérios de identificação postos no Decreto nº 4.887/2003, em especial a auto-atribuição.

Nesse sentido, a auto-atribuição apresenta um destaque especial em relação aos demais critérios, pois é através dela que o diálogo entre as culturas, dominante e dominada, poderá se iniciar. Esse especial destaque, contudo, não propicia ao presente critério uma posição hierárquica abstrata superior, pois os demais instrumentos de identificação também devem ser levados a sério na análise.

É possível, assim, que determinada comunidade, mesmo se declarando quilombola, tenha sua característica oficialmente negada em face da ausência de territorialidade, coletivismo ou passado histórico ligado à resistência à

30 OLIVEIRA, Leinard Ayer de. Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001. In.: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001. p. 31.

opressão. Tal constatação contrária à auto-atribuição, no entanto, deve apresentar fortíssima carga argumentativa, sendo lastreada em laudos periciais e demais meios de prova. O que não se pode admitir é que a consciência que a própria comunidade tem de si não possa ser externada ou não seja levada a sério no diálogo proposto.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Os quilombos e as novas etnias*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Emanuel de Melo. *A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional*. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010.
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. *Breves Considerações sobre o Decreto No 3.912/01*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 30 de nov. 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf>>. Acesso em: 30 de nov. 2012.
- O'DWYER, Eliane Cantorino. *Introdução – os quilombos e a prática profissional dos antropólogos*. In: *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*. O'DWYER, Eliane Cantorino (Org.). Rio de Janeiro: Fundação FGV, 2002.

OLIVEIRA, Leinard Ayer de. Sobre as datas e as competências no Decreto nº 3.912/2001. In.: *Quilombos – a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão pró-Índio de São Paulo, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In.: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (organizadores.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTILI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis. p. 172.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. In.: *Contexto Internacional*, nº 23. p. 7-34. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>.

SARMENTO, Daniel. *Territórios quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2012.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 29 de nov. de 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Comunidades quilombolas – direito à terra (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias)*. Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Editorial Abaré, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e igualdade étnico-racial*. In.: *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR ESTADOS E MUNICÍPIOS EM TERRAS DE DOMÍNIO DA UNIÃO: CONSTITUCIONALIDADE E REPERCUSSÕES JURÍDICAS NA ESFERA FEDERAL

CREATION OF CONSERVATION AREAS BY STATES AND MUNICIPALITIES IN LANDS UNDER THE DOMINION OF THE UNION: CONSTITUTIONALITY AND LEGAL IMPLICATIONS IN THE FEDERAL AMBIT

Ana Paula Ameno Sobral¹
Advogada da União
em exercício na Consultoria Jurídica junto ao MDA

SUMÁRIO: Introdução; 1 As competências em matéria ambiental e a desvinculação, em abstrato, da dominialidade do bem como pressuposto para criação de unidades de conservação; 2 A competência ambiental e possível conflito, em concreto, de direitos fundamentais constitucionais: os critérios da cooperação e da preponderância de interesse; 3 Conclusões.

1 Pós-graduada em Direito Privado.

RESUMO: Neste artigo, serão analisados aspectos referentes à criação de unidades de conservação, notadamente no que pertine à competência e requisitos formais e materiais, nos termos da Constituição e legislação correlata. Além disso, discorrer-se-á sobre a validade da criação de tais áreas especialmente protegidas pelos Estados e Municípios em terras de domínio da União, e sobre a repercussão dos referidos atos em esfera federal

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Unidades de Conservação. Divisão. Competência. Entes Federativos. Critérios. Cooperação. Preponderância de Interesses.

ABSTRACT: In this article, issues relating to the establishment of conservation areas will be analyzed, especially those issues which pertain to competency and formal and material requirements, according to the Constitution and related legislation. Furthermore, the article will discuss the validity of the creation of such specially protected areas by states and municipalities on land under federal jurisdiction, and on the repercussion of these actions in the federal sphere of influence.

KEYWORDS: Environmental Law. Conservation Areas. Division. Competence. Federative Entities. Criteria. Cooperation. Preponderance of Interests.

INTRODUÇÃO

A temática a envolver a criação de unidades de conservação - UC é ainda objeto de debates acirrados e discussões acaloradas em meio acadêmico; àqueles que estudam e aplicam o Direito Ambiental foi conferida a missão de traçar os contornos de um novo subsistema jurídico, representativo de uma evolução cultural voltada à proteção ambiental, e que deve dialogar com as demais fontes de conhecimento para a plena eficácia de seus mandamentos.

Embora a criação de espaços especialmente protegidos com o objetivo de preservar o meio ambiente houvesse sido prevista pela Constituição de 1988, somente em 18 de julho de 2000 foi editada a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, que tratou de estabelecer os requisitos para implementação das mencionadas áreas e sistematizou suas espécies, características e objetivos primordiais.

A partir deste marco legal até os dias atuais, cerca de 900 unidades de conservação¹ foram instituídas no país, nos três níveis federativos, e em paralelo a este processo fático de multiplicação das áreas protegidas, também despontaram os questionamentos jurídicos acerca do alcance e interpretação dos dispositivos e das lacunas da Lei do SNUC; e devido à recenticidade deste fenômeno, muitos destes questionamentos ainda não foram enfrentados pelos operadores do direito, membros do Poder Judiciário, e até mesmo pelos doutrinadores.

O específico ponto referente à dominialidade das terras objeto de criação das unidades de conservação é, certamente, uma destas questões ainda não analisadas a fundo pelos intérpretes da legislação ambiental. Afinal, Estado só pode criar unidade de conservação em área pertencente ao Estado? Ou pode fazê-lo em região localizada geograficamente em seu território, mas que é de domínio municipal ou federal?

A Lei nº 9.985, de 2000, não tratou expressamente do assunto. Por este motivo, a abordagem adotada no presente estudo buscará solucionar os problemas enunciados através da interpretação do sistema jurídico brasileiro como um todo, à luz da Constituição Federal - CF, fazendo uso analógico das conclusões a que já chegou a jurisprudência, como partícipe da evolução do Direito Ambiental pátrio.

1 Disponível em: <www.conservation.org.br/publicacoes/files/06_rylands_brandon.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

1 AS COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL E A DESVINCULAÇÃO, EM ABSTRATO, DA DOMINIALIDADE DO BEM COMO PRESSUPOSTO PARA CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Como é cediço, a forma de Estado brasileira é a federativa. Ou seja, o exercício do poder político não é unitário, e sim distribuído pelas unidades autônomas que compõem a federação. No caso do Brasil, estas “coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional”² são a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

O pilar de sustentação da forma federativa de estado é a divisão de competências entre os entes autônomos. A Constituição Federal operacionalizou a repartição das atividades legiferantes e materiais entre os entes públicos, de forma que a cada um deles cabe atuar nos espaços predeterminados pelo poder constituinte.

A fragmentação das atribuições pelos entes federativos, em cada Estado, é fortemente influenciada pelo tipo histórico de federação. No caso do Brasil, a descentralização é menos acentuada, tendo sido conferida à União maior feixe de competências do que aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Não há subordinação entre os entes federados, nem hierarquia entre os atos normativos por eles editados. Há separação de matérias e tarefas a serem cumpridas por cada um daqueles no ordenamento jurídico, e a violação dos referidos limites de atuação provoca inconstitucionalidade, independente da esfera violadora ser aquela investida de maior feixe de atribuições. Daí se afirmar que um dos modelos de divisão das competências adotados pelo ordenamento pátrio é o horizontal.

No entanto, existem traços do modelo vertical de repartição de funções, nos casos em que se possibilita a todos os entes federativos tratar da mesma matéria, mas havendo certa subordinação em sua atuação. Um exemplo do modelo verticalizado é encontrado exponencialmente no art. 24 da CF, que trata da denominada competência legislativa concorrente, segundo o qual cabe à União fixar as diretrizes e normas gerais e aos Estados atuar quanto aos aspectos regionais ou ainda suplementarmente, quando ausente o diploma geral.

A competência administrativa ou material, por sua vez, faz referência ao âmbito de exercício das funções governamentais e à concretização de políticas públicas e mandamentos normativos, pode ser exclusiva ou comum. No primeiro caso, é exercida unicamente pelo ente

² Expressão de José Afonso da Silva.

a quem foi atribuída; no segundo caso, é desempenhada cumulativamente pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 23 da CF).

Quando a competência administrativa é comum, o parágrafo único do art. 23 da CF prevê a edição de lei complementar para fixar os limites das ações de cooperação entre os entes federativos. O objetivo desta norma é claro: regular as hipóteses em que a atuação legítima de tantas esferas de poder sobre a mesma matéria possa vir a gerar conflitos ou até mesmo malversação de recursos públicos.

Em matéria ambiental, a questão da repartição de competências ganha contornos ainda mais específicos. Como é cediço, somente na Constituição de 1988 a temática da proteção ao meio ambiente ganhou destaque e efetividade. E o que se percebe, até os dias atuais, é a dificuldade de se estabelecer limites de atuação dos entes federativos, seja na atividade legiferante, que foi formatada pela Lei Maior como concorrente, seja na material, que foi enquadrada como comum ou cumulativa.

Como bem afirma Vladimir Passos de Freitas, *“a prática vem revelando extrema dificuldade em separar a competência dos entes políticos nos casos concretos. Há – inegável – disputa de poder entre órgãos ambientais”*.

Conforme se depreende do texto constitucional, *“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII)”*.

Isto é, cabe a todos os entes federativos atuar administrativamente no sentido de preservar o meio ambiente, desenvolvendo políticas públicas voltadas à gestão da diversidade biológica e preservação dos ecossistemas, e exercer o respectivo poder de polícia administrativa.

Quanto à competência normativa, a CF determina caber à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VI e VII).

Um reflexo desta distribuição peculiar de competências em matéria ambiental é o art. 225 da Constituição Federal. Ele estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. E que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente

3 FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 31-32.

protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (art. 225, § 1º, III).

Para regulamentar esta previsão constitucional, e com fulcro na competência concorrente da União para emitir normas gerais acerca de proteção ao meio ambiente, foi editada, como já visto, em julho de 2000, a Lei nº 9.985, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

As unidades de conservação são espécie de espaços especialmente protegidos elencados no art. 225 da Constituição Federal. Embora somente em 1988 o legislador constituinte tenha expressamente fomentado a definição, pelos entes públicos, destas áreas singularmente tuteladas, algumas já haviam sido criadas, pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; a diferença é que, a partir da edição do mencionado marco legal, houve a sistematização, classificação, definição de espécies, objetivos e procedimentalização da instituição destas UC em todo o território nacional.

Percebe-se então que a criação de espaços especialmente preservados, com a intenção de garantir a sustentabilidade do espaço natural, a perpetuação dos sistemas vivos e da estrutura e funções dos ecossistemas neles situados⁴, não é só permitida pelo sistema normativo, mas incentivada.

Conforme dispõe o art. 7º da Lei do SNUC, as unidades de conservação dividem-se em dois grupos, com características específicas e regime jurídico diferenciado: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável.

As primeiras, em geral, quando criadas, não se compatibilizam com a ocupação humana e exploração econômica dos recursos naturais, sendo permitidas apenas pesquisas científicas e visitação pública para fins educativos, conforme disposto no plano de manejo. A maior parte delas exige composição exclusiva por terras públicas e qualquer propriedade privada deverá ser objeto de desapropriação (com exceção do Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre, e desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários, conforme art. 12, § 1º e 13, § 1º da Lei do SNUC).

As unidades de uso sustentável, por sua vez, possuem características menos restritivas. Têm por objetivo compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais; ou seja, são estabelecidas algumas limitações à utilização da vegetação

4 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2007, p. 654.

e a exploração do solo, com o objetivo de preservar o meio ambiente, mas de modo compatível com a ocupação humana, e muitas vezes com a propriedade privada (a Reserva Extrativista, de Desenvolvimento Sustentável e a Floresta Nacional devem ser compostas por áreas domínio público, mas há previsão de ocupação por comunidades tradicionais, a ser regularizada por meio de contrato de concessão real de uso, conforme arts. 17; 18 e 20 da Lei do SNUC).

Pincelado o quadro geral acerca da competência ambiental no federalismo brasileiro e do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, volta-se ao questionamento originário: afinal, o ente público somente pode criar unidade de conservação em terras de sua propriedade? Em outros termos, o domínio da área objeto de proteção é um requisito necessário à validade do ato administrativo que cria a unidade de conservação, notadamente ao elemento da competência?

Diante de tudo o quanto foi dito, entende-se que, pelo menos em abstrato, não se pode limitar a instituição de unidades de conservação pelos entes públicos às áreas de sua propriedade.

Ressalta-se, de início, que a Constituição e a Lei do SNUC não estabeleceram este tipo de vedação. Pelo contrário. A criação destes espaços foi fomentada, em todos os níveis federativos, com o objetivo de se proteger o meio ambiente (competência comum), de conferir a este direito fundamental tutela efetiva e adequada.

Neste sentido, o autor Vladimir Passos de Freitas, ao comentar o inciso VII do artigo 23 da CF, que trata da competência para preservação das florestas, fauna e flora, assevera que: “em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou ente que legislou a respeito. Todos podem atuar na preservação das árvores, da fauna, da flora. O art. 23, inc. VII, estabelece a competência comum e a todos os entes políticos cabe cumprir o dever de preservar o meio ambiente, conforme mandamento expresso no art. 225 da Carta Magna” (grifos nossos).⁵

O art. 225 da Constituição determina a definição, pelo Poder Público, de espaços territoriais especialmente protegidos, em todas as unidades da federação.

Ora, o que se depreende do comando constitucional é que todo o Poder Público pode (ou melhor, deve) criar UC, seja ele União, Estado, Distrito Federal ou Município. Todos os entes dotados de autonomia político-administrativa no Estado Brasileiro representam dimensão

5 FREITAS, Vladimir Passos. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: RT, 2000, p. 76-77.

do Poder Público. A literalidade do artigo da Constituição é reflexo da competência material comum atribuída a todos os componentes da federação em matéria ambiental. Todos devem atuar para proteger o meio ambiente, criando espaços especialmente protegidos.

E vai-se além. A Constituição incumbe às mencionadas pessoas de direito público a criação de UC em todas as unidades da federação, o que reforça o argumento de que é possível instituir-se áreas protegidas nos limites geográficos de um Município (pelo próprio Município, Estado ou União) ou de um Estado (pelo próprio Estado e também pela União⁶).

A Lei n. 9.985, de 2000, que estabelece as normas gerais para criação de unidades de conservação em todas as unidades da federação, nos termos da competência concorrente atribuída pela Carta Magna, em seu artigo 3º, reforça o quanto dito, ao dispor que o SNUC é constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estaduais e municipais.

Além disso, o referido diploma normativo contempla, em seu art. 22, §§ 6º e 7º, dispositivos que tratam da criação, ampliação e desafetação das unidades de conservação, no seguinte sentido: *i*) podem ser criadas por ato do Poder Público; *ii*) podem ser ampliadas por ato de mesmo nível hierárquico daquele que o instituiu; *iii*) somente pode haver desafetação, total ou parcial, por lei específica.

O texto legal foi objeto de interpretação doutrinária e jurisprudencial, e restou assente a possibilidade de criação e ampliação de unidades de conservação por decreto do Chefe do Poder Executivo do ente respectivo ou lei municipal, estadual ou federal; sua diminuição ou extinção, todavia, somente poderá ser efetivada por lei específica. O objetivo da norma, sem sombra de dúvida, é dificultar as decisões que representam retrocesso na evolução de proteção ao meio ambiente.

Neste sentido, o magistério de Édís Milaré:

As unidades de conservação têm sido criadas ora por lei, ora por decreto, sendo definidos os seus limites e estabelecida a disciplina do uso, conservação ou preservação de seu território e dos recursos nele existentes. É nesse contexto que se deve entender a Constituição. O Poder Público deve definir espaços territoriais a serem protegidos. Pode fazê-lo por lei ou por decreto⁷.

Não há dúvidas, portanto, de que um Município pode criar UC em sua dimensão geográfica, assim como o Estado pode fazê-lo em

6 Lembrando que não é possível a criação de UC por Estado em território de outro Estado, ou pelo Município em outro Município, por absoluta ausência de jurisdição.

7 MILARÉ. Édís, *Direito do Ambiente*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p.930.

seus limites, e a União em todo o território nacional. E nos casos de UC estadual ou municipal, isso pode ser feito por meio de ato do Poder local, Executivo ou Legislativo, a exemplo de um decreto administrativo ou lei de efeito concreto promulgada pela Assembleia Legislativa ou Câmara municipal, sendo desnecessária a participação do Congresso Nacional.

Em reforço à tese argumentativa adotada, ressalta-se que a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que fixou normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios em matéria de competência administrativa ambiental, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, conferiu a todos os entes mencionados a prerrogativa de “*definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos*” (art. 7º, X; art. 8º, X e art. 9º, X).

Além disso, conferir aos dispositivos da Constituição e da Lei nº 9.985, de 2000, interpretação restritiva, no sentido de somente facultar aos entes públicos criar UC em terrenos de sua propriedade seria, numa análise filtrada pelo princípio da supremacia constitucional, uma violação, levada a efeito pelo operador do direito, ao princípio da proporcionalidade sob o viés da proibição da proteção deficiente⁸. Isso

8 O princípio da proibição da proteção deficiente já é reconhecido pelo STF, como se depreende de excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3510: “Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

porque tal restrição em muito dificultaria a tutela, a contento, do direito fundamental transindividual ao meio ambiente sadio. Senão vejamos.

Em juízo de comparação, a extensão de terras que pertencem à União é sobremaneira maior que a de propriedade dos Estados e Municípios. Por exemplo, o critério de distribuição das terras devolutas entre as unidades federativas é residual; ou seja, pertencem aos Estados as terras devolutas não compreendidas entre as da União e dos Municípios (arts. 20, II e IV e 26 II e IV da CF).

A título de exemplo, segundo informações da área técnica do Programa Terra Legal, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, a Amazônia Legal possui aproximadamente 502 milhões de hectares. Foram arrecadados e matriculados em nome da União e/ou Incra, cerca de 120 milhões de hectares e dentre estes, cerca de 56 milhões ainda não possuem destinação específica. Com a ressalva de que ainda há terras localizadas em faixa de fronteira não arrecadadas, devolutas, e sem identificação na base cartográfica.

Somente na Amazônia Legal, até o mês de dezembro do ano de 2010, já haviam sido criadas 307 unidades de conservação. Desse total, 196 eram de uso sustentável e 111 de proteção integral, administradas tanto pelo governo federal (132) como pelos governos estaduais (175). Ao todo, as unidades estaduais somavam 563.748 km²⁹.

Diante dos dados estatísticos acima enumerados, é possível concluir que restringir aos Estados e Municípios a criação de unidades de conservação apenas em terras de sua propriedade acabaria por inviabilizar, na prática, o exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente, impedindo que regiões brasileiras como a Amazônia Legal, que possui ecossistemas naturais de significativa beleza cênica, extensa variedade biológica, inclusive de vegetação nativa, e ao mesmo tempo é palco de conflitos fundiários e desmatamento, seja objeto de ações administrativas de preservação ambiental nos moldes necessários, para máxima proteção do direito fundamental.

Ademais, facultar aos Estados e Municípios a criação de espaços protegidos em seus territórios é providência imprescindível para o sucesso e implementação do SNUC, pois ao instituí-los, ficam responsáveis pela sua gestão (inclusive instituição de seu plano de manejo) e fiscalização da utilização dos recursos naturais. Seria inviável ter a União que administrar todas as UC existentes no país, o que acabaria por desmotivar sua fundação, e consequentemente fazer da Lei nº 9.985, de 2000, mais um exemplo de diploma normativo que não obteve eficácia social.

9 Disponível em: <<http://www.imazon.org.br/publicacoes/livros/areas-protegidas-na-amazonia-brasileira-avancos-e/4-unidades-de-conservaassapso-na-amazania-legal>>. Acesso em: 20 set. 2011.

A criação de uma unidade de conservação representa o cumprimento de um ditame constitucional, e a concretização de uma política nacional com vistas a preservar o direito supraindividual ao meio ambiente sadio, com vistas à sustentabilidade das futuras gerações. E nesta empreitada administrativa, é relevante a etapa de constatação do problema da depredação dos biomas ou de verificação da existência de vegetação intocada, digna de tutela especial para que se mantenha em seu estado imaculado. E esta necessidade de proteção à fauna e flora muitas vezes é detectada pelo ente federativo mais próximo desta realidade, por lhe ser mais sensível, independente da dominialidade da área a ser protegida.

E nada impede que ocorra exatamente o oposto. Ou seja, que a União se depare com a necessidade de proteger especialmente um espaço de terras pertencente a um Estado ou Município, cuidando de sua administração e gestão. Daí se comungar do entendimento de que a criação, em abstrato, de unidades de conservação pode ser feita por qualquer ente público, independente do fator domínio, desde que verificada a necessidade de preservação de um cenário ecológico específico e se verifique, por meio de estudos técnicos, qual a espécie mais adequada à sua preservação.

Ainda deve se levar em consideração que a criação de unidades de conservação não é realizada com o objetivo de atingir interesses patrimoniais ou egoísticos do ente instituidor (ao menos é o que se espera); ela possui a finalidade de preservar um bem jurídico supraindividual.

Como é sabido, um ente político pode atuar em seu próprio benefício, como pessoa jurídica que é (o que se denomina de tutela de interesses secundários) e em prol da coletividade, do interesse público (interesse primário). A instituição de espaços ecológicos a serem protegidos se amolda à segunda hipótese. E não se há de opor o direito de propriedade como obstáculo à preservação dos interesses maiores da sociedade, independentemente do ente federativo que o concretizou.

O direito de propriedade não foi idealizado pelo constituinte ou legislador ordinário, pelo menos *a priori*, como obstáculo à preservação nacional do meio ambiente por meio de implementação de unidades de conservação, seja ela pública ou particular. Ora, se é possível instituir UC em área de propriedade privada (que a depender do nível de restrição à exploração econômica será obrigatoriamente objeto de desapropriação), também é franqueado fazê-lo em propriedade pública de titularidade diversa da entidade instituidora.

Se existe dentro do território do Estado ou do Município, por exemplo, área de vegetação nativa, que abriga espécie de animais selvagens ou espécies em extinção, é não somente permitido, mas

fomentado pela Constituição Federal que qualquer ente federativo institua a unidade de conservação de Reserva da Fauna, pois o objetivo principal da repartição da competência em matéria ambiental é proteger a natureza, independente de quem é dono da área, a União ou um cidadão particular. Deve se preservar as características bióticas e abióticas de determinado espaço, instituindo uma unidade de conservação adequada à sua realidade fática.

O que não se pode é confundir a possibilidade, em abstrato, de criação de unidade de conservação em qualquer área carecedora de proteção, por qualquer das unidades federadas, com as consequências que esta criação poderá ocasionar. Destas, tratar-se-á no tópico seguinte.

E por derradeiro, importa afirmar que a criação de uma unidade de conservação implica na instituição de limitações administrativas ao uso dos recursos naturais e exploração econômica da vegetação, ou seja, a designação de “uma área sob regime especial de administração”¹⁰; não é ato suficiente à transferência de propriedade (embora possa gerar direito à recomposição patrimonial em virtude da diminuição ou perda do potencial econômico, ou mesmo desapropriação do bem, quando exigido por lei). Daí não se entender razoável condicionar a validade do ato de criação de unidade de conservação à dominialidade do território protegido.

Embora a jurisprudência ainda não tenha se manifestado exatamente sobre o tema, é possível extrair das decisões judiciais a possibilidade, em abstrato, de criação de uma unidade de conservação em território pertencente a outro ente federativo. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO FEDERAL. [...] cabe ao Poder Público - ou seja, à UNIÃO, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal - adotar as medidas cabíveis para a defesa e a preservação do meio ambiente, assegurando, assim, seja ele ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. *Ademais, nota-se, da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, especificamente em seu inciso III, que as unidades de conservação só podem ser extintas por lei específica, restando a Carta Magna silente quanto à exigência de lei para a criação dessas áreas especiais. Nessa linha, denota-se que a alteração e a supressão dessas áreas de conservação ambiental se dão somente por meio da edição de lei específica, sendo que as intervenções tanto do Município quanto da UNIÃO de maneira alguma importam em redução da proteção ambiental conferida ao meio ambiente, tampouco comprometem tal*

10 Expressão encontrada em MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 197.

tutela, mas sim a reforçam. Neste sentido, a jurisprudência pátria já manifestou o entendimento de que é constitucional a tutela conjunta ao meio ambiente pelo Município e pela UNIÃO, senão vejamos: ‘UNIÃO FEDERAL. IBAMA. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO FEDERAL. O fato do Município haver editado uma lei criando uma área de proteção ambiental. não conflita com o direito da União de criar unidades de conservação, nos termos do art.23, VI e VII, bem como art. 225, § 1º, inciso III, e § 4º, todos da CF/88.’ (TRF4, AG 2006.04.00.029444-7, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, D.E. 14/02/2007, grifei). ‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LEI MUNICIPAL. INTERESSE LOCAL. MINERAÇÃO CARBONÍFERA. 1. Cabe ao município legislar supletiva e concorrentemente sobre meio ambiente quando há interesse local específico com a preservação de determinada área, sem que isso importe em revogar ou restringir a proteção ambiental determinada por lei federal ou estadual. Está, pois, dentro da competência discricionária do município estabelecer em lei área que deseja proteger, assim como reduzir a proteção ambiental. 2. Em sendo a mineração carbonífera atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente, devem as empresas mineradoras se submeterem ao regramento da Lei nº 4.771/65 antes de iniciarem esse tipo de atividade, ou de paralisarem aquelas eventualmente iniciadas e que não atendem essa norma. 3. Apelação parcialmente provida.’(TRF4, AC 2001.04.01.021599-6, Terceira Turma, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ 02/10/2002) [...] Como se vê, o entendimento jurisprudencial acima externado tem fundamento na competência comum em matéria ambiental dos entes federativos, normatizada no artigo 23, incisos III, VI e VII da Constituição Federal, transcrito acima. Verifica-se, então, ser legítima a criação de unidade de conservação, pela UNIÃO, em área já tutelada pelo Município. Apelação da parte autora desprovida. Apelação da União provida.(AC 200670090032838, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 04/11/2009).

Pelo que se percebe das decisões supra, tem-se consolidado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região o entendimento pela constitucionalidade da coexistência de unidades de conservação criadas pela União e pelo Município na mesma área, com fulcro na competência comum estabelecida pela Constituição Federal em matéria ambiental.

Com efeito, entende-se que a intenção do constituinte foi a de conferir maior proteção possível ao meio ambiente, através da atribuição de

competências legislativas concorrentes e materiais comuns, para que todas as entidades da federação se engajassem na concretização das diretrizes ambientais. E o direito de propriedade não foi idealizado como obstáculo, *a priori*, para a consecução deste objetivo, seja ela pública ou particular.

Diante do quanto exposto, conclui-se não haver nulidade no ato de criação de unidade de conservação pelo simples fato de ter sido exarado por ente federativo que não detinha a propriedade das terras objeto de proteção. Não há vício no requisito competência, pois é abstratamente possível a instituição, pelos três entes federativos, de espaços ecológicos protegidos nos seus limites territoriais, independente do domínio das áreas, com fundamento na atribuição comum em matéria ambiental, e na supraindividualidade do direito ao meio ambiente sadio, que justifica esta espécie de atuação da administração pública.

No entanto, não se há de negar que a instituição de UC em área pertencente a ente federativo diverso poderá, no caso concreto, gerar conflitos de ordem prática; conflitos estes não fundados no simples esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade, mas sim no embate com outras atribuições constitucionais que devem os entes desenvolver, e que visam assegurar direitos tão dignos de tutela jurídica quanto o meio ambiente. E é sobre estes confrontos em potencial e seus critérios de solução que se passa a tratar.

2 A COMPETÊNCIA AMBIENTAL E POSSÍVEL CONFLITO, EM CONCRETO, DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: OS CRITÉRIOS DA COOPERAÇÃO E DA PREPONDERÂNCIA DE INTERESSE

Como já se delineou, afigura-se possível a criação de unidades de conservação, por ato próprio de cada ente federativo, nos limites de seu território, independente da dominialidade da área em questão. No entanto, é insofismável que a instituição de um espaço protegido por um ente público em terras de propriedade do outro poderá vir a causar conflitos de esboço constitucional, que carecem de solução *in concreto*.

O primeiro conflito que se pode perceber é aquele entre o direito ao meio ambiente sadio e o direito de propriedade. Imagine-se a hipótese em que o Estado cria uma unidade de conservação de proteção integral em terra da União. Ora, não há dúvida que esta espécie de unidade de conservação pode vir a estabelecer regime de utilização da área tão restritivo que, de fato, venha a privar o proprietário das faculdades imanescentes ao domínio.

No entanto, é cediço que a nova ordem constitucional condicionou o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social. O direito não mais se justifica se for utilizado de modo unicamente egoístico ou especulativo, não é mais um fim em si mesmo, pois deve espelhar também certas exigências voltadas ao bem comum. Esta principiologia não se circunscreve às áreas particulares, pois ninguém mais do que o Estado deve velar pela produtividade, produção alimentar, respeito ao meio ambiente e relações de trabalho, dentre outras finalidades nas quais avulta o interesse público.

Infere-se, então, que seria temerário, em cotejo com o ordenamento jurídico pátrio, fundado na supremacia constitucional, sustentar que o simples direito de propriedade, encarado como direito, exclusivo e perpétuo, utilizado para assegurar o interesse público secundário patrimonial da União, seria suficiente para, em concreto, suplantar a iniciativa do Estado de proteção ao meio ambiente.

No entanto, existe outro conflito possível, este sim, merecedor de análise aprofundada e enumeração de critérios de superação, entre o direito ao meio ambiente sadio e outras políticas de relevo social a serem empreendidas pela União na área protegida, de mesma relevância constitucional e voltada ao cumprimento do interesse público primário, em benefício de toda a coletividade. Explica-se melhor.

É natural que cada ente federativo possua sua linha político-administrativa de atuação na esfera econômica e social, com vistas a concretizar os deveres positivos do Estado, para propiciar aos cidadãos os seus direitos prestacionais de 2ª geração. Esta divisão de competências materiais é estabelecida pela própria Constituição, com o objetivo de otimizar a realização destas atividades, conferindo à União as atribuições de interesse geral, aos Estados as funções de interesse regional e aos municípios as tarefas de interesse local.

Ora, não há dúvidas que, segundo este critério, conhecido como de preponderância de interesses, foi delegado pelo constituinte originário à União uma gama consideravelmente maior de atribuições, em comparação com os Estados e Municípios. O federalismo brasileiro é inegavelmente centralizador e desigual no que tange à separação de funções, legiferante ou administrativa e também na distribuição de bens.

Destarte, cabe à União a prerrogativa de decidir quais políticas públicas de âmbito nacional devem ser empreendidas em determinado espaço do território brasileiro, inclusive sob o aspecto de sua conveniência e oportunidade. A Assembleia Constituinte de

1988, ao adotar este critério de divisão de competências e modelo de federalismo, certamente depositou inteira confiança na capacidade da União de discernir acerca da melhor política pública a ser desenvolvida em certo espaço e em determinado momento, sob a luz das necessidades mais gerais do povo brasileiro.

Nesta toada, a União, como ente federativo responsável pela concretização do interesse nacional, possui diversas linhas de atuação finalística, bem como órgãos ou entidades criadas especificamente para gestão destes interesses:

- i) tutela do meio ambiente, inclusive através da criação e gestão de unidades de conservação (Ibama e ICMBio);
- ii) implementação da política agrária constitucional através da criação de projetos de assentamento de reforma agrária e regularização fundiária das ocupações em glebas federais (Incra e Ministério do Desenvolvimento Agrário);
- iii) regularização das ocupações por comunidades tradicionais (ICMBio, SPU, e MDA);
- iv) demarcação e proteção das comunidades indígenas e quilombolas (Funai e Incra);
- v) Proteção e gestão das florestas públicas (Serviço Florestal Brasileiro);
- vi) gestão de bens públicos reservados às finalidades militares brasileiras (SPU e Ministério da Defesa);
- vii) gestão de bens públicos federais com fins de construção de obras públicas voltadas a prestação de serviços públicos essenciais, como abastecimento de água e energia (SPU, Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Águas), dentre tantas outras.

É possível, portanto, que o Estado, ao criar determinada unidade de conservação em terra federal, ocasione em concreto, um conflito, não com o direito de propriedade *strito sensu*, mas com outro direito fundamental que a União pretende preservar com sua atuação, como o direito à moradia, democratização do acesso a terra, assentamento de famílias rurais, proteção de comunidades

indígenas ou quilombolas, etc. Enfim, a União pode querer conferir destinação outra à sua propriedade, tão valiosa quanto a proteção ao meio ambiente por meio de criação de unidades de conservação.

É até mesmo possível cogitar um conflito na gestão do mesmo bem jurídico, qual seja, proteção ao meio ambiente. Imagine-se que o Estado criou uma UC de proteção integral, mas a União entende mais adequado instituir uma UC de uso sustentável, por ser mais condizente com a realidade fática do local, que se encontra parcialmente antropizado, e não seja possível a convivência harmônica de seus regimes jurídicos; ou a situação inversa, quando a União verificar que a unidade de proteção integral é mais adequada para a preservação da fauna e flora do local; ou ainda quando a União entender imprescindível a sua participação na gestão da unidade de conservação, não sendo suficiente a atuação do órgão estadual ou municipal. Cogita-se, ainda, de casos em que por tratar-se de área de floresta pública, a gestão do meio ambiente perpassaria pelo juízo de conveniência do Serviço Florestal Brasileiro, nos moldes da legislação própria (Código Florestal e Lei de Gestão de Florestas Públicas).

Percebe-se, diante das hipóteses enunciadas, que embora, em abstrato, não haja vedação legal à criação, pelo Estado, de uma unidade de conservação em terra federal, em concreto, esta destinação pode conflitar com outras possíveis a serem conferidas pela União, de igual relevo constitucional.

Essa é a dificuldade que se apresenta quando se está a tratar da competência comum de definir unidades de conservação. Há um permissivo geral para que todos os entes federativos atuem, sem qualquer orientação acerca dos limites desta ação. Como bem explicou Paulo de Bessa Antunes, “a competência comum despreza o princípio da subsidiariedade, sendo articulado sem nenhum critério claro ou, minimamente compreensível. Não há, na Constituição, um critério fundado na possibilidade de uma prestação de serviço mais adequada ou de maior proteção ao meio ambiente.¹¹”

É impossível definir, em abstrato, qual direito fundamental, qual política pública, é mais importante. Justamente por isso o Supremo Tribunal Federal já determinou não existir hierarquia entre normas e valores constitucionais.

É tão previsível a ocorrência de conflitos positivos de atuação entre os entes federativos ao tratar-se de competência comum, que a própria Constituição tratou de prever, no parágrafo único do art. 23, que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os

11 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008. p. 80.

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Esta Lei Complementar teria por objetivo organizar as atividades a serem realizadas pelos entes federativos em ações coordenadas, evitando assim a sobreposição de políticas públicas ou gerenciamento ineficiente de atividades, que em muito prejudicariam os interesses do país.

O mencionado diploma normativo editado em 8 de dezembro de 2011 – Lei Complementar nº 140 – embora tenha regulamentando, em abstrato, a atuação dos entes federativos no exercício de algumas competências administrativas específicas – a exemplo do licenciamento ambiental – não o fez quanto à questão da criação de unidades de conservação.

E como estão sendo resolvidos estes conflitos? Por meio da eleição de critérios de interpretação e aplicação do texto constitucional, mais notadamente daqueles que norteiam a atuação dos entes federativos frente à outorga de competências materiais comuns. Como o enfoque é o direito ambiental, tratar-se-ão das diretrizes de interpretação constitucional mais utilizadas no âmbito de incidência prática da matéria: cooperação e predominância de interesses.

Ora, o alicerce da competência comum jaz no princípio da cooperação entre os entes federativos. Se todos podem e devem atuar com vistas a realizar certa atividade administrativa ou política pública, é lógico que deverão estar norteados por um viés cooperativo e integralizador, sob pena de frustrar-se a ideia de eficiência protetiva que o constituinte almejou.

É como se a competência comum implicitamente ensejasse um prévio acerto entre os entes federativos, para delimitar a divisão das tarefas de cada um, bem como o necessário estreitamento e constância das vias de comunicação, com o objetivo de garantir a unidade do foco de atuação e o correto emprego dos recursos públicos.

Em matéria ambiental, é ainda mais pungente a cooperação entre União, Estado, Distrito Federal e Município, pois se trata de proteger um direito fundamental transindividual e imprescindível para a sustentabilidade das futuras gerações. Vigora o princípio do *“quanto mais, melhor”*.

Portanto, sempre que uma entidade federativa atuar com o objetivo de tutelar o meio ambiente, as demais devem sempre buscar colaborar com a atividade ou, ao menos, não impedi-la. Os interesses muitas vezes diversos de cada um deles deverão tentar ser compatibilizados ao máximo, com vistas à proteção de um bem maior, que é a salvaguarda do meio ambiente.

O critério da cooperação, assim, deverá ser cogitado em primeiro lugar quando do desembaraço dos impasses em concreto, derivados da cumulatividade de competências dos entes federais.

Sobre o assunto, expõe o procurador do Estado de São Paulo Enio Moraes da Silva¹²:

Analizando a distribuição de competências proposta pelos constituintes de 1988, aplicada nas questões do meio ambiente, algumas conclusões podem ser tiradas.

A primeira, e mais importante, é de que houve uma elevada preocupação de proteger os bens ambientais, determinando a Constituição que todos os entes da federação brasileira devam atuar nesse sentido. Conforme iremos discorrer mais à frente, a Carta Magna não deixou de fora desse mister nenhuma esfera de poder: União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem obrigações constitucionais em defesa do meio ambiente.

A segunda conclusão é que os constituintes objetivaram uma distribuição equilibrada das competências constitucionais, seja em matéria ambiental ou em qualquer outra área. E, portanto, atribuíram essas competências conforme certos critérios, sendo o critério geral, embora não o único, a preponderância de interesses dos entes federados. Para a União, restaram atribuídas as competências de caráter geral ou nacional, para os Estados aquelas de interesse regional ou estadual e para os Municípios as de interesse local ou municipal.

E a terceira conclusão é que a tônica dessa repartição de competências não é a de disputa de poderes entre esses entes, mas prevalece o espírito de cooperação da nossa federação, onde há, em determinadas hipóteses, uma sobreposição de competências de mais de um ente federado, com o escopo de proteger o interesse maior previsto no Código Magno, que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Vale dizer, em matéria ambiental, o que deve ser buscado em primeiro plano é a prevalência daquela ou daquelas competências que melhor preservem o meio ambiente.

12 SILVA, Enio Moraes da. *Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competências em matéria ambiental*. Disponível em <[http://www.pge.sp.gov.br/teses/Enio% 20Moraes.htm#_ftn20](http://www.pge.sp.gov.br/teses/Enio%20Moraes.htm#_ftn20)>. Acesso em: 20 set. 2011.

Exemplo de interesses que podem ser conciliados é a criação de unidades de conservação de uso sustentável sobrepostas (admissível pelo TRF 4ª Região, como já se demonstrou), criadas por entes federativos diversos, mas com regime jurídico de limitação da utilização dos recursos naturais compatível.

Outra possível situação aparentemente conflituosa é a criação de unidade de conservação pelo Estado em área federal já discriminada, para fins de regularização fundiária. É possível utilizar o critério de cooperação, pois muitas UC de uso sustentável são compatíveis com a ocupação humana, a propriedade privada, e uso sustentável dos recursos naturais, o que não vai de encontro à mencionada política agrária.

Mas como já se demonstrou, nem sempre é possível conciliar os interesses em jogo. Revelada que seja esta impossibilidade, é imperiosa a utilização de outro critério, apto a solucionar o embate: a preponderância de interesses.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o mencionado critério foi utilizado pelo constituinte de 1988, para justificar a divisão de competências em geral no federalismo brasileiro, modelo que contempla a coexistência harmônica de entidades autônomas administrativa e politicamente. Ou seja, fundamentou a definição de atribuições concorrentes e comuns, mas também exclusivas e privativas, a depender da profundidade e alcance da tutela almejada.

Como bem entendem José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, a ideia de “*preponderância de interesse*” é um verdadeiro princípio geral a nortear a repartição de competências entre os componentes do Estado federal, e seu conceito pode ser assim sintetizado: à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local.¹³

O legislador constituinte, embora ciente da inexistência de hierarquia auto-organizativa entre os entes, optou por concentrar nas mãos da União as competências que se destinem a concretizar as políticas públicas de interesse nacional. Partiu do pressuposto de que o Poder Público federal é o mais apto a tomar as decisões políticas mais abrangentes, por enxergar o quadro ampliado das necessidades da população.

Não é que os interesses regionais e locais sejam menos relevantes. Mas estes formam apenas parte de um todo, e devem ser gerenciados,

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 478 e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 284-285.

orientados, para formar o interesse nacional; e no ordenamento pátrio, incumbe à União desempenhar esta função.

Por tudo o quanto exposto, entende-se que quando o critério da cooperação entre entes federativos não for suficiente para resolver um conflito concreto, deverá o caso ser analisado sob a perspectiva da preponderância do interesse. E no sistema jurídico brasileiro, a predominância é do interesse nacional, ditado pela União.

Assim, havendo conflito entre a vontade do Estado, Distrito Federal ou Município, externalizada com base na competência comum ambiental, e a vontade da União, em terras de domínio federal, esta última deverá prevalecer.

Neste sentido, preconizam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Gustavo Gonet Branco: *“se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar o critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)”*.¹⁴

Este é também o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁵. Segundo o autor, o critério da colaboração, a ser adotado, mesmo sem a regulamentação do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, procura encontrar soluções que importem na cooperação dos entes federados com o objetivo de propiciar a maior proteção do meio ambiente. Já o da preponderância de interesses seria utilizado subsidiariamente, quando não fosse possível resolver o conflito por meio da cooperação entre os entes.

Esta linha de raciocínio foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, e aplicada na Ação Cautelar 1.255/RR, relatada pelo Ministro Celso de Mello, cuja decisão monocrática foi posteriormente confirmada por unanimidade pelo plenário da Suprema Corte¹⁶. Face à relevância do seu conteúdo, segue transcrita em inteiro teor, com grifos nossos:

Competência Ambiental Comum (União/Estado-membro) - Projetos Conflitantes - Critérios de Superação - Desapropriação Federal de Bens Públicos Estaduais (Transcrições)

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 870.

15 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 79.

16 Informações disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

AC 1255 MC/RR* - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE RESERVA EXTRATIVISTA. PROCEDIMENTO DE INSTITUIÇÃO DESSA UNIDADE DE USO SUSTENTÁVEL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONSULTA PÚBLICA (LEI Nº 9.985/2000, ART. 22, §§ 2º E 3º, C/C O DECRETO Nº 4.340/2002, ART. 5º, “CAPUT”). PRECEDENTE DO STF. INSTITUIÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE RESERVA EXTRATIVISTA EM ÁREA QUE COMPREENDE TERRAS PÚBLICAS PERTENCENTES A UM ESTADO-MEMBRO DA FEDERAÇÃO. EXISTÊNCIA DE POTENCIAL CONFLITO FEDERATIVO. INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA DESAPROPRIAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE BENS INTEGRANTES DO DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE DO ATO EXPROPRIATÓRIO, SUJEITO, NO ENTANTO, QUANTO À SUA EFETIVAÇÃO, À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL (DL Nº 3.365/41, ART. 2º, § 2º). CONTROLE POLÍTICO, PELO PODER LEGISLATIVO DA UNIÃO, DO ATO EXCEPCIONAL DE EXPROPRIAÇÃO FEDERAL DE BENS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO ESTADUAL. DOUTRINA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO REGULAR PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO, INCLUSIVE COM O RECONHECIMENTO DO DEVER DA UNIÃO FEDERAL DE INDENIZAR O ESTADO-MEMBRO. PRECEDENTES DO STF. CONFLITO ENTRE A UNIÃO FEDERAL E AS DEMAIS UNIDADES FEDERADAS, QUANDO NO EXERCÍCIO, EM TEMA AMBIENTAL, DE SUA COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM. CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE CONFLITO: CRITÉRIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E CRITÉRIO DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PESSOAS POLÍTICAS. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, EM JUÍZO DE DELIBERAÇÃO, DO CARÁTER MAIS ABRANGENTE DO INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA, AINDA, DE SITUAÇÃO DE IRREVERSIBILIDADE DECORRENTE DA CONSULTA PÚBLICA CONVOCADA PELO IBAMA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de “ação cautelar inominada”, de caráter preparatório, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Roraima em face da União Federal e do IBAMA, promovida com o objetivo de suspender a realização de consulta pública, cuja convocação, para os dias 17 e 24 de junho (fls. 19), fundada na Lei nº 9.985/2000 (art. 22, § 2º), destina-se a compor fase do procedimento estatal de criação de Reserva Extrativista, dentro de cujos limites situam-se terras públicas pertencentes ao autor, consoante alegação por este deduzida com apoio em certidão do registro imobiliário (fls. 24).

O autor, Estado de Roraima, sustenta que esse procedimento ofende o pacto federativo (fls. 06/07), desrespeita o direito de propriedade de Roraima sobre terras públicas estaduais (fls. 08), transgride os limites da competência administrativa do IBAMA, enquanto entidade executora da política nacional do meio ambiente (fls. 12/14) e compromete a execução de projetos que essa unidade da Federação instituiu – “projetos de assentamento, reserva extrativista e programa de manejo florestal em benefício da população ribeirinha” (fls. 09) – na mesma área sobre a qual incide “a proposta de criação da Reserva Extrativista Baixo Rio Branco – Jauaperi” (fls. 21), o que – segundo alegado na petição inicial – vulnera a autonomia estadual (fls. 09/11) e afeta o direito do Estado de Roraima ao seu próprio desenvolvimento (fls. 08/09). [...]

A questão central suscitada nesta causa consiste em saber se a União Federal, agindo por si ou por intermédio do IBAMA, pode, ou não, instituir reservas extrativistas em áreas que compreendem terras pertencentes a um determinado Estado-membro e nas quais tal unidade federada esteja a implantar e a desenvolver projetos da mesma natureza.

Sabemos que, no sistema constitucional brasileiro, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios dispõem de competência para adotar medidas tendentes a assegurar a proteção ambiental (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 75, item n. 8, 5ª ed., 2004, Malheiros), mesmo porque a preservação da integridade do meio ambiente – além de representar direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas – traduz obrigação político-jurídica indeclinável que se impõe a todas as esferas de poder, como esta Suprema Corte já teve o ensejo de reconhecer e proclamar. [...]

É certo que os limites de atuação normativa e administrativa das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional da Federação

brasileira (CF, art. 18, “caput”) acham-se predeterminados no próprio texto da Constituição da República, que define, mediante a técnica dos poderes enumerados e residuais, a esfera de atribuições de cada uma das unidades integrantes do Estado Federal, como resulta claro do que dispõem os arts. 21 a 24 da Lei Fundamental.

Nesse contexto, cabe, à União Federal, considerada a maior abrangência dos interesses por cuja defesa deve velar, o desempenho de um papel de alto relevo no plano da proteção ambiental e da utilização dos mecanismos inerentes ao fiel adimplemento de tal encargo constitucional.

Expressivo, sob tal aspecto, o douto magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Direito Ambiental Constitucional”, p. 76, item n. 10, 5ª ed., 2004, Malheiros), que bem situa o exercício, pela União Federal, dos poderes que derivam de sua competência constitucional em tema de proteção ao meio ambiente: “À União resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental. A ela incumbe a Política geral do Meio Ambiente, o que já foi materializado pela Lei 6.938, de 1981. Cabe-lhe elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX). Só nisso já se tem uma base sólida para o estabelecimento de planos nacionais e regionais de proteção ambiental.” (grifei)

Vê-se, portanto, considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental, que, na eventualidade de surgir conflito entre as pessoas políticas no desempenho de atribuições que lhes sejam comuns - como sucederia, p. ex., no exercício da competência material a que aludem os incisos VI e VII do art. 23 da Constituição -, tal situação de antagonismo resolver-se-á mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando tal for possível, pela utilização do critério da cooperação entre as entidades integrantes da Federação, tal como observa, em preciso magistério, CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO (“Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 79, item n. 4.2, 7ª ed., 2006, Saraiva):

“Por vezes, o fato de a competência ser comum a todos os entes federados poderá tornar difícil a tarefa de discernir qual a norma administrativa mais adequada a uma determinada situação. Os critérios que deverão ser verificados para tal análise são: a) o critério da preponderância do interesse; e b) o critério da colaboração

(cooperação) entre os entes da Federação, conforme determina o já transcrito parágrafo único do art. 23. Desse modo, deve-se buscar, como regra, privilegiar a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum.” (grifei)

Isso significa que, concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir - como já assinalado - que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência.

Assentadas tais premissas, examino o pleito cautelar deduzido pelo Estado de Roraima, assinalando, desde logo, que, dentre as unidades de conservação que compõem o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), estão as unidades de uso sustentável (Lei nº 9.985/2000, art. 7º, II), em cujo Grupo se inclui, como categoria autônoma, a Reserva Extrativista (“lex cit.”, art. 14, IV), definida, pela legislação ambiental (Lei nº 9.985/2000, art. 18, “caput”), como “uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade”.

O processo de instituição da reserva extrativista - área que se qualifica como de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais mediante contrato de concessão de direito real de uso, além da formalização de termo de compromisso, ambos necessariamente compatíveis com o Plano de Manejo da unidade de conservação (Lei nº 9.985/2000, arts. 18, § 1º, e 23, c/c o Decreto nº 4.340/2002, art. 13) - compõe-se de diversas fases, dentre as quais destacam-se, como estágios prévios, a efetivação de estudos técnicos e a realização de consulta pública (“lex cit.”, art. 22, §§ 2º e 3º), sendo que esta tem por finalidade “subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade” (Decreto nº 4.340/2002, art. 5º, “caput”).

Uma vez formalmente instituída a reserva extrativista, o ato de sua criação - além de indicar as atividades econômicas, de segurança e de defesa nacional nela compreendidas (Decreto nº 4.340/2002, art. 2º, IV)

- legitimará a imposição de proibições e a adoção de restrições e limitações administrativas previstas na legislação ambiental (Lei nº 9.985/2000, art. 18, §§ 3º a 7º), em ordem a preservar, recuperar, defender e manter tal unidade de conservação.

As áreas públicas pertencentes aos Estados-membros (como sucede na espécie) e aos Municípios, de um lado, e as áreas sob domínio privado, de outro, quando incluídas nos limites da reserva extrativista criada por ato federal, deverão ser objeto de regular processo expropriatório por parte da União Federal, considerada a garantia a todos assegurada pela Constituição da República (CF, art. 5º, incisos XXII e XXIV), notadamente aquela consistente na obrigação estatal de efetivar a justa indenização, ainda que o expropriado - atingido, em seu patrimônio, por ato da própria União Federal - seja uma entidade integrante da Federação (RTJ 50/686 - RTJ 62/465 - RTJ 93/788, v.g.).

Tratando-se de áreas públicas pertencentes aos Estados- membros, e devendo estas ser incluídas nos limites da reserva extrativista projetada pela União Federal, a esta impor-se-á, para efeito de formalização da declaração expropriatória, a prévia obtenção de autorização legislativa a ser concedida pelo Congresso Nacional, em face do que dispõe a Lei Geral das Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 2º, § 2º).

Não obstante a União Federal detenha primazia expropriatória sobre os bens dos Estados-membros (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 745, item n. 19, 15ª ed., 2003, Malheiros), torna-se essencial - considerada a necessidade de preservação da harmonia nas relações institucionais entre as pessoas políticas integrantes da Federação - que a desapropriação, presente tal contexto, seja precedida de autorização legislativa, o que permitirá, ao Congresso Nacional (notadamente ao Senado Federal, que é o garante do equilíbrio da organização federativa), o exercício do controle político sobre ato que se reveste de tão grave repercussão no plano do domínio patrimonial dos entes que compõem o Estado Federal brasileiro.

A razão de ser dessa primazia expropriatória - que confere precedência à União Federal em face dos bens pertencentes às demais unidades federadas - justifica a legitimidade do ato

excepcional da desapropriação que incide sobre o patrimônio imobiliário dos Estados-membros, sem que tal procedimento represente ofensa ao estatuto constitucional da Federação (JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, “A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência”, p. 135/140, itens ns. 3.5 e 3.6, 4ª ed., 2000, RT; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 598, item n. 2.1.2, 31ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2005, Malheiros; DIOGENES GASPARINI, “Direito Administrativo”, p. 657/658, item n. 2, 8ª ed., 2003, Saraiva, v.g.), cabendo referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, o douto magistério de LUCIA VALLE FIGUEIREDO (“Curso de Direito Administrativo”, p. 311/312, item n. 4.5, 4ª ed., 2000, Malheiros):

“Pergunta que se põe: se estamos diante de uma Federação e não há hierarquia entre os entes políticos, qual a explicação para essa ordem hierárquica? A explicação, consoante se nos afigura, diz respeito à hierarquia de interesses. Na verdade, os interesses da União, de espectro mais amplo, devem preferir aos interesses do Estado, e assim sucessivamente.” (grifei)

Isso tudo evidencia, em princípio, notadamente em face da norma de competência exclusiva inscrita no art. 21, IX, da Constituição da República, o caráter preponderante (porque mais abrangente) do interesse da União Federal em tema ambiental, em ordem a reconhecer-se-lhe, ordinariamente, precedência, se e quando concorrerem, relativamente à mesma área, projetos federais e estaduais eventualmente conflitantes, ressalvada, no entanto, a possibilidade constitucional - sempre desejável - de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos de lei complementar da própria União, cujas normas considerarão, para efeito da referida colaboração, o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF, art. 23, parágrafo único). [...]

Sendo assim, e em face das razões expostas, indefiro o pedido de medida cautelar, mantendo-se, em consequência, as reuniões públicas que o IBAMA realizará nos próximos dias 17 e 24/06/2006 (fls. 21/22).

É possível extrair algumas conclusões do julgado do Supremo Tribunal Federal:

- i)* é possível a criação, em abstrato, de unidades de conservação por um ente federativo, em terras de domínio de outra, em função da competência comum em matéria ambiental;
- ii)* é possível que ocorram conflitos entre os entes federados quando do exercício de sua competência ambiental comum, notadamente em vista da inexistência de lei complementar traçando orientações para atuação cooperativa;
- iii)* para a solução dos aventados conflitos, primeiro deve se buscar a solução com base no critério da colaboração; mas não sendo viável, deve-se orientar pelo critério da preponderância do interesse;
- iv)* o interesse da União, por ser mais amplo, deve prevalecer sobre o estadual e municipal, mais restritos;
- v)* não há falar-se em hierarquia entre as entidades componentes da federação, sob o ponto de vista de sua autonomia político-administrativa, mas existe hierarquia de interesses, traçada pelo próprio constituinte ao repartir as competências entre os componentes da federação.

A postura adotada pelo STF já ecoa nos tribunais pátrios, como se pode verificar do excerto abaixo transcrito:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PRETENSÃO DE CRIAÇÃO, PELO ESTADO DO PARÁ, DE ÁREA DE PROTEÇÃO E FLORESTA ESTADUAL, E, PELO IBAMA, DE RESERVA EXTRATIVISTA (RESEX). CONFLITO DE INTERESSES ENTRE O ESTADO E O IBAMA. DECISÃO QUE SUSPENDE A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO ESTADUAL. 1. A competência para a criação de unidade de conservação, segundo disposto na constituição, é comum e concorrente entre a União, estados, municípios e Distrito Federal (Constituição Federal de 1988, art. 23, incisos VI e VII). 2. Decisão que, visando a uma melhor análise da situação fática dos autos, determinou a suspensão da criação de unidade de conservação

de interesse estadual, ante o interesse federal de criação de outra, também de conservação, mas de característica e objetivo diversos. 3. Em razão da existência de conflitos envolvendo os interesses de madeireiros e da população tradicional que habita a região, recomenda-se a manutenção do status quo, até que se identifique qual a unidade de conservação que melhor atende aos interesses das populações locais e da preservação do meio ambiente. 4. Agravo desprovido. (TRF 1ª R.; AI 2006.01.00.047135-0; PA; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro; Julg. 20/10/2008; DJF1 09/02/2009; Pág. 111).

Como corolário de todo o raciocínio desenvolvido, e aplicando a construção jurídica ao caso em concreto, percebe-se que o Decreto Estadual que cria unidade de conservação em terra federal não é inválido, mas se editado ao alvedrio dos interesses da União, não produzirá efeitos em relação ao mencionado ente federativo.

Explica-se melhor. Se, no caso concreto, o Estado instituir UC em terra federal, por ato próprio, sem a oitiva da União ou em caso de discordância, esta não se vincula ao mencionado ato administrativo, e pode questioná-lo sempre que restar caracterizado, no caso concreto, conflito de interesses na área, não passível de solução pelo critério da cooperação.

Ora, entender ineficaz perante a União o ato estadual ou municipal que confere a uma área federal destinação específica, ainda que de proteção ambiental, sem questioná-la ou ainda em oposição à sua vontade, é a única maneira de resguardar a preponderância dos interesses nacionais e respeitar a vontade do legislador constituinte no que tange à divisão de competências.

Tal consequência jurídica revela-se ainda mais adequada quando se leva em consideração a maneira como vêm sendo criadas unidades de conservação no país. Estados e Municípios vêm instituindo incessantemente tais áreas protegidas, em sua maioria por ato do Poder Executivo (decreto), diversas delas em terras federais, sem que a União sequer tome conhecimento. Não há previsão de qualquer procedimento administrativo para consulta das entidades federais acerca de seu interesse na área ou que determine o envolvimento da União no referido processo.

Embora o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, em seu art. 4º, tenha disciplinado a elaboração dos estudos técnicos preliminares e da realização, quando for o caso, de consulta pública, prevendo inclusive a oitiva das “partes interessadas” (art. 5º, § 1º), a União, quando proprietária das terras a serem protegidas, não vem sendo consultada.

Ora, o ente federal não pode ser privado da decisão política que entende mais conveniente e oportuna para uma determinada área de seu domínio por decisão unilateral de outro ente federativo; daí entender-se

que ela não se submete aos efeitos de atos estaduais ou municipais que instituem, em suas terras, unidades de conservação, sempre que não for ouvida ou expressar discordância.

E repise-se: não se trata de privação das prerrogativas da propriedade, como um direito de índole privatista, e sim da inviabilização de outros projetos de interesse geral, que também objetivam assegurar direitos fundamentais previstos na constituição. E se há hierarquia de interesses na federação, e esta pende a favor da União, tal prerrogativa deve lhe ser assegurada.

3 A INEFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO ESTADUAL OU MUNICIPAL PERANTE A UNIÃO. ARGUMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS

Existe ainda outro argumento apto a sustentar a ineficácia, perante a União, dos atos estaduais ou municipais que nas terras daquela criam unidades de conservação ao alvedrio da vontade federal. Ele deriva do pressuposto lógico de que todo sistema jurídico é harmonioso, e não deve haver soluções diferentes para casos análogos; afinal, onde se aplica a mesma razão aplica-se o mesmo direito. (*ubi eaden ratio legis, ibi eaden legis*). Senão vejamos.

Quando o Estado ou o Município institui, por exemplo, uma unidade de conservação de proteção integral, que como regra, possui regime jurídico de fruição de recursos naturais bastante restritivo, é possível que este ato, de fato, venha a subtrair da União a prerrogativa de fazer uso dos poderes inerentes à dominialidade, de conferir à mesma área destinação diversa ou até mesmo de entender mais conveniente a implantação de UC de espécie diferente, ou gestão diferenciada da tutela do meio ambiente¹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, em inúmeros julgados, a possibilidade do condicionamento do direito de propriedade ser tão severo a ponto de ocasionar seu esvaziamento:

17 É importante frisar que, embora as UC de proteção integral tendam a possuir regime jurídico mais restritivo, nada impede que a criação de UC de uso sustentável acabe por inviabilizar, no caso concreto, o aproveitamento da área pelo proprietário, ou que o inverso aconteça. A análise acerca do impacto da criação da unidade de conservação sobre o domínio deve ser analisado caso a caso, entendimento este que já vem sendo adotado pelo STJ, como bem se observa dos seguintes julgados: EREsp 628.588/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 09/02/2009 e EREsp 649.809/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em: 27/08/2008, DJe 10/11/2009.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. JUROS COMPENSATÓRIOS DEVIDOS DESDE A EDIÇÃO DO DECRETO DE CRIAÇÃO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO.

1. A edição de decreto criando Parque Nacional caracteriza, em face dos proprietários dos imóveis abrangidos pela área da unidade de conservação, desapropriação indireta (Precedente).

2. No caso, com a criação do Parque Nacional da Serra do Cipó a propriedade do autor foi submetida a limitações administrativas que lhe impedem de exercer os poderes típicos da propriedade, donde o reconhecimento da ocorrência da chamada “desapropriação indireta”.

[...]

4. Apelação improvida.

(AC0005828-48.2006.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Conv. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves De Carvalho (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 p.118 de 19/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DE ILHABELA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO PROPRIETÁRIO DA ÁREA. RETORNO AO TRIBUNAL A QUO PARA A ANÁLISE DE POSSÍVEL INDENIZAÇÃO.

I - A criação de parque de preservação ambiental, em tese, pode reduzir o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. Em hipóteses como tais não há que se falar em simples limitação administrativa, mas de verdadeira desapropriação indireta, legitimando o recorrente para ajuizar ação indenizatória.

II - “Retirado do proprietário o valor econômico da propriedade, vivo o domínio, afetando o direito de propriedade, a ação inclui-se entre as ações reais, ficando manifesto o interesse de agir e a legitimação “ad causam et ad processum”.” (REsp nº 81.497/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/11/1996, p. 46.149).

III - Recurso especial provido para que retornem os autos ao juízo monocrático prosseguindo a análise do feito quanto ao mérito.

(REsp 503.357/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 151)

O que se percebe é que, nos casos de criação de UC pelo Estado ou Município em terras federais, quando inviável a cooperação, cristaliza-se, de maneira indireta, uma situação de sujeição da vontade da União, que cuida dos interesses mais amplos, à vontade unilateral dos demais entes federativos, que cuidam dos interesses regionais e locais, subvertendo o princípio da preponderância de interesses que norteia a divisão constitucional de competências no sistema jurídico pátrio.

Ora, quando um ente público pretende conferir a um determinado território, cujo domínio não lhe pertence, destinação de seu interesse, incompatível com a manutenção dos poderes inerentes à propriedade, qual a solução que lhe é conferida pelo ordenamento? A desapropriação deste bem.

Por este motivo, quando o Ministro do STF Celso de Mello proferiu voto na AC 1.255, já integralmente transcrito, entendeu ser necessário que a União desapropriasse a área pertencente ao Estado de Roraima, pois não seria razoável que o ente estadual fosse privado do aproveitamento das áreas de sua propriedade sem o regular procedimento desapropriatório e consequente indenização, ainda que a finalidade da União fosse instituir uma Reserva Extrativista, espécie de unidade de conservação de uso sustentável.

Veja que embora a proteção ambiental seja atribuição comum a todos os entes federativos e garantia fundamental transindividual, a criação de UC em território público alheio não é desprovida de consequências jurídicas, daí quaisquer conflitos que exsurjam do caso em concreto precisem ser solucionados pelos critérios da cooperação e preponderância de interesses.

Feitas tais considerações, retome-se o caso julgado pelo STF. A União, no caso concreto, pôde impor a destinação que entendia mais conveniente ao interesse público geral, por meio da desapropriação das terras estaduais. Mas o inverso não poderia ocorrer, pois é legalmente vedado aos Estados e Municípios a desapropriação de bens da União.

O Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, em seu art. 2º, § 2º, prevê que *“os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa”*.

A interpretação deste dispositivo legal é uníssona pela doutrina¹⁸ e jurisprudência: em matéria de desapropriações, vige o princípio da hierarquia política da tutela de interesses, de modo que o ente que compõe o patamar superior pode expropriar bens pertencentes aos inferiores, vedadas as pretensões em sentido contrário. O mesmo raciocínio é aplicado à instituição de servidões administrativas em bens públicos (art. 40 do Decreto-lei nº. 3.365, de 1941).

Não é difícil constatar que esta norma foi inserida no ordenamento jurídico com o objetivo de concretizar o próprio princípio da predominância do interesse da entidade federativa responsável pelas atribuições gerais, em prol das regionais ou locais. Partiu-se do pressuposto que a vontade da União acerca da destinação de todos os bens no território nacional, públicos ou privados, deveria prevalecer.

Ora, se o Estado ou Município não podem desapropriar ou criar servidão administrativa em bem da União, também não poderiam impor sua vontade na criação de UC de regime restritivo, apta a esvaziar o direito de propriedade e impedir que a União confira à área destinação que entender pertinente. Afinal, a situações análogas, deverá ser aplicado o mesmo direito.

É pertinente acrescentar, ainda, que, mesmo decorrido lapso temporal considerável após eventual criação de UC, por desconhecimento ou tolerância da União, não há falar-se em fato consumado ou surgimento de qualquer direito à manutenção do *status quo*, tendo em vista que, em nosso

18 O entendimento doutrinário acerca do assunto é pacífico. Para Hely Lopes Meirelles, "Os bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades. Admite-se, assim, a expropriação na ordem decrescente, sendo vedada a ascendente, razão pela qual a União pode desapropriar bens de qualquer entidade estatal; os Estados-membros e Territórios podem desapropriar os de seus Municípios; os Municípios não podem desapropriar os de nenhuma entidade política". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 515-516).

Diógenes Gasparini, por sua vez, dispõe que "Obedecida determinada ordem e atendida certa exigência, os bens públicos móveis e imóveis de qualquer categoria (uso comum do povo, uso especial e bens dominicais), podem ser desapropriados. Com efeito, nos termos do §2º do art. 2º da Lei Geral das Desapropriações, a União pode desapropriar bens dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal, e os Estados podem desapropriar bens dos respectivos Municípios. Assim, para a desapropriação de bens públicos, há de ser observada a ordem hierárquica, isto é, a entidade de hierarquia maior pode desapropriar bens e direitos das entidades de hierarquia menor. A recíproca, ou seja, a desapropriação de bens de entidades de hierarquia maior por entidade de hierarquia menor, está vedada por esta lei" (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 684).

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello arremata: "Bens públicos podem ser desapropriados, nas seguintes condições e forma: a União poderá desapropriar bens dos Estados, Municípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios. Já, as recíprocas não são verdadeiras. Sobremais, há necessidade de autorização legislativa do poder expropriante para que se realizem tais desapropriações" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Malheiros, 2003, p. 745).

ordenamento jurídico, é vedada a prescrição aquisitiva de bem público e conforme sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o ocupante de área pública deve ser juridicamente tratado como detentor, em caráter sempre precário, a ele não se conferindo os direitos conferidos à tutela da posse¹⁹.

Cabe ainda refutar outro possível contra-argumento. Ainda que se afirme que o Estado ou Município poderiam não desapropriar o bem da União, mas apenas indenizá-la como forma de compensação pelas limitações impostas (em analogia com as situações envolvendo propriedade privada²⁰ ²¹), tal solução também não poderia ser juridicamente imposta. E o motivo é simples. A indenização, por si só, serve basicamente para recompor a esfera

19 ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. MERA DETENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE POSSE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte já se manifestou a respeito da questão discutida nos autos e adotou o entendimento no sentido de que a "ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. Se o direito de retenção ou de indenização pelas acessões realizadas depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias" (REsp 863.939/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.11.2008). 2. Não se pode configurar como de boa-fé a posse de terras públicas, pouco relevando o tempo de ocupação, sempre precária, sob pena de submeter-se o Poder Público à sanha de invasões clandestinas. 3. Não compete a esta Corte Superior enfrentar matéria constitucional, mesmo a título de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 799.765/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Manutenção de posse. Terra pública. Imóvel pertencente à Terracap. 1. O posicionamento do Tribunal está em perfeita harmonia com a jurisprudência da Corte, consolidada no sentido de que "a ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916)" (REsp nº 146.367/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 14/3/05). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 648.180/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 280) (grifos nossos).

20 03.12.2002, DJ 10.03.2003 p. 138) - ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CRIAÇÃO DE ESTAÇÃO ECOLÓGICA. A criação da Estação Ecológica de Juréia-Itatins, impedindo a exploração econômica dos recursos naturais ali situados (Lei nº 4.771, de 1965, art. 5º, parágrafo único), implica a indenização das propriedades particulares existentes, tenha ou não o Estado de São Paulo se apossado fisicamente das respectivas áreas; trata-se de situação jurídica que, por si só, mutila a propriedade. INDENIZAÇÃO DAS MATAS. VOTO MÉDIO. Divergência sobre a indenização das matas resolvida pelo voto médio, que manteve nessa parte o acórdão recorrido. (REsp 123.080/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.08.1998, DJ 15.03.1999 p. 199)

21 Nesses termos, preceitua Marçal Justen Filho: "No entanto, não é possível excluir a possibilidade de limitações administrativas produzirem efeitos de tamanha extensão que produzam a desnaturação da propriedade provada. Bem por isso, se houver uma situação especial e diferenciada, em que um proprietário seja atingido de modo particularmente nocivo pela determinação, haverá o direito à indenização". (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 414).

patrimonial atingida quando da supressão ou atenuação do feixe de poderes inerentes ao domínio. Por isso, é realizada nos casos de expropriação de propriedade privada.

Mas este raciocínio não se revela adequado quando trasladado para a realidade pública. Afinal, como já dantes explicado, a propriedade da União não está sendo protegida como um fim em si mesma, nos casos de criação de UC por ente diverso; o que se visa resguardar é a atuação prioritária da União relativamente às políticas públicas que entende necessárias, aos direitos de prestação que se quer concretizar, e não a mera perda econômica. Cuida-se de tutelar a esfera dos interesses públicos primários e não dos secundários, com fulcro no princípio da predominância de interesses.

Por tudo o quanto exposto, reforça-se a conclusão acerca da ineficácia, perante a União, de ato do Poder Público estatal ou municipal, que em terras federais cria unidades de conservação à sua revelia ou discordância, pois será sempre franqueado ao ente federal demonstrar a ocorrência de conflito de interesses em concreto, nos casos em que inviável anuir à vontade manifestada (princípio da cooperação).

4 CONCLUSÃO

A implementação *in concreto* do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, instituído pelo legislador ordinário no ano de 2000, em cumprimento ao desiderato constitucional de proteção ao meio ambiente por meio de criação de espaços especialmente protegidos, ao tempo em que representa um inegável avanço no tocante à relação política pública/meio ambiente, tem se revelado um foco de conflitos federativos.

A possibilidade jurídica, em abstrato, de criação de unidades de conservação por todos os entes federativos com fulcro na competência constitucional comum pode ocasionar, na prática, cenários de perplexidade, notadamente quando inaplicável o princípio da cooperação em matéria ambiental no sopesamento dos interesses envolvidos.

Enquanto não forem traçados pelo ordenamento jurídico os limites, em abstrato, de atuação de cada ente federativo, propugna-se pela busca de soluções convergentes, voltadas à preservação ambiental como bem jurídico fundamental e supranacional; havendo impossibilidade de colaboração, o critério da preponderância de interesses deverá prevalecer, importando na ineficácia do ato administrativo unilateral que em terras federais institua unidade de conservação à revelia dos interesses e prerrogativas detidas pela União.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 1993.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia. *Áreas Protegidas na Amazônia Brasileira – avanços e desafios*. Disponível em: <<http://www.imazon.org.br/publicacoes/livros/areas-protegidas-na-amazonia-brasileira-avancos-e/4-unidades-de-conservaassapso-na-amazania-legal>>. Acesso em: 20 set. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Malheiros 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: ed. RT, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

RYLANDS, Anthony B; BRANDON, Katrina. Unidades de Conservação Brasileiras. Disponível em: <www.conservation.org.br/publicacoes/files/06_rylands_brandon.pdf>. Acesso em: 20 set. 092009.

SILVA, Enio Moraes da. Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competências em matéria ambiental. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/teses/Enio%20Moraes.htm#_ftn20>. Acesso em: 20 set. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 478 e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA INCIDENTE EM IMÓVEIS COM VOCAÇÃO MINERÁRIA – O POSSÍVEL CONFLITO DE INTERESSES NACIONAIS SOBRE A MESMA BASE TERRITORIAL: PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

*AGRARIAN EXPROPRIATION, RELATING TO PROPERTY USED FOR
MINING PURPOSES - THE POSSIBLE CONFLICT OF NATIONAL
INTERESTS OVER THE SAME TERRITORY: PROPOSED SOLUTIONS*

Roberto Élito dos Reis Guimarães¹

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao MDA
Mestre em Direito Agrário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O tema agrário e minerário na legislação brasileira; 1.1 O direito de propriedade e a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária nas Constituições brasileiras; 1.2 A mineração na

¹ Coordenador da Coordenação de Processos Agrários, Legislação, Normas e Pesquisa da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, Especialista em Direito Agroambiental. Especialista em Gestão de Programa de Reforma Agrária e Assentamento. Especialista em Direito Notarial e Registral. Mestre em Direito Agrário/UFG.

legislação brasileira; 2 Concorrência de interesse agrário e de interesse mineral sobre o mesmo espaço geográfico 2.1 Competência para definir o interesse nacional prevalente; 3 Eventual prevalência do interesse agrário sobre o mineral – reflexos indenizatórios; 3.1 Requerimento de autorização de pesquisa mineral; 3.2 Alvará de autorização de pesquisa mineral; 3.3 Recusa da “concessão de lavra” após a aprovação do relatório de pesquisa; 3.4 Portaria de concessão de lavra; 3.5 Recusa/revogabilidade do alvará de autorização de pesquisa mineral e eventuais direitos indenizatórios; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Desapropriação de imóveis rurais por interesse social para fins de reforma agrária e administração e exploração dos recursos minerais do subsolo brasileiro, como meios de promoção do desenvolvimento econômico e social do País, ambos com assento na Constituição de 1988. Eventual conflito na exploração simultânea de atividade agrária e de atividade mineral sobre o mesmo bem imóvel demandaria deliberação do Poder Executivo, sobre qual interesse nacional deva sobrepor-se ao outro. Eventual prevalência de interesse agrário sobre a área em conflito, anteriormente acobertada por título mineral exigiria da União a revogação de tal título, ensejando, portanto, um plexo eventuais direitos subjetivos ao minerador pela supressão unilateral do título lhe fora legalmente outorgado, expondo a União a eventuais indenizações pela supressão dos títulos minerais. Possibilidade de bloqueio de áreas mineralizadas para manutenção ou implementação de projetos de assentamento de reforma agrária.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação Agrária. Mineração. Interesses Nacionais. Incompatibilidade. Prevalência de Interesse Agrário. Reflexos Indenizatórios.

ABSTRACT: Expropriation of rural properties in the social interests, for the purposes of agrarian reform and administration and exploitation of the mineral resources of Brazilian soil, as a means of promoting economic and social development of the country, both based on the 1988 Constitution. Possible conflict in the simultaneous pursuit of agricultural activity and mining activity on the same real estate would require a resolution of the Executive Branch, about which national interest should take precedence over the other. Possible prevalence of agrarian interest over the conflict area, previously covered by a mining rights title,

would require the Union to withdraw such a title, entailing therefore a plexus of potential subjective rights to the miner for the unilateral abolition of the title he had been lawfully granted, exposing the Union to possible claims for the abolition of mining rights titles. The possibility of blocking mineralized areas for maintenance or implementation of settlement projects for agrarian reform.

KEYWORDS: Agrarian Expropriation. Mining. National Interests. Incompatibility. Prevalence of Agrarian Interests. Indemnity Reflexes.

INTRODUÇÃO

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, assim como a atividade minerária, por buscarem ambas a promoção do desenvolvimento social e econômico do país, são assuntos de equivalente interesse do Estado brasileiro, tanto que recebem tratamento constitucional e infraconstitucional específicos.

Por essa perspectiva, abordar-se-á no presente estudo a evolução do direito de propriedade tanto do solo quanto das riquezas minerais do subsolo brasileiro, objetivando contextualizar a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, incidente em imóveis rurais com vocação minerária.

É sabido que a extração de determinados tipos de minérios inviabiliza a exploração agrícola do imóvel, haja vista o revolvimento e rompimento de grandes camadas de solos agricultáveis e da vegetação que os reveste, tornando-se, em tais situações, incompatível o exercício concomitante de atividade agrária e de atividade minerária sobre o mesmo espaço territorial.

Dada a essa possível incompatibilidade, e, na eventualidade do Poder Executivo vir a ser chamado para definir qual atividade deva persistir nesse ou naquele espaço geográfico, este, certamente, precisaria estar munido de informações capazes de subsidiá-lo para uma tomada de decisão quanto a que atividade seria mais relevante para dado espaço físico em conflito, sempre tendo em vista a prevalência do interesse nacional. Em caso de superveniência de interesse nacional para fins de reforma agrária sobre uma área onerada com título minerário, surge a questão da revogação e eventual indenização do título minerário suprimido, tema também a ser tratado neste estudo.

Espera-se que o presente trabalho seja de alguma utilidade para aqueles que lidam diretamente com as questões minerárias

e agrárias do país, mormente quando essas duas atividades se apresentarem como de relevante interesse para o desenvolvimento nacional e uma delas tiver que ser sacrificada em contextos fáticos que não possibilitem exercício concomitante de ambas.

1 OS TEMAS AGRÁRIO E MINERÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Carta Imperial de 25 de março de 1824, seguindo a mesma orientação das Constituições estrangeiras de sua época, garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude (art.179, XXII), ressalvada a desapropriação pelo Poder Público, mediante prévia indenização. Essa ressalva constitucional veio de ser regulada pela Lei nº 422, de 9 de setembro de 1826, que dispôs sobre a desapropriação por necessidade pública e por utilidade pública.

Comentando esse comando constitucional o Professor Carlos Frederico Marés assevera que esta norma deixa claro que a propriedade pública tinha finalidade, uso, emprego, destinação, enquanto que a propriedade privada era direito independente, patrimônio disponível, intocável, ao arbítrio do cidadão em sua plenitude. Assim, para o ilustre professor, a propriedade privada não necessitava de utilidade social. Por ser um direito abstrato do proprietário, teria a utilidade que ele lhe desse, incluindo nisso uma inutilidade².

No mesmo sentido erigiu-se também a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 (art. 72, § 17), que trouxe, de forma expressa, a então conhecida terminologia “desapropriação por necessidade ou utilidade pública”.

Nobre Júnior verbera que, no tocante às desapropriações, a norma mais importante dos primeiros idos da República foi o Decreto nº 4.156, de 9/9/1903, que consolidou a legislação existente sobre o assunto, sendo por quase quatro décadas, a nossa lei geral de desapropriações³.

Cabe observar que a partir da Primeira Grande Guerra Mundial (1914/1918), o novo Estado capitalista que estava sendo construído na Europa previa Constituições com fortes intervenções na ordem

² MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre-RS: Sérgio Antônio Fabris, 2003 . 65.

³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*. 1. ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 34.

econômica, notadamente no referente ao direito de propriedade, recebendo destaque a Constituição Alemã de 1919, que preceituava que “*A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem representar uma função no interesse social*”⁴.

Com efeito, o poder absoluto do proprietário de usar, não usar, e dispor de seus bens, que se depreendia da leitura das Constituições do início do século XIX, começa a receber, no século XX, a intervenção do Estado, no sentido de se implementar o uso mais justo e social da terra.

Seguindo essa onda europeia de pensar, a Constituição brasileira de 16 de julho de 1934 inovou em seu texto ao aludir que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, 17). A Constituição de 1937 seguiu a mesma linha de sua antecessora.

Por sua vez, a Constituição de 18 de setembro de 1946, além de manter a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, inseriu em seu texto a desapropriação por interesse social (art. 141 - § 16), exigindo-se, ainda, que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social, e que lei poderia promover a justa distribuição da propriedade, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 147).

A lei a que se referiu a Constituição de 1946, veio a ser a de n.º 4.132, de 10 de setembro 1962, que definiu os casos de desapropriação por interesse social e a forma de pagamento da terra nua e das benfeitorias.

No entanto, segundo a lição de Falcão, a desapropriação por interesse social, como instrumento da reforma agrária, foi introduzida no ordenamento jurídico constitucional do país com a Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, quando deu-se nova redação ao artigo 147 da aludida Constituição, ao determinar que o pagamento em dinheiro seria apenas para as benfeitorias, enquanto que o pagamento da terra nua seria em Títulos da Dívida Pública, resgatáveis em até 20 anos⁵.

Logo em seguida à edição da Emenda Constitucional n.º 10/64, foi publicada a Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964 – Estatuto da Terra, que regulou os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para fins de execução da reforma agrária e promoção da Política Agrícola, atribuindo uma função social à propriedade rural (art. 2.º) e instituindo condicionantes para o cumprimento dessa função social (art. 12).

A Constituição de 1967, além de manter – com ressalvas legais – o direito de propriedade, inseriu em seu texto a “função social” como princípio

4 MARÉS, op. cit. p. 85

5 FALCÃO, Ismael Marinho. *Direito agrário brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Bauru-SP: EDIPRO, 1995. p. 219.

da ordem econômica (art. 157-III). A Emenda Constitucional n.º 01, de 1969, nesse aspecto, manteve a mesma redação da Constituição de 1967.

Por último, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nossa atual Constituição da República, que trouxe vazada em seu artigo 5.º, inciso XXII, o direito de propriedade entre os Direitos e Garantias Fundamentais, e, no inciso XXIII do mesmo artigo, que a propriedade atenderá à sua função social. No mesmo quadrante, o artigo 170, incisos II e III, reafirma o princípio da propriedade privada e o da função social da propriedade.

Godoy assevera que:

A propriedade agrária, como corpo, tem na função social a sua alma. Se a lei reconhece o direito de propriedade como legítimo, e assim deve ser, como é da tradição do nosso sistema, também o condiciona ao atendimento da sua função social. Visa não só ao interesse individual do titular, mas também ao interesse coletivo, que suporta e tutela o direito de propriedade⁶.

Confirmando o que está dito acima, veja-se o seguinte julgado da Suprema Corte brasileira:

[...] CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA [...] O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art.5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar sequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente,

6 GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 74.

sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade [...]

(ADI nº 2213/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23/04/2004)

Entretanto, é no Título VII, Capítulo III, da Carta em exame - dedicado à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária - que vamos encontrar os atuais elementos jurídicos balizadores da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Assim, o artigo 184 prescreve que compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, e o artigo 186 elenca os requisitos ensejadores do cumprimento da função social da propriedade.

Os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária foram regulamentados pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Por seu turno, a Lei Complementar a que se referiu o parágrafo 3.º do artigo 186 da Carta de 5 de outubro de 1988, veio a ser a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispôs sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o procedimento expropriatório do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social.

Com efeito, pelo acima discorrido percebe-se uma clara evolução do conceito do direito de propriedade, que deixou de ser visto como um direito absoluto e ilimitado, voltado apenas ao atendimento dos interesses do titular da propriedade, para tornar-se um direito condicionado ao cumprimento de uma função social, ou seja, a função social da terra passou a ser um atributo inerente à propriedade, sem o qual o titular de domínio deverá a perder o seu imóvel para o programa de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização.

1.2 A MINERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Período do Brasil-Colônia, as riquezas minerais do subsolo pertenciam ao domínio da Coroa Portuguesa, que autorizava a sua exploração por particulares, mediante recebimento de parte do resultado

da lavra⁷. Já no Império, a Constituição de 25 de março de 1824 garantiu o direito de propriedade em sua plenitude (art. 179, XXII), nada dizendo sobre a distinção entre o solo e o subsolo e nem sobre a propriedade das minas, donde se conclui que a Nação brasileira teria herdado tais recursos minerais da Coroa Portuguesa.

A Constituição Republicana de 1891 prescreveu em seu artigo 64 que pertenciam aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, e aos proprietários particulares as minas e jazidas encravadas em seus terrenos (art. 72, § 17).

Vivacqua, ao analisar a Constituição de 1891, afirmou que a propriedade das minas e jazidas minerais ficou assim partilhada:

1) aos particulares, em virtude do art. 72, § 17, quanto às minas encravadas em seu terreno, e, independentemente de acessão, quanto às datas minerais instituídas como desmembramento do domínio da Coroa, quer as dos descobridores, quer as demais não declaradas perdidas; 2) aos Estados, quanto às minas situadas nos terrenos devolutos, não abrangidos pela ressalva do art. 64; 3) aos Municípios, quanto às minas contidas em suas respectivas áreas patrimoniais e 4) à União quanto às minas existentes no Planalto Central da República (art. 3º), nos territórios e ilhas federais, nos terrenos da marinha e nos do fundo subjacente dos mares territoriais, nas zonas indispensáveis para os fins previstos no art. 64 e nas áreas por lei especial destinadas para fundação de arsenais e outros estabelecimentos e instituições de interesse federal (art.34, nº 31)⁸.

Rodrigo Octavio acentua que para a execução do comando constitucional referente às minas foi editada a Lei nº 2.933, de 6 de janeiro de 1915, mas, em razão de certos defeitos, referida lei foi substituída pela Lei nº 4.265/1921, regulamentada pelo Decreto nº 15.211, de 28 de dezembro de 1921⁹.

Nessa mesma esteira, Barroso preleciona que em 1915 o Governo brasileiro começa a se dar conta da importância de estabelecer limites ao sistema acessionista estabelecido na Constituição de 1891, o que o fez

7 REIS, Geraldo Magela. Desapropriação para reforma agrária em área de mineração. In: *Revista de Direito Minerário/repertório de Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, ano I/n.0001. Ed. Mineira, 1997. p. 97- 107.

8 VIVACQUA, Atilio. apud SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

9 OCTAVIO, Rodrigo. *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva e C. 1924. p. 133.

editar a Lei nº 4.265/1921 regulamentando a exploração mineral através do manifesto do descoberto¹⁰.

No entanto, a Constituição Federal de 1934 pôs fim à propriedade casada do subsolo/solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial das minas (art. 118). Ressaltou que haveria necessidade de concessão ou autorização federal para a exploração de tais recursos (art. 19), à exceção daquelas explorações industriais existentes na data da promulgação daquela Constituição, ainda que suspensas (art. 18, § 6.º).

Para Santos a justificativa para a mudança trazida pela CF de 1934 era a de que se eliminassem as propriedades privadas sobre as minas, fazendo o direito de exploração depender de concessão originária do Estado, instituindo-se um regime jurídico livre de embaraços à exploração decorrente dos conflitos entre particulares¹¹. Na oportunidade a autora cita o balizado comentário do jurista José Luiz Bulhões Pedreira:

O objetivo do novo regime jurídico, ao incorporar ao patrimônio da Nação as jazidas que viessem a ser descobertas, excluindo-as da apropriação privada, não foi o de transferir essas jazidas para o domínio particular da União, a fim de que esta sobre as mesmas exercesse os direitos de proprietário. A preocupação era apenas de eliminar a constituição de direitos privados sobre as jazidas, a fim de que pudessem ficar sob a administração do Estado, no sentido de a este caber a autorização para pesquisa e a constituição de direitos de exploração. Essa preocupação, de um lado refletia a experiência do período do regime de acessão, na vigência da Constituição de 1891, quando as demandas sobre direitos minerais eram um dos fatores impeditivos da exploração de muitas reservas conhecidas. Eliminando a propriedade privada, e fazendo o direito de exploração depender de uma concessão originária do Estado, alcançava-se regime jurídico inteiramente livre de embaraços à exploração decorrentes dos conflitos entre particulares.

O Código de Minas de 1934 – Decreto nº 24.642/1934, objetivando regulamentar a nova situação dominial das minas, imposta pela Constituição de 1934, acentuou que as minas já conhecidas

10 BARROSO, Lucas Abreu. Propriedade dos recursos minerais e propriedade do solo e do subsolo no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARROSO, Lucas Abreu, MANIGLIA Elisabete, MIRANDA, Alcir Gursen de (Org.). *A lei agrária nova*, v. I. Curitiba:Juruá, 2007. p. 299.

11 VIVACQUA, Atilio, Apud SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

continuariam pertencendo ao proprietário do solo e as desconhecidas, quando descobertas, seriam incorporadas ao patrimônio da Nação (art. 5.º), estipulando-se o prazo de um ano para os proprietários das jazidas conhecidas manifestá-las ao Poder Público (art. 10).

A Constituição de 1937 manteve a separação do solo e subsolo, vinculando também as minas e as jazidas desconhecidas à dependência de autorização federal, bem assim, a dispensa de autorização para a exploração das minas em lavra já conhecidas, ainda que transitoriamente suspensas.

O Decreto-lei n.º 66, de 14 de dezembro de 1937, ratificou a propriedade privada das minas e jazidas manifestadas a que aludia o artigo 10 do Código de Minas de 1934 (art. 2.º, I) e, quanto às minas não manifestadas, quer as conhecidas ou desconhecidas, inovou ao dizer que as mesmas pertenceriam ao Estado ou à União, a título de domínio privado, conforme determinava o mencionado decreto (art. 2.º, II). Ou seja, as minas desconhecidas, que antes pertenciam à Nação, passaram a integrar, conforme a sua localização, ao patrimônio particular da União ou dos Estados-membros.

Em 29 de março de 1940 foi publicado o Decreto-lei n.º 1.985, denominado Código de Minas de 1940, que revogou, dentre outros decretos, o de n.º 24.642/34 – Código de Minas de 1934, e o Decreto-lei n.º 66, de 14 de dezembro de 1937.

Referido Código repisa que a jazida é bem imóvel, distinto e não integrante do solo e que a propriedade da superfície abrangerá a do subsolo, na forma do direito comum, não incluída, porém, naquela, a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria (Art. 4.º).

Por sua vez, o artigo 7º do mesmo diploma legal acentuou que as jazidas manifestadas ao Governo Federal e registradas na forma do art. 10 do Código de Minas de 1934, estariam oneradas, em benefício dos respectivos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, a contar da data de sua publicação, com a preferência para a autorização de lavra ou, quando a outrem autorizada, com uma percentagem nunca superior a cinco por cento da produção efetiva. Se o direito de preferência não fosse exercido no prazo fixado, ficaria resolvida a manifestação e a jazida seria incorporada ao patrimônio da União.

Por último, o Art. 10 do Código em comento também enfatizou que as jazidas não manifestadas na forma do art. 7º seriam bens patrimoniais da União. Frise-se que este Código foi silente quanto à dominialidade das jazidas não manifestadas que se encontravam em terras de domínio privado dos Estados, ou alienados por este, com reserva expressa ou tácita por força de lei, como fizera o Decreto-lei n.º 66/1937.

A Constituição de 1946, também na mesma balada das Constituições de 1934 e 1937, manteve a distinção da propriedade do solo e do subsolo para o efeito de exploração dos recursos minerais (art.152), ficando assegurada ao proprietário do solo a preferência para exploração das minas e jazidas (§º 1º, art.153), e nos Atos das Disposições Transitórias prescreveu que não dependeria de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934, e, nestes mesmos termos, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensas; ficando tais aproveitamentos e explorações sujeitos às normas de regulamentação e revisão de contratos, na forma da lei.

A Constituição de 20 de outubro de 1967 seguiu os mesmos passos da Constituição de 1946, no que pertine à dicotomia dominial do solo e das riquezas minerais do subsolo (art.161, *caput*). A preferência garantida pela Constituição de 1946 ao proprietário do solo na exploração das minas e jazidas foi substituída pela participação nos resultados da lavra (§ 2º, art. 161).

Em 28 de fevereiro de 1967 foi publicado o Decreto-lei nº 227, instituindo o novo e vigente Código de Mineração, que ressalta competir à União administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais (art.1.º). Reafirmou-se que a jazida é bem imóvel, distinto do solo onde se encontra, não abrangendo a propriedade deste o minério ou a substância mineral útil que a constitui (art 84), definindo também os tipos de regime de aproveitamento das substâncias minerais e autoridades competentes para expedir o título minerário (art. 2.º).

A Constituição de 5 de outubro de 1988, tratou do tema em exame, primeiramente no artigo 20, IX, ao dispor que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertenciam à União, e, no artigo 176, estatuiu que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencendo à União.

Garantiu ao concessionário a propriedade do produto da lavra, ficando assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, na forma e valor que a lei dispuser (§ 2.º). Ao seu turno, o parágrafo 1º do artigo 176 em comento diz que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional.

Para Freire, o domínio dos recursos minerais e do solo não se confundem, nem quando a União tiver a propriedade da superfície, visto que o fato de a União ser a proprietária da superfície, com caráter

dominial puro, não interferiria no domínio e no regime jurídico de utilização do subsolo¹².

Continua o prefalado autor asseverando que o regime de domínio federal encerrou maior preocupação com a transformação do depósito mineral em riqueza do que com a titularidade da mina, não transferindo ao minerador uma propriedade dominial sobre a jazida, mas sobre o Título Minerário que lhe outorga o direito de explorar a jazida até a exaustão, com atributos idênticos ao da propriedade privada¹³.

Com efeito, percebe-se que Constituição de 1988 foi a primeira das Constituições brasileiras, a arrolar entre os bens da União os recursos minerais aflorados ou do subsolo. Antes a previsão era apenas em normativos infraconstitucionais.

Feito esse breve apanhado histórico sobre os regimes jurídicos em que se inserem a questão agrária e minerária, denota-se que cabe à União, por meio de seus respectivos órgãos e autarquias, promover, tanto o desenvolvimento agrário do país, por meio de implementação da política de reforma agrária, como também incentivar e administrar a exploração dos recursos minerais existentes no solo/subsolo brasileiro.

Ocorre, no entanto, que a efetivação desses dois interesses nacionais, quando incidente sobre o mesmo espaço territorial, muitas vezes, pode acabar por colidi-los, dada a incompatibilidade de exercício concomitante dessas duas atividades. Diante da eventual presença de tais casos, podem surgir cenários em que se faça necessário um posicionamento do Poder Público Federal certamente sob respaldo de prévias manifestações dos órgãos competentes, de forma a se evidenciar e declarar qual o interesse nacional deva prevalecer sobre aquele espaço físico, ou seja, se o interesse agrário ou o interesse minerário.

2 CONCORRÊNCIA DE INTERESSE AGRÁRIO E DE INTERESSE MINERÁRIO SOBRE O MESMO ESPAÇO GEOGRÁFICO

Não é raro ocorrerem casos em que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) postula a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, cujos subsolos já estão gravados com requerimentos de pesquisa ou mesmo títulos minerários já expedidos pelo ente público competente.

12 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p. 54

13 Ibidem. p. 37

Já era praxe na Autarquia agrária consultar o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) sobre a existência de pretensão de exploração de minério sobre imóvel rural que estivesse sendo objeto de aquisição via desapropriação, ou compra e venda. Entretanto, por meio da Norma de Execução Incra n.º 083/2009, atualmente substituída pela NE n.º 095/2010, essa praxe tornou-se impositiva¹⁴.

A título de ilustração, ressalta-se que de 84 (oitenta e quatro) consultas formuladas pelo Incra e respondidas pelo DNPM, referentes a propostas de desapropriação de imóveis rurais que no ano de 2008 transitaram pela Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Agrário (CONUR/MDA), com vistas à viabilização da decretação de tais imóveis como de interesse social para fins de reforma agrária, em 20 (vinte) das respostas, a Autarquia minerária informou a existência de interesse particular na exploração mineral sobre tais imóveis, o que correspondeu a 23% dos imóveis.

As vinte respostas acima mencionadas totalizaram 38 (trinta e oito) pretensões minerárias, assim distribuídas:

- i) 14 (quatorze) Requerimentos de Pesquisa;
- ii) 16 (dezesesseis) Alvarás de Pesquisa;
- iii) 06 (seis) Portarias de Concessão de Lavra; e
- iv) 02 (dois) Registros de Licenciamento, o que implica dizer que em determinados imóveis recaem mais de uma pretensão minerária¹⁵.

O número de imóveis objeto do levantamento em questão pode ser considerado baixo, em termos de representatividade para configurar

14 NE/INCRA/P/N.º 095/2010 - Art. 11 O Incra oficiará, anexando planta do perímetro e coordenadas dos vértices do imóvel rural, ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM - sobre a existência de direitos subjetivos privados de natureza minerária, potencializadores de pleitos indenizatórios ou que apresentem riscos à salubridade, à segurança e a sustentabilidade ecológico-econômico na implantação do projeto de assentamento rural. Parágrafo único. Os direitos subjetivos privados de natureza minerária deverão ser analisados pelo Comitê de Decisão Regional – CDR, quanto aos impactos que possam comprometer a implantação de assentamento e previamente à expedição do decreto.

15 Dados levantados junto aos Conjuntos (kit) de documentos enviados pelo Incra à CONJUR/MDA, no ano de 2008.

uma segura estatística. Ainda assim, serve de base para se ter uma noção da dimensão da questão em análise.

Logo, diante da comprovada preexistência de requerimento de título minerário, ou mesmo do próprio título (Alvará de Pesquisa ou Portaria de Concessão de Lavra) impõe-se ao Incra a adoção de algumas medidas acautelatórias, a fim de se evitar que a Autarquia agrária venha a investir recursos públicos em uma área que depois possa ser razão de incômodos à comunidade assentada, tais como insalubridade, fragilização da sustentabilidade econômica e socioambiental do futuro projeto de assentamento, necessidade de reassentamento das famílias ou eventual indenização pela revogação do título minerário.

Assim, no caso de confirmação da existência de interesses concorrentes sobre o mesmo espaço físico, não seria desarrazoado a Autarquia minerária manifestar-se sobre a compatibilidade de implantação do projeto de assentamento naquela área com vocação mineral, atentando-se para os seguintes pontos, dentre outros, que entender pertinentes:

- a) se o imóvel ou parte dele constaria inserido em município cuja zona tenha sido declarada Reserva Nacional de determinada substância mineral, de interesse da União e da economia nacional, consoante prevê o artigo 54 do Decreto-lei nº 227/67;
- b) quantos requerimentos/autorizações/concessões de exploração mineral incidiriam sobre o município de localização do imóvel e sobre a área desaproprianda, informando, ainda, qual o tipo de minério e a área de abrangência/ocorrência requerida, de forma a ficar evidenciada a importância daquela região para o setor mineiro;
- c) se seria compatível – pelo prisma minerário – a exploração concomitante do solo do imóvel desapropriando (exploração agropecuária) com a exploração do subsolo (lavra de minério);
- d) caso a resposta do item “c” seja afirmativa, se a atividade agrária sofreria alguma restrição, e que tipo de restrição;
- e) se a lavra traria impactos efetivos ou potenciais à sustentabilidade ecológico-econômica do assentamento projetado, à segurança e à salubridade das famílias a serem assentadas na área em comento;

- f) caso a resposta do item “e” seja positiva, qual (is) restrição (ões) ou inviabilidade(s) a atividade minerária poderia trazer à atividade agrária no imóvel desapropriando.

Portanto, restando confirmada pelo DNPM a existência de título minerário - principalmente Portaria de Concessão de Lavra - sobre a área exproprianda, e a incompatibilidade de exploração simultânea dessas duas atividades, caberia às Superintendências Regionais do Incra avaliar a viabilidade ou não do prosseguimento da proposta de desapropriação.

Havendo forte interesse público na desapropriação dessas áreas, parece de bom tom que tal fato seja levado ao conhecimento das autoridades superiores, para manifestação conclusiva quanto a qual interesse nacional deva prevalecer sobre aquele espaço geográfico.

Para Reis, no confronto entre dois interesses públicos, como o do caso em estudo - a transformação da reserva mineral inerte em benefícios econômicos e sociais e a desapropriação para reforma agrária -, deve prevalecer a mineração. Continua o citado autor dizendo que mesmo admitindo o interesse público na desapropriação para reforma agrária, nesse confronto há de prevalecer a exploração das reservas minerais pelas seguintes razões:

- i) a rigidez locacional;
- ii) a anterioridade do título minerário;
- iii) a vocação minerária da área desapropriada e
- iv) a vastidão do território nacional e as diversas áreas disponíveis para assentamento de trabalhadores rurais¹⁶.

Por seu turno, Freire pondera que a atividade mineral se distingue das demais por sua rigidez locacional, pelos vultosos investimentos necessários para ultrapassar a fase de pesquisa até o consentimento para lavra e pelo risco da atividade em razão da incerteza da recuperação dos investimentos feitos na fase de pesquisa¹⁷.

16 REIS, Geraldo Magela. Desapropriação para reforma agrária em área de mineração. *Revista de Direito Minerário/repertório de Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, ano I/n.0001. Ed. Mineira, 1997. p. 97- 107.

17 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p 54.
Ibidem. p. 151.

Mais adiante, continua o citado autor:

Rigidez locacional significa que a jazida deva ser lavrada no local onde a natureza a colocou. Então, a regra geral é que, havendo conflito entre a atividade mineral e outra que possa ser implantada em outro local, prevalecerá a extração. Havendo conflito entre a atividade mineral e, por exemplo, assentamento para reforma agrária, prevalecerá a atividade mineral. Se o assentamento para Reforma Agrária ocorrer em área com Direito Minerário, aquele ato deverá ser desfeito em razão do conflito com o ato administrativo-mineral, sem qualquer indenização pelo minerador. Além do aspecto jurídico, que impõe prevalecer o ato anterior praticado regularmente e posto no mundo do Direito atendendo a todos os requisitos legais, não há como admitir o assentamento rural em área com vocação mineral em razão da rigidez locacional da jazida e a mobilidade do assentamento. Além disso, após a realização do assentamento, o assentado torna-se titular do domínio da superfície. Então, sua relação com o minerador será regida pelos artigos 27 ou 59 e seguintes do Código de Mineração. Há uma predominância da atividade mineral sobre o interesse particular e, desde que o empreendimento tenha economicidade suficiente para indenizar o superficiário para retirá-lo da área, essa será a solução contemplada pelo legislador. Há reiterados casos em que o INCRA destaca área para assentamento sem analisar seus atributos para receber os assentados. O minerador não pode, portanto, ser convocado ou compelido a solucionar um problema causado pela ineficiência administrativa¹⁸.

Conforme o magistério de Santos, o intérprete deverá avaliar a norma ajustada à especificidade da atividade minerária, não podendo deixar de considerar o interesse nacional na transformação do recurso mineral inerte em benefícios econômicos e sociais, devendo valer-se dos métodos de hermenêutica comuns, mas considerando os seus princípios dentro de uma visão maior, qual seja, a de que a atividade mineral deve ser exercida no interesse nacional e que não interessa à Nação que os recursos minerais fiquem intocados ou em exposição improdutivo¹⁹.

18 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005, p. 158-9.

19 VIVACQUA, Atílio, Apud SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

Com o devido respeito ao entendimento esposado pelos eminentes autores, se é certo que, por um lado, a exploração de jazida mineral, gera riquezas e benefícios econômicos e sociais ao país, não devendo ficar intocada, por outro lado também é certo que os benefícios sociais advindos com a reforma agrária tornam a terra produtiva e resgatam a dignidade do trabalhador rural, contribuindo, desta feita, para a construção de uma sociedade livre e justa, erradicando-se a pobreza e a marginalização no meio rural.

Reconhece-se que a rigidez locacional e a vocação mineral da área revestem-se de critérios de extrema relevância para a definição da prevalência do interesse mineral sobre qualquer outra atividade que se pretenda implementar nessas áreas, visto que nem todo o subsolo brasileiro é rico em recursos minerais. Mas, de outra banda, é de se reconhecer também que nem todos os imóveis rurais são passíveis de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, haja vista que dessa possibilidade se excluem os que cumprem a função social da terra.

Nesse plexo, salvo melhor entendimento, seria preciso avaliar a essencialidade do minério para o desenvolvimento econômico do país, a sua abundância ou não em outras localidades, a sua diversidade locacional, a sua aceitação e aplicação no mercado internacional, a constituir-se em elemento de geração e elevação de divisas para o Brasil, os potenciais da mina na geração de empregos e divisas, dentre outros aspectos.

No mesmo compasso, também seria preciso avaliar a (im) prescindibilidade da área para implementação de projetos de assentamento de reforma agrária, ou seja, se haveria ou não disponibilidade de outros imóveis rurais na região, passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, se o contingente de trabalhadores rurais que demandam por terras na região é grande ou não, dentre outros elementos.

Nessa esteira de entendimento é o disposto no Parecer n.º 302/2004-CCE da PFE/DNPM, *verbis*:

[...] Diante de conflito de interesses primários isonômicos, bem como face à falta de informação acerca de possível compatibilidade de desenvolvimento conjunto de ambas as atividades, necessário se faz que as autoridades administrativas competentes, valorando a utilidade da exploração do aproveitamento dos recursos minerais e da efetivação de assentamento na área, definam como seria eventual desenvolvimento conjunto ou, em caso de incompatíveis, qual das duas deverá ser

priorizada para fins de o Estado atingir seus objetivos no atual momento político.

Assim, entende-se que, considerando a rigidez locacional da jazida mineral bem como a existência de direitos minerários que compreendem a área inserida na região que ora pretende-se a realização de assentamento, os interesses envolvidos na realização de reforma agrária deverão ser cabalmente contrastados com aqueles decorrentes da atividade minerária pelas autoridades administrativas de ambas as autarquias federais envolvidas – DNPM e INCRA – em exercício de atividade discricionária informada pelos critérios de oportunidade e conveniência, de forma a evidenciar, in casu, qual das duas atividades irá melhor contribuir para o desenvolvimento nacional da atualidade. [...]

Por conseguinte, tanto a reforma agrária quanto a exploração das riquezas minerais são atividades de relevante interesse nacional, ambas com *status* constitucional, não podendo, desta maneira, tal decisão ser tomada de forma tão simplista e objetiva, como pareceu evidenciar. O sopesamento dos fatores acima delineados é que deverá nortear a preponderância de uma atividade em detrimento da outra, devendo prevalecer aquela que melhor represente o interesse nacional naquela região, até mesmo porque a Constituição de 1988 não impôs qualquer *discrímen* que levasse à conclusão de que a atividade minerária tivesse prioridade sobre a atividade agrária, ou vice versa.

2.1 COMPETÊNCIA PARA DEFINIÇÃO DO INTERESSE NACIONAL PREVALENTE

O Parecer n.º 302/2004-CCE da PFE/DNPM, mencionado linhas volvidas, afirma ser da competência do Incra e do DNPM, em atividade conjunta, determinarem qual das duas atividades apresenta interesse nacional preponderante dentro do atual contexto sócio-econômico e político em que se encontra o Estado, caso se mostre incompatível o desenvolvimento conjunto dessas atividades.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pela ilustre subscritora do parecer acima mencionado, ousou discordar dela quanto à competência de tais entes públicos para tomarem tal decisão. Não obstante o MDA/Incra e o MME/DNPM, serem os órgãos e autarquias responsáveis pela implementação das respectivas políticas em relevo, entendo que não seriam atribuições desses entes públicos

eventual definição sobre qual interesse nacional deva sobrepor-se um ao outro.

Penso ser desarrazoado um ente da Administração tornar sem efeito um ato válido emanado de outro ente de igual quilate, ainda que em comum acordo, menosprezando os princípios que regem o ato administrativo, notadamente, a hierarquia administrativa.

Aos entes agrários caberia, talvez, dentro de um juízo de oportunidade e conveniência, apenas sobrestar o procedimento administrativo de desapropriação em tais casos. Já aos entes minerários parece que não seria possível, por conta própria, definirem pela revogação de título minerário para dar lugar a projeto de assentamento, ou o contrário.

Portanto, salvo melhor entendimento, dado o nivelamento hierárquico dos órgãos e entidades públicos envolvidos, a decisão sobre qual atividade deva ser priorizada nesses casos seria de competência exclusiva do Presidente da República, que em nosso regime político-constitucional, é o responsável pela Administração pública do país, devendo, destarte, deliberar sobre os altos interesses públicos, no intuito de se buscar uma solução que atenda aos reais interesses da Nação, diante de casos como o ora *sub examine*.

A liturgia para se chegar a tal tomada de decisão talvez pudesse ser principiada por manifestações circunstanciadas dos órgãos envolvidos, de forma a ficar evidenciada a incompatibilidade da coexistência da atividade mineral com a atividade agrária sobre a mesma base territorial, bem assim a essencialidade de cada atividade em conflito para o desenvolvimento nacional.

Superada essa fase, e concluindo-se pela incompatibilidade das duas atividades, encaminhar-se-iam os autos à Presidência da República, para definição do interesse nacional prevalente, que em qualquer caso poderia ser declarado por decreto.

3 EVENTUAL PREVALÊNCIA DO INTERESSE AGRÁRIO SOBRE O MINERÁRIO – REFLEXOS INDENIZATÓRIOS DESSA DECISÃO

Não há dúvida alguma que, ressalvadas as hipóteses em que haja ameaça à salubridade, à segurança ou à sustentabilidade ecológico-econômica do assentamento projetado, pode ser possível compatibilizar – em cada caso concreto – ambas as atividades, ainda que mediante compensações do minerador à comunidade assentada.

No entanto, em caso de colisão extrema entre esses dois importantes interesses públicos, nunca se há de descuidar da possibilidade de a opção estatal vir norteadas em prol da reforma

agrária, mediante a constatação da pouca essencialidade, de alternativas locacionais ou irrelevância estratégica do minério incidente no subsolo de propriedades rurais descumpridoras de sua função social.

Nesse caso caberia ao órgão minerário competente promover a revogação de eventuais requerimentos e ou títulos minerários incidentes no imóvel expropriando, determinando-se o bloqueio da área, para que sobre a mesma não recaíssem mais requerimentos de autorização de pesquisa ou de lavra.

Portanto, se a União pretender desapropriar um imóvel rural para fins de reforma agrária, cuja área esteja acobertada por título minerário, notadamente o “Alvará de Pesquisa”, a “Portaria de Concessão de Lavra”, ou ainda o simples “Requerimento de Autorização de Pesquisa”, e sendo evidente a incompatibilidade da atividade agrária com a atividade minerária, os títulos minerários, porventura existentes, teriam que ser previamente revogados, podendo expor-se a União a eventual dever de prestar indenização ao minerador, pela supressão de eventual direito subjetivo minerário, representada por tais títulos.

Freire enfatiza que a partir do requerimento e desenvolvimento do processo administrativo o Poder Público outorga ao minerador, respectivamente e de forma vinculada e irretratável, o “Direito de Prioridade” para exercício de atividade mineral na área, o “Consentimento para Pesquisa” e o “Consentimento para Lavra”, sendo que cada um desses direitos passaria a integrar o patrimônio do minerador, com natureza e valor econômico próprio e individualizado²⁰.

Assim, passa-se a deitar análise sobre os supostos direitos suso referidos e eventual indenização em face de revogação dos aludidos títulos, pela Administração.

3.1 REQUERIMENTO DE “AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA”

O processo de mineração, no regime de autorização e concessão, tem início com o requerimento de autorização de pesquisa dirigido ao Diretor-Geral do DNPM, e, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pelo Código de Mineração, será deferido pela autoridade mencionada, instituindo-se o direito de prioridade ao requerente, representado por “Certificação de Prioridade”.

Para Freire, o requerimento de pesquisa com certificação de prioridade constitui-se num ato jurídico com natureza completamente diferente dos demais requerimentos administrativos, visto que institui

20 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p. 118.

em favor do minerador o direito subjetivo de prioridade à obtenção do consentimento para pesquisa e lavra mineral, afastando os demais pretendentes à mesma área²¹.

Ainda para o mencionado autor:

O Requerimento de Pesquisa prioritário constitui um bem, um direito como outro qualquer. Tem expressão própria e valor econômico mensurável que integra o patrimônio do minerador. Os Requerimentos de Pesquisa mineral com Certificação de Prioridade são negociados livremente no mercado, com pleno conhecimento do DNPM, ainda que somente sejam averbados após sua transformação em Consentimento para Pesquisa. Têm preço próprio e são contabilizados como ativo nas empresas. Em caso de falência, os requerimentos de pesquisa prioritários (ou com recursos discutindo a prioridade) serão arrecadados e passarão a integrar a Massa Falida²².

Na mesma trilha, o Parecer CONJUR/MME n.º 062/97 acentua que “Essa privilegiada situação jurídica [requerimentos de pesquisa] consubstancia, para seu beneficiário, um bem ou valor, passível até de avaliação econômica, muitas vezes de elevada monta, que, irrecusavelmente, integra o patrimônio do requerente”.

Com efeito, pelo acima exposto, quer parecer que se a União pretender desapropriar um imóvel rural cujo subsolo esteja gravado com requerimentos de pesquisa mineral e certificação de prioridade, e sendo incompatível o exercício concomitante de eventual atividade minerária com a agrária, seria o caso de se promover a revogação do aludido requerimento, o que, à luz do que sustenta tal doutrina, poderia expor a União a uma possível reparação indenizatória ao beneficiário do requerimento revogado.

3.2 ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA MINERAL

Ressalta-se, *prima facie*, as severas críticas feitas por Freire quanto à terminologia “Autorização” utilizada pelo legislador para designar o título minerário que outorga o direito-dever de se realizar a pesquisa mineral. Para o citado autor a nomenclatura em questão seria imprópria, visto gerar uma confusão com a conceituação clássica do Direito Administrativo.

Continua o eminente autor dizendo que a autorização de pesquisa mineral, ao contrário, é ato administrativo vinculado, e não discricionário.

21 FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p. 118.

22 Ibidem. p. 118-9.

Em razão disso, a utilização indevida do vocábulo “autorização” tem sido causa de equívocos tanto na doutrina quanto nos tribunais, tirando proveito disso a Administração para tentar atuar segundo uma discricionariedade que não existe. Sugere, portanto, a utilização da expressão “Consentimento para Pesquisa Mineral”²³.

Feitas essas observações preliminares, a Autorização (Consentimento) para Pesquisa Mineral, materializada em um Alvará de Pesquisa, nada mais é do que um ato administrativo que confere ao minerador direito de execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico²⁴.

3.3 RECUSA DA “CONCESSÃO DE LAVRA” APÓS A APROVAÇÃO DO RELATÓRIO DE PESQUISA

Concluídos os trabalhos de pesquisa na área especificada no requerimento protocolizado junto ao DNPM, o titular do Alvará de Pesquisa deverá apresentar relatório circunstanciado, contendo, dentre outros elementos, informações sobre a reserva mineral da jazida, a qualidade do minério e a exequibilidade da lavra, para aprovação do órgão minerário.

Ainda que seja aprovado o relatório de pesquisa, isso não garantirá a expedição do título de concessão de lavra, consoante estatuído no artigo 42 do Código de Mineração de 1967, *verbis*:

Art. 42 – A autorização será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o relatório.

Portanto, a simples aprovação do relatório não configuraria direito adquirido à concessão da lavra. Julgando o Recurso Extraordinário n.º 104.606-6-RJ, o ilustre Ministro Relator Rafael Mayer consignou que:

[...] Necessariamente, ao detentor de autorização para pesquisa não está assegurado o direito de concessão para lavra de mineral, se a isso contra-

²³ FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p. 125.

²⁴ Decreto-lei n.º 227/67. Art. 14.

indicarem razões ou circunstâncias posteriores ou mesmo presentes ao primeiro ato. [...]

A pesquisa é, portanto, um simples meio para atingir um fim: a concessão da lavra. Contudo, a aprovação do relatório, que “importa na declaração oficial de que a área está convenientemente pesquisada (parágrafo único do art. 30), não assegura ao pesquisador o direito à concessão da lavra, mas apenas o habilita a requerê-la. “Estar pesquisada a área”, é apenas uma das condições necessárias à outorga da lavra, como estatui o art. 37 do código. [...] E não cabe qualquer medida judicial tendente a controlar a ação do Poder Executivo na recusa da outorga da concessão, pois o interesse público aferido é “a juízo do governo”. Nesse caso, a Administração atua no exercício do poder discricionário e assim entende o Colendo Supremo Tribunal Federal.

[...] Do exposto, conclui-se, sem maior esforço, que da autorização de pesquisa, mesmo com relatório aprovado – o que não é o caso dos autos – não resulta qualquer direito adquirido à obtenção de concessão de lavra.²⁵

Na esteira desse comando normativo, veja uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONCESSÃO PARA PESQUISA DE TURFA; APROVAÇÃO DO RELATORIO. INDENIZAÇÃO A QUE TEM DIREITO O PESQUISADOR SE LHE FOR RECUSADA A LAVRA (ART. 36 DO CÓDIGO DE MINAS) [...] A INDENIZAÇÃO, NO CASO, É RESTRITA AO DISPOSTO NO ARTIGO 36 DO CÓDIGO DE MINAS. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. (STF - RE17.265. Rel. Min. Ribeiro Costa, Segunda Turma, DJ 11/09/1952)

Pelo acima esposado, a indenização cabível ao minerador seria apenas aquela suficiente para cobrir as despesas empreendidas com os trabalhos de pesquisa, e ainda assim, se a recusa tiver por expoente interesses que ultrapassem a utilidade da exploração industrial pretendida. Se o motivo da recusa for evitar prejuízo ao bem público, nenhuma reparação seria oportunizada ao minerador.

Frise-se, na situação em relevo não há revogação expressa do Alvará de Pesquisa, mas sim, recusa de publicação da portaria de concessão de lavra para que o minerador possa iniciar a exploração industrial da jazida.

²⁵ Recurso Extraordinário n.º 104.606-6-RJ. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196625>. Acesso em: 06 jul. 2009.

Nesse caso, os trabalhos de pesquisa já estariam concluídos e estaria demonstrada a viabilidade técnico-econômica da exploração da jazida, mediante aprovação do relatório de pesquisa pelo DNPM. Mas, mesmo assim, o valor de virtual indenização não ultrapassaria aquele despendido com os trabalhos de pesquisa.

Observa-se, então, que o minerador sequer poderia alegar em juízo direito a indenização em montante superior aos gastos empreendidos na pesquisa, visto que já estava ciente da expressa possibilidade de recusa da expedição da Portaria de Concessão de lavra. Trata-se de um risco sabido e consentido.

3.4 PORTARIA DE CONCESSÃO DE LAVRA

Assim como para o vocábulo “Autorização”, Freire também desferiu contundentes críticas à terminologia “Concessão”, utilizada pelo legislador para designar o título minerário que outorga o direito-dever de se realizar a exploração das jazidas minerais. Para o citado autor a nomenclatura em questão também seria inadequada, porque confunde esse ato administrativo, de natureza especial, com as concessões clássicas do Direito Administrativo. Sugere, portanto, a utilização da expressão “Consentimento para Concessão Mineral”²⁶.

Continua o autor dizendo que a Concessão de Lavra:

Não é acordo nem contrato administrativo. Também não é realizado intuito personae. É atividade econômica, industrial e extrativa. Não é serviço público, porque não deve ser executado pela Administração, mas por empresa brasileira, conforme preceitua a Constituição. Com a publicação da Portaria, a União não delega a execução da lavra, mas cria um direito de lavra a favor do minerador²⁷.

Uma vez expedida a Portaria de Concessão de Lavra pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, a sua revogação geraria direitos indenizatórios ao minerador, não por expressa disposição de lei, mas por entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Segundo o magistério de Reis, a Portaria de Concessão de Lavra, sendo um ato administrativo negocial, não pode ser revogada sem indenização ao minerador, visto que referido título, embora não gere domínio sobre a reserva mineral, outorga ao patrimônio jurídico do seu

²⁶ FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005. p. 127.

²⁷ *Ibidem*. p. 55.

titular o direito sobre a jazida com os mesmos elementos da propriedade plena, de valor proporcional ao da jazida²⁸.

A indenização a que eventualmente teria direito o minerador seria em função da revogação do título, enquanto bem jurídico suscetível de apreciação econômica, e não a jazida em si mesma considerada, pois esta pertence ao domínio patrimonial da União, nos termos do inciso IX, do artigo 20, da Carta Magna de 5 de outubro de 1988.

Nesse sentido são os seguintes julgados da Suprema Corte brasileira:

DIREITO DE PROPRIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM DE LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - GARANTIA DE INDENIZAÇÃO PLENA - JAZIDAS MINERAIS EXISTENTES NO IMÓVEL AFETADO PELA SERVIDÃO DE PASSAGEM - RESSARCIBILIDADE DOS DIREITOS INERENTES À CONCESSÃO DE LAVRA - A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE DO SOLO E DA PROPRIEDADE MINERAL - RECURSO IMPROVIDO. RECURSOS MINERAIS E DOMÍNIO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO - O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil - fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 - instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribuiu, à União Federal, a titularidade da propriedade mineral, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial. A propriedade mineral submete-se ao regime de dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, achando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal. CONCESSÃO DE LAVRA - INDENIZABILIDADE - O sistema minerário vigente no Brasil atribui, à concessão de lavra - que constitui verdadeira res in commercio -, caráter negocial e conteúdo de natureza econômico-financeira. O impedimento causado pelo Poder Público na exploração empresarial das jazidas legitimamente concedidas gera o dever estatal de indenizar o minerador que detém, por efeito de regular delegação presidencial, o direito de industrializar e de aproveitar o produto resultante da extração mineral. Objeto de indenização há de ser o título de concessão de lavra, enquanto bem jurídico suscetível de apreciação econômica, e não a jazida em si mesma considerada, pois esta, enquanto tal, acha-se incorporada

28 REIS, Geraldo Magela. Desapropriação para reforma agrária em área de mineração. *Revista de Direito Minerário/repertório de Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, ano I/n.0001. Ed. Mineira, 1997. p. 97 a 107.

ao domínio patrimonial da União Federal. A concessão de lavra, que viabiliza a exploração empresarial das potencialidades das jazidas minerais, investe o concessionário em posição jurídica favorável, eis que, além de conferir-lhe a titularidade de determinadas prerrogativas legais, acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legítima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico. Essa situação subjetiva de vantagem atribui, ao concessionário da lavra, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do Poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral. (STF-RE-AgR 140254/SP, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Rel. Min. Celso de Mello, 1.^a Turma, DJ 06/06/1997)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. JAZIDAS DE MINERAIS: INDENIZAÇÃO. I – Jazidas de minerais, areia, pedras e cascalho: não são indenizáveis, salvo existência de concessão de lavra. II – Precedentes do STF: RE 70.132-SP, Baleeiro, RTJ 54/500; RE 189.964-SP, Velloso, “DJ” de 21. 06. 96; RE 140. 254 (agra) -SP, Celso de Melo, “DJ” 06. 6. 97.III – RE conhecido e provido. (STF – RE n.º 315.135-5. Relator Min. Carlos Velloso, 2.^a Turma. DJ07/06/2002).

O Ministro Carlos Velloso, Relator do supracitado Recurso Extraordinário, citando Hely Lopes Meireles, assim asseverou:

O saudoso Professor HELY LOPES MEIRELES esclarece, em seu substancial parecer, que é certo que nenhum particular pode pretender indenização de jazida, enquanto bem da União. Mas, desde o momento em que a própria União concedeu ou licenciou a sua exploração, a lavra passa a pertencer ao concessionário ou licenciado e tem o valor econômico integrado no patrimônio de seu titular [...], há, portanto, fundamental diferença entre a jazida não pesquisada e não concedida e a jazida concedida e em lavra, isto é, a mina em exploração regular. Aquela não propicia indenização. Esta exige indenização quando atingida por desapropriação ou revogada a concessão.

Com efeito, embora o Código de Mineração nada fale sobre a indenização pela revogação da Portaria de Concessão de Lavra, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas quanto ao cabimento dessa indenização, haja vista o valor patrimonial e conteúdo econômico que reveste o título minerário em voga.

Desta forma, se a atividade minerária vier a ser suprimida por um ato de império do Poder Estatal, não caberia indenização pelo produto mineral que deixou de ser explorado, visto que este pertence à União; agora, quanto ao valor econômico do título minerário revogado e eventuais gastos empreendidos a doutrina sustenta o dever de indenização ao minerador.

Nesse passo, desponta-se pacificado na Suprema Corte o cabimento de indenização ao concessionário de lavra que teve o seu título revogado. Assim, se a União, por meio de seu delegado agrário, vier a desapropriar um imóvel rural cujo subsolo esteja comprometido com exploração mineral legalmente concedida e essa atividade vier a ser interrompida em decorrência de sua incompatibilidade com as atividades do futuro projeto de assentamento a União poderia expor-se à exigência de indenizar o título do minerador.

Quanto à revogação dos demais títulos a questão já se torna um pouco mais controversa, senão vejamos.

3.5 RECUSA/REVOGABILIDADE DO ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA MINERAL E EVENTUAIS DIREITOS INDENIZATÓRIOS

O entendimento prevalente é no sentido de que o autorizatário teria apenas e tão somente o irrevogável direito de preferência de pesquisa sobre qualquer outro interessado, mas não o direito irrevogável à própria autorização de pesquisa e à futura concessão da lavra.

A esse respeito, vale transcrever excerto do Parecer n.º 225/2005, da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, *in verbis*:

19. Deve-se deixar claro, também, que não só a recusa da concessão de lavra pode ser feita. A recusa e revogação de autorização de pesquisa também o pode. Isto porque se o art. 42 do Código de Mineração permite que, por interesse público, seja recusada a concessão de lavra, com muito mais razão pode-se recusar os instrumentos mais frágeis, como as autorizações e permissões. Assim, considerando que as autorizações e permissões são atos administrativos mais frágeis ou precários que o ato concessivo, deve-se entender que tanto as autorizações quanto as permissões também podem ser negadas por interesse público. De outro viés, no caso, pelos princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, é de imposição lógica que, por interesse público, a autorização de pesquisa, por exemplo, possa ser negada ou

revogada, uma vez que não há motivos para permitir uma pesquisa que não redundará em concessão de lavra.

No mesmo passo, é também o entendimento do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), estampado no PARECER/PROGE n.º 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA:

22. Não obstante o artigo 42 fazer referência expressa somente à “recusa de lavra”, esta Procuradoria-Geral do DNPM já se manifestou acertadamente no sentido de que essa regra deve ser estendida a outras fases do processo minerário. O Parecer PROGE n.º 203/2007 abordava situação em que se pretendia aplicar o art. 42 do Código de Mineração para extinguir uma concessão de lavra já outorgada. Na ocasião, a Procuradora Jurídica de Execução da PGF junto ao DNPM, Dra. Ana Salett Marques Gulli, entendeu que “o dispositivo acima transcrito [art.42] encontra-se situado no Código de Mineração no Capítulo referente à lavra (capítulo III, da Parte 1), todavia, referente especificamente à autorização. É certo também afirmar que ao referir-se a autorização faz alusão à lavra na medida em que a autorização será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. (grifo nosso)

23. Assim, a interpretação a ser dada ao art. 42 deve ser, nesse aspecto, extensiva, de modo a abarcar o indeferimento de outros requerimentos e a revogação de títulos minerários menos robustos, como permissões de lavra garimpeira, autorizações de pesquisa, dentre outros. Afinal, independentemente do tipo de requerimento, ou do título minerário envolvido, todo o processo minerário visa à futura realização de lavra de recursos minerais. Além disso, há que se considerar o fato de inexistirem direitos absolutos no âmbito do arcabouço normativo brasileiro.

Com efeito, a autorização de pesquisa ou mesmo o seu requerimento poderão vir a ser recusados ou revogados diante da superveniência de outro interesse público que supere a utilidade da exploração da jazida mineral, como por exemplo, eventual implantação de um projeto de assentamento de reforma agrária; ou a construção de uma usina hidrelétrica, cuja área mineralizada esteja ou venha a ser inundada; ou ainda a criação de uma unidade de proteção integral da natureza, etc.

No que pertine à indenização pela revogação de “Autorização de Pesquisa de Lavra”, antes ou mesmo depois da conclusão dos trabalhos de pesquisa, o vigente Código de Mineração é silente nesse aspecto e a interpretação extensiva dos pareceres acima aludidos, não adentrou nessa seara.

O Parecer PF/19.º DS/RO n.º 48/2006-MP, dá conta de que:

[...] Dessa forma, os alvarás de pesquisa constituem mera expectativa de direito em relação à concessão de lavra, uma vez que terminada a pesquisa poderá ser constatada a inviabilidade econômica da área outorgada.

Portanto, só é indenizável a jazida mineral que tiver sido objeto de portaria de concessão de lavra, [...]. Esse é também o entendimento da jurisprudência. Vejamos: “As jazidas não manifestadas e sem concessão ou autorização para serem exploradas também não são indenizáveis” (RTJ, vol. 47, pág. 486, Revista de Direito Administrativo, vol. 104, págs. 223 e 224, e Revista de Direito Público, vol. 16, págs. 203 e 204), “Jazida mineral não explorada e não concedida está excluída do valor da indenização” (RJTJSP, LEX, VOLS, 111/130, 117/166, 120/319 e 132/150).

No entanto há decisões judiciais atribuindo valor econômico ao alvará de pesquisa, o que evidenciaria possibilidade de sua indenização em caso de revogação, *verbis*:

O Alvará de Pesquisa é um título minerário e constitui um bem, um direito, como outro qualquer, haja vista que tem expressão própria e valor econômico mensurável pelo mercado, e que integra o patrimônio do minerador fazendo parte do ativo da empresa. Sobre o tema, WILLIAM FREIRE ensina: “A concessão de lavra decorre de uma série de atos deflagrados a partir do protocolo do requerimento prioritário. Não se trata de expectativa de direito, pois esse direito subjetivo à pesquisa tem autonomia e feições próprias, não dependendo de qualquer outra formalidade para aperfeiçoar-se. Com o protocolo prioritário, tem-se como adquirido o direito à pesquisa e futura lavra, nas condições do Código, que passa a integrar seu patrimônio” (In Comentários ao Código de Mineração, 2ª ed. AIDE, Rio de Janeiro, p. 56). (TJMG. Apelação Cível n.º 375.456-9. Rel. Mauro Soares de Freitas. DJ 14/06/2003).

E M E N T A: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DANOS MATERIAIS. AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA DE MINERAÇÃO. DEFERIMENTO INDEVIDO. ATO REVISTO E ANULADO PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA 473 DO STF. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR LIMITADA AO PRAZO DE VALIDADE DO ALVARÁ CONCEDIDO. PREJUÍZOS COMPROVADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. [...]

2. Com efeito, a autorização administrativa é um ato unilateral e pelo fato de ter sido revogado não enseja, por si só, direito a qualquer indenização. Porém, em certas situações, é necessário analisar em que circunstâncias o pedido de autorização foi concedido e, após, decretada a nulidade do ato pela Administração, e se houve comprovadamente prejuízos que o autor suportou em razão do investimento na infraestrutura para a pesquisa do minério “quartzito”, outrora autorizada pela autoridade administrativa competente.

3. No caso dos autos, resta claro que a Administração laborou em erro quando deferiu o pedido do autor, pois já havia sido protocolado anteriormente outro pedido de pesquisa, em relação à mesma área, o que só foi detectado em 30.06.1976, surgindo daí o dever da Administração de ressarcir o prejuízo causado ao autor. [...].

(TRF 3.^a Região. Apelação Cível n.º 705409. Rel. Juiz Federal Valdecir dos Santos, Turma Suplementar da 2.^a Seção. Julg. 10/04/2008)

Escorado na interpretação extensiva que os pareceres CONJUR/MME/n.º 225/2005 e PROGE/DNPM/n.º 500/2008, mencionados alhures, imprimiram ao artigo 42 do Código de Mineração, no concernente à recusa ou revogação do Alvará de Pesquisa, ou mesmo de seu requerimento, infere-se, pela mesma razão, que tal interpretação extensiva açambarcaria também os aspectos indenizatórios de que trata referido artigo.

Ou seja, pela doutrina exposta, se a revogação do requerimento ou do alvará de pesquisa der-se em razão de futura lavra evidenciar-se prejudicial ao bem público nenhuma indenização caberia ao administrado. De outra banda, se a efetivação de futura lavra comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, o administrado teria direito de receber indenização das despesas feitas até o momento da supressão de sua pretensão.

Embora pareça defensável essa interpretação, é de se registrar que a Administração só está autorizada a fazer aquilo que a lei determina. No caso em tela, repise-se, não há previsão legal regulando tal assunto. Ademais, é sabido que toda atividade econômica está sujeita a experimentar prejuízos. São os chamados “riscos do empreendimento”.

Não obstante isso, e justamente por isso, para a doutrina exposta, além da possibilidade dos trabalhos de pesquisa apontar para a inviabilidade técnico-econômica do aproveitamento industrial da jazida em pesquisa, o que por si só já causaria prejuízos ao empreendedor, eventual interrupção dos trabalhos de pesquisa, por um ato unilateral do Estado, sem que houvesse, sequer, o ressarcimento dos gastos efetuados, poderia gerar mais prejuízos de forma a causar uma insegurança jurídica muito grande a essa categoria de empreendedores.

4 CONCLUSÃO

A mineração e a reforma agrária gozam do mesmo *status* jurídico-constitucional, cabendo à União promover tanto a implementação de uma quanto da outra.

A competência para definir qual atividade (minerária ou agrária) deva sobrepor-se à outra, em caso de incompatibilidade de exercício simultâneo dessas duas atividades sobre o mesmo espaço físico seria da Presidência da República, amparada em manifestações dos órgãos e entidades agrários e minerários.

Embora o Requerimento de Autorização de Pesquisa com Certificação de Prioridade e o Alvará de Autorização de Pesquisa possam ter valor econômico em si mesmos, não há previsão legal a gerar direitos indenizatórios ao autorizatário pela revogação de tais atos pelo Poder Executivo, em que pese hajam decisões judiciais reconhecendo valor econômico a esses títulos.

Nos termos do artigo 42 do Código de Mineração, a recusa de concessão de lavra, ao fundamento da pretensa exploração ser prejudicial ao bem público, não geraria ao minerador direito de ter reparadas as despesas experimentadas com os trabalhos de pesquisa mineral. No entanto, segundo a doutrina exposta, se a recusa tiver por escopo o comprometimento de interesse que supere a exploração industrial da jazida, o minerador teria direito ao ressarcimento dos gastos despendidos com a pesquisa minerária.

Os Pareceres CONJUR/MME/n.º 225/2005 e PROGE/DNPM/n.º 500/2008, atribuíram interpretação extensiva ao artigo 42 do Código de Mineração, apenas para contemplar a revogação de “Requerimento

de Alvará de Pesquisa” ou de “Alvará de Pesquisa” já emitido, e não para sufragar eventuais direitos indenizatórios por tais revogações.

A revogação da Portaria de Concessão de Lavra, a juízo do Poder Executivo, quer seja para implantação de projetos de assentamento de reforma agrária, quer seja para outras atividades que se revelem de maior interesse nacional do que a manutenção da exploração industrial da jazida legalmente concedida gera ao concessionário, conforme remansoso entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias, o direito de indenização tão somente pelo título suprimido, e não pela jazida em si, visto esta última ser patrimônio constitucional da União e não do minerador.

É possível o bloqueio de áreas diante de comprovada incompatibilidade de exercício simultâneo de atividade agrária e de atividade minerária sobre o mesmo espaço geográfico, bem assim, da superação da utilidade do aproveitamento mineral do imóvel pelo interesse agrário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 29 jan. 2011.

_____. *Constituição de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Constituição de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 06 fev. 2011.

_____. *Constituição de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 06 fev. 2011.

_____. *Constituição de 20 de outubro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 06 fev. 2011.

_____. *Constituição de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 fev. 2011.

Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, Parecer CONJUR/MME/N.º 225/2005.

Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, Parecer CONJUR/MME/ N.º 062/97.

_____. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 06 fev. 2011.

_____. Decreto-lei nº 66, de 14 de dezembro de 1937. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=1007529>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

_____. Decreto-lei nº 1.985, de 29 de março de 1940. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111067/codigo-de-minas-de-1940-decreto-lei-1985-40>>. Acesso em: 6 fev. 2011.

_____. Decreto-lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0227.htm>>. Acesso em: 9 fev. 2011.

Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, PARECER/PROGE N.º 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA.

Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM Parecer PF 19.º DS/RO N.º 48/2006-MP

Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM Parecer n.º 302/2004-CCE da PFE/DNPM

_____. Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 09 de fev. 2011.

Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - NE/INCRA/P/N.º 095/2010.

_____. Lei n.º 4.132, de 10 de setembro 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4132.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp76.htm>. Acesso em: 05 fev. 2011.

STF-RE-AgR 140254/SP, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Rel. Min. Celso de Mello, 1.ª Turma, DJ 06/06/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1520816>> Acesso em: 06 jul. 2010.

STF – RE n.º 315.135-5. Relator Min. Carlos Velloso, 2.ª Turma. DJ07/06/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1950230>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

STF – RE n.º 104.606-6-RJ. Relator Min. Rafael Mayer, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196625>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

STF – RE 17.265. Rel. Min. Ribeiro Costa, Segunda Turma, DJ 11/09/1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=118926>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

STF ADIN n.º 2213/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1823899>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

TJMG - Apelação Cível n.º 375.456-9. Rel. Mauro Soares de Freitas. DJ 14/06/2003). Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=&ano=&txt_processo=375456&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=Alvará%20de%20pesquisa&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em 20 jul. 2009

TRF 1 – AC 200134000144690. Rel. Daniel Paes Ribeiro, 6.^a Turma. DJ 28/10/2008). Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.asp?processoX=200134000144690>>. Acesso em: 20, jul. 2009.

TRF 3.^a Região. *Apelação Cível n.º 705409*. Rel. Juiz Federal Valdeci dos Santos, Turma Suplementar da 2.^a Seção. Julg. 10/04/2009.

BARROSO, Lucas Abreu. Propriedade dos recursos minerais e propriedade do solo e do subsolo no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARROSO, Lucas Abreu, MANIGLIA Elisabete, MIRANDA, Alcir Gursen de (Org.). *A lei agrária nova*, v. I. Curitiba:Juruá, 2007.

.FALCÃO, Ismael Marinho. *Direito agrário brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Bauru-SP:EDIPRO,1995.

FREIRE, William. *Natureza Jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Revista de Direito Minerário. 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre-RS: Sérgio Antônio Fabris. 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*. 1. ed. 2.^a tir. Curitiba: Juruá, 1999

OCTAVIO, Rodrigo. *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva e C. 1924

REIS, Geraldo Magela. Desapropriação para reforma agrária em área de mineração. *Revista de Direito Minerário/repertório de Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, ano I/n.0001. Ed. Mineira, 1997.

SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O Direito Minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11965>>. Acesso em: 26 jan. 2009



LICITAÇÕES PÚBLICAS: INSTRUMENTOS DE FOMENTO E PROTEÇÃO DO MERCADO INTERNO

PUBLIC BIDDING: INSTRUMENTS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF THE INTERNAL MARKET

Jefferson dos Santos Vieira

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Ordem Econômica Constitucional; 2 Princípios da Ordem Econômica; 1.1 Soberania Nacional; 1.2 Propriedade Privada; 1.3 Função Social da Propriedade; 1.4 Redução das Desigualdades Regionais e Sociais; 1.5 Busca do Pleno Emprego; 2 O Estado na Atividade Econômica; 2.1 O Estado Promocional - Intervenções Fomentadoras da Economia; 3 Função das Aquisições Públicas na Política de Fomento da Atividade Econômica; 3.1 Margem de Preferência; 3.2 A Licitação como Instrumento de Fomento da Economia; 3.3 Restrição quanto à origem do Produto; 4.3.1 O TCU e a Restrição quanto à origem do produto; 5 Conclusão; Referências.

¹ Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Pessoal, Contratos, Licitações e Convênios da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho e em Direito do Estado e Regulação.

RESUMO: A atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País, impõe a adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público, diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. O objetivo deste trabalho foi analisar a função das licitações públicas no fomento e proteção do mercado interno, destacando-se a obrigação constitucional do Estado promover a atividade econômica, os instrumentos da margem de preferência e da restrição quanto à origem, introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, bem como o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o uso das licitações como instrumento de execução de políticas econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Margem de Preferência. Restrição. Origem do Produto. Fabricação Nacional. Polêmicas. Fomento. Atividade Econômica.

ABSTRACT: The prime role of the public sector with a view to establishing incentives for research and innovation, which are recognized as embodying a powerful inducing effect on the development of the country, requires the adoption of measures that add to the profile of public sector demand, clear guidelines pertaining to the role of the state in the promotion of economic development and the strengthening of the production of domestic goods and services. The aim of this study was to analyze the role of public tenders in the promotion and protection of the domestic market, highlighting the constitutional obligation of the state to promote economic activity, the instruments of the margin of preference and of restriction based on the origin of products, introduced into the legal system by law No. 12,349, of December 15, 2010, as well as the view of the Federal Audit Court (TCU) on the use of tenders as an instrument of economic policy implementation.

KEYWORDS: Bidding. Margin of Preference. Constraints. Origin of Products. Domestic Manufacturing. Polemics. Promotion. Economic Activity.

INTRODUÇÃO

A globalização das economias mundiais é fenômeno decorrente do liberalismo econômico, que prega a influência mínima do Estado na atividade econômica, possibilitando o fluxo internacional de bens, serviços e capitais.

Todavia, em momentos de crise econômica, o Estado reafirma sua importância na atividade econômica, fomentando e regulando os setores produtivos do mercado interno. A intervenção do Estado na ordem econômica está consolidada na Constituição da República de 1988, esses mandamentos constitucionais balizam a produção normativa relacionada à atividade econômica e influenciam as decisões administrativas vinculadas ao desenvolvimento econômico do País.

Na busca da preservação do mercado interno, dentre outras medidas, o Estado poderá realizar alterações legislativas ou atos administrativos específicos para induzir a aquisição de produtos nacionais.

Dentre atos administrativos que independem de legislação específica, a licitação para aquisição de bens e serviços possui relevante papel para a manutenção da produção interna do País, garantindo o nível de emprego e o desenvolvimento tecnológico e fabril da massa produtora para atender as demandas sociais internas.

As aquisições públicas foram consolidadas como importantes instrumentos para o fomento da produção econômica do País e de salvaguarda dos princípios constitucionais da soberania, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

No presente estudo, serão apresentados alguns instrumentos que poderão ser usados pela Administração para obter a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e realizar a defesa do mercado interno por meio das aquisições públicas.

1 DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A ordem econômica constitucional está compreendida nos arts. 170 a 192 da Constituição da República de 1988, sendo esses agrupados em quatro capítulos que tratam dos princípios gerais da atividade econômica, da política urbana, da política agrícola e fundiária e da reforma agrária e do sistema financeiro nacional.

Os dispositivos constitucionais da ordem econômica são denominados pela doutrina como “Constituição Econômica”, pois são

um “[...] conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia” (CANOTILHO, 2002).

Esse conjunto de normas é caracterizado por estabelecer um dever ao legislador ordinário, condicionar a legislação futura, informar a concepção do Estado e da sociedade, inspirar a ordenação jurídica e condicionar as atividades discricionárias da Administração, sendo classificados como normas constitucionais programáticas (SILVA, J, 2003).

A análise da ordem econômica indica que, por força de norma constitucional dirigente, o Estado deve prestigiar a livre iniciativa e a propriedade privada, enunciando que a forma econômica adotada no texto constitucional é a capitalista.

No intuito de minimizar o impacto social decorrente da forma econômica adotada, a Constituição impôs limites e definiu objetivos para o exercício da atividade econômica, ressaltando que esta tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

[...]. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que a tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica, que examinaremos ainda neste capítulo. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste. (SILVA, J, 2008)

Ao estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, a Constituição propõe um enorme desafio para a sociedade capitalista, que, por princípio, é individualista, pois para a existência do regime de justiça social “[...] cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria” (SILVA, J, 2008).

Portanto, no intuito de transformar a realidade socioeconômica, a ordem constitucional fixa os parâmetros para a exploração da atividade econômica pelos particulares e para a atuação do legislador ordinário e da Administração para que o programa constitucional alcance o maior nível de realidade.

2 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Nesta oportunidade, apenas um dos capítulos que compõem o título da ordem econômica e financeira será analisado. Trata-se do capítulo que relaciona os princípios gerais da atividade econômica, tendo em vista a influência desses na legislação que regulamenta aquisições estatais.

Os princípios podem ser definidos como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre os estados de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão).

O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (Endzustand), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é o ponto de partida para procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos. (ÁVILA, 2006)

Portanto, conforme definição do texto constitucional, a ordem econômica deve ter por fim a preservação da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Não que se olvidar que todos os princípios são essenciais para o estudo da ordem econômica constitucional, porém a limitação do objeto deste estudo recomenda a abordagem específica de alguns dos princípios arrolados, em especial, os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais.

1.1 SOBERANIA NACIONAL

A soberania, como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, tem o significado de poder político supremo e independente, ou seja, aquela não é limitada por nenhum outro poder no âmbito interno e garante que o Estado Brasileiro está em igualdade com outros Estados internacionais, não tendo obrigação de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas, no âmbito das relações internacionais.

O princípio da soberania nacional econômica não é mera repetição do princípio fundamental do Estado Brasileiro. Esse é complemento da soberania indicada como fundamento do estado e legitima os atos estatais necessários para empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos.

A indicação da soberania nacional como um princípio da ordem econômica reverbera a autonomia do Estado Brasileiro e cria condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular. (SILVA, J, 2008).

1.2 PROPRIEDADE PRIVADA

O conceito de propriedade tem origem na idade média e alcança o ápice do conceito evolutivo nas Revoluções Liberais, sendo baseada na apropriação individual. Ela expressa o instinto natural do indivíduo em conservar e fortalecer o que é seu.

Juridicamente falando, a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário. Ela consiste num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. A propriedade também é um direito absoluto, porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituído, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. É absoluto também porque oponível a todos. O direito de propriedade é perpétuo: tem duração ilimitada e não se extingue pelo não uso. É um direito exclusivo, uma vez que consiste no poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio. (GOMES, 1983)

Para Manoel Jorge e Silva Neto (NETO, 2001), a proteção constitucional da propriedade privada ressalta que ela é um dos enunciados declarativos do modelo econômico abraçado pelo constituinte originário, ou seja, a proteção constitucional da propriedade privada é um desdobramento da forma econômica capitalista adotada pelo constituinte.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade é expressão do processo de relativização dos direitos individuais, esses não são mais entendidos como pertencentes aos indivíduos em seu exclusivo interesse, eles passam a militar como instrumentos de construção de algo para a coletividade.

A Constituição inscreveu a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III). Já destacamos antes a importância desse fato, porque, então, embora também prevista entre

os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim. O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico. Se se reconhece o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. A Constituição o diz (art. 170).

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social. (SILVA. J, 2008)

A funcionalização da propriedade não deve ser encarada como mais uma limitação ao exercício desse direito, ela é mais do que isso. Na realidade, sua a função social é uma nova concepção do direito de propriedade, baseada no fundamento, razão e justificação da mesma.

1.4 REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

As desigualdades regionais são decorrentes da concentração dos fatores econômicos nas regiões mais populosas do país, pois a iniciativa privada não possui interesse econômico em determinados setores da economia, ou inexistência de mercado consumidor, ou pelo custo elevado do investimento ou pela cumulação dos dois fatores, o que propicia o desenvolvimento desigual das regiões do País.

O desenvolvimento social está intimamente ligado ao desenvolvimento econômico de uma região, pois a exploração da atividade econômica deve ser orientada conforme os ditames da sociedade justa, sendo essa caracterizada “[...] por estar estruturada para assegurar a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas para viver condignamente” (SILVA. A, 2003).

Portanto, para suprir uma falha da forma econômica capitalista, a Constituição da República impõe ao Estado a obrigação de fomentar

políticas públicas compensatórias para as regiões com menor desenvolvimento, visando garantir o desenvolvimento uniforme do País.

1.5 BUSCA DO PLENO EMPREGO

O princípio do pleno emprego estabelece que o Estado tem o dever de implementar políticas públicas que garantam a criação de oportunidades e o aumento geral da produtividade dos fatores de produção com o uso integral da oferta de mão de obra disponível no mercado.

Para ciência econômica, o pleno emprego significa:

[...] o estado de equilíbrio entre a oferta e a demanda dos fatores de produção em sua plena capacidade instalada. Em uma situação de pleno emprego não existe desperdício, em qualquer de suas formas, nem do capital e nem do trabalho. O pleno emprego significa a utilização da capacidade máxima de produção de uma sociedade e, evidentemente, deve ser utilizada para elevar a qualidade de vida da população, com respeito ao meio ambiente. (ALVES, 2011)

O combate às desigualdades sociais para o alcance do desenvolvimento sustentável do País e a construção de uma sociedade justa e solidária têm como requisito o alcance do pleno emprego, pois, com base nele, os membros da sociedade poderão obter os meios necessários para subsistência digna.

2 O ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

A Constituição de 1988, ao regulamentar a ordem econômica, estabeleceu que, como em todo Estado capitalista, precipuamente, caberia à sociedade explorar diretamente a atividade econômica.

Na perspectiva constitucional, não caberia ao Estado a exploração direta da atividade econômica, pois os esforços estatais deveriam ser concentrados na prestação dos serviços públicos essenciais ao bem estar social (educação, saúde, transportes, etc...), prestigiando-se as ideias difundidas pelo liberalismo econômico.

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. É claro que, consoante já vimos, numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social,

a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público”. [...]. O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. [...] (SILVA, J, 2008)

Contudo, o Estado moderno não segue integralmente os ditames do liberalismo econômico, não sendo possível o total afastamento daquele das questões relativas à atividade econômica.

Neste passo, foi garantida ao Estado a exploração excepcional de determinada atividade quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo e a exploração de monopólio estatal.

[...] A interpretação e a intervenção estatal no cenário econômico deixaram de ser algo inconcebível (sócio e juridicamente) para serem alçados à condição de parcela da concepção primária dos deveres do Estado. Desde então, dentre os princípios fundadores do sistema jurídico-constitucional estão aqueles que versam sobre economia (pública, privada e público-privada). A natureza da relação Estado-economia é alçada à institucionalização hierárquica superior nos respectivos textos constitucionais, fazendo parte essencial da idéia que se tem do próprio Estado. (MOREIRA, 2006)

Ademais, mesmo quando não há exploração direta da atividade econômica, a Constituição atribuiu ao Estado às funções de fiscalização, regulamentação e planejamento das atividades economicamente relevantes, ou seja, o Estado passou a regulamentar os mercados, conforme os ditames estabelecidos pela ordem econômica constitucional.

A Constituição já não é tão clara, como as anteriores, quanto aos modos de atuação do Estado na economia. Fala em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulamentar da atividade econômica. Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode-se manter, em face da Constituição atual, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de

seus fundamentos e de seu fim, já tantas vezes explicitados aqui. É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, porque, se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada quanto a estatal se destina ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos. (SILVA, J, 2008)

As novas atribuições constitucionais do Estado permitem concluir que a participação deste na ordem econômica pode ser classificada como participativa ou intervencionista. Na primeira, o Estado disputa com a sociedade o desempenho de determinada atividade econômica e na segunda, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos, isto é, conduz a exploração da atividade pela livre iniciativa para os fins colimados na constituição, promovendo ou restringindo determinada atividade.

2.1 O ESTADO PROMOCIONAL - INTERVENÇÕES FOMENTADORAS DA ECONOMIA

O desenvolvimento econômico e social é, quando iniciado de forma espontânea, decorrente da decisão de integrantes da sociedade de explorar determinada atividade econômica, ou seja, no tempo ditado pelo mercado, a livre iniciativa produzirá os bens necessários para suprir suas demandas e alcançar o bem estar social de todos.

Todavia, em algumas situações, o tempo necessário para o início da exploração espontânea de determinada atividade econômica não atende aos anseios da sociedade, sendo função do Estado adotar medidas de fomento para atrair novos, manter ou ampliar o quadro de empreendedores de determinado setor da economia que possuem relevância para o desenvolvimento econômico e social.

O que traz consigo a possibilidade de adversidades duradouras, que agravam ainda mais o problema de que os efeitos maléficos das crises econômicas são sentidos de imediato justamente pelos menos privilegiados. Tenha-se presente a lição de Keynes, que “sublinhou a importância do estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da ‘completa destruição as instituições económicas actuais’. E como as crises e os seus efeitos perniciosos se fazem sentir a curto prazo, Keynes veio defender que política económica deve adoptar uma perspectiva de curto prazo: “in the long run we are all dead”, como escrevia em 1923. [...]”

15.2 Ocorre que a intervenção não pode se dar apenas nesse plano de fascinação pelo mercado. Isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar para corrigir falhas nas condutas dos agentes (objeto de ilícitos concorrenciais), ele deve fazê-lo com a finalidade de sanar falhas estruturais (em setores onde o mercado e a concorrência dificilmente se instalariam) e implementar políticas econômicas públicas, instalando as modificações no próprio mercado. Tais políticas não são anclares ao modelo mercadológico, mas inclusive podem contrariar o paradigma vislumbrado pela teorização da concorrência perfeita.

16. A inserção estatal na economia, portanto, muitas vezes transcende a formação de uma estrutura jurídico-institucional que apenas garanta o livre-exercício da atividade econômica por parte das pessoas privadas, pois também se dirige ao exercício da atividade produtiva ou fomentadora. O que se dá em especial em países subdesenvolvidos e/ou semi-industrializados.

Essa ordem de intervenções promocionais do Estado pode acidentalmente gerar resultados secundários equivalentes ao modelo da concorrência perfeita. Mas tal pressuposto não é condição necessária e suficiente para autorizar a interferência estatal. Não é necessário porque o fundamento de tais ações diz respeito às políticas públicas estabelecidas pelo Estado em função do interesse público por ele tutelado. Não é suficiente porque há hipóteses em que o Estado pode não se ver obrigado a só construir um mercado concorrencial perfeito, mas a atuar na geração de outros benefícios sociais (trabalho, renda, saúde, serviços públicos etc) [...] (MOREIRA, 2006)

No cumprimento do dever de fomentar a atividade econômica para assegurar a todos existência digna, o Estado poderá usar como formas de fomento os incentivos fiscais, financeiros ou outras formas de incentivos à produção.

25. Na medida em que o que caracteriza o Estado assistencial é sobretudo 'a intervenção direta do estado na transformação das condições de existência e de mudanças da sociedade' ele passa a estimular e a induzir a adoção de determinados comportamentos por parte dos agentes econômicos.

O que pode se dar através da fixação de prêmios às condutas positivas (um benefício fiscal oriundo do atingimento de determinado nível de produtividade, p.ex.), mas também através de técnica de “facilitação”: os expedientes através dos quais um grupo social organizado exercita um determinado controle sobre o comportamento de seus membros (neste caso consiste na promoção da atividade na direção desejada), não assegurando uma recompensa depois que a ação é concretizada, mas fazendo de molde que o seu cumprimento seja mais fácil (ou menos difícil). “Note-se a diferença: a recompensa vem depois, a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar”

26. Essas técnicas jurídicas de encorajamento têm uma diferença essencial em relação às técnicas repressoras: enquanto que estas são exercitadas em função da conservação de um estado das coisas, aquelas o são em função da mudança que se pretende implementar. No campo econômico, procura-se fazer com que os empresários alterem o seu comportamento econômico (já lícito), induzindo juridicamente vantagens econômicas caso se desempenhe determinada atividade segundo certos parâmetros de interesse coletivo.

Isso resultou numa alteração nodal na configuração das normas constitucionais: ‘Na constituição liberal clássica, a função principal do estado parece ser aquela de tutelar (ou garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado das funções da tutela ou da garantia, aparece mais freqüentemente aquela de promover’. Ao Estado é imposto o dever constitucional de realizar mudanças, empenhando-se e estimulando a adoção de comportamentos socialmente construtivos. [...]

27. O fomento é tido pela doutrina de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández como um ato administrativo favorável. Os atos favoráveis (opondo-se aos ‘atos de gravame’) são definidos como aqueles que beneficiam o destinatário ‘com a ampliação de seu patrimônio jurídico, outorgando-lhe ou reconhecendo-lhe um direito, uma faculdade, um plus de titularidade ou de atuação, liberando-o de uma limitação, de um dever, de um gravame, produzindo, pois, um resultado vantajoso para o destinatário’.

Na definição de Juan Carlos Cassagne, o conceito de fomento ‘repousa sobre a idéia da conveniência de que o Estado projeta ou promova determinadas atividades que realizam as pessoas físicas ou jurídicas

com a finalidade mediata de procurar que, mediante a concretização de ditas atividades, resulte um benefício para a comunidade’.

28. Através do fomento, o Estado estimula (ou induz) os particulares à produção de determinados efeitos econômicos, mediante a promessa de específicos benefícios.

O fomento depende de definição prévia acerca dos motivos que o geraram e dos objetivos a ser atingidos através de melhoramento na alocação de determinados recursos (privados e públicos). O Estado estabelece determinadas finalidades socioeconômicas a serem atingidas e promove um estímulo extraordinário à iniciativa privada, a fim de que os agentes econômicos adotem determinadas condutas que gerem os benefícios sociais então perseguidos. Essa definição há de obedecer aos princípios constitucionais da motivação e da publicidade.

Em decorrência, o fomento implica na ampliação formal de esfera jurídica do empresário, outorgando-lhe, em contraponto aos investimentos e compromissos assumidos, determinados benefícios (fiscais, patrimoniais, jurídicos etc.) [...] (MOREIRA, 2006)

Portanto, na intervenção para o fomento da economia, o Estado pode elaborar atos normativos ou realizar atos administrativos que permitam a adoção de medidas necessárias para assegurar a todos uma existência digna, sendo certo que os incentivos ofertados pelo Estado são condicionados à consonância do projeto empresarial ao planejamento público.

3 FUNÇÃO DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS NA POLÍTICA DE FOMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

No contexto da função fomentadora da economia, o Estado instituiu uma nova finalidade para a licitação e introduziu um novo critério de preferências para produtos e serviços nacionais, reforçando a importância das aquisições públicas para o fomento da atividade econômica interna.

Como é sabido, o instituto da licitação possuiu previsão constitucional e tem por objetivo assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos

da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Na busca da efetividade plena do dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 8.666/93, sendo definido que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...] (BRASIL, 1993)

A redação primitiva do art. 3º da Lei nº 8.666/93 permaneceu incólume até a edição da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Com a nova redação proposta ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, agregou-se mais uma finalidade à licitação, qual seja: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...] (BRASIL, 2010)

A exposição de motivos da MP nº 495/2010, que alterou a redação do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, traz como fundamento para a alteração realizada, a necessidade de se reconhecer a importância das aquisições governamentais no desenvolvimento socioeconômico e tecnológico do País.

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante

a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas. [...]

6. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre

outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país. [...]

9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho. (EXPOSIÇÃO ..., 2010)

Inegavelmente, com as alterações realizadas na legislação, o Estado reconheceu que as compras estatais podem ser usadas para o alcance dos seus objetivos constitucionais econômicos, especialmente, o desenvolvimento nacional, que é elemento essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

[...] a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social e contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhada da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. [...] garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir um sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é, de resto, primordial. (GRAU, 2007)

No exercício das funções ligadas à promoção da atividade econômica, as aquisições estatais são elementos estratégicos para o

desenvolvimento nacional, pois a demanda do Estado por bens e serviços pode garantir o desenvolvimento de determinada atividade econômica e, por conseguinte, o desenvolvimento socioeconômico de todos os envolvidos no ciclo produtivo daqueles bens ou serviços.

Neste passo, diante da clareza do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, hoje resta evidente que a licitação deve estar voltada para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não podendo objetivar exclusivamente o menor preço.

Todavia, o legislador, ao introduzir essa nova finalidade da licitação, não indicou de forma exaustiva as formas ou os meios que a Administração poderá usar para promover o desenvolvimento nacional sustentável nas aquisições públicas, limitando-se a instituir a margem de preferência, que em determinadas situações será o instrumento para tal fim.

Frisa-se, porém, que o Estado não ficará limitado ao instituto da margem de preferência para alcançar os objetivos constitucionais econômicos, posto que a alteração realizada no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 proporciona uso de outros meios para tais fins.

3.1 MARGEM DE PREFERÊNCIA

O instituto da margem de preferência assegura que a Administração poderá adquirir produtos manufaturados e serviços nacionais, mesmo que esses sejam até vinte e cinco por cento mais caros que produtos alienígenas.

Os produtos manufaturados e serviços nacionais são definidos legalmente, nos seguintes termos: a) produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal (BRASIL, 2010).

O processo produtivo básico - PPB foi inicialmente previsto na Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, como “[...] o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto” (BRASIL, 1991).

Já as regras de origem são definidas como leis, regulamentos e determinações administrativas de uso geral, aplicadas pelos países membros da Organização Mundial de Comércio - OMC para determinar o país de origem do bem.

Diante das restrições e especificidades para uso da margem de preferência, é possível afirmar que essa se dirige claramente às licitações internacionais, não possuindo aplicação nos demais casos de aquisições realizadas pelo Estado (RIGOLIN, 2010), o que corrobora o entendimento sobre a possibilidade de uso de outros meios como instrumentos de promoção do desenvolvimento nacional.

3.2 A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DA ECONOMIA

Como visto, a lei não estabeleceu as formas e os meios que a Administração poderá usar para alcançar os objetivos legais da licitação, pois é impossível esgotar-se todas as hipóteses objetos da ordenação executiva pela lei, cabendo-lhe apenas delimitar a margem de atuação do poder discricionário da Administração.

[...] Rousseau, profeta dos novos ilustrados e defensor da vontade geral do primado da lei, sustentava que seria impossível que se esteja a toda hora legislando sobre tudo e chamando os órgãos de representação popular a se manifestarem sobre todo e qualquer assunto. Seria impraticável adaptar as leis aos acontecimentos, de modo que as leis poderiam tornar-se perniciosas e até mesmo “ser causa de destruição do Estado”. O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado. Todos esses fatores conduziram à pluralização e democratização do Estado. Acresça-se a isso a circunstância de haver uma carência de tempo do Legislativo em relação ao grande volume da legislação e a imperiosa necessidade de o Estado possuir um poder de criação do Direito que seja mais que o Legislativo. Este, na verdade, não dispõe de tempo para estudar todos os problemas secundários que exigem a atenção e a participação cada vez mais ativa do Estado. [...] Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe relevância política que ultrapassa o que os teóricos liberais do fenômeno constitucional podiam imaginar, isto é, “deslocou-se a primazia do Legislativo para o Executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa. [...] (GUERRA, 2008)

Portanto, pode-se concluir que a ausência de indicação pela norma sobre as formas e os meios para o alcance dos objetivos da licitação foi proposital, e não descuido do legislador, pois caberá à Administração planejar suas aquisições, definindo nesta fase as características mínimas do objeto necessárias à preservação do interesse público e cabendo a essa ponderar as medidas mais eficazes para o alcance das finalidades legais da licitação.

Assim, no uso poder discricionário e diante do caso concreto, caberá à Administração definir os critérios que serão adotados nas aquisições públicas para preservar a isonomia, garantir a obtenção da melhor proposta e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O silêncio da lei possibilita que a Administração, dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, adote as medidas administrativas que entender necessária para execução de determinada política econômica, pois as ações ligadas à promoção da economia, por vezes não podem aguardar a dinâmica imposta pelo direito.

[...]. O tempo dos operadores do Direito (e das normas jurídicas) não é o mesmo daquele em que se desenvolve a economia contemporânea (onde o conceito medieval tornou-se quase que supérfluo em razão das conquistas tecnológicas).

2. Por outro lado, e à parte das coincidências que podem existir, fato é que a Ciência da Economia é mais veloz (mesmo no Direito Econômico). As atribuições e o desenvolvimento da economia vinculam-se a escolas edificadoras de teorias dinâmicas, a propor constantes e renovadas soluções aos diuturnos problemas concretos – que têm como ponto de partida e são diretamente aplicadas no mundo do ser.

A Economia vê o presente à luz do exame do passado, mas tem por objetivo projetar o futuro e propor inovações. As teorias são consolidadas e diversificadas com o passar dos anos [...].

Já o Direito é de usual mais lento, fechado e reacionário. Baseia-se no que já foi positivado em princípio e regras, depois de um longo processo de elaboração que tem por lastro uma visão pretérita (o mundo dos fatos, como existia ao tempo em que as normas foram elaboradas). [...]

4. Demais disso, essa visão de uma hermenêutica prospectiva exige uma integração mais intensa entre as “velocidades” jurídica e econômica – não no sentido de submeter as premissas ou a lógica de um Ciência à outra (o que se descarta com firmeza), mas sim para permitir uma compreensão mais adequada do que efetivamente se passa. [...] (MOREIRA, 2006)

Neste contexto, a descrição do objeto nos editais possibilita que a Administração limite o universo de seus potenciais fornecedores, pois nem todos os fornecedores poderão atender a demanda nos padrões mínimos fixados pela Administração, isto é, a licitação poderá ser um meio de fomento ou defesa de determinado setor econômico.

As decisões do Tribunal de Contas da União indicam que a Administração não está limitada a impor restrições previstas na legislação, essa poderá usar as cláusulas do edital para delimitar as características do objeto em decorrência de fatores técnicos e econômicos e que poderão diminuir casuisticamente a participação no certame, sem, contudo, configurar restrição desarrazoada ao certame.

Como constou do relatório precedente, o ponto fulcral questionado pela representante versou acerca de exigência relativa à especificação do objeto do certame, qual seja, a de que as peças componentes dos arquivos a serem instalados fossem pintadas sob o sistema antimicrobiano, de modo a atender aos padrões estabelecidos na norma JIS 2801 - Japan, ou a outro sistema certificado por laboratório credenciado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO.

Tal exigência, segundo a representante, teria acarretado restrição da competitividade do certame, afrontando os princípios basilares aplicáveis ao procedimento licitatório, porquanto somente uma única empresa, a Caviglia & Cia Ltda, a qual sagrou-se vencedora na licitação, possuía o laudo de conformidade com supracitada norma.

Corroboro o entendimento uníssono da unidade técnica no sentido de que as irregularidades apontadas pela representante não se confirmaram.

Com efeito, a necessidade da pintura antimicrobiana dos arquivos a serem fornecidos à Procuradoria-Geral da República, com vistas

à proteção dos bens ali armazenados, bem como da salubridade das pessoas que trabalham no local, não se afigura exigência descabida, porquanto não extrapola os limites do razoável, inserindo-se no âmbito da discricionariedade da Administração quanto à escolha do objeto do certame.

Além disso, ficou demonstrada a existência de fornecedores nacionais para o sistema de pintura antimicrobiana, nos moldes exigidos no edital, restando afastada a hipótese de que o único sistema existente seria aquele fornecido pela empresa Caviglia & Cia Ltda. Por esse motivo, observo que não se configurou o alegado direcionamento da licitação.

Releva consignar, ainda, conforme consta da instrução técnica, o fato de que os preços dos arquivos adquiridos pela Procuradoria Geral da República mostraram-se compatíveis com os do mercado. Tal constatação decorreu da comparação dos valores em questão com aqueles constantes da estimativa realizada pelo órgão, no curso do procedimento licitatório.

De mais a mais, não consta dos autos do procedimento administrativo referente ao pregão, qualquer impugnação acerca da questão levantada pela representante. Nesse ponto, insta salientar que, nem mesmo ela própria fez uso desse direito no decorrer do certame.

Diante dessas circunstâncias, não vislumbro a presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada nem tampouco de motivos plausíveis para o eventual cancelamento da licitação sob comento, razão pela qual a representação deve ser julgada improcedente. (BRASIL, 2008, grifos nossos)

É certo, porém, que a Administração não poderá apresentar características desnecessárias para a definição do objeto, pois essas são irrelevantes ao interesse público (esse expresso na lei de licitações pelo trinômio: preservação da isonomia - proposta mais vantajosa para administração - promoção do desenvolvimento econômico sustentável) e que restrinjam o caráter competitivo da licitação de forma desnecessária ou causem o direcionamento do certame para determinado concorrente, ou seja, na descrição dos critérios técnicos do objeto a Administração não poderá usar critérios desarrazoados ou desproporcionais.

Neste passo, desde que não sejam desnecessárias e irrelevantes, a Administração poderá usar as cláusulas editalícias para fomentar ou

defender de determinado setor econômico do mercado interno, sendo o planejamento precedente ao edital fundamental para consecução deste fim.

3.3 RESTRIÇÃO QUANTO À ORIGEM DO PRODUTO

A restrição editalícia quanto à origem do produto a ser adquirido é tema polêmico no âmbito das aquisições estatais, pois alguns entendem que a Administração não pode prestigiar o produto nacional em detrimento dos similares alienígenas, pois nesses casos haveria uma restrição injustificada à competição.

Contudo, parece-nos que a restrição quanto à origem do produto pode ser elemento essencial para o fomento e proteção do mercado interno, inexistindo ilegalidade na rejeição de produtos alienígenas pela Administração, especialmente nas licitações nacionais.

Nas licitações nacionais, não há autorização para participação de empresas estrangeiras, porém, seus representantes comerciais e importadores podem participar do certame, ou seja, a empresa estrangeira poderá vender seus produtos por meio de uma terceira pessoa constituída sob as leis brasileiras, inserindo-se, dessa forma, o produto alienígena no mercado interno.

A nova redação do *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93, que determina que a licitação deve promover o desenvolvimento nacional econômico, deixa claro e evidente que as aquisições públicas possuem função socioeconômica e são instrumentos de promoção e proteção do mercado interno, por meio da geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país, provendo de efetividade o texto da Constituição da República.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988)

Assim, diante da necessidade de proteger o mercado interno e de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, a Administração poderá definir pela aceitação ou não de produtos importados nas licitações.

A decisão de aceitar ou não produtos estrangeiros no certame possui fundamento constitucional e legal, inserindo-se no âmbito do

poder discricionário da Administração, uma vez que a característica de origem do produto integra a descrição do objeto, sendo ônus dessa a descrição do objeto que atenda adequadamente ao interesse público.

A imposição de restrições quanto à origem do produto pode ser instrumento essencial para execução de programas de desenvolvimento econômico, especialmente do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, pois possibilita que apenas os produtores estrangeiros estabelecidos no País participem da licitação.

O PAC é um programa constituído de medidas de estímulo ao investimento privado e ampliação dos investimentos públicos em infra-estrutura e de voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da Administração Pública Federal.

O planejamento idealizado ao programa propõe a expansão do investimento em infraestrutura, ressaltando-se que essa é condição fundamental para o esvaziamento dos gargalos da economia e estímulo ao aumento da produtividade e para a diminuição das desigualdades regionais e sociais, promovendo a aceleração do desenvolvimento sustentável do País.

O PAC vai estimular, prioritariamente, a eficiência produtiva dos principais setores da economia, impulsionar a modernização tecnológica, acelerar o crescimento nas áreas já em expansão e ativar áreas deprimidas, aumentar a competitividade e integrar o Brasil com seus vizinhos e com o mundo. Seu objetivo é romper barreiras e superar limites. (INVESTIMENTOS..., 2011) grifos nossos

Ademais, os produtos adquiridos pela Administração para execução do PAC são ligados ao setor produtivo de bens de capital, que é caracterizado pela produção de máquinas e equipamentos utilizados pela totalidade do sistema produtivo, por incorporar endogenamente a geração de tecnologia e, conseqüentemente, por difundir progresso técnico para o restante da economia, assumindo papel estratégico no processo de desenvolvimento econômico dos países:

[...] quanto maior o ritmo que emprega no desenvolvimento tecnológico, maiores também tendem a ser as repercussões sobre a velocidade do progresso técnico e do uso de ativos tecnológicos por outros setores. Destarte, a partir dos bens de capital, constrói-se uma

teia complexa de relações produtivas e tecnológicas, interligando sua dinâmica à de outros setores industriais, mas também ao agropecuário e ao de serviços. Ele permeia todos os demais, sobretudo o industrial e o Setor Primário, por ser o responsável pelo fornecimento de máquinas e equipamentos utilizados por estes. (AVELLAR; STRACHMAN, 2008)

A presença de um setor de meios de produção aumenta consideravelmente os efeitos de encadeamento para trás e o efeito multiplicador de qualquer expansão primária dos gastos autônomos da economia, ampliando o mercado interno e, conseqüentemente, o potencial de geração de emprego e renda (ALEM; PESSOA, 2005).

O fomento da indústria de bens de capital nacional passa a ser uma ação estratégica para dinamizar o crescimento econômico sustentável e, sobretudo, se ajustaria perfeitamente aos objetivos do Programa de Aceleração do Crescimento, pois o fortalecimento daquele setor produtivo pode proporcionar importantes avanços econômicos ao país, especialmente: a) diminuição da vulnerabilidade externa; b) impulso do crescimento econômico; c) desenvolvimento tecnológico; d) elevação da arrecadação de tributos; e) aumento dos empregos envolvidos direta e indiretamente no setor; f) ampliação da sinergia de arranjos produtivos.

Portanto, ter como obrigatória a aceitação de produtos importados, nas aquisições necessárias à execução das ações vinculadas ao PAC ou outro programa de fomento à economia, desprestigia o potencial fabril interno e frustra os objetivos de criação de empregos, geração de renda, aumento da produtividade nacional, modernização tecnológica e redução das desigualdades regionais e sociais do país, pois os produtos usados seriam produzidos em outros países.

Neste passo, considerando que as compras governamentais têm, por finalidade expressa em lei, a função de promover o desenvolvimento econômico sustentável, parece-nos razoável concluir pela possibilidade de imposição de restrição quanto à origem do produto, desde que adequada à política pública a ser executada por meio da aquisição.

Em sendo assim, se a Administração rejeitar produtos importados em determinado certame, não será possível classificar essa decisão como ilegal de forma imediata, pois possuiu arrimo constitucional e legal, devendo ser analisada sob a luz dos incisos I e II do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, que no âmbito das licitações traduzem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

3.3.1 O TCU E A RESTRIÇÃO QUANTO À ORIGEM DO PRODUTO

O Tribunal de Contas da União não possui entendimento consolidado sobre a legalidade da restrição a produtos de fabricação nacional em licitações nacionais ou comuns.

O tema foi abordado diretamente em dois julgados da primeira metade da década de noventa, do século passado, nas Decisões 147/1994 e 607/1994, ambas proferidas já sob a égide da Lei nº 8.666/93.

Nesses julgados, o Tribunal de Contas da União abordou duas situações fáticas distintas: a) existe vedação legal para não permitir a aceitação de produtos importados nas concorrências de âmbito na nacional? b) pode a Administração exigir no edital que os produtos fornecidos sejam de fabricação nacional, nas licitações de âmbito nacional?

A primeira indagação foi respondida na Decisão 147/1994 (BRASIL, 1994), que, em resposta a consulta formulada pelo Supremo Tribunal Federal, foi afirmado que no tocante à abertura do certame aos veículos de fabricação estrangeira, não há impedimento legal quanto a esse procedimento, observando-se, no caso de empate, o preceituado no § 2º, incisos I, II e III, do art. 3º da mesma Lei nº 8.666/93.

Na Decisão 607/1994 (BRASIL, 1994), que analisou impugnação ao edital que restringiu a participação no certame para somente os concorrentes com estabelecimento fabril em território nacional, a Corte de Contas entendeu que decisão sobre o uso de licitação internacional ou nacional está inserida na discricionariedade da Administração e que, se optando pela segunda, não há imposição legal para a Administração aceitar produto estrangeiro, adotando-se o entendimento de Marcos Juruená Villela Souto:

[...]. Se há bens produzidos no país e no exterior, há que se conciliar os aspectos de política econômica interna, ligados à proteção (sempre temporária) de um determinado segmento da economia, e fatores de controle de divisas e comércio internacional com a necessidade de abertura da economia ao mercado externo e incremento da competitividade dos bens e serviços brasileiros com os produzidos nos estrangeiros. (SOUTO, 1994)

Logo, dependendo dos aspectos da política econômica interna, a Administração poderia restringir a participação de fornecedores de produtos estrangeiros.

As decisões, aparentemente são antagônicas, porém uma análise detida das mesmas possibilita concluir que o Tribunal de Contas da União entende que:

- a) para ampliar a competição na licitação comum, diante da escassez de produto nacional, a administração **poderá** aceitar o produto estrangeiro, desde que esse atenda ao interesse público em conformidade com o similar nacional em todos os aspectos, inclusive no tocante às condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas;
- b) nas licitações nacionais, *poderá* a Administração exigir que os produtos a serem fornecidos sejam de fabricação nacional, para conciliar os aspectos de política econômica interna;
- c) no uso do poder discricionário, a Administração **poderá** aceitar ou não os produtos estrangeiros, diante dos elementos coletados durante a fase de planejamento da licitação, inexistindo regra que imponha a aceitação ou rejeição de produtos alienígenas.

Das conclusões extraídas dos julgados analisados é possível verificar que não há norma que obrigue a Administração a aceitar produtos estrangeiros em certames internos, sendo certo que, em determinadas hipóteses, a restrição quanto à origem do produto pode ser aceita pela Corte de Contas da União.

CONCLUSÃO

O Estado moderno não segue integralmente os ditames do liberalismo, e dessa forma, não está afastado das questões relativas à atividade econômica, atuando na fixação de parâmetros para a exploração dessa pelos particulares, no intuito de transformar a realidade socioeconômica, para que a ordem econômica constitucional alcance o maior nível de realidade.

A Constituição da República legou a exploração da atividade econômica para a livre iniciativa, ou seja, a sociedade organizada deve produzir os bens e serviços que demandar, gerando o

desenvolvimento socioeconômico com recursos privados, sem a intervenção do Estado.

Contudo, em algumas situações, o tempo necessário para o início da exploração espontânea de determinada atividade econômica não atende aos anseios da sociedade, sendo função do Estado adotar medidas de fomento para atrair, manter ou ampliar o leque de empreendedores para determinado setor da economia.

Na intervenção visando o fomento da economia, o Estado pode elaborar atos normativos ou realizar atos administrativos que permitam a adoção de medidas necessárias para assegurar a todos uma existência digna, sendo certo que os incentivos ofertados pelo Estado são condicionados à consonância do projeto empresarial ao planejamento público.

Em recentes alterações realizadas na legislação, o Estado reconheceu que as compras estatais podem ser usadas na promoção da atividade econômica, colaborando com o alcance dos seus objetivos constitucionais econômicos, especialmente, o desenvolvimento nacional, que é elemento essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reforçando-se a função estratégica das compras públicas.

Na margem de preferência assegura que a Administração poderá adquirir produtos manufaturados e serviços nacionais, mesmo que esses sejam até vinte e cinco por cento mais caros que produtos alienígenas, porém não pode ser considerado o único instrumento para proteção do mercado interno, uma vez que terá aplicação restrita.

A ausência de indicação exaustiva das formas e dos meios colocados à disposição da Administração para o alcance dos objetivos da licitação, possibilita o uso de características técnicas e relativas à origem do produto para obter o desenvolvimento nacional sustentável, viabilizando a execução de programas econômicos sem a necessidade de edição de normativos específicos, imprimindo agilidade aos trabalhos da Administração.

A restrição quanto à origem do produto a ser adquirido, apesar de ser uma medida polêmica, parece-nos essencial para o fomento e proteção do mercado interno e encontra fundamento na Constituição da República e no *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93, sendo claro e evidente que as aquisições públicas têm função socioeconômica e são instrumentos de promoção e proteção do mercado interno, por meio da geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.

Portanto, na execução de políticas econômicas voltadas ao desenvolvimento interno, o exame da restrição quanto à origem do produto deve ser analisado à luz dos incisos I e II do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, que no âmbito das licitações traduzem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Cláudia; PESSOA, Ronaldo Martins. *O setor de bens de capital e o desenvolvimento econômico: quais são os desafios?*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2203.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2011.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *Pleno emprego e trabalho decente*. O pensador selvagem, 2011. Disponível em: <<http://opensadorselvagem.org/ciencia-e-humanidades/demografia/pleno-emprego-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 4 mar. 2011.

AVELLAR, Ana Paula; STRACHMAN, Eduardo. *Estratégias, desenvolvimento tecnológico e inovação no setor de bens de capital no Brasil*. Porto Alegre. 2008. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2169/2553>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8387.htm>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Lei nº 8.666, de 12 de junho de 1993. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23.3.2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 445/2008 – Plenário. Relator: Ministro Relator Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Decisão nº 147/1994 – Plenário. Relator: Ministro Relator Luciano Brandão Alves de Souza. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Decisão nº 607/1994 – Plenário. Relator: Ministro Relator Ministro Homero Santos. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

E.M.I. Nº 104/ MP/MF/MEC/MCT. 2010. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acessado em 23.3.2011.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionariade e flexibilidade: uma nova teoria sobre escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

INVESTIMENTOS em infraestrutura para o desenvolvimento econômico e social. Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/pac/investimentos/>>. Acesso em: 08 fev. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada - A MP nº 495, de 19.7.10. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, Agosto 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68758>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Esplanada, 1994.

ATUAÇÃO CONJUNTA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DA OUVIDORIA AGRÁRIA NACIONAL EM CONFLITOS E TENSÕES FUNDIÁRIAS SUBMETIDAS AO PODER JUDICIÁRIO

*JOINT ACTION OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE UNION AND
THE NATIONAL AGRARIAN OMBUDSMAN IN LAND OWNERSHIP
CONFLICTS AND TENSIONS SUBMITTED TO THE JUDICIARY*

Ciro Benigno Porto

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao
Ministério do Desenvolvimento Agrário
Especialista em Direito Processual Civil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a origem da Ouvidoria e o perfil do instituo no Direito Brasileiro; 2 A Ouvidoria-Agrária Nacional no ordenamento jurídico nacional; 3 Competência da Ouvidoria Agrária Nacional para promover gestões junto a representantes do Poder Judiciário visando à resolução de tensões e conflitos sociais no campo; 4 Natureza jurídica dos requerimentos formulados pelo Ouvidor Agrário Nacional dirigidos a

órgãos jurisdicionais; 5 Necessária atuação da Advocacia-Geral da União para atribuição de efeitos jurídico-processuais aos requerimentos formulados pelo Ouvidor Agrário Nacional; 5.1 Condições para inexistência da usurpação das funções da Advocacia-Geral da União; 5.2 Única hipótese de atuação isolada do Ouvidor Agrário Nacional em juízo; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Ouvidoria Agrária Nacional é instituição essencial à resolução de tensões e conflitos sociais no campo. Não raras vezes, principalmente se não olvidarmos a concentração fundiária no Brasil, ocorre acirramento de ânimos entre os proprietários de terras e o segmento social à margem do acesso os meios de produção rurais. Em decorrência desse acirramento, frequentemente as questões fundiárias são postas em juízo e a Ouvidoria Agrária Nacional tem o dever legal de propor soluções pacíficas e garantir os direitos humanos e sociais das pessoas envolvidas em tensões e conflitos sociais no campo. Entretanto, há limites jurídicos para a gestão desses interesses pelo Ouvidor Agrário Nacional quando a questão está judicializada. Suas proposições devem, em regra quase absoluta, ser levadas a juízo por intermédio da Advocacia-Geral da União.

PALAVRAS-CHAVE: Ouvidoria Agrária Nacional. Conflitos e Tensões Fundiárias. Poder Judiciário. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The National Agrarian Ombudsman institution is essential to resolution of social tensions and conflicts between the landowners and landless at rural areas. However, there are legal limits to manage these interests when a pacific solution is prosecuted. Their propositions must, in almost absolute rule, be brought to court through the Attorney General of the Union.

KEYWORDS: National Agrarian Ombudsman. Land Conflicts and Tensions. Judiciary Power. Attorney General of the Union.

INTRODUÇÃO

Desde sua origem, que remonta ao descobrimento em 22 de abril de 1500, a distribuição de terras no Brasil não foi feita de modo a promover a equitativa divisão de riquezas, tampouco o desenvolvimento social e econômico de sua população. Ao contrário, a Coroa Portuguesa cedia o direito de uso da terra de acordo com a conveniência política de manutenção do território e com interesse na produção de gêneros agrícolas demandados pelo mercado europeu.

O resultado foi que a propriedade fundiária no país se concentrou, desde a origem, nas mãos de poucas pessoas da estrita confiança da Coroa Portuguesa. Esse modo de produção baseado em latifúndio e monocultura foi transmitido e perpetuado ao longo dos anos, sobrevivendo ao Império, à República Velha e está fortemente ativo nos dias atuais.

Temos, ainda hoje, de um lado uma minoria com o domínio de grande parcela de terras, muitas vezes inexploradas. De outro, grande massa de pessoas postas à margem do acesso à terra, carecendo de todo tipo de bens. Nada mais natural e esperado do que o acirramento de ânimos entre os dois segmentos, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988, cujo extenso rol de direitos fundamentais sociais, paulatinamente implementados, promoveu verdadeiro superávit de cidadania da população brasileira.

As camadas populares do campo estão conscientes do seu direito, sobretudo, à dignidade. Cansam de esperar a atuação do Poder Público em promover a redistribuição de terras, meio essencial ao resgate desta mesma dignidade. Paralelamente, proprietários reagem não raras vezes com excessiva violência. Estabelece-se ambiente de extrema tensão, pondo em risco mesmo a integridade física e a vida dos envolvidos.

Não é incomum – ao contrário, é algo mais que frequente – que concomitantemente aos embates corporais travados em campo a questão fundiária seja posta em juízo. Nesse contexto, avulta em importância a Ouvidoria Agrária Nacional, órgão da União competente para propor soluções pacíficas e garantir os direitos humanos e sociais das pessoas envolvidas em tensões e conflitos sociais no campo.

Entretanto, o poder de gestão isolado do Ouvidor Agrário Nacional em processos judiciais não é ilimitado. Aliás, é menos que limitado. É inadmissível sua atuação isolada, não prescindindo de provocação e efetiva promoção de ato processual pelo órgão legitimado à representação judicial da União.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA OUVIDORIA E O PERFIL DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

De maneira geral, aponta-se em doutrina que o instituto da Ouvidoria tem nascedouro na Suécia, no início do século XIX. Naquele país nórdico criou-se a figura do *Ombudsman*, concebido como órgão de controle externo da Administração, e integrante da estrutura do Poder Legislativo.

Em sua gênese, o *Ombudsman* foi concebido como órgão singular independente e com as funções precípua de fiscalizar e controlar a Administração Pública, bem como, embora destituído de *jus imperii*, de buscar soluções administrativas para as queixas dos cidadãos em relação aos atos do Poder Público. É precisa a lição de Simone Petraglia sobre a origem e as funções do *Ombudsman*:

Na Suécia, o instituto do Ombudsman se consolidou, dentro do contexto histórico do surgimento do capitalismo, da criação dos parlamentos e da consequente separação dos poderes. Note-se que coube ao Legislativo a elaboração das leis e a fiscalização dos outros dois poderes (Executivo e Judiciário). Ao Ombudsman, criado como representante do Parlamento, foi atribuída a defesa do cumprimento das leis e a defesa dos cidadãos contra ilegalidades e injustiças cometidas por funcionários públicos, até mesmo juízes. [...] ¹

No Brasil criou-se figura assemelhada. Tratam-se das Ouvidorias, cuja titularidade é exercida pelo agente público denominado Ouvidor. Aqui, ao contrário do que se deu na Europa continental, as Ouvidorias não tem sede constitucional. Em maioria são criados por atos infralegais, sendo escassos os casos em que encontram sede ao menos em lei em sentido formal e material.

Outra diferença salta aos olhos quando cotejados os modelos europeu e brasileiro de Ouvidorias. No Brasil, a Ouvidorias não é órgão exclusivo do Poder Legislativo. Ao contrário, a criação massiva desses órgãos se dá no âmbito do Poder Executivo, podendo os respectivos Ouvidores ser destituídos *ad nutum* pelo chefe dos órgãos em que atua.

Embora a diferença apontada anteriormente seja sobremaneira significativa, a principal distinção está na descoincidência entre funções

¹ PETRAGLIA, Simone. Ouvidoria Pode Combater Injustiças? Limites e Possibilidades do Instituto Na Administração Pública Brasileira. in *Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público* – UnB: coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010, p. 366.

do *Ombudsman* e do Ouvidor. Este não detém as atribuições de fiscalizar e controlar a Administração Pública. Sua existência basicamente serve de canal entre os cidadãos e a Administração Pública, levando a esta os inconformismos daqueles e indicando soluções administrativas sem força vinculante.

No modelo de Ouvidoria que vem sendo implementado no Brasil, verifica-se que ao Ouvidor atribui-se basicamente o papel de medidor, sem poderes para controlar atos do Poder Público. Esta é sua nota essencial e, como se verá, limita sobremodo sua atuação em conflitos e tensões fundiários submetidos ao Poder Judiciário.

2 A OUVIDORIA-AGRÁRIA NACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Na pesquisa empreendida, não se identificou nos períodos colonial e imperial do Brasil a figura do Ouvidor-Agrário. Não se afirma aqui que não existiram. Diz-se apenas que não se encontraram registros, seja do instituto Ouvidoria-Agrária, seja do titular Ouvidor-Agrário.

Sabe-se, entretanto, da existência no Brasil Colônia do cargo de Ouvidor Geral, que se tratava de figura de todo distinta do *Ombudsman* e até mesmo dos Ouvidores brasileiros atuais. Conforme anota Simone Petraglia, em preciso magistério inspirado nas lições de Auto Filho:

A denominação ouvidoria remonta à época do Brasil colonial. Havia, então, o cargo de Ouvidor Geral que tinha por função aplicar a lei da metrópole e *não exercia uma representação do cidadão diante do órgão público*, pelo contrário, reportava ao Rei o que ocorria na colônia. Note-se que o vocábulo *ombudsman*, proveniente do nórdico antigo, significa “representante”, não podendo ser traduzido para ouvidor.² (destacou-se)

Efetivamente, é inverossímil que em um país politicamente submetido ora à exploração colonial ora à governo imperial e economicamente dependente da produção agrícola baseada em latifúndio e monocultura, houvesse a preocupação de instituir órgão para pacificar as relações no campo e possibilitar o acesso à terra às camadas populares. Ao contrário, o que se assistiu foi a brutal repressão militar de qualquer movimento social que reivindicasse integração econômica e social.

² PETRAGLIA, op. cit., p. 370.

Somente no período republicano se experimentou a criação de órgão destinado a pacificar as relações no campo. A Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, criou no âmbito da União o Serviço Social Rural (S.S.R.), subordinado ao Ministério da Agricultura. Embora sem o rótulo de Ouvidoria, o Serviço Social Rural servia, ao menos na forma, de canal entre os desprovidos de acesso à terra e Administração.

Com efeito, o art. 3º da Lei nº 2.613/1955, estatuiu ao Serviço Social Rural os seguintes fins:

- (i) prestação de serviços sociais no meio rural, visando a *melhoria das condições de vida da sua população*, especialmente no que concerne: a) a alimentação, ao vestuário e a habitação; b) a saúde, a educação e a assistência sanitária; c) ao incentivo a *atividade produtora e a quaisquer empreendimentos de molde a valorizar o ruralista e a fixa-lo a terra*;
- (ii) promover a aprendizagem e o aperfeiçoamento das técnicas de trabalho adequadas ao meio rural;
- (iii) fomentar no meio rural a economia das pequenas propriedades e as atividades domésticas;
- (iv) incentivar a criação de comunidades, cooperativas ou associações rurais;
- (v) *realizar inquéritos e estudos para conhecimento e divulgação das necessidades sociais e econômicas do homem do campo*;
- (vi) fornecer semestralmente ao Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho relações estatísticas sobre a remuneração paga aos trabalhadores do campo.

Ainda que detentor dessas competências, o Serviço Social Rural não pode ser visto propriamente como uma Ouvidoria-Agrária, mas tão-somente como sua semente. Em primeiro porque o SSR não era órgão singular, mas colegiado e conformado por representantes de diversos ministérios e da Confederação Rural Brasileira. Em segundo, não há atribuições de controle de atos da Administração, tampouco de proposição de solução de conflitos.

Entretanto, o que leva a considerar o SSR como o embrião da Ouvidoria-Agrária são suas atribuições de valorizar a condição

de vida, bem como de estudar as necessidades sociais e econômicas do homem do campo. Foi a primeira vez em que houve um canal oficial entre a Administração e os trabalhadores do segmento rural agredidos em sua dignidade pela falta de efetiva política fundiária nacional.

Os anos seguintes foram tímidos em relação ao fortalecimento da SSR. Mais inexpressivos ainda foram, se é que existiriam, as providências de criação de uma Ouvidoria-Agrária. Nem mesmo com a criação e sucessão de ministérios específicos para tratar de questão fundiária houve a previsão da Ouvidoria-Agrária. O Decreto nº 87.457, de 16 de agosto de 1982, que criou o Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários (Meaf); o Decreto nº 91.214, de 30 de abril de 1985, que criou o Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário (Mirad); a Medida Provisória nº 29, de 15 de janeiro de 1989, por meio da qual se incorporou o Mirad ao Ministério da Agricultura; a Medida Provisória nº 1.911-12, de 25 de novembro de 1999, que criou o Ministério de Política Fundiária e do Desenvolvimento Agrário; foram todos silentes quanto à criação de uma Ouvidoria Agrária ou, ao menos, do cargo de Ouvidor Agrário.

Somente com a edição do Decreto nº 3.338, de 14 de janeiro de 2000, por meio do qual se aprovou a estrutura regimental do recém-criado Ministério do Desenvolvimento Agrário, é que se previu o cargo de Ouvidor Agrário. Embora louvável a criação do cargo, fora feita de forma acanhada. A previsão é feita apenas no Anexo II do decreto e dentro da estrutura da Secretaria de Reforma Agrária do MDA e sem suas atribuições definidas. Da mesma forma se procedeu com a edição do Decreto nº 4.723, de 6 de junho de 2003, que renovou a estrutura regimental do MDA.

O verdadeiro marco da instituição da Ouvidoria-Agrária se deu com a edição do Decreto nº 5.033, de 5 de abril de 2004. Previu-se não o cargo de Ouvidor Agrário, mas o Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos, inserido na estrutura da Secretaria-Executiva do MDA. Dispôs-se, ainda, expressamente das atribuições do Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. Atribuiu-se-lhe as seguintes funções:

- (I) promover gestões junto a representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, do INCRA e de outras entidades relacionadas com o tema, visando a resolução de tensões e conflitos sociais no campo;

- (II) estabelecer interlocução com os governos estaduais, municipais, movimentos sociais rurais, produtores rurais, sociedade civil visando prevenir mediar e resolver as tensões e conflitos agrários para garantir a paz no campo;
- (III) diagnosticar as tensões e os conflitos sociais no campo, de forma a propor soluções pacíficas;
- (IV) consolidar informações sobre tensões e conflitos sociais no campo, com o objetivo de propiciar ao Ministro de Estado, ao Presidente do INCRA e a outras autoridades subsídios atualizados e periódicos para tomada de decisão; e
- (V) garantir os direitos humanos e sociais das pessoas envolvidas em tensões e conflitos sociais no campo.

Conforme antecipado em linhas gerais no início deste trabalho, a Ouvidoria-Agrária, à semelhança das demais Ouvidorias no Brasil, não detém competência para controlar os atos do Poder Público. Sua atuação é restrita à canalização das demandas de cidadania para que a Administração delas tome conhecimento e atue no sentido de preservar a dignidade humana dos cidadãos envolvidos.

Posteriormente, o Decreto nº 6.813, de 3 de abril de 2009, que novamente modificou a estrutura regimental do MDA, manteve inalteradas as previsões sobre o Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos e respectivas atribuições.

Atualmente, a disciplina da estrutura regimental do Ministério do Desenvolvimento Agrário é dada pelo Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010. Por este normativo, modificou-se o nome da instituição versada para Ouvidoria Agrária Nacional, mas a manteve subordinada à Secretaria-Executiva do MDA e reservou-lhe as mesmas competências dos dois decretos imediatamente pretéritos.

3 COMPETÊNCIA DA OUVIDORIA AGRÁRIA NACIONAL PARA PROMOVER GESTÕES JUNTO A REPRESENTANTES DO PODER JUDICIÁRIO VISANDO À RESOLUÇÃO DE TENSÕES E CONFLITOS SOCIAIS NO CAMPO

O Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010, art. 7º, inciso I, preceitua que compete à Ouvidoria Agrária Nacional a promoção de gestões junto a representantes do Poder Judiciário visando à resolução

de tensões e conflitos sociais no campo. A fim de conferir a correta aplicação e efetividade ao comando normativo, cumpre-se esquadriñar o significado de “promover gestões”.

De logo, há duas interpretações possíveis. A primeira delas contemplaria apenas a possibilidade de atuar perante órgãos do Poder Judiciário por meio de expedientes meramente administrativos, como sói acontecer no dia-a-dia de quaisquer órgãos administrativos. A segunda seria a possibilidade de o Ouvidor Agrário, em exercício atípico de sua função administrativa, praticar atos processuais nos procedimentos judiciais em curso na condição de representante judicial da União.

Como em toda e qualquer interpretação jurídica, há que se partir do significado gramatical do signo linguístico. Como dito, esse método é ponto de partida, não basta em si, mas é providência necessária. O Minidicionário Houaiss da língua portuguesa indica ao vocábulo gestão o significado de “administrar”³.

Embora a interpretação gramatical desempenhe função essencial no exercício de intelecção das normas jurídicas, este método não se mostra por si só suficiente para a determinação do conteúdo e alcance da norma. A interpretação gramatical pode ser tida como indiciária, pois nela é que inicia o processo de cognição da norma. Entretanto, como dito, é insuficiente para a compreensão de seu âmbito de incidência. A interpretação gramatical é necessária, porém insuficiente. Assim observou o tema o jurista Vicente Ráo: *O processo gramatical deve ser aplicado, na interpretação, até o limite do indispensável; seu uso excessivo manteria o intérprete dentro de uma concepção empírica do direito objetivo*⁴.

Nem se o método estritamente gramatical se apresentasse como o único válido poderia se sustentar a conclusão da representante. Admitindo-se que gestão significa administração, como quer a promovente, ter-se-ia que admitir, no passo seguinte, que o dicionário utilizou administração como sinonímia do exercício da função administrativa. Tal extensão não é possível, pois o Minidicionário Houaiss não é um dicionário de terminologias jurídicas nem tem o compromisso com o primado pela rigorosa técnica jurídica. Embora se trate de obra valiosíssima, o léxico informa os sentidos comuns das palavras, sem, no entanto, apurar o que o signo linguístico representa para uma determinada área do conhecimento científico.

3 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 376.

93 RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*: Noções Gerais. Direito Positivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Elementos que Constituem os Direitos Subjetivos. 6. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 515.

Neste passo, por não se tratar de obra jurídica, parece mais apropriado inferir que o Dicionário atribuiu a “gestão” o significado de “administração” para exprimir direção, condução, controle, gerência, manejo, manejo etc., e não exercício da função administrativa.

“Gestão”, no contexto do inciso I do art. 7º do Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010, parece sido utilizada em sentido corriqueiro, querendo significar simplesmente “atuar”. Assim, a norma deveria ser lida da seguinte forma: “*atuar perante representantes do Poder Judiciário visando à resolução de tensões e conflitos sociais no campo*”.

Não estabelece, entretanto, em qual sede deve se dar esta atuação. E no silêncio da norma, vige o axioma hermenêutico segundo o qual onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Assim, *prima facie*, deteria o Ouvidor Agrário Nacional atribuição de oficiar como representante judicial perante órgãos judiciais no exercício da função jurisdicional.

Somente a pobreza própria do método gramatical poderia induzir insustentável conclusão. Conforme se verá, os requerimentos do Ouvidor Agrário Nacional dirigidos a órgãos jurisdicionais são atos não-processuais. São insuscetíveis, portanto, de por si só gerarem efeitos sobre o processo.

4 NATUREZA JURÍDICA DOS REQUERIMENTOS FORMULADOS PELO OUVIDOR AGRÁRIO NACIONAL DIRIGIDOS A ÓRGÃOS JURISDICIONAIS

Em primeiro momento, é necessário verificar se os atos praticados pelo Ouvidor Agrário Nacional ostentam natureza jurídico-processual.

Cândido Rangel Dinamarco conceitua ato processual como a “*conduta humana voluntária, realizada no processo por um dos seus sujeitos e dotada de capacidade para produzir efeitos sobre este*”⁵. (grifou-se)

Partindo-se do magistério do renomado professor, têm-se como requisitos de existência do ato processual:

- a) conduta humana dotada de voluntariedade;
- b) prática por um sujeito processual;
- c) prática no interior de um procedimento judicial;

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484-485.

d) aptidão para produzir efeitos no processo.

O Ouvidor-Agrário Nacional, ao apresentar a autoridades judiciais requerimentos conexos a processos judiciais, não pratica atos processuais. Embora suas manifestações sejam, por óbvio, voluntárias e algumas delas venham eventualmente praticadas em conexão com o processo judicial, não emanam de sujeito da relação processual, tampouco possuem eficácia no processo.

Com efeito, os sujeitos do processo são Estado-juiz, autor e réu. Somente destes personagens emanam atos capazes de gerar efeitos sobre o processo, e não necessariamente se pode imputar tais manifestações do Ouvidor como derivadas de representação processual pelo só fato de terem sido - inadvertida ou deliberadamente - juntadas ao processo judicial por ordem ou sob anuência do juiz, quando de plano poderiam ser juntadas por linha ou arquivadas em serventia como simples ofícios administrativos, ou mesmo, desentranhadas a requerimento da parte interessada.

Há de se reconhecer os requerimentos do Ouvidor-Agrário Nacional não preencherem a fórmula mínima (*facti specie*) para conferir-lhe existência jurídica processual. São, rigorosamente, não-atos processuais. Observe-se, ainda, que o Ouvidor-Agrário Nacional, embora seja órgão da União, não se qualifica como representante da União, não realiza defesa de mérito em nome da União, não transaciona sobre direitos da União nem aparelha instrumentos processuais recursais. Ora, se as manifestações do Ouvidor-Agrário não sustenta nenhuma dessas situações processuais, não está agindo em representação da União.

Caso o juízo, aqui também proposital ou inadvertidamente, emita pronunciamentos judiciais que consideram os fatos trazidos ao conhecimento do juízo através das manifestações apresentadas pelo Ouvidor-Agrário Nacional, a parte que se sentir prejudicada pode se valer dos instrumentos cabíveis para veicular sua irresignação, como, por exemplo, recursos, ações autônomas de impugnação, pedido de correção parcial, pedido de reconsideração, pedido de desentranhamento de peças, representação junto ao Conselho Nacional de Justiça etc.

Todas essas manifestações, entretanto, hão de ser formuladas em face da decisão judicial ou do órgão prolator da decisão, mas não em face de ou contra o Ouvidor-Agrário Nacional em sede administrativa, pois que os efeitos processuais ou materiais geradores do inconformismo da parte, estes, sim, sendo atos processuais, não decorrem de atos do Ouvidor, e sim de decisões do Estado-Juiz.

Trata-se de conclusão atingida por singelo exercício de lógica, pois algo que não existe juridicamente como ato processual simplesmente não atua sobre a realidade jurídica do processo. Quando sobre ele eventualmente venha a lançar reflexos, decerto só o faz por efeito da decisão judicial, esta, sim, ato processual de existência e validade jurídica, impugnável por formas e figuras de direito diversas da representação em exame.

Se assim fosse, todo e qualquer administrador público de interesses conflituosos estaria em igual condição ao veicular, em ofícios administrativos dirigidos a autoridades judiciárias, dados ou informes com conexão a fatos discutidos em lides judiciais sob seu exame.

5 NECESSÁRIA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS JURÍDICO-PROCESSUAIS AOS REQUERIMENTOS FORMULADOS PELO OUVIDOR AGRÁRIO NACIONAL

Viu-se anteriormente que as manifestações do Ouvidor Agrário Nacional endereçadas aos órgãos jurisdicionais não são, em essência, atos jurídico-processuais.

A única forma de fazer com que seus requerimentos sejam validamente conhecidos e considerados por um órgão jurisdicional, quando da prolação de suas decisões, é via Advocacia-Geral da União, que detém, nos termos do *caput*, art. 131 da Constituição da República, a exclusividade da representação judicial da União.

5.1 CONDIÇÕES PARA INEXISTÊNCIA DA USURPAÇÃO DAS FUNÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, criou a Advocacia-Geral da União, ao tempo em que lhe atribuiu, com exclusividade, a função de representação judicial da União. Trata-se de função essencial à justiça, cuja previsão está contida no art. 131, *caput*:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.” (grifou-se)

Com o objetivo de instruir, estruturar e implantar este novo órgão da República, em 10 de fevereiro de 1993 fez-se editar a Lei Complementar nº 73. O *caput* do art. 1º deste diploma praticamente repete a dicção constitucional: “1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente”. (grifou-se)

Observa-se, à clareza dos dispositivos constitucional e legal, que a representação judicial da União, objeto de questionamento da representação em foco, é competência exclusiva da Advocacia-Geral da União. Esta constatação é premissa inegociável, inafastável e irredutível. Admitir a Advocacia-Geral da União como o único órgão, dentro de todo o arcabouço constitucional e legal, incumbido da representação judicial e extrajudicial da União, é ponto de partida irrenunciável para qualquer discussão sobre a representação judicial e extrajudicial da União.

À toda evidência, a representação judicial da União pela Advocacia-Geral da União é premissa consolidada. Vejam-se as conclusões trazidas pelo Parecer AGU/SFT nº 01/2009, devidamente acolhido pelo Despacho nº 430/2009 do Consultor-Geral da União e, posteriormente, aprovado pelo Advogado-Geral da União Interino, *verbis*:

a) somente os membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados poderão exercer, respectivamente, as funções institucionais de representação judicial e extrajudicial da União e de suas autarquias e fundações públicas, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, conforme entendimento já consagrado por meio dos Pareceres GQ-163, de 1998 e GQ-191, de 1999;

b) não há amparo no art. 131, “caput”, da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 73, de 1993, a contratação excepcional de serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional;

c) o Parecer GQ-77, de 1995, tem aplicação restrita às entidades que não tenham seus serviços jurídicos a cargo da Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, como, por exemplo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista,’ e

d) aplica-se ao presente caso o disposto no art. r. inciso XIII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que determina que a nova interpretação produzirá efeitos ‘ex nunc’. (grifou-se)

A eminente Ministra Ellen Gracie também já se pronunciou sobre a matéria, reconhecendo a exclusividade da representação judicial da União pela Advocacia-Geral da União, cuja decisão se transcreve abaixo:

1. A Procuradoria da Fazenda Nacional, tendo em vista decisão firmada nos autos da AC 1.829-AgR, rel. Min. Menezes Direito, 1ª. Turma, unânime, DJE 23.05.2008, requer a intimação e/ou citação do Advogado-Geral da União, sob o entendimento de que não possui legitimidade ativa para atuar perante esta Suprema Corte.

2. O inc. V do art. 4º da Lei Complr nº 73/93, ao regulamentar as atividades da Advocacia-Geral da União, atribuiu ao Advogado-Geral da União a legitimidade para representar a União junto ao Supremo Tribunal Federal. Conforme entendimento firmado nesta Corte (RE 201465 - QO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.10.2003 e SS 1015 - AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.09.1999), a legitimidade para representação judicial da União será da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quando as causas forem de natureza fiscal, desde que sujeitas à competência recursal desta Corte.

3. Constato que a Lei Complementar n.º 73/93 efetivamente confere à Advocacia-Geral exclusividade, nas ações originárias, para o exercício da representação judicial da União. Em vista disso, determino a retificação da autuação, conforme requerido, fazendo constar a Advocacia-Geral da União como representante judicial da União. Essa alteração da representação, no caso destes autos, em nada modifica o prosseguimento do feito, pois todos os atos processuais foram até aqui exercidos com atuação conjunta da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 486/505 e 535), razão pela qual todos os seus efeitos processuais devem ser mantidos. Não obstante, para fins de regularização da representação processual, há que ser deferido o pedido de fl. 560, formulado no sentido de ser reaberto o prazo de 10 dias para que a União ofereça suas razões (fl. 537).

4. À Secretaria para as providências cabíveis. Após, dê-se vista à Douta Procuradoria-Geral da República. Publique-se.

Brasília, 06 de agosto de 2008.

Ministra Ellen Gracie Relatora” (grifou-se) (STF - AÇÃO RESCISÓRIA: AR 1828 PR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 06/08/2008, Publicação: DJe-154 DIVULG 18/08/2008 PUBLIC 19/08/2008)”

Como se observa, os requerimentos do Ouvidor Agrário Nacional endereçados a órgão jurisdicional não existem juridicamente como atos processuais, não há nítida violação de norma atributiva de competência da Advocacia-Geral da União.

Assentada esta asserção, o Ouvidor Agrário Nacional, ao invés de requerer providências diretamente a um órgão jurisdicional, deve remeter ao órgão da Advocacia-Geral da União com competência territorial para atuar na lide, expediente devidamente instruído por meio do qual solicite a atuação no feito de determinada maneira.

Cumpra anotar que o requerimento do Ouvidor Agrário Nacional não vincula a atuação do órgão de representação judicial da União. De acordo com a competência estabelecida na Constituição, a decisão quanto à identificação do interesse da União e dos meios de que se utilizará para a defesa é exclusiva do membro da Advocacia-Geral da União.

5.2 ÚNICA HIPÓTESE DE ATUAÇÃO ISOLADA DO OUVIDOR AGRÁRIO NACIONAL EM JUÍZO

Nesse estágio do estudo, vislumbra-se apenas uma possibilidade de atuação isolada do Ouvidor Agrário Nacional em juízo. Trata-se de requerimento de concessão de ordem de *habeas corpus* ou de requerimento em Tribunal com fim de obter julgamento preferencial de *habeas corpus* impetrados em favor de envolvidos em conflitos fundiários.

O *habeas corpus* é ação constitucional vocacionada à tutela da liberdade. A Constituição da República, em seu art. 5º, LXVIII preceitua que “conceder-se-á “*habeas-corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O *caput* do art.654 do Código de Processo Penal estabelece a legitimidade universal para impetração deste remédio, *verbis*:

Art. 654 O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Qualquer pessoa é parte legítima para empreender a impetração. E o Ouvidor Agrário quando assim atua, o faz na condição de cidadão. Ora, se qualquer cidadão pode provocar o Judiciário para apreciar a privação de liberdade de um determinado sujeito, qual seria o impedimento para que qualquer cidadão também solicite o julgamento preferencial desta ação?

Ademais, o Código de Processo Penal contempla normas que estabelecem o julgamento prioritário das ações de *habeas corpus*, vejamos:

Art.612. Os recursos de habeas corpus, designado o relator, serão julgados na primeira sessão. [...]

Art.664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

Não se pode olvidar que o Ouvidor, também nesta hipótese, age dentro de seu espectro de competência. Com efeito, o Decreto nº 7.255/2010, art. 7º, inciso V, atribui ao Ouvidor a competência para “*garantir os direitos humanos e sociais das pessoas envolvidas em tensões e conflitos sociais no campo*”. Por esta razão não é imprópria a identificação no petitório do cargo que ocupa.

Constata-se que requerimento nesse sentido passa ao largo de ser ilegal ou imoral, pois, em sede de *habeas corpus*, a impetração e o pedido de julgamento prioritário formulado por quem quer que seja está sempre embasado em lei, e, longe de confrontar a moral comum, presta-lhe homenagem.

CONCLUSÕES

Do exposto, em síntese, pode-se afirmar:

- a) no Brasil, ao Ouvidor atribui-se basicamente o papel de medidor, sem poderes para controlar atos do Poder Público;
- b) identifica-se a gênese da Ouvidoria Agrária Nacional na criação Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955 do Serviço Social Rural (S.S.R.), subordinado ao Ministério da Agricultura;
- c) os anos seguintes foram tímidos em relação ao fortalecimento da SSR às providências de criação de uma Ouvidoria Agrária;

- d) através do Decreto nº 3.338, de 14 de janeiro de 2000, que regulamentou a disciplina da estrutura do então recém criado Ministério do Desenvolvimento Agrário, criou-se o **cargo** de Ouvidor Agrário Nacional;
- e) o marco *institucional* de criação da Ouvidoria-Agrária se deu com a edição do Decreto nº 5.033, de 5 de abril de 2004, por meio do qual previu-se, não o cargo de Ouvidor Agrário, mas o *Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos*, inserido na estrutura da Secretaria-Executiva do MDA;
- f) o Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010, instituiu a *Ouvidoria Agrária Nacional*, não inovando, porém, em relação às competências já atribuídas ao outrora existente Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos;
- g) à Ouvidoria Agrária Nacional compete a promoção de gestões junto a representantes do Poder Judiciário visando a resolução de tensões e conflitos sociais no campo;
- h) o Ouvidor-Agrário Nacional, ao apresentar requerimentos conexos a questões discutidas em processos judiciais, não pratica, em sentido jurídico, atos processuais, pois sua condição subjetiva não permite a implementação das respectiva *facti species*;
- i) a hipótese demanda a representação judicial da União, que é de competência exclusiva da Advocacia-Geral da União, nos termos do *caput* do art. 131 da Constituição da República;
- j) o Ouvidor Agrário Nacional, ao invés de requerer providências diretamente a um órgão jurisdicional, deve remeter ao órgão da Advocacia-Geral da União com competência territorial para atuar na lide, expediente devidamente instruído por meio do qual solicite a atuação no feito de determinada maneira;
- k) o requerimento do Ouvidor Agrário Nacional não vincula a atuação do órgão de representação judicial da União, a quem cabe, de acordo com a competência estabelecida na Constituição, o exclusivo juízo quanto à identificação do interesse da União e dos meios de que se utilizará para sua defesa;

- l) as únicas hipóteses de válida e eficaz atuação isolada do Ouvidor Agrário Nacional em juízo são os requerimentos de concessão de ordem de *habeas corpus* e de julgamento preferencial de *habeas corpus* impetrados em favor de envolvidos em conflitos fundiários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 25 jun. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 3.338, de 14 de janeiro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3338.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 4.723, de 6 de junho de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4723.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 5.033, de 5 de abril de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5033.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 6.813, de 3 de abril de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6813.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7255.htm> Acesso em: 27 out. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 87.457, de 16 de agosto de 1982*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-87457-16-agosto-1982-437405-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 91.214, de 30 de abril de 1985*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91214-30-abril-1985-441369-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941* (Código de Processo Penal). <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm> Acesso em: 10 mar. de 2011.

BRASIL. *Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955*. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1955/2613.htm>> Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. *Medida Provisória nº 29, de 15 de janeiro de 1989*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109092/medida-provisoria-29-89>> Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.911-12, de 25 de novembro de 1999*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1999/medidaprovisoria-1911-12-25-novembro-1999-369814-exposicaodemotivos-1-pe.html>> Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Ação Rescisória 1828 PR*. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Data do julgado: 6 de agosto de 2008. Data de publicação: 19 de agosto de 2008 Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 14 set. 2011

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

PETRAGLIA, Simone. Ouvidoria Pode Combater Injustiças? Limites e Possibilidades do Instituto Na Administração Pública Brasileira in *Publicações da Escola da AGU*: pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*: Noções Gerais. Direito Positivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos Elementos que Constituem os Direitos Subjetivos. 6. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAPETY, Sérgio Eduardo de Freitas. *PARECER Nº AGU/SFT 001/2009*. Processo N.º 00400.012110/2008-77. Brasília, 12 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=225023>> Acesso em: 28 out. 2012.



CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: ASPECTOS DA RECONTRATAÇÃO DE SERVIDOR ANTES DE DECORRIDOS VINTE E QUATRO MESES DE ENCERRAMENTO DE SEU CONTRATO ANTERIOR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL¹

*TEMPORARY EMPLOYMENT: ASPECTS OF REHIRING OFFICIALS
PRIOR TO TWENTY-FOUR MONTHS AFTER THE END OF THEIR
PREVIOUS CONTRACT WITH FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION*

Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté

*Advogada da União com passagem pela consultoria Jurídica junto ao Ministério do
Desenvolvimento Agrário*

Sumário: Introdução; 1 Do Contrato por tempo determinado; 2 Da Acessibilidade aos cargos públicos; 3 Da limitação do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, sob a ótica do interesse público e do administrado; 4 Do lapso temporal; 5 Da exceção à norma, de acordo com a jurisprudência do STJ; 6 Conclusão.

¹ Publicado originariamente na Revista Virtual AGU nº 95, Dezembro de 2009.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a investigar a (in) constitucionalidade do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, que, ao disciplinar a contratação por tempo determinado no âmbito da Administração Pública Federal, veda a recontração de servidor antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato temporário anterior. Demonstrar-se-á, neste ensaio, que a limitação imposta na norma sob análise conforma-se com os princípios da isonomia e razoabilidade, os quais têm sido invocados nas instâncias ordinárias para afastar a aplicação desse dispositivo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Temporário. Vedação de Recontração. Lapsos de Vinte e Quatro Meses. Constitucionalidade. Isonomia. Razoabilidade.

ABSTRACT: This study aims to investigate the (un) constitutionality of the art. 9th, III, of Law n. 8.745/93, which regulates the temporary contract with the Federal Public Administration and prohibits the rehiring of the government employee before twenty-four month closure of their last temporary contract. Show will be in this test a limit imposed by rule under analysis conforms with the principles of equality and fairness, which have been raised in the courts to avoid the application of this legal provision.

KEYWORDS: Temporary Contract. Prohibition of Rehiring. Interval of Twenty-Four Months. Constitutionality. Isonomy. Reasonableness.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no Capítulo concernente à Administração Pública, ao prever a possibilidade de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade de excepcional interesse público (art. 37, IX), reservou ao legislador ordinário a regulamentação da matéria.

No âmbito federal, editou-se a Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1.993, com o propósito de disciplinar a contratação por tempo determinado pelos órgãos da Administração Federal direta e indireta, a qual vige com as alterações feitas pelas Leis nº 9.849/99, 10.667/2003, 10.973/2004 e 11.784/2008.

Na regulamentação da matéria, o art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, veda a recontração de servidor, antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior, nos termos que se transcreve, *verbis*:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá: [...]

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na rescisão do contrato nos casos dos incisos I e II, ou na declaração da sua insubsistência, no caso do inciso III, sem prejuízo da responsabilidade administrativa das autoridades envolvidas na transgressão.

No entanto, encontra-se instaurada, nas instâncias ordinárias, controvérsia jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade da vedação imposta no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, o que acarreta, inclusive, estado de incerteza em relação à sua legitimidade.

Com efeito, no caso sob análise, evidencia-se que inúmeros órgãos judiciários² têm afastado a aplicação da norma em questão, por reputá-la inconstitucional, havendo até declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei n. 8.745/93, em sede de arguição de inconstitucionalidade,

² Assinala-se que as decisões no sentido da inconstitucionalidade da restrição aqui analisada são encontradas, sobretudo, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 5ª regiões. Confira-se: TRF 1ª - AMS 2004.38.00.009357-7/MG; AMS 2004.33.00.002282-1/BA; REOMS 2004.34.00.002484-8/DF; AMS 2001.40.00.002345-8/PI; REO 1998.01.00.007599-0/PA; REOMS 2004.34.00.005639-9/DF. TRF 5ª - AMS 92969/CE; AMS Nº 96755-CE; AMS 97035/CE; AMS 78498/PB.

no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que certamente perfaz relevante controvérsia jurisprudencial, apta a ensejar, inclusive, ação declaratória de constitucionalidade.

A propósito, confira-se ementa do julgamento de inconstitucionalidade da norma objeto desta ação, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 72.575-CE, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *verbis*:

Administrativo. Seleção para contratação temporária de professor substituto. Participação de professor já contratado. Vedação. Lei 8.745/93.

1. Atenta contra o princípio constitucional da isonomia a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já foi contratado dentro do período de 24 meses;

2. Se violação ao art. 37, IX da Constituição Federal existe, essa violação é na própria perpetuação da contratação temporária pela Administração Pública, de quem quer que seja, ao invés da realização de concurso público para provimento de cargo em caráter efetivo; não na participação do impetrante no processo seletivo, que, em princípio, é objetivo e isonômico;

3. Declaração da inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93.

(Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região; Classe AMS - Arguição de Inconstitucionalidade na Ams; Número do Processo: 2000.05.00.028152-0; Órgão Julgador: Pleno; Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima; Data do Julgamento: 23/10/2002; Documento nº: 68784; DJ 03/06/2003; página: 746).

Na espécie, suscita-se se a aplicação da norma violaria ou não, em síntese, os princípios da isonomia e da razoabilidade, à luz dos quais se demonstrará, no presente trabalho, a constitucionalidade do inciso III, art. 9º, da Lei 8.745/93.

1 DO CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO

Importa, de início, tecer-se algumas considerações sobre o contrato por tempo determinado, celebrado no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 37, IX, da Constituição.

Trata-se de admissão excepcional no serviço público, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, em razão da urgência que pode motivar essa peculiar forma de contratação.

As notas que caracterizam a contratação temporária de servidores públicos na Administração Pública são a *determinabilidade temporal* da contratação, a *temporiedade* da função e a *excepcionalidade* do interesse público que move essa espécie de recrutamento. Nesse sentido, confira-se lição de José dos Santos Carvalho Filho³, *verbis*:

O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

O primeiro deles é a determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. [...]

Depois, temos o pressuposto da temporiedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...]

O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores.

Tais características contrapõem-se à estabilidade jurídica do vínculo administrativo firmado entre o servidor e a pessoa estatal, que é uma garantia do servidor, mas, sobretudo, uma segurança para o cidadão. Portanto, é a estabilidade a regra no regime jurídico administrativo⁴.

Por se tratar de uma das espécies de admissão no serviço público, pode-se afirmar que também aos casos de contratação por tempo determinado incide o princípio da acessibilidade ao cargo público, o qual

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 470.

4 Afirma-se, inclusive, que “A continuidade é exigência do serviço público, e a permanência do agente o seu corolário” (BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Dos direitos adquiridos na relação de emprego público. São Paulo: Leia, 1957. p. 104, apud ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252).

consiste “em um direito fundamental expressivo da cidadania (esta mesma considerada direito público fundamental) e manifestação do princípio da igualdade jurídica.”⁵

2 DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS

O princípio da acessibilidade ao cargo público encontra-se consagrado no art. 37, I, da Carta de 1988, e consiste no direito que tem o administrado de ingressar no serviço público e, dessa forma, participar da gestão da coisa pública.

Entretanto, no delineamento desse princípio, a Carta da República conferiu ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer limites materiais ao acesso ao cargo público, os quais se apresentam na forma de requisitos a serem preenchidos pelo interessado.

Tais limitações devem ser vistas sob duas perspectivas diferentes: a primeira, concernente ao interesse público que impõe esses condicionamentos. Assim, o alcance de um fim social específico direciona os requisitos que devem ser atendidos para a ocupação de um cargo público.

Por outro lado, sob a perspectiva do administrado, as limitações impostas à acessibilidade aos cargos públicos não podem configurar “exceções que privilegiem, prejudiquem, cerceiem ou cancelem o direito constitucionalmente assegurado a todos em condições de igualdade”⁶.

A propósito, veja-se a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷, *verbis*:

A desigualação permitida na definição dos requisitos haverá de se embasar na relação legítima entre o que se põe, normativamente, como necessário para o atendimento dos candidatos e o resultado público que se obterá com o cumprimento dessas exigências no desempenho do cargo, emprego ou função pública.

3 DA LIMITAÇÃO DO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.745/93, SOB A ÓTICA DO INTERESSE PÚBLICO E DO ADMINISTRADO

Sob tais aspectos, é certo que a vedação do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, perfaz limitação legal à acessibilidade aos cargos públicos,

5 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 151.

6 Ibid., p. 162.

7 Ibid., p. 164.

restando-se que investigar se essa limitação impõe-se de acordo com a consecução dos fins sociais para o qual se pretende a contratação temporária, a par de não configurar privilégio ou discriminação em relação aos candidatos.

Sob a primeira perspectiva em que se coloca a análise da norma, pode-se afirmar que a proibição de recontração, nos termos do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, atende à natureza dessa forma de admissão, uma vez que afasta a possibilidade de perpetuar-se a contratação do servidor que, caso ocorresse, descaracterizaria a temporariedade ínsita a essa espécie de recrutamento no serviço público.

Com efeito, a aplicação do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93 privilegia a alternância, ao invés da continuidade, o que condiz mais com o que seja temporário, como na espécie.

Ademais, a regra do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, acaba por conferir nota de honestidade ao processo de provimento dos cargos temporários, ao tempo em que não impede a seleção de bons profissionais.

A propósito, veja-se o que consignou o Ministro Teori Albino Zavascki⁸, à época juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento no qual se discutia a constitucionalidade da norma sob análise, *verbis*:

O ordenamento constitucional impede tratamento discriminatório quando ausente correlação lógica e razoável entre o fator desigualador e o regime diferenciado. No caso, não se pode afirmar que o impedimento em questão não seja sustentável face ao dever de a Administração prover de forma definitiva os cargos públicos, bem como para que se evite qualquer suspeição frente a eventual favorecimento que candidato já contratado tenha diante dos demais concorrentes. Além disso, a norma não impede a seleção de bons profissionais, que apresentam condições para o exercício do cargo, mas sim visa a prevenir os aludidos percalços na seleção pública e desestimular que a Administração, na prática, tome o provisório pelo definitivo.

Também sob a perspectiva do administrado, que revele interesse em ser contratado por prazo determinado, a norma conforma-se com a ordem constitucional vigente.

8 Voto proferido por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.098337-1/PR; Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Relator Juiz Teori Albino Zavascki; julgado em 13 de abril de 2000.

Com efeito, a vedação de se contratar aquele que tenha firmado contrato temporário com a Administração Pública Federal, nos últimos vinte e quatro meses, acaba por possibilitar uma participação mais ampla dos administrados na gestão da coisa pública, o que concretiza, assim, os princípios da “*participação política, republicano e da igualdade jurídica*”, apontados como fundamentos do postulado da acessibilidade aos cargos públicos.

Nesse sentido, a alternância entre os ocupantes do cargo temporário, que decorre da aplicação da norma sob exame, acaba por democratizar a participação dos administrados na estrutura real de Poder.

Por outro lado, evita-se que aquele que se beneficiou, nos últimos vinte e quatro meses, da oportunidade de prestar serviços à Administração Federal, perpetue-se no exercício de uma função, criada por lei sob o pálio da temporariedade, o que poderia configurar privilégio em relação aos candidatos.

Em última análise, pode-se afirmar que a norma em questão atende aos princípios da igualdade e da razoabilidade, os mesmos invocados nas instâncias ordinárias para se afastar a sua aplicação.

4 DO LAPSO TEMPORAL

Por fim, são necessárias algumas considerações acerca do lapso temporal de vinte e quatro meses. Atendendo-se à característica da determinabilidade temporal, ínsita a essa forma de contratação com o Poder Público, o legislador ordinário federal fixou prazos máximos de contratação, o que fez levando em consideração a natureza da função a ser exercida. Sobre esses prazos, dispôs o art. 4º da Lei 8.745/93.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 4º desse diploma legal permite a prorrogação dos contratos, desde que o prazo total não exceda o fixado na lei. Assim, variam os prazos de contratação, considerando-se a possibilidade de prorrogação, entre dois e seis anos.

Confira-se, a propósito, as disposições do art. 4º da Lei nº 8.745/93, *verbis*:

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

9 ROCHA, op. cit., p. 144.

I – seis meses, nos casos dos incisos I e II do art. 2º;

II – um ano, nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas d e f, do art. 2º;

III – dois anos, nos casos do inciso VI, alíneas b e e, do art. 2º;

IV - 3 (três) anos, nos casos dos incisos VI, alínea h, e VII do art. 2º;

V – quatro anos, nos casos dos incisos V e VI, alíneas a e g, do art. 2º.

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:

I – nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas b, d e f, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda dois anos;

II – no caso do inciso VI, alínea e, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos;

III – nos casos dos incisos V e VI, alíneas a e h, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda quatro anos;

IV – no caso do inciso VI, alínea g, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda cinco anos.

V - no caso do inciso VII do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos.

VI - no caso do inciso I do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública, desde que não exceda 2 (dois) anos.

Dessa forma, a escolha do legislador pelo período de vinte e quatro meses, a ser observado entre uma contratação e outra, guarda razoabilidade com os períodos mínimo e máximo de contratação por tempo determinado, na Administração Pública Federal.

5 DA EXCESSÃO À NORMA, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Há que se asseverar, no entanto, que a proibição da norma, acerca da recontração de servidor temporário, não se aplica às hipóteses de nova contratação com entidade diversa da anterior, justamente por não

se constatar, nessa hipótese, renovação de contrato temporário anterior. Referido posicionamento encontra-se amparado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI N.º 8.745/93. PROFESSOR SUBSTITUTO. CELEBRAÇÃO DE NOVO CONTRATO ANTES DE DECORRIDO O PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO DISTINTAS. NÃO-INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO LEGAL.

1. O art. 9.º, inciso III, da Lei n.º 8.745/93 proíbe a realização de novo contrato temporário antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento do anterior.

2. Todavia, a vedação legal não incide na hipótese em tela, em que a nova contratação se dá em cargo distinto, correspondente a entidade diversa da anterior, por não se constatar a renovação da contratação.

3. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 503823/MG; 2002/0169021-2; Relatora Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 29/11/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 17/12/2007, p. 287).

6 CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, evidencia-se a constitucionalidade da vedação à recontração, conforme prevista no art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, sobretudo à luz dos princípios da isonomia e da razoabilidade, e desde que a nova contratação se refira a cargo distinto, correspondente a entidade diversa da anterior.

DOMÍNIO FUNDIÁRIO PÚBLICO E PSEUDO DOMÍNIO PRIVADO

PUBLIC DOMAIN LAND AND PSEUDO PRIVATE LAND

Joaquim Modesto Pinto Júnior¹

*Advogado da União, em exercício na Consultoria Jurídica junto ao
Ministério do Desenvolvimento Agrário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistematização histórico-jurídica da propriedade fundiária; 1.1 Aspecto proto-histórico: Delineamentos no direito português; 1.2 Invenção: Fundamento ancestral do direito à propriedade pública; 1.3 Origem e dinâmica do processo de privatização fundiária: As capitanias hereditárias, o regime das sesmarias e o império da posse; 2 O regime da Lei nº 601/1850: A lei de terras do Império; 2.1 O registro paroquial ou do vigário; 2.2 Limites objetivos e subjetivos da legitimação e da revalidação; 2.3 Medição como condição para legitimação de posses e revalidação de sesmarias ou concessões; 3 Terras públicas na legislação em geral e nas Constituições; 3.1 Regime legal de identificação das terras devolutas em

¹ Coordenador-Geral da Coordenação-Geral Agrária, de Processos Judiciais e Pesquisas Jurídicas da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, Pós-graduado em Direito Público.

geral; 3.2 Regime infraconstitucional das terras públicas após a CF/1891; 3.3 Regime jurídico-constitucional de distribuição das terras públicas; 4 Registro público de imóveis como mera presunção relativa; 4.1 A crise da migração dos pseudo domínios privados para o registro público; 4.2 Presunção de terra devoluta por falta de medição do título paroquial; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo propõe-se a descortinar cenários da aferição de pseudos domínios fundiários privados em concorrência com o domínio fundiário público. Inicia por situar no instituto jurídico da invenção a origem da propriedade sobre as terras do Brasil e identificar a tradição como modelo translativo de domínio, desde o regime sesmarial até o advento do registro público. Enfatiza o comisso como decorrência da não confirmação ou revalidação das sesmarias e concessões, consoante o procedimento da Lei de Terras do Império, e conclui pela reversão das terras à condição de devolutas como sua consequência. Sustenta ser o Registro Paroquial ato de natureza não atributiva da propriedade, quando não acompanhado da medição e demarcação ínsitas a tal procedimento, ambas dispensadas apenas nas hipóteses de pagamento de sisa realizado até 1854. Salienta que na sequência da Constituição de 1891 (art. 64), atributiva do domínio das terras devolutas aos Estados, estes sobre aquelas legislaram em simetria com o modelo imperial de legitimação de posses e revalidação de sesmarias e outras concessões, ambas mediante procedimento unificado de medição e demarcação. Anota que em oposição ao Registro Público do Código Civil, norteado desde 1917 por acesso dominial via transcrição, o Registro Hipotecário de 1846, reformado em 1864 e subsistente até 1924, embora sempre norteado pela transmissão por simples tradição, propiciou inadvertida migração aos fólios registraes de títulos causais sem medição, inclusive paroquiais. Conclui pela presunção de devolutas às terras sob domínio registral privado incidente sobre área que ao tempo do registro de origem, não estando contemplada pela exceção dos artigos 22 a 26 do Decreto nº 1.318/1854, e nem por prescrição aquisitiva aperfeiçoada até 1916, não estivesse á época medida consoante os regimes das leis de terras.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundiário Público e Privado. Registro Público. Medição Agrária. Propriedade Válida ou Inválida. Terras Públicas e Particulares.

ABSTRACT: The article aims to uncover scenarios for assessing pseudo-private landed estates, in competition with land in the public

domain. It begins by explaining the legal principle of land discovery as the origin of land ownership in Brazil, and by identifying non-notarized property ownership transfer as a model of transfer of domain, from the time of the “sesmarial” system of allotment of land until the advent of the public record. It emphasizes the legal penalty (“comisso”) to be imposed as a result of non-confirmation or revalidation of land allotments and concessions, according to the procedure of the Land Law of the Empire, and concludes with the reversal of the condition of vacant land as the consequence of this. The article affirms that registration in the parish registry is an act of a non-attributive nature for property ownership, when it is not attended by the land measurement and demarcation usually inherent in such a registration procedure, both being waived only in the event of payment of transfer of ownership tax, this being a tax that was collected until 1854. The article points out that following the 1891 Constitution (art. 64), the ownership of vacant lands was conferred to the states of the federation, this being legislated about in symmetry with the imperial model of legitimization of possession and revalidation of allotments and other concessions, both achieved through a unified procedure for measurement and demarcation. It notes that in opposition to Public Registry of the Civil Code, guided since 1917 by dominion access via transcription, the Mortgage Register of 1846, renovated in 1864 and continuing until 1924, though always guided by the use of non-notarized property ownership for transfer of property, led to the inadvertent migration to registration folios, of causal titles without measurement, including parochial. The article concludes with the presumption of the devolution of privately owned registered land situated on areas which at the time of the original registration, were neither being covered by exceptions under Articles 22 and 26 of Decree n° 1,318/1854, nor by acquisitive prescription (adverse possession) as perfected until 1916, and were not then being measured according to the rule of the land laws in effect at that time.

KEYWORDS: Public and Private Agrarian Land Law. Public Registry. Land Measurement. Valid or Invalid Ownership. Public and Private Lands.

INTRODUÇÃO

O conhecimento do regime jurídico de formação e validação do domínio público e privado sobre as terras brasileiras avulta de indiscutível relevância para a atuação dos operadores do direito em geral.

Este trabalho propõe-se, portanto, a esboçar linhas mestras para referida atuação no segmento fundiário-patrimonial, com esperança de que seus conteúdos - e os que a ele se venham a somar-se - possam contribuir para a formação de um corpo de conhecimentos úteis à concatenação de teses de investigação do patrimônio público fundiário federal.

Para tanto, a sua concepção geral em boa medida socorre-se de duas decisões judiciais que, em função da proficiência com que imergiram no tema, afiguram-se - sem embargo de outras fontes doutrinárias ou jurisprudenciais - emblemáticas para o estudo da matéria, a saber:

- a) a sentença proferida em 20/12/1996 pelo *Dr. Vito José Guglielmi*, Juiz de Direito da Comarca de Mirante do Paranapanema/SP, nos autos da Ação Discriminatória do 15º Perímetro de Teodoro Sampaio/SP (antigo Presidente Venceslau/SP)², e
- b) a sentença nº 078/96/JRJ/JF/DF/14ª Vara, proferida aos 21/03/1996 pelo *Dr. Jamil Rosa de Jesus*, Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, na Ação Discriminatória nº 67.0000578-7³

1 SISTEMATIZAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA

1.1 ASPECTO PROTO-HISTÓRICO: DELINEAMENTOS NO DIREITO PORTUGUÊS

Segundo a formidável pesquisa histórico-jurídica que na referida sentença do Dr. Vito José Guglielmi consta acerca da formação do direito de propriedade fundiária no Brasil, o modelo de repartição da propriedade entre setor público e privado, que ainda hoje desafia os juriconsultos nacionais, antecede até mesmo à fundação do Reino de Portugal:

[...] ANTECEDENTES PORTUGUESES

² Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista4/parte3.htm> - 209k>. Acesso em: 04 fev. 2009, p. 15.46.

³ Encartada por cópia no processo da AGU identificado pela NUP nº 00405.005231/2008-12.

A origem de Portugal remonta ao milênio anterior. Em rápidas palavras, porém, vencidos os godos em 711 (por força da invasão árabe-berbere), iniciou-se — de imediato — o que veio a se denominar a Reconquista. Núcleo inicial dela surgiu o reino godo-cristão de Astúrias e que veio a se transformar no reino de Leão (do qual, como Condado Portucalense, se originou Portugal).

Tem-se como marco histórico da formação de Portugal o ano de 1140. Subiu ao trono condal D. Afonso Henriques (morto o Conde D. Henrique), ainda num primeiro momento sob regência materna (cessada em 1128 depois de grave conflito com ela, ou como contou Camões “que de tal pai tal filho se esperava”) e que passou a usar o título de príncipe (Portucalensis Provinciae Princeps). É aclamado rei em 1140, após vencer os mouros em Ourique (25.7.1139).

Notória a influência do direito leonês, castelhano e aragonês. Em Leão (Astúrias), em especial, continuavam as relações jurídico-administrativas a pautar-se pelo *Fuero Juzgo*, expressando-se o particularismo local pelos *forais* (*fueros*), dando leis a uma população já formada, e cartas-pueblas, cartas de povoação, destinadas a atrair povoadores para áreas despovoadas mediante vantagens).

Já em Castela (após a separação de Leão), rumo diverso se tomou (*fuero real*, as sete partidas etc.). Foram o direito leonês, todavia, e os costumes locais, que passaram a reger a vida jurídico-administrativa de Portugal (Hélio de Alcântara Avellar, *História administrativa e econômica do Brasil*, Fename, 1970).

Quatro foram as Dinastias Portuguesas: Borgonha ou Afonsina (1140-1383), Avis (1385-1580), Filipina (1580-1640), dita Espanhola, Austríaca ou de Habsburgo, e de Bragança (1640-1910).

Passou a monarquia portuguesa por diversas fases, quais sejam: a monarquia limitada pelas Cortes, paternalista e popular, com idéia de participação de todas as classes no governo da nação, isto é, uma democracia orgânica; a monarquia centralizada ou de poder pessoal, com declínio das cortes e encaminhamento ao sistema absolutista; e a monarquia constitucional, a partir da Revolução Liberal de 1820. Corresponde a evolução do direito, igualmente, a três fases: à primeira, o direito consuetudinário ou costumeiro (forais); à segunda, a legislação geral e escrita, isto é, as Ordenações do

Reino (Afonso, 1446, Manuelinas, 1521 e Filipinas, 1603, impressas as primeiras, porém, pela primeira vez em 1792); e o período liberal, que corresponde às codificações do século XIX em diante.

Marcada a primeira fase da monarquia portuguesa pelos forais, identificavam-se deles quatro espécies: cartas de povoação, estabelecendo a existência e as relações dos “concelhos” com a nação; leis civis ou penais dada a um “concelho” já existente; aforamentos estabelecidos coletivamente, em que se estipulava o foro ou pensão que os moradores deviam pagar ao senhor da terra, quer do Estado (da coroa), quer do rei (reguengos) ou de particulares (herdamentos, senhorios, prazos); e os destinados a corrigir desordens (tipo misto).

Forais eram contratos enfiteúticos com os quais o rei (ou particulares) estabelecia as prerrogativas concedidas e reservava direitos.

Começada a marcha para a centralização portuguesa, iniciaram-se devassas por funcionários régios sobre a legitimidade dos títulos de propriedade de nobres e eclesiásticos, a par de forte influência, a esta altura, do direito romano [...]

A monarquia, portanto, é a mais importante instituição do Estado português; pelas suas relações com os outros órgãos administrativos e classes sociais é que poderemos ter uma idéia do panorama institucional predominante às vésperas da descoberta do Brasil” (Sérgio Buarque de Holanda et alii, op. cit., p. 16). [...]

Igualmente no campo econômico já se patenteava a centralização, via ação intervencionista da administração régia (por exemplo, o Regimento de Preços, de 1253), e de enfraquecimento das corporações ou mesteirais, nas quais se agrupavam os oficiais mecânicos.

Marcado o século XV por profundas alterações econômico-jurídicas (e, obviamente, sociais), a elas se adicionando a ação ultramarina de Portugal, é desse período o “descobrimento” do Brasil. Nessa fase a pressão progressiva da autoridade real (associada a fatores internos de desagregação) reduz os municípios a simples circunscrições administrativas locais. [...] (grifos do transcritor)

1.2 INVENÇÃO - FUNDAMENTO ANCESTRAL DO DIREITO À PROPRIEDADE PÚBLICA

E tal sentença do Dr. Vito José Guglielmi, verdadeira obra de referência para o tema, identifica o fenômeno jurídico da invenção (descoberta) como o fundamento basilar do direito de propriedade fundiária no Brasil, situando no período colonial a origem do caráter eminentemente público dessa propriedade, *in verbis*:

[...] ANTECEDENTES COLONIAIS - *Consumada a descoberta do território brasileiro, sobrevieram as primeiras expedições, com objetivo de explorar e colonizar.* [...]

Já em 1514, D. Nuno Manoel e Cristovão de Haro teriam chegado à foz do Rio da Prata, sendo certo, porém, que entre 1516 e 1519 Cristovão Jaques empreendeu viagens de Pernambuco ao sul, até mencionado rio.[...]

Em princípio — por assim dizer — decorre o direito de propriedade da Coroa portuguesa, por direito de invenção. Posteriormente ao Império e, por fim, à República.

Não se comunga a opinião, portanto, de Carlos Castilho Cabral, citado por Ângela Silva (*Terras devolutas, Revista de Direito Imobiliário, v. 14, p. 43 e segs.*), de que as terras brasileiras eram de propriedade privada do rei. Assim fosse e não haveria a instituição formal de capitanias reais. Era mesmo da Coroa, como sustenta a maioria dos autores (Ruy Cirne Lima, Messias Junqueira, Delmiro dos Santos, Vicente Cavalcanti Cysneiros, Marcos Afonso Borges). Notório o caráter público das terras, objeto sempre de concessões, como revela o regime capitaniaal. Disse, aliás, o Min. Aliomar Baleeiro, no RE n. 51.290: “A terra, no Brasil, originariamente, era pública; o rei desmembrou pedaços, áreas enormes, as chamadas sesmarias, e doou-as...”

Talvez a idéia seja força de interpretação da redação do Tratado de Tordesilhas. Por ele se buscou traçar uma linha imaginária entre o Polo Ártico e o Antártico, situado a 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde em direção ao poente. Seriam portuguesas as terras à direita de tal linha imaginária (meridiano) e espanholas aquelas situadas à esquerda. [...]

Não se nega a importância jurídica do documento. Quer parecer (sem embargo de abalizadas opiniões em contrário) que se lhe empresta — mesmo que

admitida a origem divina desse direito, que foi aprovado e ratificado pelo Papa Júlio II consoante a Bula "E a quae" — maior valor do que tem. Somente a existência de tais terras (em grande parte desconhecidas) daria a ele eficácia. Nada se descobrisse e cairia ele no vazio. É pois, por direito de invenção, a origem da propriedade. Na realidade, pois, só se cuidou de definir evento futuro e incerto (a descoberta das terras — que embora em parte já se soubesse existir, ao menos no Atlântico Norte). [...] (grifos do transcritor)

1.3 ORIGEM E DINÂMICA DO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO FUNDIÁRIA: AS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS, O REGIME DAS SESMARIAS E O IMPÉRIO DA POSSE

Posta como premissa jurídico-histórica a natureza universal do domínio fundiário público das terras brasileiras, há de se passar ao estudo do regime de privatização imprimido a essas terras.

Abstraídas as peculiaridades internas ao período das donatárias⁴, a primeira forma de privatização de terras públicas nacionais foi, portanto, o regime sesmarial⁵, indissociavelmente ligado ao conceito de terras devolutas de Portugal, mas aplicado no Brasil às terras que Pontes de Miranda viria a denominar de *res nullius*, o qual, concebido em Portugal no ano de 1375⁶ e inaugurado no Brasil

4 Em 20 de novembro de 1520, expediu D. João III três cartas-de-poderes em favor de Martim Afonso de Sousa, sendo que a última carta conferia poderes de conceder sesmarias, isto é, terras para colonização, sem caráter hereditário: "somente nas vidas daqueles a que as der." [...]"

5 Sesmarias eram nomenclaturas jurídicas instituídas pelo regime implantado em Portugal por D. Fernando I, "O Formoso", ex vi da Lei de 26 de junho de 1375, depois aprimorado por D. João I, e que no ano de 1446 passaram aos textos das Ordenações Afonsinas, daí por diante tendo constado das Ordenações Manuelinas (1.512 - Lev. IV, tit. 67), e das Ordenações Filipinas, de 1603 (Lev. IV, tit. 43), com alterações promovidas pelo Alvará de 5 de outubro de 1795, que procurou corrigir deficiências apresentadas no seu sistema, e no Decreto de 25 de novembro de 1808, que permitiu a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil, definindo-se, porém, tanto nas Manuelinas, quanto nas Afonsinas, da seguinte forma: "Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhores, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são". Terras devolutas, pois.

6 Lei de 26 de junho de 1375, de seguinte teor: "Eu El Rei Faço saber aos que esta lei virem... Todos os que tiverem herdades próprias, emprazadas, aforadas, ou por qualquer outro título que sobre as mesmas lhes dê direito, sejam contrangidos a lavrá-las e semeá-las. Se por algum motivo legítimo as não puderem lavar todas, lavrem a parte que lhes parecer podem comodamente lavar, a bem vistas e determinação dos que sobre este objeto tiverem intendência; e as mais façam-nas aproveitar por outrem pelo modo que lhes parecer mais vantajoso de modo que todas venham a ser aproveitadas. [...] Se por negligência ou contumácia os proprietários não observarem o que fica determinado, não tratando de aproveitar por si ou por outrem as suas herdades, as Justiças territoriais, ou as pessoas que sobre isso tiverem intendência, as dêem a quem as lave, e semeie por certo tempo, a pensão ou quota determinada. [...] Se os senhores das herdades não quiserem estar por aquele arbitramento, e por qualquer maneira o embargarem por seu poderio, devem perdê-las para o comum, a que serão aplicadas para sempre; devendo arrecadar-se o seu

em 1520, findou no ano de 1822, quando o então Príncipe Regente D. Pedro, valendo-se da Resolução n. 76 do Reino (de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822, feita por Manoel José dos Reis), mandou suspender a concessão de sesmarias futuras, vazando-a nos seguintes termos: “*Fique o suplicante na posse das terras que tem cultivado, e suspendam-se todas as sesmarias até a convocação da assembléia geral constituinte.*”

Acerca desse primeiro modelo privatista, consta na sentença⁷ do Dr. Vito José Guglielmi:

[...] É com Martin Afonso de Souza que, de fato, inicia D. João III (“O Colonizador”) a ocupação.

Tal expedição afastou, ademais, franceses (em especial La Pèlerine) que se encontravam pelo litoral, regressando Martin Afonso a Portugal em 1533.

A partir dela — e em face dos resultados obtidos — parece haver-se definido D. João a subdividir o Brasil em donatarias (ou capitanias hereditárias), inaugurando bem definida fase no regime brasileiro (aliás, como fizera em outras incursões ultramarinas no Atlântico). Essa, a orientação da Coroa Portuguesa.

O REGIME DAS CAPITANIAS - Já surgira em Portugal, nas décadas seguintes ao descobrimento, uma nova classe, oriunda de mercadores, funcionários e mais pessoas destacadas no Oriente ou imiscuídas no trato de especiarias. Tal classe (hoje denominada burguesa e pequeno-burguesa), com significativo aporte de recursos, bem como o surto econômico-financeiro e o entusiasmo por negócios do além-oceano, levaram — igualmente à necessidade de afastar corsários de várias ordens — à busca de ocupação do solo de modo orientado.

Dentre tais pessoas e aquelas aproximadas ao trono, foram procurados os primeiros donatários.

rendimento a benefício comum, em cujo território forem situadas. [...] E para que venha esta Lei à notícia de todos, ordeno... Se registrará nos Livros da Mesa do Desembargador do Paço, Casa da Suplicação, e Porto, e nos das Relações dos Estados da Índia, e aonde semelhantes leis se costumam registrar. E esta própria se lançará na Torre do Tombo. Dado em Lisboa, aos 26 de junho de 1375”.

7 Sentença proferida em 20/12/1996 pelo Dr. Vito José Guglielmi, Juiz de Direito da Comarca de Mirante do Paranapanema/SP, nos autos da Ação Discriminatória do 15º Perímetro de Teodoro Sampaio (antigo Presidente Venceslau).

A distribuição de dádivas territoriais no Brasil *tornava-se, destarte, recompensa a funcionário, assim como suposta aplicação de capitais para os que se tinham enriquecido no Oriente. No mesmo sentido propiciava aparente generosa mercê a personagens alvos de galardões pelo Paço Real, possuidores de meios para arrotear as glebas que lhes ofereciam. Dizemos aparente, porquanto não tardou a se evidenciar constituir empresa demasiada para simples particulares. Somente o Estado com os seus múltiplos recursos estava em condições de arcar com tamanhos encargos, esmagadores pela distância e prejuízo de trabalhosa navegação a vela* (idem, p. 97).

A orientação levou o “Concelho” del-rei a dividir o Brasil (então Terra de Santa Cruz) em quinhões. O desconhecimento geográfico da colônia, além da imaginária linha do meridiano de Tordesilhas acabou por tornar arbitrária a divisão da costa (projetavam-se linhas retas a certas distâncias em direção ao meridiano, desprezando-se acidentes geográficos que muito além desse se situavam, bem como o valor do próprio solo), logo mostrando a inviabilidade do sistema, como um todo considerado. Não formavam as doações maciços, mas sucessão de faixas de terras, indicando o caráter paraestatal — por assim dizer — da empresa.

Modernos historiadores salientam, com razão, que a terra era dada para o donatário administrá-la como província, e não como propriedade privada. [...]

Eram direitos do capitão-mor, pois: distribuir justiça, conceder asilo, escravizar índios e vendê-los em Portugal, doar sesmarias a cristãos, participar dos privilégios fiscais da Coroa, transmitir a capitania por herança; e deveres: colonizar e defender a terra e defender a fê. [...]

A posse da terra era outorgada mediante cartas de doação ao capitão-mor. Seus direitos e os do rei eram fixados em forais. As sesmarias, por seu turno, pelas cartas de sesmaria.

Foram inicialmente quinze as donatarias: Primeira do Maranhão (50 léguas, da abra de Diogo Leite ao cabo de Todos os Santos), Segunda do Maranhão (75 léguas, até o Rio da Cruz), Ceará (40 léguas, até a Angra dos Negros), Rio Grande (100 léguas, até a baía da Traição), Itamaracá (30 léguas, até o Rio Igaraçu), Nova Lusitânia ou Pernambuco (60 léguas seguintes até o Rio S. Francisco), Baía de Todos os Santos (80 léguas imediatas, até a Ponta do Padrão), Ilhéus (50 léguas seguintes),

Porto Seguro (50 léguas, até o Rio Mucuri), Espírito Santo (50 léguas, até o Rio Itapemirim, Paraíba do Sul ou São Tomé (30 léguas, até o Rio Macaé, São Vicente (100 léguas descontínuas, distribuídas por dois lotes distintos — um do Rio Macaé ao Juqueriquerê e outro da barra da Bertioga até a Ilha do Mel, na baía do Paranaguá), Santo Amaro (10 léguas, entre os dois lotes anteriores) e Santa (10 léguas, da Ilha do Mel até perto da atual Laguna (em respeito ao tratado de Tordesilhas). Outras se seguiram (Ilha de Itaparica, Ilha da Trindade, por elevação de sesmaria existente). Delas, somente onze chegaram ao século XVII. E neste outras onze foram instituídas.

Quase concomitantemente (por motivos que ora não cabe discutir), instituiu-se o governo-geral com Tomé de Souza, consoante a Carta Régia de 7 de janeiro de 1549. Dele disse Serafim Leite tratar-se de “documento básico, verdadeira carta magna do Brasil, e sua primeira Constituição, tendente à unificação jurisdicional, já com os elementos aptos para uma colonização progressiva”. Assevere-se, porém, que a introdução do governo-geral não extinguiu o regime das capitanias, que perdurou até o século XVIII.

É, pois, com tais parâmetros que se delineia a formação da propriedade no Brasil. [...]”

No mesmo sentido é a sentença do Dr. Jamil Rosa de Jesus-⁸, *in verbis*:

[...] 24. III.b - *É cedição que todas as terras do Brasil, desde o seu “descobrimento pelos portugueses, pertenceram à Coroa, conforme lição acima transcrita, bem assim a de MARCOS AFONSO BORGES, em sua Da Ação Discriminatória, 2. Ed., José Bushatsky, 1976:*

“6. A propriedade no Brasil tem o seu berço em Portugal. Quando da descoberta de nosso país, já vigorava, no reino peninsular, no que diz respeito á propriedade, o instituto criado pela lei promulgada em 26 de junho de 1375 por d. FERNANDO I, em virtude da qual os proprietários de imóveis rurais eram obrigados a lavrar suas terras sob pena de, não o fazendo, perderem as respectivas glebas, as quais eram dadas às pessoas que as quisessem tornar produtivas. A transferência

8 Sentença nº 078/96/JRJ/JF/DF/14ª Vara, proferida aos 21/03/1996 pelo Juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, na Ação Discriminatória nº 67.0000578-7 (cópia anexa), referente ao imóvel denominado FAZENDAS PALMA E RODEADOR.

da propriedade, assim verificada, denominava-se sesmaria e o respectivo título, carta de sesmaria. *Em decorrência do descobrimento, tratou o governo português de colonizar o Brasil. Com tal objetivo, passou a fazer concessões de enormes tratos de terras aos nobres portugueses, que haviam prestado serviços à pátria; bem como a outorgar cartas de sesmaria àqueles que desejassem povoar o solo.* As sesmarias, como muito bem salienta R. CIRNE LIMA, foram, portanto, ‘o tronco de que se ramificou a nossa propriedade imóvel’.

Posteriormente, *com as Bandeiras, isto é, com a marcha para o interior do país – único aspecto original de nossa História –* as cartas de sesmaria caíram em desuso e começaram a prevalecer as simples ocupações, feitas pelos desbravadores. Com o término do regime de sesmaria, *ocorrido por força da Resolução nº 17 de julho de 1822, e inexistindo norma reguladora da aquisição de terras, passamos a viver em regime extralegal, em que somente prevalecia a posse, ou ocupação. Predominava, então, a incerteza, a insegurança da propriedade privada.* [...]” (grifos do transcritor)

Sobre esse modelo de gerenciamento fundiário que ecoa na psique jurídica brasileira como um atavismo determinista, a sempre lembrada sentença do Dr. Vito José Guglielmi-⁹ discorre:

[...] Assente-se, porém: o sistema implantado pela lei de sesmarias em Portugal adquiriu configuração diversa ao ser transportado para o Brasil. Lá se verificava verdadeiro confisco, com caráter redistributivo, enquanto no Brasil importava verdadeira doação.

Demais, o objetivo era também diverso: enquanto em Portugal se buscava incremento da produção agropecuária, aqui se buscava a ocupação do solo. Via de regra, lá se dava em sesmaria por prazo certo (5 anos), enquanto aqui prazo não se marcava. Em consequência, os efeitos gerados foram diametralmente opostos. Bem por isso é que em Portugal culminou com a fragmentação da propriedade e no Brasil propiciou a formação de grandes latifúndios improdutivos.

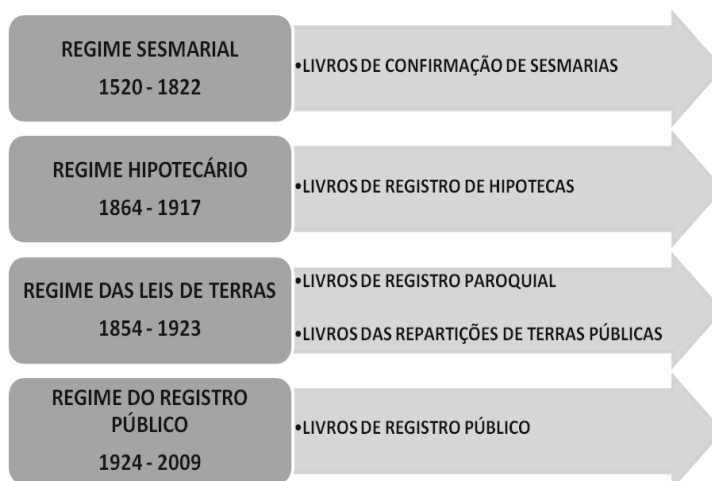
E a efetivação do sistema das capitanias não se fez senão pela concessão das sesmarias. Relembre-se, mais uma vez: o capitão-mor detinha poder

9 Sentença proferida em 20/12/1996 pelo Dr. Vito José Guglielmi, Juiz de Direito da Comarca de Mirante do Paranapanema/SP, nos autos da Ação Discriminatória do 15º Perímetro de Teodoro Sampaio (antigo Presidente Venceslau).

político e não a plena propriedade da área doada. Aliás, era sua obrigação doar sesmarias (não podia manter em seu poder toda a área doada) que, contudo, estavam sujeitas a encargo, pena de comisso. [...]

Suspensa a vigência da legislação sesmarial, deu-se que entre os anos de 1822 e 1850 o Brasil vivenciou o “*império (áureo) da posse*”, pois esse fenômeno fático-jurídico passou a constituir-se no único mecanismo para aquisição de pretensões dominiais, ocorrendo então um grande impulso nas ações individuais ou coletivas de colonização espontânea, construindo-se paulatinamente um sistema não oficial caracterizado pela simples ocupação.

Numa visão abrangente do que se seguiu, poder-se-ia traçar a seguinte figura esquemática:



Embora sem pretensões de exaurir o tema, este estudo passa a examinar alguns aspectos desses regimes.

2 O REGIME DA LEI Nº 601/1850: A LEI DE TERRAS DO IMPÉRIO

2.1 O REGISTRO PAROQUIAL OU DO VIGÁRIO

Para dar cabo ao “Império da Posse” que se instaurara com a suspensão do regime sesmarial em 1822, o Governo Imperial fez editar a *Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850*, conceituando terras devolutas (art.

3º), penalizando severamente o apossamento de novas áreas após a edição da lei (art. 2º), ensejando oportunidade para os sesmeiros revalidarem suas sesmarias (art. 4º) e para os posseiros regularizarem suas posses a ela anteriores, em cujo intuito inaugurou o instituto da legitimação da posse, do começo de cultura e da morada habitual (art. 5º), impondo o critério de alienação de terras públicas primordialmente por venda (art. 14), criando o registro paroquial, denotativo das preocupações de publicização das titularidades sobre terras (art. 13) e a Repartição das Terras Públicas (art. 21), respectivamente figuras embrionárias do registro público de terras e dos órgãos públicos de terras.

Essa lei foi regulamentada pelo *Decreto Imperial nº 1.318 de 30 de janeiro de 1.854*, que pormenorizava os procedimentos para a revalidação de sesmarias, a legitimação de posses, a demarcação e medição das terras, a venda de terras públicas e o registro paroquial das terras possuídas, e, particularmente a respeito deste último, consta na sentença do Dr. Vito José Guglielmi¹⁰:

“[...] É também dessa época o tão discutido Registro Paroquial.

Ocorre que as declarações de posse que ali eram registradas não tinham o condão de gerar domínio, como se chegou — de modo nitidamente equivocado — a sustentar. Tais registros tinham efeitos meramente estatísticos.

Claro, a propósito, o artigo 94 do referido Decreto n. 1.318:

“[...] As declarações de que tratam este e o artigo antecedente não conferem direito algum aos possuidores”

Aliás, era efetuado mediante declarações do interessado (art. 93):

As declarações para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguais, assinando-os ambos, ou fazendo-os assinar pelo indivíduo, que os houver escrito, se os possuidores não souberem escrever”,

Ao qual não podia o vigário recusar, ainda que estranhasse a dimensão do imóvel (art. 102: “... se porém as partes insistirem no registro de suas declarações pelo modo por que se acharem feitas, os

10 Sentença proferida em 20/12/1996 pelo Dr. Vito José Guglielmi, Juiz de Direito da Comarca de Mirante do Paranapanema/SP, nos autos da Ação Discriminatória do 15º Perímetro de Teodoro Sampaio (antigo Presidente Venceslau).

vigários não poderão recusá-las”). E para tanto cobrariam a razão de dois reais por letra (art. 103, in fine).

Com toda a razão, portanto, Altir de Souza Maia (Registro Paroquial, Revista de Direito Agrário, 1, arts., p. 5 e segs.), ao asseverar que, a rigor, nem mesmo posse era hábil tal registro a demonstrar.

Daí porque já se decidia no Tribunal de Apelação:

“O registro do Vigário não é título de domínio” (Acórdão n. 12.007 — Revista dos Tribunais, v. 60, p. 86).

No mesmo sentido o que vem decidido in Revista dos Tribunais, v. 69, p. 616:

“O registro paroquial de que trata o artigo 91 do Reg. n. 1.854 tinha meros fins estatísticos, não sendo outra, por certo, a razão por que Whitaker lhe nega o valor do jus in re (Terras, 3. ed., p. 90, nota 2)”. [...]

De modo um pouco diverso, a sentença do Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus¹¹ sustenta que:

[...] 29. *Esse registro não tinha efeito meramente estatístico da ocupação das terras, como deixou claro o Min. CUNHA PEIXOTO no Recurso Extraordinário nº 80.416-GO, julgado a 16 de dezembro de 1976 pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:*

Não creio que o registro do vigário, do Regulamento de 1854, tivesse finalidade puramente estatística. Provendo ao cumprimento da Lei 601/1850, esta e ele são dois textos dos mais sábios e realísticos nas circunstâncias da época, tendo em vista as circunstâncias históricas em que se desenvolveram nos 3 séculos anteriores o parcelamento das terras públicas com ostensiva tolerância da Coroa. Esta sensatamente punha acima das magras vendas realengas o interesse do povoamento e do aproveitamento do país imenso e bárbaro. E assim se fez o Brasil atual. Atribuo, pois, à Lei de 1850 e ao regulamento do vigário (1854) efeitos de consolidação das posses, que, bem ou mal, foram tomadas em terras às províncias. [...]

11 Sentença nº 078/96/JRJ/JF/DF/14ª Vara, proferida aos 21/03/1996 pelo Juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, na Ação Discriminatória nº 67.0000578-7 (cópia anexa), referente ao imóvel denominado FAZENDAS PALMA E RODEADOR.

32. Além do Registro Paroquial, nos termos da Lei nº 601, de 1850 e do seu regulamento, Decreto nº 1.318, de 1854, que conferia domínio, a legitimação da posse e a revalidação das sesmarias eram também modos de exclusão da dominialidade pública das terras, por isso que não eram devolutas:

a) As terras dadas em sesmarias e que fossem revalidadas (cf. art. 4º da Lei nº 601), e b) As posses, mesmo sem base em título legal, que fossem legitimadas (cf. art. 5º da Lei nº 601).

33. O Decreto nº 1.318 cuidou da revalidação das sesmarias e da legitimação da posse, como condição para aquisição do domínio, cf. arts. 24 e seguintes, passando-se em favor do posseiro, sesmeiro ou concessionário o respectivo título de sua posse, sesmaria ou concessão (art. 51).

33.1 Sem um desses títulos a terra presume-se devoluta. [...] (grifos do transcritor)

Porém, se mesmo o texto acima transcrito admite que não se tratando de posse legitimada ou sesmaria ou concessão revalidadas ter-se-ia terra devoluta, e considerando que estas eram as únicas hipóteses que se levava ao registro paroquial, torna-se evidente que não era desse registro que nascia o domínio privado, e sim dos atos a ele subsequentes, vale dizer, a medição e a demarcação, seguidas da expedição do título definitivo, como adiante se verá.

2.2 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA LEGITIMAÇÃO E DA REVALIDAÇÃO

Por ora, consigne-se que, fixando então o que nunca deixou de ser a tradição do Direito Fundiário Brasileiro, o art. 5º do decreto regulamentador da Lei nº 601/1850¹² delineava que os quantitativos máximos de terras públicas apossadas ou concedidas que se poderia

12 Decreto nº 1.318/1854 - Art. 5º 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 posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: § 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessário para pastagem dos animais que tiver o posseiro, outro tanto mais de terreno devoluto que houver contíguo, contanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta pública, ou fora dela, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta à venda, guardadas as regras seguintes: § 1º. A medição e divisão serão feitas, quando o permitirem as circunstâncias locais, por linhas que corram de Norte a Sul, conforme o verdadeiro

legitimar ou revalidar a terceiros não poderiam exceder em qualquer hipótese à medida de uma sesmaria para cultura ou criação igual às que por último se houvesse concedido na mesma comarca ou na comarca vizinha.

E, de seu turno, quando vigente (até 1822), o referido regime sesmarial jamais facultara concessão de sesmarias de dimensões indiscriminadas, bastando ver o quadro de limites máximos de área desse regime, a saber:

DIPLOMAS REGRADORES DOS LIMITES MÁXIMO DE ÁREA PARA CONCESSÃO DE SESMARIAS ^{13 14 15 16}				
DIPLOMA NORMATIVO	Data da Edição	LIMITE DA ÁREA		
		EM LÉGUAS	EM HECTÁRES	
			Légua de 6.600 M	Légua de 6.000 M
CARTA RÉGIA	27/12/1695	4 por uma légua	17.424	14.400
CARTA RÉGIA	27/12/1697	3 por uma légua	13.068	10.800
CARTA RÉGIA	22/12/1698	3 por uma légua	13.068	10.800
CARTA RÉGIA	15/12/1711	1 por uma légua	4.356	3.600
ALVARÁ	03/12/1710			
ALVARÁ	05/12/1795	3 por uma légua	13.068	10.800

Por tais normas regentes do regime sesmarial, extraem-se alguns de seus indicadores lógicos, a saber:

- a) Não há sesmarias validamente concedidas por donatários após 7/01/1549, pois que a partir daí extinguiu-se o regime das capitâneas;

meridiano, e por outras que as cortem em ângulo reto, de maneira que formem lotes ou quadrados de 500 braças por lado, demarcados convenientemente.

¹³ A concessão de sesmarias foi suspensa em 17/07/1822, pela Resolução de 17/07/1822, da lavra do então Príncipe Regente D. Pedro I, sendo finalmente extintas pela Lei Imperial nº 601, de 18/09/1850.

¹⁴ A légua de sesmaria tinha a medida de 6.600 metros lineares

¹⁵ A légua tinha e tem a medida de 6.000 metros lineares

¹⁶ (1 por uma légua) Limite imposto apenas às sesmarias a serem concedidas no chamado “Caminho das Minas” ou “Caminho Novo”

- b) não há ou não deveria haver sesmarias superiores a 30 léguas, pois só as havia no sistema das capitanias, e estas foram resgatadas pelo Rei;
- c) não há sesmarias válidas superiores a 4 léguas após o ano de 1695 (Carta Régia de 27/12/1695);
- d) não há sesmarias válidas superiores a 3 léguas após o ano de 1697 (Cartas Régias de 27/12/1697 e de 22/03/1698);
- e) todas as sesmarias validamente deferidas sob o regime do Alvará de 5/10/1795 deveriam sê-lo no limite de 3 léguas;
- f) não há sesmarias válidas de estrangeiros anteriores ao Decreto de 25/11/1808;
- g) não há sesmarias válidas de ordens religiosas antes de 26/06/1711;
- h) as sesmarias não têm validade se não confirmadas pelo Conselho Ultramarino, ou pela Mesa do Desembargo do Paço, posteriormente a 1808;
- i) não há sesmarias válidas após 17/07/1822, data da suspensão do regime.

Por outro lado, não era regra que em todas as situações a sesmaria de logo fosse sendo concedida pelo limite máximo. Isso porque esse limite máximo era estratificado em sesmarias para cultura (lavoura), para indústria (extrativismo) e para criação (pecuária)¹⁷.

17 Por consequência desse costume estratificador, quando editaram suas leis agrárias, os Estados não admitiram posses legítimas ou concessões revalidáveis senão nessas três modalidades, e mesmo assim, para cada qual delas, jamais admitiram os mesmos e generosos limites de área que o Império admitia, bastando ver como exemplo a primeira lei de terras do Estado do Pará, sabidamente até hoje uma extensa província fundiária, que ainda assim limitou modicamente as posses que legitimaria: “[...] Decreto Paraense nº 410, de 8/10/1891 - Art. 8º - Feita a mediação e demarcação das terras cultivadas sujeitas à legitimação, pelas declarações registradas, medir-se-á mais para o possessor, se o requerer, uma parte de terreno devoluto que houver contíguo, não excedente à área cultivada e no máximo equivalente a 150 hectares, se não estiver reservada para algum uso público. § 1º - Deste favor não gozarão os possesores de terrenos aproveitados pela indústria extrativa. § 2º - A área total de posses havidas por ocupação primária em virtude desta Lei nunca poderá exceder os seguintes limites: em terras de lavoura, 1089 hectares; em campos e criação, 4.356 hectares, e em seringais 545 hectares. [...]”

Na teleologia dessa diretiva, o decreto regulamentador da Lei nº 601, dispunha em seus artigos 12, 44, 77 e 85¹⁸ que :

- a) *as terras públicas dever-se-iam medir-se em quadrados de 6.000 braças de lado, formados por lotes de 500 braças de lado;*
- b) *sendo de posses as áreas medidas, que em caso algum a legitimação das mesmas excedesse a uma sesmaria para cultura, ou criação igual às últimas concedidas na mesma comarca, ou na mais vizinha;*
- c) *as terras adjungendas a povoações urbanas não poderiam ter lotes rurais superiores a 400 braças de frente sobre outras tantas de fundo;*
- d) *mesmo na faixa de fronteiras, onde os empresários colonizadores poderiam receber as terras gratuitamente, essas não poderiam superar as dez léguas em quadro ou o seu equivalente para cada colônia de mil e seiscentas almas, para terras de cultura, e quatrocentas, se terras de campos próprios para criação de animais.*

Portanto, após o advento do Decreto nº 1.318/1854, regulamentador da Lei nº 601/1850, as novas concessões de terras públicas, e mesmo as legitimações de posses antigas passaram a sofrer restrições máximas nos quantitativos passíveis de alienação ou reconhecimento (legitimação e revalidação) a uma mesma pessoa.

18 *Decreto Imperial nº 1.318/1854 - Art. 12.* As medições serão feitas por territórios, que regularmente formarão quadrados de seis mil braças de lado, subdivididos em lotes ou quadrados de quinhentas braças de lado, conforme a regra indicada no art. 14 da lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, e segundo o modo prático prescrito no regulamento especial, que for organizado pela Repartição Geral das Terras Públicas. *Art. 44.* Se a medição requerida for de posses não situadas dentro de sesmarias, ou outras concessões, porém em terrenos que se acharem devolutos e tiverem sido adquiridas por ocupação primária, ou havidas sem títulos legítimos do primeiro ocupante, devem ser legitimadas, estando cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo possessor, ou de quem o represente, o Juiz Comissário fará estimar por árbitros os limites de posse, ou seja em terras de cultura, ou em campos de criação; e verificados esses limites, e calculada pelo Agrimensor a área neles contida, *fará medir para o possessor o terreno que tiver sido cultivado, ou estiver ocupado por animais, sendo terras de criação, e outro tanto mais de terreno devoluto, que houver contíguo; contanto que não prejudique a terceiro, e que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a uma sesmaria para cultura, ou criação igual às últimas concedidas na mesma Comarca, ou na mais vizinha.* *Art. 77.* As terras reservadas para fundação das povoações serão divididas, conforme o Governo julgar conveniente, em lotes urbanos e rurais, ou somente nos primeiros. Estes não serão maiores de 10 braças de frente e 50 de fundo. *Os (lotes) rurais poderão ter maior extensão, segundo as circunstâncias o exigirem, não excedendo, porém, cada lote, de 400 braças de frente sobre outras tantas de fundo.* *Art. 85.* Os Empresários que pretenderem fazer povoar quaisquer terras devolutas compreendidas na zona de dez léguas nos limites do Império com países estrangeiros, importando para elas, à sua custa, colonos nacionais ou estrangeiros, deverão dirigir suas propostas ao Governo Imperial, por intermédio do Diretor-Geral das Terras Públicas, sob as bases: 1ª, da concessão aos ditos empresários de dez léguas em quadro ou o seu equivalente para cada Colônia de mil e seiscentas almas, sendo as terras de cultura, e quatrocentas, sendo campos próprios para criação de animais; 2ª, de um subsídio para ajuda da empresa, que será regulado segundo as dificuldades que ela oferecer.

2.3 MEDIÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA LEGITIMAÇÃO DE POSSES E REVALIDAÇÃO DE SESMARIAS OU CONCESSÕES

Referido regime jurídico da lei de terras do império, que em seguida à Constituição de 1891 (art. 64) seria transposto com pouquíssimas alterações para as leis estaduais, tinha a seguinte configuração:

CONFIGURAÇÃO GERAL DO REGIME DA LEI IMPERIAL, MIGRADA PARA A LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Conceito de terras devolutas (art. 3º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850)

Expressa vedação de novos apossamentos sobre terras públicas e penalidades previstas (artigos 1º e 2º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 20 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)

Distinção entre Títulos PROVISÓRIOS e títulos DEFINITIVOS (Art. 11 da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850).

Obrigatoriedade de se fazer REGISTRO DAS POSSES e/ou dos títulos de domínio preexistentes (artigos 11 da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 91 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)

Submissão de anteriores títulos de domínio insubsistentes a processo de REVALIDAÇÃO, condicionados às hipóteses e aos quantitativos máximos fixados na lei (art. 4º da Lei Imperial nº 601, de 18/09/1850 e art. 27 do Decreto nº 1.318, de 30/01/1854)

Submissão de anteriores apossamentos a processo de LEGITIMAÇÃO, condicionados às hipóteses e aos quantitativos máximos fixados em lei (5º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 24 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)

A VEDAÇÃO DE ALIENAÇÕES enquanto não legitimadas as posses provisórias (artigo 11 da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850);

Obrigatoriedade de MEDIÇÃO (artigos 7º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850, e art. 34, § 1º do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854),

Obrigatoriedade da regularização e legitimação, com medição e demarcação (inclusive no caso de compra) para obtenção do TÍTULOS DEFINITIVOS

Obrigatoriedade dos títulos definitivos conterem os MEMORIAIS DESCRITIVOS ou elementos identificadores precisos das áreas tituladas

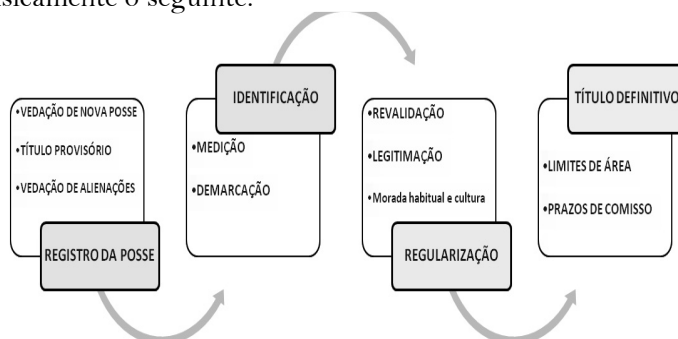
Fixação de prazos decadenciais para as regularizações e/ou legitimações, sob pena de COMISSO (art. 8º da Lei Imperial nº 601, de 18/09/1850, e art. 58 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)
Morada habitual e cultura efetiva (art. 5º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850)

Vide os dispositivos legais que referendam a síntese acima:

REGISTRO DAS POSSES	IDENTIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS	REGULARIZAÇÃO DAS OCUPAÇÕES	EXPEDIÇÃO DE TÍTULO DEFINITIVO
Lei imperial nº 601/1850			
Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes. [...]	Art. 7º O Governo marcará os prazos dentro dos quaes deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, attendendo ás circumstancias de cada Provincia, comarca e municipio, o podendo prorogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que comprehenda todos os possuidores da mesma Provincia, comarca e municipio, onde a prorgação convier.	Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas. Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: [...]	Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo. Art. 5º [...] § 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. Art. 8º Os possuidores que deixarem de proceder á medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em commisso, e perderão por isso o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o sómente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto.

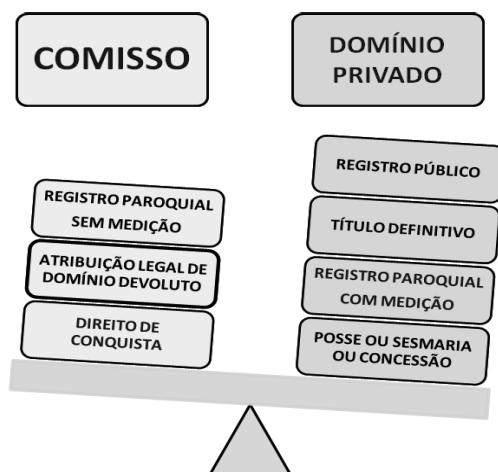
REGISTRO DAS POSSES	IDENTIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS	REGULARIZAÇÃO DAS OCUPAÇÕES	EXPEDIÇÃO DE TÍTULO DEFINITIVO
Decreto nº 1.318/1854			
Art. 20. As posses estabelecidas depois da publicação do presente Regulamento não devem ser respeitadas. Quando os Inspectores, e Agrimensores encontrarem semelhantes posses, o participarão aos Juizes Municipaes para providenciarem na conformidade do Art. 2º da Lei supracitada. Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o titulo de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuirem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, e nas Provincias, da fixada pelo respectivo Presidente.	Art. 34. Os Juizes Commissarios das medições são os competentes: § 1º Para proceder á medição, e demarcação das sesmarias, ou concessões do Governo Geral, ou Provincial, sujeitas á revalidação, e das posses sujeitas á legitimação.	Art. 24. Estão sujeitos á legitimação: § 1º As posses, que se acharem em poder do primeiro occupante, não tendo outro titulo senão a sua occupação. § 2º As que, posto se achem em poder de segundo occupante, não tiverem sido por este adquiridas por titulo legitimo. § 3º As que, achando-se em poder do primeiro occupante até a data da publicação do presente Regulamento, tiverem sido alienadas contra a prohibição do Art. 11 da Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850. Art. 27. Estão sujeitas á revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no dominio dos primeiros sesmeiros, ou concessionarios, se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionario, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas	Art. 58. Findos os prazos, que tiverem sido concedidos, os Presidentes farão declarar pelos Commissarios aos possuidores de Terras, que tiverem deixado de cumprir a obrigação de as fazer medir, que elles teem cahido em commisso, e perdido o direito a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da Lei Nº 601 de 18 de Setembro de 1850, e desta circumstancia farão as convenientes participações ao Delegado do Director Geral das Terras Publicas, e este ao referido Director, a fim de dar as providencias para a medição das terras devolutas, que ficarem existindo em virtude dos ditos commissos.

Portanto, nesse regime, o *iter* de confirmação do domínio privado era basicamente o seguinte:



A esse procedimento deveriam se submeter todos os imóveis que, quer mantidos a título de simples posses, quer representados por sesmarias ou concessões não confirmadas ou de suas respectivas movimentações translativas, não tenham implicado em pagamento de sisa até o regulamento da Lei 601/1850, ex vi dos artigos 22 a 26 do Decreto 1.318/1854.

Portanto, a medição (e não o registro paroquial), enquanto providência comum, tanto à revalidação, quanto à legitimação, é o fiel da balança que indica a adequação da pretensão dominial privada ao regime jurídico da lei imperial, segundo a seguinte visão esquemática:



3 TERRAS PÚBLICAS NA LEGISLAÇÃO EM GERAL E NAS CONSTITUIÇÕES

3.1 REGIME LEGAL DE IDENTIFICAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS EM GERAL

Por outro lado, estando desde 1891 (art. 64 da respectiva Constituição) repartidas entre Estados e União as terras devolutas, adveio o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, assim regulamentando o regime das terras públicas federais:

Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União:

- a) os terrenos de marinha e seus acréscidos ;
- b) os terrenos marginais dos rios navegáveis, em Territórios Federais, se, por qualquer título legítimo, não pertencerem a particular;
- c) os terrenos marginais de rios e as ilhas nestes situadas na faixa da fronteira do território nacional e nas zonas onde se faça sentir a influência das marés;
- d) as ilhas situadas nos mares territoriais ou não, se por qualquer título legítimo não pertencerem aos Estados, Municípios ou particulares;
- e) a porção de *terras devolutas* que fôr indispensável para a defesa da fronteira, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais;
- f) as *terras devolutas* situadas nos Territórios Federais; [...]
- h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares;
- i) os arsenais com todo o material de marinha, exército e aviação, as fortalezas, fortificações e construções militares, bem como os terrenos adjacentes, reservados por ato imperial;

- j) os que foram do domínio da Coroa;
- k) os bens perdidos pelo criminoso condenado por sentença proferida em processo judiciário federal;
- l) os que tenham sido a algum título, ou em virtude de lei, incorporados ao seu patrimônio.

Além disso, veja-se que o conceito de devoluto do DL. 9760/1946, ampliando-o, incorpora na integralidade o da Lei Imperial nº 601/1850:

IMPERIAL Nº 601, DE 18/09/1850	DECRETO_LEI Nº 9.760, DE 05/09/1946
Art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem applicadas a algum <u>uso publico nacional</u>, 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, apezar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei. § 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apezar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.	Art. 5º São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, <u>as terras que, não sendo próprios nem applicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal</u>, não se incorporaram ao domínio privado: a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa fé, por termo superior a 20 (vinte) anos; f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de iusto título e boa

Logo, pode-se afirmar que desde 1850 o conceito de terra devoluta é o mesmo, e que a lei imperial continua sendo referencial de verificação da validade dos domínios privados incidentes sobre áreas atribuídas à União, e, por simetria, à igual verificação de símiles terras estaduais.

De maneira que, não estando a hipótese colhida pela exceção dos arts. 22 a 26 do Decreto nº 1.318/1854 e nem contemplada por usucapião anterior ao Código Civil de 1916, e não tendo havido medição sob os rigores da Lei Imperial nº 601/1850 ou de sua congênere estadual, a terra detida por particular terá remanescido como devoluta, ainda que tenha o antecessor remoto da titularidade privada promovido a inscrição no registro paroquial, que, nesse particular, não terá efeitos atributivos de domínio.

E esta conclusão vale tanto para terras federais quanto para terras estaduais.

3.2 REGIME INFRACONSTITUCIONAL DAS TERRAS PÚBLICAS APÓS A CF/1891

Isso porque, na sequência da CF/1891, cujo art. 64 transferiu aos Estados a competência arrecadatória das terras devolutas que não se situassem na faixa de fronteiras, em todos os estados da recém criada federação também as legislações estaduais vieram desde aquele ano exercendo competências legislativas sobre as terras devolutas situadas em seus respectivos territórios.

A propósito, consigne-se que já em 1891 muitos estados possuíam legislações próprias, sendo que, a teor de levantamento feito no fim da década de 1950¹⁹, continuavam a vigorar as seguintes:

ESTADO	LEGISLAÇÃO ESTADUAL	DATA
REGIÃO NORTE		
Acre	Vide Legislação Federal	
Amapá	Vide Legislação do Pará	19/08/1933
Amazonas	Lei nº 112	28/12/1956
Pará	Decreto nº 1.044	19/08/1933
Rondonia	Vide lei do Amazonas	28/12/1956
	Vide lei do Mato Grosso	06/12/1949
Roraima	Vide Legislação Do Amazonas	28/12/1956
Tocantins	Vide Legislação De Goiás	12/12/1956

19 LACERDA, Manoel Linhares de. *Tratado das Terras do Brasil*. Alba Ltda., 1961.

REGIÃO NORDESTE

Maranhão	Decreto nº 385-A	30/07/1946
Piauí	Decreto nº 1.140	12/01/1931
Piauí	Decreto nº 1.155	21/02/1931
Piauí	Decreto nº 1.178	11/03/1931
Piauí	Decreto nº 1.298	22/08/1931
Ceará	Lei nº 3.051	22/12/1956
Rio Grande do Norte	Decreto nº 351	1º/12/1931
Paraíba	Inexistente em 1960	
Pernambuco	Lei nº 422	31/12/1948
Pernambuco	Decreto nº 80	02/08/1949
Pernambuco	Decreto nº 93	29/11/1949
Alagoas	Decreto-Lei nº 3.218	15/10/1946
Alagoas	Lei nº 1.792	10/09/1954
Sergipe	Decreto nº 904	1º/08/1925
Bahia	Decreto-Lei nº 533	05/11/1945
Bahia	Decreto-Lei nº 633	05/11/1945
Bahia	Decreto nº 13.986	20/07/1946

REGIÃO SUDESTE

Espírito Santo	Lei nº 617	31/12/1951
Espírito Santo	Lei nº 1.711	18/02/1929
Rio de Janeiro	Decreto nº 2.666	28/10/1931
Rio de Janeiro	Decreto nº 409	27/04/1938
Rio de Janeiro	Lei nº 2.224	12/08/1954
São Paulo	Decreto nº 14.916	06/08/1945
Minas Gerais	Lei nº 550	20/11/1949
Minas Gerais	Lei nº 936	05/07/1953

REGIÃO SUL

Paraná	Lei nº 68 e seu Regulamento	20/12/1892
Paraná	Decreto nº 01	08/04/1893
Paraná	Decreto nº 800	08/04/1931
Paraná	Decreto nº 320	09/02/1932
Paraná	Decreto nº 37	12/01/1933
Santa Catarina	Decreto nº 46	11/07/1934
Rio Grande do Sul	Decreto nº 313	04/07/1900
Rio Grande do Sul	Lei nº 28	05/10/1899
Rio Grande do Sul	Reg. do Decreto nº 313	04/07/1900
Rio Grande do Sul	Decreto nº 7.677	09/01/1939
Rio Grande do Sul	Lei nº 1.542 E Regulamento	22/09/1951
Rio Grande do Sul	Lei nº 1.713	28/12/1951
Rio Grande do Sul	Lei nº 1.912	28/11/1953
Rio Grande do Sul	Decreto nº 4.198	11/08/1953
Rio Grande do Sul	Lei nº 3.107	08/01/1957

REGIÃO CENTRO- OESTE

Mato Grosso	Lei nº 336	06/12/1949
Mato Grosso do Sul	Legislação de Mato Grosso	
Goiás	Lei nº 1.448	12/12/1956
Goiás	Lei nº 2.874	19/09/1956

E ao legislarem sobre suas terras devolutas, os Estados-Membros foram construindo para as terras públicas estaduais regime jurídico em tudo e por tudo similar ao regime que a lei imperial de 1850 imprimira às terras da Nação, conforme evidencia, por exemplo, o cotejo entre esta e as leis amazonense e paraense de terras:

LEI IMPERIAL	LEI AMAZONENSE	LEI PARAENSE	
	DEC 37, DE 08/11/1893	Decreto 410, de 08/10/1891	
	AM RR RO MT	PA	AP
Expressa vedação de novos apossamentos sobre terras públicas e penalidades previstas (artigos 1º e 2º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 20 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)	Artigos 24 a 30		
Títulos PROVISÓRIOS e títulos DEFINITIVOS	Artigos 137 e 156	Vide infra	
Obrigatoriedade de se fazer REGISTRO DAS POSSES e/ou dos títulos de domínio preexistentes (artigos 11 da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 91 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)	Artigos 126 a 136	Arts. 16 do D. 410, de 08/10/1891 e 48, 120 e 133 do seu regulamento - 18 da L. 82, de 15/09/1892 - 11 do D. 1.021, de 25/05/1901 - 157 do regulamento da L. 1.108, de 06/11/1909 - 177 do D. 3.791, de 31/01/1921 - 210 do D. 1.044, de 19/08/1933.	
Submissão de anteriores títulos de domínio insubsistentes a processo de REVALIDAÇÃO, condicionados às hipóteses e aos quantitativos máximos fixados na lei (art. 4º da Lei Imperial nº 601, de 18/09/1850 e art. 27 do Decreto nº 1.318, de 30/01/1854)	Artigos 19	Arts. 3º do D. 410, de 08/10/1891 e 39 do seu regulamento - 3º da L. 82, 15/09/1892 e 113 do seu regulamento - 3º da L. 1.108, de 06/11/1909 e 68 do D. 1.686, de 23/04/1910, que a regulamentou - 166 do D. 3.791, de 31/01/1921.	

Submissão de anteriores aposamentos a processo de LEGITIMAÇÃO, condicionados às hipóteses e aos quantitativos máximos fixados em lei (5º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850 e art. 24 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)	Artigos 20	Arts. 8º, do D. 410, de 08/10/1891 e 40 do seu regulamento - 5º da L. 82, de 15/09/1892 e 114 do D. 886, que a regulamentou - 5º da L. 1.108, de 6/11/1909 e 69 do seu regulamento - 167 do D. 3.719, de 31/01/1921 - 199 e 200 do D. 1.044, de 19/08/1933.
A VEDAÇÃO DE ALIENAÇÕES enquanto não legitimadas as posses provisórias (artigo 11 da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850);	Artigos 33 a 36	Arts. 21 do D. 410, de 08/10/1891 e 77 do seu regulamento - 38 do D. 886, regulamentador da L. 82/1892 - 47 do D. 1.044, de 19/08/1933.
Obrigatoriedade de MEDIÇÃO (artigos 7º da Lei Imperial nº 601, 18/09/1850, e art. 34, § 1º do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854),	Artigo 58 e outros	Arts. 7º do D. 410, de 08/10/1891 e 42 do seu regulamento - 7º da L. 1.108, de 6/11/1909.
Obrigatoriedade da regularização e legitimação, com medição e demarcação (inclusive no caso de compra) para obtenção do TÍTULOS DEFINITIVOS	Artigos 55 e 56 c/c 58-73	Arts. 2º, § 5º, 22, do regulamento do D. 410, de 08/10/1891 e 75 do seu regulamento - 83 do D. 886, regulamentador da L. 82/1892 - 22 do D. 3.791, de 31/01/1921 - 155 e 209 do D. 1.044, de 19/08/1933
Obrigatoriedade dos títulos definitivos conterem os MEMORIAIS DESCRITIVOS ou elementos identificadores precisos das áreas tituladas	Artigos 99, parágrafo único	Arts. 32 e 136 do D. 1.686, de 23/04/1910 - 122 e 176 do D. 3.791, de 31/01/1921 - 155 e 209 do D. 1.044, de 19/08/1933
Fixação de PRAZOS DECADENCIAIS para as regularizações e/ou legitimações, sob pena de COMISSO (art. 8º da Lei Imperial nº 601, de 18/09/1850, e art. 58 do Decreto Imperial nº 1.318, de 30/01/1854)	Artigos 112 e 113	Arts. 17 do D. 410, de 08/10/1891 e 42 e 80 do seu regulamento - 25 da L. 82, de 15/09/1892 e 116 e 117 do D. 886, que a regulamentou - da L. 841, de 31/10/1902 - 31 da L. 1.108, de 6/11/1909 e 201, 2º do seu regulamento - 5º da L. 1.630, de 5/10/1917.

3.3 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUIÇÃO DAS TERRAS PÚBLICAS

Por outro lado, as Constituições Republicanas assim trataram sobre os bens de domínio da União e dos Estados:

TERRAS DA UNIÃO		TERRAS DOS ESTADOS	
1891	Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, <i>cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.</i>	Art 64 - <i>Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios</i> , cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.	
1934	Art 20 - São do domínio da União: I - os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor; II - [...]; III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.	Art 21 - São do domínio dos Estados: I - os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente; II - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.	
1937	Art 36 - São do domínio federal: a) os bens que pertencerem à União nos termos das leis atualmente em vigor; b) [...]; c) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.	Art 37 - São do domínio dos Estados: a) os bens de propriedade destes, nos termos da legislação em vigor, com as restrições do artigo antecedente; b) as margens dos rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.	
1946	Art 34 - incluem-se entre os bens da União: I - [...], e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.	Art 35 - incluem-se este os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e fez no território estadual.	

1967	Art 4º - Incluem-se entre os bens da União: I - a porção de terras devolutas indispensável à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico; II - [...], as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; III - [...]; IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; V - os que atualmente lhe pertencem.	Art 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados [...], as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.
1988	Art. 20. São bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005) V - [...]; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. [...]	Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: [...] II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

De maneira que, conjuminados os regimes da Lei Imperial nº 601/1850, do Decreto nº 10/105/1013, do Decreto-Lei nº 9.760/46 e os comandos constitucionais que se sucederam no tempo, chega-se ao quadro-geral do *máximo*²⁰ de terras públicas que em cada época esteve suscetível de titulação a particulares dentro e fora da faixa de fronteira:

20 Máximo, porque as legislações estaduais sempre regraram em quantitativos menores do que os tabulados no referido quadro.

COMPETÊNCIA TITULATÓRIA EM FAIXA DE FRONTEIRA E ÁREA MÁXIMA EM QUALQUER FAIXA			
FUNDAMENTO	FAIXA	ÁREA MÁX.	COMPETÊNCIA
Lei 601, de 1850 e Decreto 1.318/1854 (até 15.7.1934)	1. Dentro dos 66 Km	Livre até 15/3/13 Ou não, ex vi dos arts. 12,44,77, 85 do Decreto nº 1.318, de 1854	Só a União (Se Estados, indispensável ratificação)
		10.000 ha após 15/3/13 (D.10.105/13 – art. 120, a)	
		Livre após 10/2/15 (Decreto nº 11.485/15) Havendo alta controvérsia jurídica sobre ser limite livre mesmo	
	2. Fora dos 66 Km	Livre até 15/3/13 Ou não, ex vi dos arts. 12,44, 77, 85 do Decreto nº 1.318/854	Estados, dispensável qualquer assentimento
		10.000 após 15/3/13 (D 10105/13- art 120, a)	
		Livre após 10/2/15 (Decreto nº 11.485/15) Havendo alta controvérsia jurídica sobre ser limite livre mesmo	

(CF/34, art. 166) De 16/7/34 a 9/11/37	1. Dentro dos 66 Km	10.000 ha	Só a União (Se Es- tados, indispensável ratificação)
	2. De 66 Km a 100 Km		Estados, desde que com assentimento prévio do CSSN
	3. Fora dos 100 Km		Estados, dispensá- vel assentimento do CSSN
(CF/37, art. 165) De 10/11/37 a 17/3/39	1. Dentro dos 66 Km	10.000 ha	Só a União (Se Es- tados, indispensável ratificação)
	2. De 66 Km a 150 Km		Estados, desde que com assentimento prévio do CSSN
	3. Fora dos 150 Km		Estados, dispensá- vel assentimento do CSSN
(CF/46, arts. 34 e 180) De 18/3/39 a 9/11/64 (Lei 2.597/55, substitui os Decretos 1.164/39 e 1.968/1940)	1. Dentro dos 66 Km	2.000 ha	Só a União (Se Es- tados, indispensável ratificação)
	2. De 66 Km a 150 Km	2.000 ha	Estados, desde que com assentimento prévio do CSSN
	3. Fora dos 150 Km	10.000 ha	Estados, dispensá- vel assentimento do CSSN
(CF/64, art 156) De 10/11/64 a 16/10/69 Lei nº 2.597/1955 recepcionada	1. Dentro dos 66 Km	2.000 ha	Só a União (Se Estados, indispensável ratificação)
	2. De 66 Km a 150 Km	2.000 ha	Estados, desde que com assentimento prévio do CSSN
	3. Fora dos 150 Km	3.000 ha	Estados, dispensá- vel assentimento do CSSN

(EC 01/69, art. 164) De 17/10/69 a 1º/5/79 Lei nº 2.597/1955 recepcionada	1. Dentro dos 150 Km	2.000 ha	Só a União (Estados: titulação nula pleno jure)
	2. Fora dos 150 Km	3.000 ha	Estados: (exceto na área do DL 1.164/71)
Lei (6.634/1979) De 02/5/79 a 5/10/88 L 2.597/55 revogada	1. Dentro dos 150 Km	3.000 ha	Só a União (Estados: titulação nula pleno jure)
	2. Fora dos 150 Km		Estados: (exceto na área do DL 1.164/71)
	3. Fora dos 150 Km		Estados (após o DL. 2.375/79, sem exceções)
(CF/88, art. 20-II) (Lei nº 6.634/1979 recepcionada)	1. Dentro dos 150 Km	2.500 ha	Só a União (Estados: titulação nula pleno jure)
	2. Fora dos 150 Km		Estados (exceto nas discriminadas pela União)

Face ao até aqui exposto, pode-se dizer que a aferição da consistência da origem do domínio privado passa pelos seguintes planos de verificação:

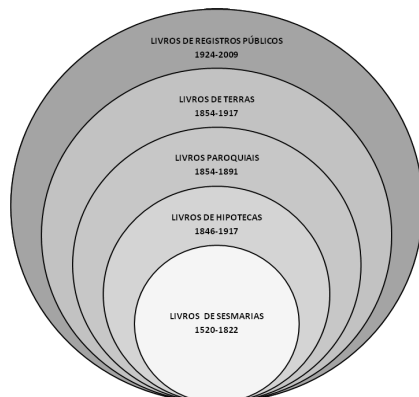


Planos de verificação esses que se traduzem nos seguintes elementos de valoração:



4 REGISTRO PÚBLICO DE IMÓVEIS COMO MERA PRESUNÇÃO RELATIVA

Da exposição até aqui desenvolvida, como já visto, patenteou-se que a privatização do domínio fundiário brasileiro encontra-se documentada nos seguintes e sucessivos acervos documentais públicos:



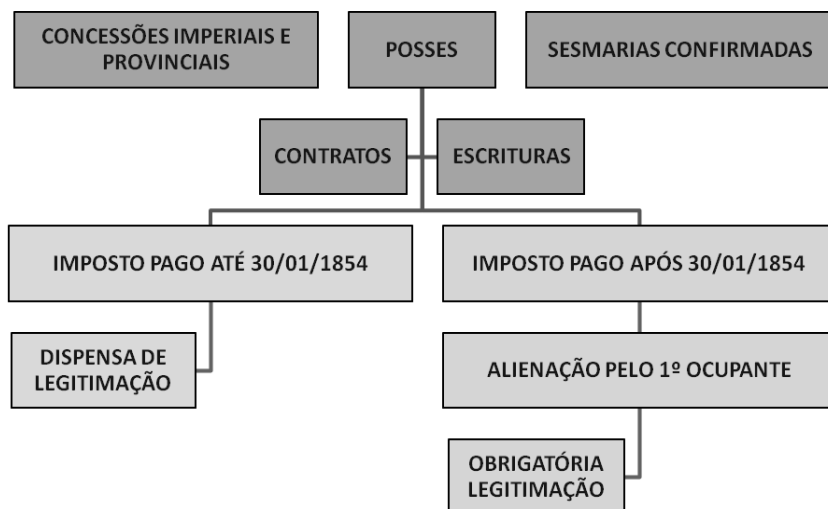
4.1 – CRISE DA MIGRAÇÃO DOS DOMÍNIOS PRIVADOS PARA O REGISTRO PÚBLICO

Portanto, é tempo de salientar que até o advento do sistema de registro público compulsório da propriedade imobiliária (1917), as movimentações de titularidade de imóveis entre particulares bastavam-se com a mera tradição, exercida por contratos ou escrituras (leis antigas não exigiam escritura para certos valores), pois em princípio o registro de imóveis era facultativo até 1917, visto que o registro ("hipotecário") de 1846 (reformado em 1864) só existia em função de assegurar direitos de crédito assegurados por garantia real (hipotecas).

No entanto, à época anterior ao Código Civil de 1916, marcada pela tradição como atributiva de domínio, a valia dos títulos assim movimentados pressupunha:

- a) sesmaria confirmada ou revalidada,
- b) sisa pago até 1854,
- c) registro paroquial, seguido de revalidação ou legitimação, com medição, nos demais casos.

Contextualizado esse regime no plano das relações privadas de direito então submetidas à Lei Imperial de 1850, tem-se a seguinte visão esquemática:



Referida visão esquemática decorre dos seguintes dispositivos da legislação imperial:

Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854

Art. 22. Todo o possuidor de terras, que tiver titulo legitimo da aquisição do seu dominio, quer as terras, que fizerem parte delle, tenham sido originariamente adquiridas por posses de seus antecessores, quer por concessões de sesmarias não medidas, ou não confirmadas, nem cultivadas, se acha garantido em seu dominio, qualquer que for a sua extensão, por virtude do disposto no § 2º do Art. 3º da Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850, que exclue do dominio publico, e considera como não devolutas, todas as terras, que se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo.

Art. 23. Estes possuidores, bem como os que tiverem terras havidas por sesmarias, e outras concessões do Governo Geral, ou Provincial não incursas em commissão por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação, e cultura, não tem precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos titulos para poderem gozar, hypothecar, ou alienar os terrenos, que se achão no seu dominio. [...]

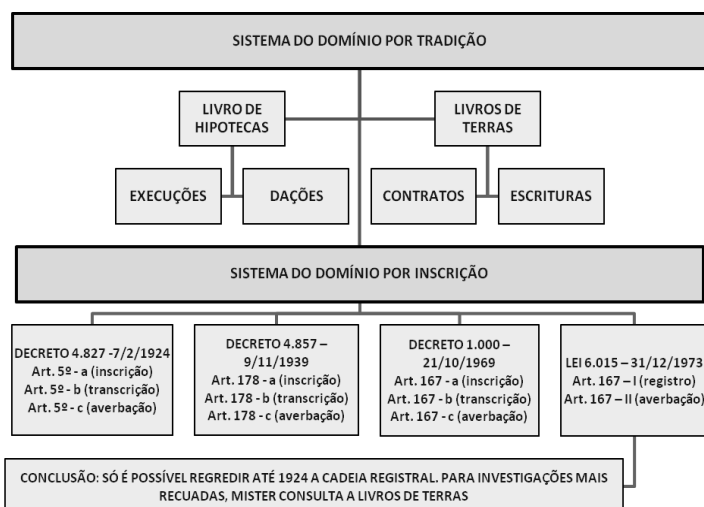
Art. 25. São titulos legitimos todos aquellos, que segundo o direito são aptos para transferir o dominio.

Art. 26. Os escriptos particulares de compra e venda, ou doação, nos casos em que por direito são aptos para transferir o dominio de bens de raiz, se considerão legitimos, se o pagamento do respectivo imposto tiver sido verificado antes da publicação deste Regulamento: no caso porém de que o pagamento se tenha realizado depois dessa data, não dispensarão a legitimação, se as terras transferidas houverem sido adquiridas por posse, e o que as transferir tiver sido o seu primeiro occupante.

No entanto, com o advento do sistema de registro público, a aquisição de domínio ficou subordinada à transcrição, porém, obviamente apenas à do título que se reconhecia válido nos termos do parágrafo anterior

Contudo, muitos casos houve, dentre os não excepcionados pelos arts. 22 a 26 do Decreto nº 1.318/1854, que – sem revalidação ou legitimação, e, portanto, sem medição – ingressaram no registro público quando já estavam em comisso, daí a insubsistência dos respectivos registros contra o ente público ao qual o comisso favorecia, pois que este implicava em reversão da terra à condição de devoluta e caracterização de posse vedada sobre terra pública.

Com efeito. Referidos títulos causais que então se movimentavam por simples tradição via contratos ou escrituras sem pagamento de siza, principiaram a equivocadamente ingressar – sem revalidação ou legitimação, e, portanto, sem medição – no recém instituído sistema de domínio por transcrição ou inscrição, em fenômeno que pode ser assim visualizado graficamente:



Do exame cotejado entre o quadro acima e o anterior, avulta que o liame de validação entre o regime do domínio por tradição e o do domínio por transcrição é justamente o regime da revalidação e legitimação, mediante medição antes da ocorrência do comisso.

Daí, em muitos casos, o embate entre “propriedade” de particular irregular e ilegalmente registrada, e domínio legal ou constitucional de ente público sobre imóvel não revalidado ou não legitimado nos termos da lei, vale dizer, não medido até a data-limite fixada para a não configuração do comisso.

Esse embate, ordinariamente situado no espaço residual das terras objeto de mera posse ou tornadas devolutas por ocorrência de comisso, e ainda assim levadas indevidamente a registro, amplia-se com a constatação de que durante todo o processo de formação do modelo normativo relatado, a intensificação dos processos de apropriação irregular de terras públicas vem se perpetrando nos interstícios entre legislações que precariamente cuidaram dos interesses patrimoniais da União ou Estados sobre terras devolutas, chegando mesmo a alcançar terras nessa condição arrecadadas e registradas pelos entes públicos.

4.2 PRESUNÇÃO DE TERRA DEVOLUTA POR FALTA DE MEDIÇÃO DO TÍTULO PAROQUIAL

Portanto, quer se tratem de terras federais ou estaduais, as decisões judiciais que de regra embatem juízos pró e contra a admissão do registro paroquial como título de domínio hão de equalizar-se na conclusão de que a eles sempre deva acrescer-se um dos procedimentos da Lei nº 601/1850, que, regulamentada pelo Decreto nº 1.318 de 30 de janeiro de 1.854, instituiu o registro paroquial das terras possuídas como mera providência *preliminar* para os procedimentos de revalidação de sesmarias ou concessões e de legitimação de posses, ambas precedidas pela medição e demarcação das terras

Logo, mesmo que confirmado o encadeamento até o referido título paroquial, a validade do domínio estará condicionada à demonstração da medição e demarcação sob o regime da Lei nº 601/1850, pressupostos da revalidação (se sesmaria ou concessões) e da legitimação (se simples posses), pois o que efetivamente conferia direito aos ocupantes de terras era, não o registro paroquial, e sim a revalidação (se sesmarias ou concessões em comisso) e a legitimação (se meras posses), ambas subordinadas à medição, conforme as regravam a lei e seu regulamento²¹.

21 Lei Imperial nº 601, de 18 de setembro de 1850 - Art. 3º *São terras devolutas: [...] § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do*

Ou seja, todos, possuidores, sesmeiros e concessionários estavam obrigados a registrar com o vigário as ocupações por simples posse ou por títulos formais (Decreto, art. 91), mas esse registro não lhes conferia direito algum (Decreto, art. 94), sendo considerados ilegítimos os títulos

Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio 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 commissio, 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. [...] Art. 8º Os possuidores que deixarem de proceder à medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em commissio, e perderão por isso o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o sómente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto. [...] Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo. Esses titulos serão passados pelas Repartições provinciaes que o Governo designar, pagando-se 5\$ de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de 500 braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que de mais contiver a posse; e além disso 4\$ de feito, sem mais emolumentos ou sello. [...]"

[...] Decreto Imperial nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 - Art. 22. Todo o possuidor de terras, que tiver titulo legitimo da aquisição do seu dominio, quer as terras, que fizerem parte delle, tenham sido originariamente adquiridas por posses de seus antecessores, quer por concessões de sesmarias não medidas, ou não confirmadas, nem cultivadas, se acha garantido em seu dominio, qualquer que for a sua extensão, por virtude do disposto no § 2º do Art. 3º da Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850, que exclue do dominio publico, e considera como não devolutas, todas as terras, que se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo. Art. 23. Estes possuidores, bem como os que tiverem terras havidas por sesmarias, e outras concessões do Governo Geral, ou Provincial não incursas em commissio por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação, e cultura, não tem precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos titulos para poderem gozar, hypothecar, ou alienar os terrenos, que se achão no seu dominio. Art. 25. São titulos legitimos todos aquellos, que segundo o direito são aptos para transferir o dominio. Art. 26. Os escriptos particulares de compra e venda, ou doação, nos casos em que por direito são aptos para transferir o dominio de bens de raiz, se considerão legitimos, se o pagamento do respectivo imposto tiver sido verificado ANTES da publicação deste Regulamento: no caso porém de que o pagamento se tenha realisado depois dessa data, não dispensarão a legitimação, se as terras transferidas houverem sido adquiridas por posse, e o que as transferir tiver sido o seu primeiro occupante. Art. 27. Estão sujeitas à revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no dominio dos primeiros sesmeiros, ou concessionarios, se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionario, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas. [...] Art. 44. Se a medição requerida for de posses não situadas dentro de sesmarias, ou outras concessões, porém em terrenos, que se achassem devolutos, e tiverem sido adquiridas por occupação primaria, ou havidas sem titulo legitimo do primeiro occupante, devem ser LEGITIMADAS, estando cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, [...] Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o titulo de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuirem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, e nas Provincias, da fixada pelo respectivo Presidente. Art. 97. Os Vigarios de cada huma das Freguezias do Imperio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade. [...]"

de todos os ocupantes que não houvessem pago o imposto (ciza ou cisa, ou siza, ou sisa) antes de 1854 (Decreto, artigos 26 e 44), ou que por falta medição tivessem caído em comisso no direito assegurado pelo registro paroquial (Decreto, art. 27), por isso não ficando uns e outros dispensados da revalidação ou legitimação (Decreto, art. 23), e, como sem medição e demarcação não se podia revalidar ou legitimar (Lei, art. 3º, § 2º), e sem revalidação ou legitimação não se poderia alienar (Lei, art. 11), as terras eram consideradas devolutas (Lei, art. 8º e Decreto, art. 22) e intransmissíveis.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (04/06/2009) vem consagrar a exposição até aqui desenvolvida neste estudo, a saber:

REsp 389.372 / SC - EMENTA - RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS COISAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DOMÍNIO PLENO. ILHA COSTEIRA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 601 DE 1850 (LEI DE TERRAS). SÚMULA 07/STJ. REGISTRO PAROQUIAL. DOCUMENTO IMPRESTÁVEL À COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE. JUNTADA DE “DOCUMENTO NOVO” EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A análise de prova, antiga ou superveniente, é vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07.

2. Em sede de recurso especial, não cabe a esta Corte Superior, uniformizadora do direito infraconstitucional que é, analisar supostas violações a artigos da Constituição Federal. Ademais, o próprio acórdão recorrido consigna explicitamente não vislumbrar, no caso, óbice constitucional à pretensão do autor.

3. A origem da propriedade particular no Brasil ora advém das doações de sesmarias, ora é proveniente de ocupações primárias. Ambas, *para se transformarem em domínio pleno, deveriam passar pelo crivo da “revalidação” ou, quanto às “posses de fato”, da “legitimação”,* procedimentos previstos, respectivamente, nos arts. 4º e 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras).

4. A legitimação da posse, para caracterização do domínio pleno, cujo procedimento foi regulamentado pelo Decreto nº 1.318 de 30 Janeiro de 1854, requeria como condições, além da medição

a que faz referência o art. 7º da Lei nº 601/1850, o cultivo ou princípio de cultivo da terra, a moradia habitual do respectivo posseiro, bem como as demais condições explicitadas no art. 5º, *caput* e parágrafos, do Diploma em análise. Assim, a controvérsia não se limita simplesmente em saber se a medição das terras (art. 7º) poderia ser dispensada na hipótese. Em realidade, para que a posse mansa e pacífica fosse legitimada, nos termos do art. 5º da Lei de Terras, também era necessário o preenchimento das demais condições a que faz referência a Lei, e cuja comprovação não pode ser realizada na instância especial, por força do que dispõe a Súmula 07/STJ.

4(SIC). Ademais, mostra-se desarrazoada a interpretação que relativiza, 159 (cento e cinquenta e nove) anos depois, literal disposição da Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850), a qual visava, expressamente, estabilizar as relações fundiárias existentes no Brasil, concedendo ao Estado a perseguida certeza jurídica em relação a terras, quer pertencentes a ele, quer pertencentes a particulares.

5. *Não há direito de propriedade decorrente do Registro Paroquial.* Com efeito, nos termos do art. 94 do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, as declarações dos possuidores ou sesmeiros feitas ao Pároco não lhes conferiam nenhum direito. Por outro lado, *sendo vedado ao possuidor ou sesmeiro hipotecar ou alienar o terreno antes de tirar título passado na respectiva Representação Provincial, infere-se que o direito de propriedade das glebas somente se aperfeiçoava com o registro do dito título, sendo irrelevante o cadastro realizado perante o Vigário Paroquial.*

7. *Recurso especial não conhecido.* (grifos do transcritor)

5 CONCLUSÕES

Portanto, do estudo ora em vias de finalização podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- a) o registro paroquial não tem valia como título atributivo de domínio privado, senão quando sucedido por medição e demarcação consoante os regramentos da Lei Imperial nº 601/1850, do Decreto nº 1.318/1854 e/ou das legislações estaduais que após o art. 64 da Constituição de 1891 regeram a regularização de ocupações privadas sobre terras devolutas;

- b) as cadeias dominiais que confluam retroativamente para título causal de origem sem descrição técnica (memorial descritivo) que indique submissão à medição antes de ingresso no sistema registral, são denotativas de ocupação primária não submetida à legitimação ou à revalidação, e, portanto, indiciárias de potencial terra devoluta indevidamente levada a registro;
- c) nas hipóteses da letra anterior, é do particular o ônus de provar, seja a incidência do imóvel na exceção à medição de que cuidam os artigos 22 a 26 do Decreto nº 1.318/1854 (mediante exibição de siza recolhido anteriormente a 1854), seja a medição de origem eventualmente não averbada na transcrição de ingresso no sistema registral, seja o reconhecimento de usucapião anteriormente ao Código Civil de 1916.

Daí a utilidade prática dos conhecimentos versados neste e no artigo de nossa autoria, denominado “*Domínio Fundiário Público e Domínio Privado Registral*”, publicado pela Escola da Advocacia Geral da União em janeiro/fevereiro de 2011, encartado às páginas 127/146 do Caderno 01 da Revista “Pro Diviso” - Estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, associada ao volume 08 das Publicações da Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal, a cuja leitura nos reportamos.

REFERÊNCIAS

GUGLIELMI, Vito José - Juiz de Direito da Comarca de Mirante do Paranapanema/SP, Sentença proferida em 20/12/1996 nos autos da Ação Discriminatória do 15º Perímetro de Teodoro Sampaio/SP (antigo Presidente Venceslau/SP). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista4/parte3.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

JESUS, Jamil Rosa de - Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, Sentença nº 078/96/JRJ/JF/DF/14ª Vara, proferida aos 21/03/1996 na Ação Discriminatória nº 67.0000578-7 - Encartada por cópia no processo da AGU identificado pela NUP nº 00405.005231/2008-12.

LACERDA, Manoel Linhares de. *Tratado das Terras do Brasil*. Alba Ltda., 1961.

PINTO JÚNIOR. Joaquim Modesto. *Domínio Fundiário Público e Domínio Privado Registral*. Revista Pro Diviso - Estudos da Consultoria Jurídica junto

ao Ministério do Desenvolvimento Agrário – p. 127/146. Volume 08 das Publicações da Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal. jan./fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 389.372/SC. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=389372&b=ACOR>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 14 de julho de 1934. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. *Lei Imperial n.º 601, de 17 de setembro de 1850*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Lei Federal nº 2.597, de 12 de setembro de 1955. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____.Decreto-Lei Federal nº 9.760, de 05 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____.Decreto-Lei Federal nº 1.164, de 1º de abril de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1164.htm>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____.Decreto Imperial nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____.Decreto Paraense nº 410, de 08/10/1891. *Legislação de Terras do Estado do Pará*, v. I (1890 – 1963)– LAMARÃO, Paulo (Coordenador)

_____.Decreto Amazonense nº 37, de 08 de novembro de 1893. *Ementário da Legislação Agrária do Estado do Amazonas*, v. único (1850-1983)– Cadernos do ITERAM – Instituto de Terras e Colonização do Amazonas, Secretaria para Assuntos Fundiários e Projetos Especiais do Estado do Amazonas.

_____.Decreto Federal nº 4.827, de 07 de fevereiro de 1924. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____.Decreto Federal nº 4.857, de 09 de novembro de 1939. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>. Acesso em: 1º novembro de 2012.

_____.Decreto Federal nº 1.000, de 21 de outubro de 1969. Disponível em:<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual#>: Acesso em: 1º novembro de 2012.



DISTINÇÃO ENTRE ÁREA URBANA E RURAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI Nº 11.952, DE 25 DE JUNHO DE 2009

*DISTINCTION BETWEEN URBAN AND RURAL AREAS: SOME
APPROACHES IN THE LIGHT OF LAW NO. 11,952 OF 25 JUNE 2009*

Rogério Telles Correia das Neves ¹

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do
Desenvolvimento Agrário.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Critérios distintivos; 2 Das áreas urbanas; 3 Da Lei Municipal e do Plano Diretor; 4 Da definição de área urbana para fim de regularização fundiária na Amazônia Legal; 5 Construção de escolas rurais, de postos de saúde em áreas rurais ou de microssistema de água para abastecimento do município; 6 Construção de estradas; 7 Construção de aeroporto; 8 Conclusões; Referências.

¹ Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Regularização Fundiária na Amazônia Legal da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, Mestre em Direito, Estado e Constituição e Pós-graduado em Direito Público.

RESUMO: O artigo busca estudar a diferenciação jurídica entre áreas urbanas e rurais, com enfoque na caracterização do imóvel para fim de regularização fundiária na Amazônia Legal, com fundamento na Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Para isso, à guisa de intróito, expõe a distinção do conceito de áreas rurais e urbanas, em vista de seus principais critérios diferenciadores (destinação e localização). Identificando a prevalência do critério da destinação, são examinados alguns aspectos da área urbana, caracterizando os equipamentos urbanos e comunitários na sua definição legal e doutrinária. Com base em tais conceitos, em consonância com o direito urbanístico, o presente estudo traz à lume o critério da localização como norteador da regularização fundiária na Amazônia Legal para fim de diferenciar áreas urbanas das rurais. Em conclusão, aplica os critérios em alguns equipamentos públicos e obras de infraestrutura, a fim de exemplificar de forma concreta a subsunção dos critérios.

PALAVRAS-CHAVE: Áreas urbanas e rurais. Regularização Fundiária na Amazônia Legal. Caracterização e critérios diferenciadores. Equipamentos públicos e obras de infraestrutura.

ABSTRACT: The article studies the legal differentiation between urban and rural areas, focusing on the characterization of property for the purpose of land title regularization in the Amazon region, based on Law No. 11,952, of June 25, 2009. For this, by way of introduction, are set out the distinctions between the concepts of rural and urban areas, in view of their main differentiating criteria (destination and location). Identifying the prevalence of the allocation criteria, some aspects of the urban area are examined, featuring urban and community facilities in their legal and doctrinal definitions. Based on these concepts, in line with the urban law, this study brings into focus the criterion of location as guiding the regularization of land titles in the Amazon, in order to distinguish urban from rural areas. In conclusion, the article applies the criteria to some public facilities and infrastructure in order to illustrate in a concrete way the subsumption of the criteria.

KEYWORDS: Urban and rural areas. Regularization in the Amazon region. Characterization and main differentiating criteria . Public facilities and infrastructure.

INTRODUÇÃO

A diferenciação entre áreas urbanas e rurais é um tema recorrente que permeia os estudos jurídicos, tendo em vista os diferentes enfoques civis, tributários, agrários, urbanísticos e econômicos que podem agregar à sua conformação. O presente trabalho pretende apresentar um enfoque diferente, com vistas à caracterização do imóvel para fim de regularização fundiária na Amazônia Legal, estabelecendo um norte de atuação nas glebas federais em tal região, com fundamento na Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.

Com efeito, muitas são as dúvidas decorrentes da aplicação de tal normativo nas solicitações de doação de municípios para áreas destinadas à construção de infraestrutura pública necessária ao atendimento das populações urbanas e/ou rurais. A questão se torna ainda mais problemática quando se analisa a caracterização jurídica de obras dedicadas à prestação de serviços públicos destinados à população, mas que se encontram espacialmente, ao menos em tese, na zona rural. Daí surge o problema da definição se tal ou qual obra se enquadra como área urbana ou rural, na forma prevista na Lei nº 11.952, de 2009, para fim de doação aos respectivos municípios ou alienação aos ocupantes, respectivamente.

Antes, porém, de se analisar a normatividade específica da regularização fundiária na Amazônia Legal, impõe-se à guisa de intróito expor a distinção do conceito de áreas rurais e urbanas, em vista de seus principais critérios diferenciadores. Em função da prevalência do critério da destinação, são examinados alguns aspectos da área urbana, caracterizando os equipamentos urbanos e comunitários na sua definição legal e doutrinária. Após, fará uma breve exposição do critério crucial aplicável para fins urbanísticos (localização). Com base em tais conceitos, o presente artigo estabelecerá o critério que deve nortear a regularização fundiária na Amazônia Legal para fim de diferenciar áreas urbanas das rurais. Em seguida, com as dificuldades exegéticas apontadas, aplicará os critérios em algumas obras de infraestrutura, a fim de exemplificar a subsunção dos critérios definidos de forma concreta.

1 CRITÉRIOS DISTINTIVOS

Grosso modo, a distinção entre áreas rurais e urbanas se opera por via de dois critérios diferentes e, normalmente, excludentes entre si: o da *destinação* e o da *localização*. O primeiro ressalta a função produtiva

e econômica da propriedade rural, enquanto que o segundo enfatiza a sua proximidade aos centros urbanos. Diversos dispositivos legais adotaram um ou outro critério, que predomina a depender da conjuntura fática, determinada em função da necessidade e da realidade visadas pela legislação.

O critério da *destinação* para distinção entre o imóvel rural e urbano, por exemplo, é o que prevalece na legislação agrária: é utilizado pelo Estatuto da Terra (art. 4º, I, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964²) e pelo seu Decreto Regulamentador (art. 93 do Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966³).

Já o critério da *localização* foi utilizado pelo Código Tributário Nacional (arts. 29 a 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) para definição da cobrança de Imposto sobre a Propriedade Rural (ITR)⁴ ou de Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU)⁵. Para este último, a lei ainda definiu a existência de pelo menos dois melhoramentos necessários a caracterizar o imóvel como urbano. Ainda, o mesmo diploma já previu que o município poderia considerar como áreas urbanas as urbanizáveis, mesmo que localizadas fora das áreas urbanas propriamente ditas (art. 32, § 2º).

Todavia, com o advento do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966⁶, o critério diferenciador para fins tributários passou a ser o da

2 Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

3 Art. 93. Imóvel Rural, na forma da lei e de sua regulamentação é o prédio rústico de área contínua, localizado em perímetro urbano ou rural dos Municípios que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agro-industrial, através de planos públicos ou particulares de valorização.

4 Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município.

5 Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

6 Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial,

destinação. A partir de então, a jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento pela prevalência de tal dispositivo, com a adoção do critério da *destinação*, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). 2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.⁷

Nada obstante, ainda no âmbito tributário, a Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996⁸, voltou a adotar o critério da *localização* para a caracterização da propriedade rural na incidência do ITR.

Voltando à legislação agrária, para a conceituação de área rural destinada à reforma agrária, a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993⁹, por seu turno, também adotou o critério da *destinação*. Nesse diapasão, são os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. DESNECESSIDADE. IMÓVEL URBANO. IMÓVEL RURAL. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO: DESTINAÇÃO. 1. A intervenção do Ministério Público Federal não é obrigatória na ação de desapropriação por utilidade pública. 2. O critério para a aferição da natureza do imóvel, ou seja, para a classificação do imóvel, se rural ou urbano, tanto para fins de desapropriação, quanto para fins de incidência do imposto sobre a propriedade, é o de sua destinação e, não, de sua localização. (Precedentes).¹⁰

incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados.

7 RESP nº 1.112.646, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE 28/08/2009.

8 Art. 1º O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano. [...] § 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se imóvel rural a área contínua, formada de uma ou mais parcelas de terras, localizada na zona rural do município.

9 Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se: I - Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial;

10 Apelação cível nº 200143000011001, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, DJ 06/11/2007.

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL RURAL E URBANO. CRITÉRIO DIFERENCIADOR. DESTINAÇÃO ECONÔMICA. INDENIZAÇÃO: TERRA NUA E BENFEITORIAS. 1. Pelo critério da localização, de feição clássica, o imóvel será urbano ou rural de acordo com a sua situação, dentro ou fora do perímetro urbano definido pela lei administrativa municipal, critério que a lei (CTN - arts. 29 e 32) leva em conta para fins de lançamento de imposto territorial. Modernamente, todavia, o elemento diferenciador mais indicado, até mesmo pelo legislador, é o da destinação econômica do imóvel, não se considerando a localização como fator decisivo, ainda que seja levada em conta para fins fiscais. 2. Estabelece a Lei nº 4.504/64 - Estatuto da Terra -, que imóvel rural é "o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, que através de iniciativa privada." (art. 4º I); enquanto que, pela Lei nº 8.626/93, é "o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial." (art. 4º, I). 3. Estando o imóvel desapropriado dentro do perímetro urbano, porém destinado à atividade rural - bovinocultura, suinocultura e fruticultura etc. -, sua avaliação deve ser feita como imóvel rústico, em hectares, por engenheiro agrônomo, e não em metro quadrado, como ocorre com o imóvel exclusivamente urbano. 4. Merece confirmação a sentença que, julgando desapropriação, fixa a indenização em sintonia com laudo pericial, cumpridamente fundamentado, tradutor do preço de preço de mercado do imóvel, na data da perícia, envolvendo a terra nua e acessões e, de resto, elaborado por profissional equidistante dos interesses das partes. 5. Improvimento da apelação. Remessa parcialmente provida.¹¹

Lilian Regina Gabriel Moreira Pires, acolhe o critério da destinação para estabelecer a diferença entre solo rural e urbano. Segundo ela, a área rural é valorizada pela atividade produtiva, o passo de que o valor da área urbana é aquilutado pela agregação de valor dependente da prestação de serviços públicos e pela sua característica eminentemente especulativa, *verbis*:

¹¹ Apelação Cível nº 200143000017091, Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, DJ 03/02/2006, 3ª Turma.

O primeiro (rural) depende de investimentos de seu proprietário para a produção de riquezas naturais. O segundo (urbano), na maioria das vezes, não é destinado à produção de riquezas naturais e não depende de nenhum investimento de seu proprietário, localização, acessibilidade, equipamentos urbanos de seu entorno. Serviços públicos que o cercam é que agregam valor ao bem.

Assim, o valor do solo urbano não é resultado do trabalho individual de seu proprietário, mas sim da contribuição de toda a sociedade. Tal fato resultou na especulação imobiliária.¹²

Logo, como se observa, tem prevalecido na legislação, na doutrina e na jurisprudência o critério da destinação, em detrimento da localização do imóvel na área urbana. Diante disso, há a necessidade de se analisar alguns conceitos de área urbana propostos pela legislação e doutrina jurídicas urbanísticas.

2 DAS ÁREAS URBANAS

Urbano tem origem no latim *urbanos*, “diz respeito àquele que é relativo ou pertencente a cidade, ou que lhe é próprio”¹³. Ou seja, é a urbe ou a cidade.

De acordo com o art. 182, § 2º, da Constituição, a “propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Nos termos do art. 30, incisos IV e VIII, da Constituição, compete aos Municípios “criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual” e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Acerca da propriedade urbana, assim pontifica José Afonso da Silva:

Propriedade urbana é um típico conceito de direito urbanístico na medida em que a este cabe qualificar os bens urbanísticos e definir seu regime jurídico. A qualificação do solo como solo urbano, porque, destinado ao exercício das funções urbanísticas elementares (habitar,

12 PIRES, Lillian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 116.

13 HOUAISS, Antonio (Ed.) *Dicionário eletrônico Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

circular, recrear e trabalhar), dá a conotação essencial da propriedade urbana. Esta se define assim pelo seu destino urbanístico.¹⁴

Ao regulamentar tais dispositivos constitucionais, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), em seu art. 2º, inciso I, declarou que a função social da propriedade da propriedade urbana dentro da cidade tem como diretriz a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Como se vê, a política urbana envolve todo um complexo de atividades que visam a garantir a fruição de vários direitos fundamentais, sobretudo os sociais, como a moradia, o saneamento básico, acesso ao trabalho, ao lazer e aos serviços públicos. Para tal desiderato, o inciso V do mesmo dispositivo também prevê como diretriz a “oferta de *equipamentos urbanos e comunitários*, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais”.

O administrativista Hely Lopes Meirelles anota que a área urbana não visa somente a atender a moradia da população, mas também à edificação de uma gama imensa de infraestrutura pública para atender os seus habitantes, *verbis*:

O traçado urbano é o desenho geral da cidade; o seu levantamento topográfico, com a indicação do sistema viário, marcando o arruamento atual e futuro, com o respectivo alinhamento e nivelamento a serem observados nas construções particulares e públicas. Conterá, ainda, a indicação de todos os demais pontos característicos da cidade, do sistema hidrográfico que a banha, dos terrenos para edifícios públicos e equipamentos sociais, das redes de água e esgoto e de tudo o mais que compuser a urbe.¹⁵

Thiago Marrara traz a noção de domínio público urbano, assim definindo-o:

De fato, o domínio público urbano é tomado como o conjunto de bens públicos, de uso comum e de uso especial, de propriedade tanto municipal quanto estadual ou federal, assim como os bens particulares que se encontram em regime jurídico derogatório do

14 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: 2000.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. Pressuposto urbanístico estético. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996 (grifo não consta do original).

direito privado pelo fato de se vincularem à realização da função social da cidade.

[...] o domínio urbano se fundamenta propositadamente em um critério de regime jurídico funcional urbanístico, agrupando os bens intimamente ligados ao sistema urbano e suas funções, bem aos serviços públicos de interesse local.¹⁶

Logo, o conceito de área urbana não se adstringe apenas à função de moradia, mas também ao fornecimento de serviços públicos e privados de forma a atender aos direitos fundamentais necessários à convivência social na cidade. Nesse contexto, o Estatuto da Cidade traz a ideia de equipamentos urbanos e comunitários, como aqueles destinados à oferta de serviços públicos para atender às necessidades da população. Todavia, o texto legal não os define, sendo mister buscar o conceito legal em outro diploma legal.

O art. 4º, inciso I, da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, com a redação dada pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, afirma que os loteamentos urbanos deverão atender, dentre outros requisitos, que “as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem”.

E a mesma lei assim conceitua os equipamentos comunitários e urbanos, respectivamente nos arts. 4º, § 2º, e 5º, parágrafo único, *verbis*:

Art. 4º [...]

§ 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Art. 5º [...]

Parágrafo único. Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

Nota-se, assim, que a diferença primordial entre os equipamentos comunitários e os urbanos é que os primeiros destinam-se à prestação de

16 MARRARA,Thiago. *Bens públicos, Domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 157.

serviços públicos (ou funções públicas) não privativos do poder público, enquanto que os segundos referem-se a serviços públicos de titularidade privativa do Estado, mas cuja execução pode ser objeto de concessão ou permissão à iniciativa privada, na forma do art. 175 da Constituição.

Sobre os equipamentos urbanos, Toshio Mukai assim os define:

São considerados equipamentos urbanos os elementos de infraestrutura básica, tais como os de escoamento de águas pluviais, redes de esgoto, de abastecimento de água, de energia elétrica, de gás canalizado, de rede telefônica, a iluminação pública e as vias de circulação pavimentadas ou não.¹⁷

Thiago Marrara anota que os equipamentos públicos e as redes de infraestrutura compõem o mobiliário urbano. Os equipamentos públicos possuem a característica de que podem ser removidos sem perda de substância; já as redes de infraestrutura constituem-se acessões que aderem à propriedade pública, destinadas à prestação de serviços públicos. É o que relata:

O domínio público urbano é composto pelos logradouros públicos e, ainda, pelo mobiliário urbano, conceito este que compreende os bens de uso especial e bens particulares empregados na prestação de serviços públicos essenciais ao funcionamento adequado do sistema urbano, uma vez que respondem pela oferta de condições mínimas de sobrevivência à população local.

O mobiliário urbano se constitui por equipamentos públicos e redes de infra-estrutura, conceitos que se diferenciam pelo fato de que os primeiros podem ser considerados de modo autônomo, como coisas fisicamente independentes, coisas singulares, enquanto as redes aproximam-se da idéia de coisas complexas, coletivas ou universalidades de fato, abrindo espaço para um tratamento especial dentro do direito administrativo. [...]

Um duto para distribuição de água para bairros de uma cidade se enquadra mais adequadamente como parte de uma rede de infraestrutura, pois sua alienação ou disposição física pode comprometer parte significativa ou todo o sistema de distribuição de água. [...]

17 MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 133.

Inúmeras redes ou equipamentos viabilizam um serviço público, mas só se saberá enquadrar determinada coisa dentro de uma ou outra categoria desde que se verifique tecnicamente a relação de essencialidade do objeto para o funcionamento adequado e contínuo do serviço.¹⁸

Ainda que o autor divirja quanto à definição legal de equipamentos urbanos e comunitários, merece citação sua concepção singular sobre os equipamentos públicos, *verbis*:

[...] os equipamentos públicos nem tampouco se identificam com o conceito de equipamentos sociais ou comunitários. No sentido adotado pelo urbanismo e, por vezes, pelo próprio direito urbanístico, equipamentos sociais são tanto áreas públicas quanto prédios públicos necessários à prestação, por exemplo, de serviços de educação, saúde, lazer e outras atividades comunitárias.

Forjado sob grande influência do urbanismo, tal conceito não se encaixa exclusivamente na categoria de logradouro público, nem sequer na de mobiliário urbano, motivo pelo qual não se apresenta como um verdadeiro componente do domínio público urbano, mas, muito mais, como uma espécie do conceito de propriedade urbana. Em sentido puramente administrativo são estabelecimentos públicos ou de utilidade pública, assumindo a natureza de bem de uso especial, bem reversível ou, não raro, de bem particular.¹⁹

Sobre as redes de infraestrutura, prossegue o autor:

Sem extravasar a categoria de coisa coletiva, uma rede de infraestrutura pode assumir diversas configurações. Tanto faz seja ela formada por coisas tangíveis ou intangíveis; ou apenas por partes idênticas, homogêneas, iguais. Ou por partes diferentes, unidas pelo homem, tal como edifícios ou máquinas; o fato é que será sempre um conjunto de coisas, mas geralmente pertencentes a uma pessoa ou vinculadas a um serviço específico, dentro de uma única destinação econômica. Uma rede é, portanto, uma universalidade de fato, uma coisa coletiva.

18 MARRARA, op. cit., p. 169-171.

19 MARRARA, op. cit., p. 172-173.

Sobre essa definição superficial, seriam coisas coletivas ou universalidades de fato as redes de fornecimento de água e recolhimento de esgoto (saneamento básico); as redes de energia elétrica e as redes de telecomunicações, incluindo seus postes, cabos, dutos, ondas de rádio e outros objetos que se possam usar para este fim.²⁰

Assim, ainda que haja divergência conceitual do autor quanto à definição legal de equipamentos urbanos e comunitários, o traço característico é que, na sua concepção, os equipamentos públicos e as redes de infraestrutura estão insertos no domínio público urbano e assim devem ser considerados. Logo, *toda acessão, construção ou benfeitoria destinadas à prestação de serviços públicos à população é considerada, nesta acepção, parte da área urbana, pouco importando a sua localização, ou seja, se efetivamente na área urbana ou rural.*

Sendo assim, não basta estabelecer como objetivo da política urbana o atendimento dos direitos sociais; tais direitos devem ser garantidos por meio do estabelecimento de toda uma rede de infraestrutura urbana destinada à prestação de serviços públicos - ou funções públicas - para atender à população urbana, de acordo com as características locais.

Todavia, a população rural não ficou excluída de tais benefícios sociais, como se nota da redação da seguinte diretriz exposta no inciso V do art. 2º do Estatuto da Cidade: “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência”. Observa-se, assim, que a população urbana é beneficiada com o estímulo e o desenvolvimento das atividades rurais, que agrega renda e valor à municipalidade, proporcionando circulação das riquezas e prosperidade econômica.

Em outras palavras, os serviços públicos, embora possam ser prestados em áreas rurais (localização), são destinados (destinação) à harmonização da população e à convivência social, constituindo-se em equipamentos urbanos, para o fim de determinação de sua natureza jurídica.

3 DA LEI MUNICIPAL E DO PLANO DIRETOR

De acordo com o texto constitucional, as diretrizes estabelecidas no Estatuto da Cidade devem ser expressas no plano diretor, em vista do cumprimento da função social da propriedade urbana, que envolve “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas” (art. 39).

²⁰ MARRARA, op. cit., p. 176-177.

O plano diretor, desde que aprovado por lei municipal, é, assim, “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” e “parte integrante do processo de planejamento municipal” (art. 40, *caput*, e § 1º, respectivamente, do Estatuto da Cidade), representando importantíssima ferramenta de planejamento do desenvolvimento sustentável dos municípios.

Nessa esteira, o município tem plena autonomia para delimitar sua zona urbana, a fim de proporcionar o cumprimento do Estatuto da Cidade, conforme anota Lilian Regina Gabriel Moreira Pires:

[...] a cidade é um espaço físico delimitado por lei, onde se localiza a sede do município, bem como um conjunto de sistemas com diversas atividades e prestação de serviços que são relacionadas e dependentes entre si, cuja finalidade precípua deve ser a convergência de relações humanas, a busca da promoção da justiça social e qualidade de vida.²¹

Ademais, ensina Hely Lopes Meirelles:

A delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários. No primeiro caso a competência é privativa e irretirável do Município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos que darão a área condição urbana ou urbanizável, e, atendidos esses requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização. No segundo caso (efeitos tributários) a lei definidora da zona urbana deverá atender os requisitos do CTN (artigo 32, §§1º e 2º), estabelecidos para fins meramente fiscais.

Área urbanizável e área de expansão urbana têm conceitos equivalentes, diferindo apenas quanto à localização. Com efeito, ambas são porções do território municipal destinadas a urbanização, mas a expressão área urbanizável aplica-se à parte distinta e separada de qualquer núcleo urbano, ao passo que área de expansão urbana é a que se reserva em continuação a área urbanizada, para receber novas construções e serviços públicos, possibilitando o normal crescimento de cidades e vilas.²²

²¹ PIRES, op. cit., p. 79.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 525.

Logo, estando a área de fato urbanizada (consolidada), a prerrogativa de estabelecer a zona urbana é inderrogável do município. Com relação à área “urbanizável”, ou seja, aquela na qual a municipalidade pretende expandir sua urbe para o futuro, compete também ao município estabelecer as diretrizes do crescimento da zona urbana, mediante a aprovação de lei instituindo o plano diretor.

Forçoso é reconhecer que o Município tem ampla e irrestrita autoridade para legislar sobre as áreas urbanas de seus municípios. Assim sendo, a destinação conferida por lei municipal prevalece sobre leis federais e estaduais, conforme preleciona Geraldo Ataliba, citado por Roque Antônio Carraza:

portanto, fazendo um esforço de arranjo, o Município goza da mais ampla autonomia, tendo sido alçado, pelo próprio Texto Excelso, à invejável posição de pessoa política (igual, pois, neste particular, aos Estados e à União). Esta autonomia vem assegurada, de modo mais significativo, no art. 30 da Constituição, que, em suma, garante ao Município governo e administração próprios, no que toca a seu peculiar interesse. Acresçamos a isto o fato de que, enquanto a União só pode tratar dos assuntos referidos no art. 21 da Lei das Leis (*numerus clausus*), e os Estados, dos não privativos da União ou dos Municípios (art. 25, § 1º, da CF), a estes últimos é dado dispor, livremente, de todos quantos forem de seu peculiar interesse. Presume-se, até prova em contrário (*presunção iuris tantum*), que a atuação do Município é legítima, ou seja, submissa ao Direito, principalmente quando “instituir e arrecadar tributos de sua competência”, “criar, organizar e suprimir distritos”, “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local” e assim avante. Nestes campos – como em inúmeros outros – absolutamente não pode haver prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal.²³

No mesmo sentido, adotando o critério da localização plena, Jorge Miranda Ribeiro conclui:

Afinal, compete constitucionalmente ao município definir a área urbana, suburbana ou de expansão urbana na forma do art. 32 do CTN, desde que observados os requisitos nele exigidos, O município pode, pela Magna Carta e o Código Tributário Nacional,

23 ATALIBA, Geraldo. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 124-125

“invadir” a área rural para ampliar o perímetro urbano, ao passo que ao revés, não pode a União realizar.²⁴

Como se vê, nada obstante as considerações expostas no capítulo 2, há um forte posicionamento doutrinário a favor do critério da localização, sobretudo para fim de definição da área de expansão urbana. Tal entendimento confere ao município plena autonomia para delimitar a zona específica mediante a edição de lei estabelecendo o plano diretor da cidade, sendo desimportante, nessa concepção, a destinação dada à propriedade, salvo matérias legais afetas à competência da União (casos da legislação agrária e tributária).

4 DA DEFINIÇÃO DE ÁREA URBANA PARA FIM DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA LEGAL

Estabelecidas as premissas conceituais desenvolvidas nos capítulos anteriores, passa-se à análise específica da conceituação legal de área urbana, que norteará a regularização fundiária na Amazônia Legal, ou seja, se será regida pela regularização urbana ou rural.

Com efeito, a Lei n. 11.952, de 2009, possibilitou a regularização fundiária de *quatro* tipos de áreas urbanas, sendo as três primeiras contempladas no *caput* do art. 21 e a quarta no artigo 22, § 2º, da mesma lei:

- a) áreas urbanas;
- b) áreas de expansão urbana;
- c) áreas de urbanização específica; e
- d) áreas com ocupações para fins urbanos já consolidadas.

Na realidade, quando da conversão da Medida Provisória (MP) nº 458, de 2009, o legislador emprestou a mesma denominação para as três primeiras figuras utilizada no artigo 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, com a redação dada pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro

24 RIBEIRO, Miranda. *A controvérsia entre imóvel rural e imóvel urbano* (à luz dos critérios da localização e de destinação. Visconde do Rio Branco: Gráfica Rejane, 2000. p. 43.

de 1999²⁵, que também não se desincumbiu de definir os institutos. Apenas a quarta figura remanesceu íntegra da redação original da MP.

A Lei n. 11.952, de 2009, também define que as áreas urbanas (*lato sensu*), devem ser planejadas no “ordenamento territorial urbano”, assim conceituado no artigo 2º, inciso VII:

VII - ordenamento territorial urbano: planejamento da área urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, que considere os princípios e diretrizes da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e inclua, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) delimitação de zonas especiais de interesse social em quantidade compatível com a demanda de habitação de interesse social do Município;
- b) diretrizes e parâmetros urbanísticos de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano;
- c) diretrizes para infraestrutura e equipamentos urbanos e comunitários; e
- d) diretrizes para proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural; (o destaque não consta no original).

Por igual o art. 22, § 1º, da Lei nº 11.952, de 2009, estabeleceu que o ordenamento territorial das áreas urbanas (*lato sensu*) será objeto de plano diretor ou lei municipal específica, salvo para as áreas com ocupações para fins urbanos já consolidadas, cuja transferência não está condicionada a este requisito (art. 22, § 2º).

O Decreto nº 7.341, de 22 de outubro de 2010, que regulamentou a regularização fundiária urbana, por opção política, não conceitua os institutos incluídos após a conversão da Lei nº 11.952, de 2009. O citado decreto apenas define a quarta figura, ou seja, as áreas com ocupações para fins urbanos já consolidadas (art. 2º, inciso I), como “aquelas que apresentam os seguintes elementos:

- a) sistema viário implantado com vias de circulação pavimentadas ou não, que configuram a área urbana por meio de quadras e lotes;

25 Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

- b) uso predominantemente urbano, caracterizado pela existência de instalações e edificações residenciais, comerciais, voltadas à prestação de serviços, industriais, institucionais ou mistas, bem como demais *equipamentos públicos urbanos e comunitários*” (destaque intencional).

Os §§ 1º e 2º do art. 2º do Decreto nº 7.341, de 2010, assim definem os equipamentos públicos urbanos e comunitários:

Art. 2º [...]

§ 1º Consideram-se equipamentos públicos urbanos as instalações e espaços de infraestrutura urbana destinados aos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário, coleta de águas pluviais, disposição e tratamento dos resíduos sólidos, transporte público, energia elétrica, rede telefônica, gás canalizado e congêneres.

§ 2º Consideram-se equipamentos públicos comunitários as instalações e espaços de infraestrutura urbana destinados aos serviços públicos de educação, saúde, cultura, assistência social, esportes, lazer, segurança pública, abastecimento, serviços funerários e congêneres.

Logo, a primeira conclusão que se extrai é que, se o equipamento urbano ou comunitário estiver inserido na área com ocupações para fins urbanos já consolidada, ele será doado ao município dentro do perímetro respectivo. A segunda, decorrente da primeira, é a de que, se houver previsão e a necessidade de construí-los dentro desse perímetro de área urbana consolidada, deverá a municipalidade ou o órgão ou entidade responsável pela construção atender aos arts. 11 a 13 do Decreto n. 7.341, de 2010²⁶.

26 Art. 11. Caberá à Secretaria do Patrimônio da União doar ou formalizar concessão de direito real de uso, cessão de uso e entrega de imóvel para a administração pública federal direta e indireta e para os Estados em áreas arrecadadas pelo INCRA e matriculadas em nome da União, observado o disposto na legislação patrimonial, ouvido previamente o Ministério do Desenvolvimento Agrário. Parágrafo único. Até que se concretize o disposto no caput, a Secretaria do Patrimônio da União poderá emitir autorização de obras, observado o disposto na legislação patrimonial, ouvido previamente o Ministério do Desenvolvimento Agrário. Art. 12. Caberá ao Ministério do Desenvolvimento Agrário emitir autorização de obras ao Município nas áreas previstas no art. 3º da Lei no 11.952, de 2009, até que seja concretizada a respectiva doação ao Município, de acordo com regulamento específico. § 1º A prévia formalização de pedido de doação da área perante o Ministério do Desenvolvimento Agrário constitui requisito para o processamento do pedido de autorização disposto no caput. § 2º Quando se tratar de área prevista no art. 4º, § 1º, da Lei no 11.952, de 2009, caberá à Secretaria do Patrimônio da União a emissão de autorização de obras

E, para as áreas de expansão urbana, o art. 22, § 3º da mesma lei exigiu que os municípios apresentem justificativa que demonstre a necessidade da área solicitada, levando-se em conta *“a capacidade de atendimento dos serviços públicos em função do crescimento populacional previsto, o déficit habitacional, a aptidão física para a urbanização e outros aspectos definidos em regulamento”*.

Para áreas de expansão urbana, o artigo 3º, inciso III, do Decreto nº 7.341, de 2010, exige que o município tenha lei municipal específica ou plano diretor aprovado contendo o ordenamento territorial que, por sua vez, deverá conter todos os elementos contidos no artigo 4º, § 1º, do Decreto, *verbis*:

Art. 4º O ordenamento territorial urbano de que trata o inciso VII do art. 2o da Lei no 11.952, de 2009, deverá fazer parte do plano diretor do Município ou estar instituído por lei municipal específica.

§ 1º O ordenamento territorial urbano deverá atender aos princípios e diretrizes estabelecidos na Lei no 10.257, de 2001, e conter os seguintes elementos:

I - justificativa de expansão urbana, conforme disposto no § 3º do art. 22 da Lei no 11.952, de 2009;

II - zoneamento para as áreas de expansão urbana, abrangendo a interface com as áreas urbanas;

III - delimitação de zonas especiais de interesse social em quantidade compatível com a demanda de habitação de interesse social do município;

IV - definição de diretrizes e parâmetros urbanísticos de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, densidade populacional e sistema viário;

V - definição de diretrizes para a infraestrutura de energia elétrica, abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, drenagem

ao Município, até que seja outorgada a concessão de direito real de uso. Art. 13. As autorizações para realização de obras tratadas nos arts. 11 e 12 não eximem a obtenção das licenças e alvarás de construção em conformidade com a legislação municipal vigente no tocante ao zoneamento, às normas edículas e de parcelamento, uso e ocupação do solo.

pluvial, coleta e tratamento de resíduos sólidos, assim como equipamentos urbanos e comunitários; e

VI - definição de diretrizes para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural. (os grifos não constam do original).

Vale dizer, regra geral, não estando a área na qual a municipalidade pretende construir a respectiva obra em área urbana consolidada, deverá constar do plano diretor ou lei municipal específica abrangendo essa área, para que seja incluída na doação feita pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) ao respectivo município. Por outro lado, é importante ressaltar, se um equipamento urbano ou comunitário já instalado estiver localizado em área rural, nada impede que a doação seja efetivada ao município, pois considera-se, sob esse viés, como área urbana já consolidada.

Portanto, a Lei nº 11.952, de 2009, e o seu respectivo decreto de regência, para áreas urbanas não consolidadas, estabeleceram como critério o da *localização*, assim definido pelo Município no seu plano de ordenamento territorial. Nada obstante, esse critério fica mitigado com a aplicação do critério da *destinação* para os equipamentos urbanos públicos e comunitários, que, para esse fim, e na sua área específica de abrangência, integram o conceito de área urbana consolidada, mesmo que inseridos em área urbanizável.

Tecidas essas considerações prévias, imprescindíveis à plena compreensão da matéria, passa-se a exemplificar a aplicação do entendimento para alguns equipamentos públicos e obras de infraestrutura.

5 CONSTRUÇÃO DE ESCOLAS RURAIS, DE POSTOS DE SAÚDE EM ÁREAS RURAIS OU DE MICROSSISTEMA DE ÁGUA PARA ABASTECIMENTO DO MUNICÍPIO

A educação, na forma do art. 205 da Constituição, é um direito de todos e dever do Estado e da família, cuidando-se de um serviço público (ou função pública) não privativo, uma vez que pode ser prestado pela iniciativa privada, mediante simples autorização do poder público (art. 209 da Constituição). Como tal, se a escola for pública ou privada, é desimportante se localizada na área rural ou urbana, pois conceitua-se como um equipamento urbano comunitário, uma vez que trata-se de espaço destinado à prestação de um serviço público (ou função pública), na forma do § 2º do art. 2º do Decreto nº 7.341, de 2010.

O mesmo raciocínio se aplica aos postos de saúde. A saúde, na forma do art. 196 da Constituição, é um direito de todos e dever do Estado. Assim como a educação, trata-se de um serviço público não privativo, pois pode ser prestado livremente pela iniciativa privada, na forma do art. 299 da Constituição. Assim sendo, se o hospital ou posto de saúde for público ou privado, também é despidendo se localizados na área rural ou urbana, pois são considerados igualmente equipamentos urbanos comunitários.

Outrossim, na forma do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 7.341, de 2010, as instalações e os espaços de infraestrutura urbana destinados ao serviço público de abastecimento de água são considerados equipamentos públicos urbanos.

Sendo assim, se se tratar de escola rural, posto de saúde em área rural ou sistemas de abastecimento de água (i) já construídos, independentemente da localização, ou (ii) não construídos, mas situados em área urbana consolidada, pode ser doada sem quaisquer ressalvas à municipalidade. Nesta última hipótese, para o início da construção, devem ser atendidos os requisitos dos arts. 11 a 13 do Decreto nº 7.341, de 2010; ao revés, se se cuidar de escola, posto de saúde ou sistema de abastecimento que se pretende construir em área rural (fora da área urbana consolidada), é necessário que a respectiva área conste de lei municipal específica ou plano diretor como área de expansão urbana, para que possa ser autorizada a doação ao município pelo MDA.

Outras espécies de obras de infraestrutura, no entanto, merecem uma análise à parte. É o que ocorre, por exemplo, com as rodovias e os aeroportos.

6 CONSTRUÇÃO DE ESTRADAS

Como visto, o art. 2º, inciso I, alínea ‘a’, do Decreto nº 7.341, de 2010, define como áreas para fins urbanos já consolidadas “aquelas que apresentam [...] sistema viário implantado com vias de circulação pavimentadas ou não, que configuram a área urbana por meio de quadras e lotes”. Tal conceito, como se vê, decorre das vias eminentemente urbanas, ou seja, aquelas situadas no âmago das cidades. Todavia, para a melhor conceituação e caracterização das estradas ou rodovias, deve-se primeiramente destrinchar a análise sob três enfoques distintos:

- a) jurisdição;
- b) localização; e
- c) destinação.

A Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação (PNV), define em seu anexo que o Sistema Rodoviário Nacional é constituído pelo conjunto dos Sistemas Rodoviários Federal, Estaduais e Municipais. As rodovias integrantes do Sistema Rodoviário Federal estão relacionadas no anexo do PNV, sendo que as rodovias federais serão designadas pelo símbolo 'BR'. Assim, a primeira conclusão é que, existindo uma BR em gleba federal na Amazônia Legal, mesmo que em área urbana, ela não poderá ser doada ao município, uma vez que se trata de exceção prevista no art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.952, de 2009.

Mais: de acordo com o art. 4º da Lei nº 5.917, de 1973, as rodovias ou trechos de rodovia, já construídos e constantes do Plano Nacional de Viação aprovado pela Lei n. 4.592, de 29 de dezembro de 1964, e alterações posteriores e que não constem do Plano Nacional de Viação, passam automaticamente para a jurisdição da Unidade da Federação em que se localizem. Logo, se não indicada a rodovia no PNV como BR, a rodovia é de jurisdição do Estado na qual se localiza.

No que tange aos planos rodoviários estaduais e municipais, dispõem os arts. 11 e 12, respectivamente, da Lei nº 5.917, de 1973, *verbis*:

Art 11. Os Planos Rodoviários dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, serão elaborados e implementados dentro de Sistemática semelhante à do Plano Nacional de Viação e deverão, no prazo máximo de cento e oitenta dias após a publicação desse Plano, ser submetidos ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, que os apreciará, encaminhando-os ao Conselho Nacional de Transportes.

Art 12. Após cento e oitenta dias da publicação dos Planos Rodoviários Estaduais, os Municípios deverão apresentar seus planos rodoviários aos órgãos competentes dos Estados em que se situam.

§ 1º Os órgãos rodoviários estaduais aprovarão os Planos Rodoviários Municipais, dando imediata ciência ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem.

§ 2º Desde que não haja incompatibilidade com os Planos Rodoviários Municipais, Estaduais e o Plano Nacional de Viação, poderão ser elaborados Planos Rodoviários Vicinais Intermunicipais pelos órgãos rodoviários estaduais, de comum acordo com os Municípios interessados.

§ 3º Basicamente, a competência executiva e político-administrativa das rodovias vicinais intermunicipais, não consideradas rodovias

estaduais, caberá aos respectivos municípios em que se situarem (destaques não constam do original).

Logo, cada Estado elaborará seu Plano Rodoviário e, posteriormente, os municípios que integram os respectivos Estados deverão elaborar os seus Planos Rodoviários Municipais, encaminhando-os aos respectivos órgãos rodoviários estaduais. Nesse contexto, a segunda conclusão que se extrai é que *caberão aos respectivos municípios elaborar seus planos rodoviários municipais, incluindo as rodovias vicinais intermunicipais (não estaduais) onde se situarem. Entretanto, os órgãos rodoviários estaduais, em comum acordo com os municípios, poderão elaborar Planos Rodoviários Vicinais intermunicipais, desde que não haja incompatibilidade com os planos nacional, estaduais e municipais.*

Além disso, se a rodovia ou estrada estadual ou municipal, vicinal ou não, está incluída nos respectivos planos rodoviários estaduais e municipais, nada obsta a que seja doada ao município, nos termos da Lei nº 11.952, de 2009, uma vez que previstos nos seus respectivos planos, constituindo legislação específica que supre a necessidade de plano diretor ou de lei de ordenamento urbano neste aspecto. Quanto à rodovia estadual, vale lembrar que o art. 30, inciso II, da Lei nº 11.952, de 2009, autoriza a doação direta ao município, sendo que, posteriormente, em cumprimento às cláusulas do título de doação, deverá a municipalidade transferir gratuitamente ao respectivo Estado.

Esclarecido o critério da jurisdição, de acordo com o critério da *localização*, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB - Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), por seu turno, no seu art. 60, classifica as vias abertas à circulação em:

I - vias urbanas:

- a) via de trânsito rápido;
- b) via arterial;
- c) via coletora;
- d) via local;

II - vias rurais:

a) rodovias;

b) estradas.

O Anexo I do CTB define as vias abertas à circulação do art. 60 na seguinte forma:

VIA DE TRÂNSITO RÁPIDO - aquela caracterizada por acessos especiais com trânsito livre, sem interseções em nível, sem acessibilidade direta aos lotes lindeiros e sem travessia de pedestres em nível.

VIA ARTERIAL - aquela caracterizada por interseções em nível, geralmente controlada por semáforo, com acessibilidade aos lotes lindeiros e às vias secundárias e locais, possibilitando o trânsito entre as regiões da cidade.

VIA COLETORA - aquela destinada a coletar e distribuir o trânsito que tenha necessidade de entrar ou sair das vias de trânsito rápido ou arteriais, possibilitando o trânsito dentro das regiões da cidade.

VIA LOCAL - aquela caracterizada por interseções em nível não semaforizadas, destinada apenas ao acesso local ou a áreas restritas.

ESTRADA - via rural não pavimentada.

RODOVIA - via rural pavimentada.

Logo, no que tange aos quatro primeiros tipos de vias abertas à circulação (vias de trânsito rápido, arteriais, coletoras e locais), não há dúvidas de que se tratam de equipamentos urbanos que devem ser doados à municipalidade, uma vez que os conceitos pressupõem a preexistência de urbanização consolidada. No que tange aos dois últimos tipos (estradas e rodovias), o CTB os define como vias rurais. Como se vê o CTB não define as vias vicinais, sendo mister se socorrer do trabalho intitulado “Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas” constantes do sítio do DNIT²⁷:

27 <<http://www.dnit.gov.br/rodovias/rodovias-federais/terminologias-rodoviarias>>.

3.1 - RODOVIA EM ÁREA URBANA

São os trechos de rodovias localizados dentro do perímetro urbano das cidades ou municípios.

3.2 - RODOVIA RURAL

São os trechos de rodovias que conectam áreas urbana e industrial, pontos de geração e atração de tráfego e pontos significativos dos segmentos modais, atravessando área rural.

3.3 - RODOVIA VICINAL

Estrada local, destinada principalmente a dar acesso a propriedades lindeiras ou caminho que liga povoações relativamente pequenas e próximas.

Para o DNIT, embora a lei preveja que uma rodovia é uma via situada em área rural, ela pode estar localizada em área urbana ou rural, a depender se localizada dentro do perímetro urbano ou se, mesmo atravessando áreas rurais, conectam áreas urbanas e industriais, pontos de geração e atração de tráfego e pontos significativos dos segmentos modais. E, a rodovia vicinal, na mesma definição, tem uma função de dar acesso a propriedades vizinhas ou caminho a povoados pequenos e próximos.

Portanto, o critério da localização da estrada e da rodovia como vias rurais tem por fim apenas diferenciá-las das vias urbanas, ou seja, aquelas exclusivas de áreas urbanas consolidadas. Tendo em vista essa função específica, o critério de localização não pode servir de substrato para balizar a doação aos municípios prevista na Lei nº 11.952, de 2009.

O terceiro e último critério primordial para a compreensão do tema é o da *destinação*. Com efeito, nada obstante as conceituações supra, de acordo com o § 1º do art. 2º do Decreto nº 7.341, de 2010, as vias *lato sensu* somente integram o conceito de equipamentos públicos urbanos para fim de doação ao município, se utilizadas para a *prestação de serviço de transporte público*. Essa ideia repudia a interpretação *a contrario sensu*, ou seja, não permite a doação aos municípios de estradas e rodovias utilizadas exclusivamente para *transporte particular*. Logo, para a doação ao município como área urbana, o poder público local deve demonstrar a existência de transporte público regular que utilize a via, seja ela rural ou urbana.

Assim, os critérios da jurisdição e da destinação são determinantes para a verificação da possibilidade da doação ao município, sendo despidendo o da localização. Resta saber se os critérios determinantes são cumulativos ou alternativos. Entendo, s.m.j., que devem ser alternativos, uma vez que, tratando-se de municípios situados na Amazônia Legal, é de se supor notórias carências de infraestrutura de transportes e deficiências na assimetria de informações entre os poderes públicos da necessidade de planos municipais e estaduais de viação. Ademais, na análise sistemática aqui empreendida, observa-se que não há liames entre os dois critérios, de modo que os dois devem ser considerados individualmente.

Logo, de todo o exposto, extrai-se que *as rodovias e estradas vicinais, municipais e estaduais, somente podem ser doadas aos respectivos municípios se constantes nos respectivos planos rodoviários municipais (ou estadual), ou se utilizada como itinerário de transporte público*, pouco importando, para os objetivos da Lei nº 11.952, de 2009, se localizada em área rural ou urbana. Todavia, *se a rodovia ou estrada é apenas planejada (aquela que ainda será construída)*, não se caracterizam como área urbana consolidada, mas sim urbanizável, *devendo ser previstas no plano diretor ou na lei específica de ordenamento territorial*.

7 CONSTRUÇÃO DE AEROPORTO

Nos termos do art. 21, inciso XII, alínea 'c', da Constituição, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a *infraestrutura aeroportuária*.

A Lei nº 5.862, de 12 de setembro de 1972, autorizou o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, que tem "por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República" (art. 2º).

Por seu turno, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado. Dentre as suas competências, cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência,

legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe, ainda, *conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária*, no todo ou em parte (art. 8º, XXIV).

Ainda, é de se mencionar a Lei nº 5.917, de 1973, que dispõe em seu art. 6º que “[a]s vias de transporte, portos e aeródromos constantes do Plano Nacional de Viação ficam, sejam quais forem os regimes de concessão e de propriedade a que pertençam, subordinadas às especificações e normas técnicas aprovadas pelo Governo Federal”. O Sistema Aeroviário Nacional está previsto no anexo da referida Lei (item 6), relacionando os aeródromos constantes no Plano Nacional de Viação.

Com efeito, o art. 26 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986) estabelece que o “sistema aeroportuário é constituído pelo conjunto de aeródromos brasileiros, com todas as pistas de pouso, pistas de táxi, pátio de estacionamento de aeronave, terminal de carga aérea, terminal de passageiros e as respectivas facilidades.” Por seu turno, a mesma lei, no seu art. 27, define aeródromo como “toda área destinada a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves”. Já aeroportos são “os aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas” (art. 31, I).

De acordo com o art. 36 da mesma lei, os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:

- I - diretamente, pela União;
- II - por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica;
- III - mediante convênio com os Estados ou Municípios;
- IV - por concessão ou autorização.

Especificamente com relação ao patrimônio aeroportuário, estabelece o art. 38 do CBA:

Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam.

1º Os Estados, Municípios, entidades da Administração Indireta ou particulares poderão contribuir com imóveis ou bens para a

construção de aeroportos, mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade. (grifo proposital).

De todo o arcabouço normativo narrado acima, se extrai que o serviço de exploração de infraestrutura aeroportuária é de titularidade exclusiva da União, embora possa ser a execução da atividade delegada a Estados, Municípios e mesmo a particulares, mediante concessão ou autorização. E, mesmo ocorrendo a exploração indireta do serviço, os bens imóveis que compõem o patrimônio do aeródromo se constituem um bem público federal, de modo que não se recomenda a doação a um município de um bem que, em última análise, reverterá ao patrimônio público federal.

Portanto, em que pese a preocupação da necessidade de dotar os municípios dos investimentos essenciais para dispor de área da infraestrutura de apoio aeroportuário apta a propiciar o desenvolvimento sustentável do município, *a competência para gerir a infraestrutura aeroportuária é federal*, ficando vedada a doação de tais áreas à municipalidade, mesmo em se tratando de projeto em construção, na forma do art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.952, de 2009.

8 CONCLUSÕES

Pelo exposto, superada a dicotomia entre os critérios da destinação ou da localização, é de se concluir que toda acessão, construção ou benfeitoria destinada à prestação de serviços públicos à população é considerada como parte da área urbana, pouco importando a sua localização, ou seja, se efetivamente na área urbana ou rural. Isto porque há uma integração entre as áreas rurais e urbanas, de modo que os direitos sociais garantidos aos moradores de áreas urbanas devem ser proporcionados aos habitantes das zonas rurais. E a rede de infraestrutura necessária à prestação dos serviços públicos destinados à efetivação desses direitos é caracterizada, para esse fim, como área urbana, mesmo que espacialmente situada no campo.

Na atual moldura constitucional e legal, o município tem plena autonomia para delimitar sua zona urbana, como poder potestativo de executar o planejamento urbanístico previsto em seu plano diretor ou lei de ordenamento territorial. Sendo irrestrita a liberdade do município de declarar a extensão de sua zona urbana, qualquer lei federal ou estadual que disponha de forma diversa é inaplicável, tornando insubsistente o critério da destinação, ao menos para fins urbanísticos.

Para fim de regularização fundiária na Amazônia Legal, a Lei nº 11.952, de 2009, e o seu respectivo decreto de regência, para áreas urbanas não consolidadas, estabeleceram como critério o da *localização*, assim definido pelo Município no seu plano de ordenamento territorial. No entanto, esse critério é mitigado com a aplicação do critério da *destinação* para os equipamentos urbanos públicos e comunitários, que integram o conceito de área urbana consolidada, mesmo que inseridos em área rural ou urbanizável.

Assim, se o equipamento urbano ou comunitário destinado à prestação de serviços públicos estiver inserido na área com ocupações para fins urbanos já consolidada, ele será doado ao município dentro do perímetro respectivo. Se houver previsão e a necessidade de construí-los dentro desse perímetro de área urbana consolidada, deverá a municipalidade ou o órgão ou entidade responsável pela construção pleitear a autorização da construção, na forma do decreto que regulamenta a matéria.

Nessa esteira interpretativa, se um equipamento urbano ou comunitário já instalado estiver localizado em área rural, nada impede que a doação seja efetivada ao município, pois ele é considerado, sob esse viés, como área urbana já consolidada. Por outro lado, não se situando a área na qual a municipalidade pretende construir a respectiva obra em área urbana consolidada, deverá constar do plano diretor ou de lei municipal específica abrangendo essa área, para que seja incluída na doação pelo MDA ao respectivo município. Esse entendimento pode ser adotado, exemplificadamente, para escolas rurais, para postos de saúde em área rural e para microssistemas de água para abastecimento do município.

Assim, se tais infraestruturas (i) já foram construídas, independentemente da localização, ou (ii) não construídas, mas situadas em área urbana consolidada, podem ser doadas sem quaisquer ressalvas à municipalidade, devendo, na última hipótese, para o início da construção, ser atendidos os requisitos dos arts. 11 a 13 do Decreto nº 7.341, de 2010. De outra banda se se pretende construir em área rural (fora da área urbana consolidada), é necessário que a área onde serão construídas conste de lei municipal específica ou plano diretor como área de expansão urbana, para que possa ser autorizada a doação ao município pelo MDA.

Outras obras de infraestrutura apresentam peculiaridades próprias. No que tange às vias de circulação, se for rodovia federal, designada pelo símbolo 'BR', não poderá ser doada ao município, mesmo se situada em área urbana, devendo a área respectiva ser destacada da doação, tendo em vista que já afetada a uma outra finalidade pública

de competência federal. As rodovias e estradas vicinais já construídas, municipais e estaduais, somente podem ser doadas aos respectivos municípios se constantes nos respectivos planos rodoviários municipais (ou estadual), *ou* se utilizadas como itinerário de transporte público. Por outro lado, se a rodovia ou estrada é apenas planejada (aquela que ainda será construída), é necessário que constem de lei municipal específica ou plano diretor como área de expansão urbana, para que possa ser autorizada a doação ao município por este Ministério. Por derradeiro, é vedada a doação de aeroportos ao município, mesmo se situados em área urbana ou em se tratando de projetos de construção.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HOUAISS, Antonio (Ed.) *Dicionário eletrônico Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos, Domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. *Direito de construir. Pressuposto urbanístico estético*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *A controvérsia entre imóvel rural e imóvel urbano (à luz dos critérios da localização e de destinação)*. Visconde do Rio Branco: Gráfica Rejane, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: 2000.



DA DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA A FUNDAMENTO ÚNICO DE DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO AMBIENTAL

*OF THE AGRARIAN EXPROPRIATION THE BASE ONLY OF
NONCOMPLIANCE OF THE ENVIRONMENTAL FUNCTION*

Roberto Élito dos Reis Guimarães ¹
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização normativa; 2 Aparente tensão normativa entre os artigos 184 c/c 186 e o art. 185, II, da constituição de 1988; 3 Da competência para o aferimento do descumprimento da função ambiental do imóvel agrário; 4 Considerações finais; Referências.

¹ Coordenador da Coordenação de Processos Agrários, Legislação, Normas e Pesquisa da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, Especialista em Direito Agroambiental. Especialista em Gestão de Programa de Reforma Agrária e Assentamento. Especialista em Direito Notarial e Registral. Mestre em Direito Agrário.

RESUMO: A desapropriação agrária por descumprimento da função ambiental da propriedade (inciso II, art. 186), não se tornou tão efetiva quanto à desapropriação pelo não alcance dos índices de produtividade (inciso I, art. 186). A isso, talvez possa se atribuir a falta definição de elementos mais objetivos quanto a esse critério de desapropriação. Outro aspecto, talvez fosse também a aparente tensão normativa existente entre os artigos 184 c/c 186 e o art. 185, II. Nesse contexto, o presente ensaio cuidará de apontar que, mesmo com a suposta anemia semântica da legislação posta, é possível a desapropriação agrária a fundamento único do descumprimento da função ambiental e que não há incompatibilidade entre os dispositivos constitucionais supracitados. Outro ponto de relevância é o de que o Incra é a entidade legitimada para promover as desapropriações a tal fundamento.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação Agrária. Descumprimento da Função Socioambiental. Divergência Interpretativa. Competência Desapropriatória.

ABSTRACT: The agrarian expropriation for noncompliance with the environmental function of the property (section II, Art. 186), has not become as effective as expropriation for not achieving set productivity levels (section I, Art. 186). To this might be attributed the lack of definition of more objective elements regarding this criterion for expropriation. Another aspect perhaps could be the apparent regulatory tension between Articles 184 c/c 186 and Art. 185, II. In this context, this essay will take care to point out that even with the supposed semantic anemia of the posted legislation, it is possible to have land expropriation on the sole grounds of noncompliance with environmental function, and that there is no incompatibility between the constitutional provisions mentioned above. Another relevant point is that INCRA (the National Institute of Colonization and Agrarian Reform) is the legitimate entity to propose disappropriation based on those grounds.

KEYWORDS: Land Expropriation. Noncompliance with Socioenvironmental Role. Divergence of Interpretation. Disappropriatory Competence.

INTRODUÇÃO

O art. 225 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 acentua que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, a União, valendo-se, também, dos comandos constitucionais insculpidos nos artigos 184 e 186 da mesma Constituição, tem se empenhado para desapropriar, os imóveis apanhados com utilização inadequada dos recursos naturais e que não preservam o meio ambiente, ainda que sejam produtivos sob a ótica economicista.

Entretanto, não tem sido uma tarefa fácil promover a desapropriação de imóveis agrários a fundamento unicamente de descumprimento da função socioambiental da propriedade. Assim, o presente ensaio traz alguns aspectos que poderiam ser apontados como indicativos da pouca efetividade do dispositivo constitucional em evidência, o que, em tese, justificaria a reduzida quantidade de imóveis desapropriados a esse fundamento.

O primeiro aspecto abordado refere-se à ausência de critérios mais objetivos na legislação que regulamentou os dispositivos constitucionais afeitos ao tema em debate, levando, muitas vezes, o órgão federal executor da reforma agrária a encontrar dificuldades para apontar um imóvel agrário como efetivamente violador da legislação ambiental.

O segundo aspecto descortinado cuidou de tratar da aparente tensão normativa entre os artigos 184 c/c 186 e o art. 185, II, da Constituição de 1988, porquanto o inciso II, do art. 185 prevê que a propriedade produtiva é imune à desapropriação, enquanto que o art. 186 prescreve que para a propriedade agrária escapar à desapropriação, além de ser produtiva, sob o viés econômico (inciso I) tem de obedecer, simultaneamente, ao disposto nos demais incisos do referido artigo.

Por fim, outro tópico também não menos polêmico, refere-se à competência do Incra para aferir o descumprimento da função sociambiental da propriedade agrária.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO NORMATIVA

O art. 225 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 prescreveu que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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.

Por seu turno, o artigo 5º, inciso XXII, do mesmo diploma constitucional, incluiu o direito de propriedade entre os Direitos e Garantias Fundamentais e, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que a propriedade atenderá a sua função social.

Ao seu tempo, o art. 186, do normativo em comento, acentua que a propriedade rural cumpre a função social quando atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos do aproveitamento racional e adequado (inc. I), da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (inc. II), da observância das disposições que regulam as relações de trabalho (inc. III) e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (inc. IV).

Focando-se no objeto do presente ensaio (desapropriação por descumprimento da função ambiental), tem-se que a redação do inciso II do supracitado art. 186 não informa, de maneira objetiva e aferível em campo, o que seria considerada “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis” e nem “preservação do meio ambiente”.

o mesmo rumo, porém com um pouco mais de clareza, foi a redação da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que se propôs a regulamentar os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, e mesmo assim, não teria conseguido também superar plenamente tal vazio semântico².

Mesmo com a regulamentação do dispositivo constitucional em evidência, quer no parecer que ainda estaria faltando mais elementos objetivos para uma segura manifestação oficial quanto a eventual descumprimento da função socioambiental de um imóvel agrário.

Franco (2010) aborda esse suposto vazio semântico, com os seguintes dizeres:

É que referido texto legal (art. 9º, §§2º e 3º), tentando preencher de sentido as expressões constitucionais “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis” e “preservação do meio ambiente” através de novas expressões, contribuiu para intensificar a indeterminação semântica dos termos constitucionais relativos ao elemento ecológico da função social da propriedade imobiliária rural. Quando o §2º, do art. 9º, da Lei 8.629/93, prescreve que

2 Lei nº 8.629: Art. 9º [...] § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

se deve considerar adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, novos vocábulos, de referencial semântico incerto, são introduzidas, dificultando a definição das expressões constitucionais. Basta pensar na frase “vocação natural da terra”. Qual é, afinal, a vocação natural da terra? A mesma imprecisão semântica alcança, também, o §3, do art. 9º, da Lei 8.629/93, quando ele prevê que se deve considerar preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e qualidade dos recursos ambientais na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. É possível enxergar sinonímia entre “meio ambiente” e “meio natural”? Ou entre “qualidade dos recursos ambientais” e “utilização adequada dos recursos naturais”? E o que se deve entender por “saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. Este problema da “anemia significativa” (WARAT, 1995, p. 70), consistente na falta de conteúdo preciso, da expressão “utilização adequada dos recursos disponíveis e preservação do meio ambiente” parece confirmar a tese de Carlos Maria Cárcova (1998, p. 18), segundo a qual

[...] Existe, pues, uma opacidade de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, com um libreto, como uma partitura, pardójjicamente, no es conecido o no es comprendido por los actores em escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitam algunas conductas, reproducen ciertos gestos, com escasa o nula percepción de sus significados e alcances. (Franco, 2010).

Objetivando dar efetividade a esse comando normativo, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 557/2004-TCU-Plenário, determinou ao Incra que elaborasse norma técnica e adotasse as demais medidas cabíveis, com apoio do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Instituto Brasileiro do meio Ambiente, a fim de conferir efetividade aos incisos II a IV do art. 9º, da Lei nº 8.629/93, o que se tentou fazer com a edição da Norma de Execução Incra/nº 83/2009.³

3 Norma de Execução Incra/nº 83/2009: Art. 8º [...] § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, devendo para tanto ser considerado as restrições de uso das terras com base em sua classificação no sistema de classes de capacidade de uso (Anexo I do Manual de Obtenção de Terras e Perícia Judicial). § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas, devendo ser considerado o cumprimento da

Mesmo com a regulamentação trazida pela supracitada Norma de Execução, a desapropriação agrária por descumprimento da função ambiental da propriedade (inciso II, art. 186), não se tornou tão efetiva quanto à desapropriação pelo não alcance dos índices de produtividade (inciso I, art. 186) talvez não em razão da suposta falta de clareza na definição de critérios mais objetivos, mas possivelmente, pela suposta tensão normativa existente entre os artigos 184 c/c 186 e o art. 185, II. Tema que se passa a cuidar.

2 APARENTE TENSÃO NORMATIVA ENTRE OS ARTIGOS 184 C/C 186 E O ART. 185, II, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente cabe salientar que no processo de formulação de uma Constituição democrática é comum, e não poderia ser diferente, o surgimento de interesses de grupos e ideologias antagônicos, o que, muitas vezes, são transferidos para o texto constitucional, causando conflitos de difícil solução.

Conforme Barroso (2003, p. 198), um lance de olhos sobre a Constituição Brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, representados por valores e bens jurídicos que se contrapõem e que precisam ser harmonizados pelo intérprete.

Nesse passo o renomado constitucionalista brasileiro, traz vários exemplos onde fica evidenciada essa tensão de normas, veja:

No campo dos direitos individuais, a Lei básica consigna a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em geral (art. 5º, IV e X). Tais liberdades públicas, todavia, hão de encontrar justos limites, por exemplo, no direito à honra e à intimidade, que a Constituição também assegura (art. 5º, XI). No domínio econômico, a Carta de 1988 elegeu como princípio fundamental a livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput), mas prevê restrições ao capital estrangeiro (e. g. arts. 172 e 176, § 1º), contempla a possibilidade de exploração da atividade econômica pelo Estado (art. 173) e mesmo alguns casos de monopólio estatal (e. g., art. 177). O direito de propriedade (art. 5º, XXII) requer conciliação com o princípio da função social da

legislação de regência, em especial a proteção e integralidade das áreas de preservação permanente e de reserva legal, sendo que esta deverá encontrar-se individualizada na sua averbação e devidamente materializada. Para efeito de caracterização do descumprimento deste requisito, deverá ser constatada a supressão, de tais áreas protegidas, em dimensão e grau que impliquem na impossibilidade de sua regeneração, sendo necessáriasendo necessáquem na possibilidadeeerbaçislaç I. (destaquei)

propriedade, enfaticamente inscrito na Constituição (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, e 186). (Barroso, 2003, p. 198)

Dos pontos de dissenso catalogados por Luis Roberto Barroso, se assim podemos chamá-los, ressalta-se a garantia ao direito de propriedade (art.5º, XXII) e a função social a ser desempenhada por essa mesma propriedade (art. 5º, XXIII).

Ainda no tocante ao direito de propriedade e a sua função social, o artigo 186 discrimina, como já dito linhas volvidas, os elementos balizadores do cumprimento da função social, a serem alcançados, simultaneamente, para que o imóvel agrário seja imune à desapropriação. Dentre esses elementos, encontra-se o da produtividade econômica do imóvel (inciso I). Já o artigo 185 do mesmo diploma legal, sinalizou que é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a *propriedade produtiva* (inciso II).

Denota-se, aí, mais uma aparente tensão normativa no seio da Constituição, desta feita, entre o inciso II do artigo 185, ao dispor que a propriedade produtiva não será passível de desapropriação⁴, e o artigo 186 que aponta a produtividade dentre os requisitos simultâneos para que a propriedade agrária possa ser considerada cumpridora da função social.

Com efeito, numa leitura apriorística e descontextualizada, parece mesmo haver uma contradição entre garantir o direito de propriedade e ao mesmo tempo exigir que essa cumpra a sua função social. Mas, como se verá, tudo não passa de uma aparente tensão normativa. Para muitos, denominada de antinomia aparente.

Para o significado da palavra “antinomia”, Coelho traz o seguinte enunciado:

O significado jurídico recorrente da palavra “antinomia” equivale a “conflito de leis” representando-se antinômicas duas disposições normativas contrárias, contraditórias. Do grego anti (contra) e nomos (lei), o significado etimológico coincide com o jurídico, mas a consideração das antinomias no interior do ordenamento jurídico

4 O conceito de propriedade produtiva foi regulamentado pelo artigo 6º Lei nº 8.629/93, nos seguintes termos: “Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que explorada econômica e racionalmente, atinge simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente. § 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel. § 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática”: [...]

haure suas ilações no contexto da lógica formal, no modo como ela define e classifica as oposições entre enunciados (Coelho, 2010, p. 252).

Ainda segundo Coelho (2010, p. 255), falar em antinomia normativa seria pleonismo, pois o significado da palavra é precisamente o da oposição entre normas e à medida que se entende que as normas jurídicas vinculam-se entre si formando um sistema, a própria ideia de sistema exclui a possibilidade de antinomias normativas dentro da ordem jurídica, haja vista que estas se apóiam umas nas outras por derivação dedutiva.

Na precisa lição de Barroso (2003, p. 198), o direito não tolera antinomias e, para impedir que tal ocorra, a ciência jurídica socorre-se do critério hierárquico, do critério da especialização, além de regras específicas que solucionam os conflitos de leis no tempo e no espaço. Contudo, ressalta o constitucionalista que, à exceção eventual do critério da especialização, esse instrumental não é capaz de solucionar conflitos que venham a existir no âmbito de um documento único e superior, como é a Constituição.

Reforçando esse entendimento Luis Roberto Barroso traz a lume o apontamento de Daniel Sarmento:

os critérios tradicionais de resolução de antinomias não são suficientes para solucionar as situações de colisão entre princípios constitucionais. O critério cronológico é inútil, pois, ressalvadas as emendas constitucionais, as normas da Constituição são todas editadas no mesmo momento. O critério de especialidade também apresenta reduzida valia, pois é raro, no plano constitucional, a existência de antinomias do tipo total-parcial, que são as únicas que podem ser resolvidas através deste método.

Dessa feita, escorado na lição de Coelho (2010, p. 260), tem-se que os conflitos normativos resolvidos com base na própria legislação não constituem verdadeiras antinomias, pois o fato de poderem ser solucionados pelos instrumentos à disposição do intérprete e aplicador da lei objetiva preservar a unidade do sistema e que as antinomias somente se configuram quando uma mesma situação é regulada por leis opostas, traduzindo incongruências que o ordenamento não resolve.

No tocante às antinomias constitucionais, se assim se pode dizer, veja mais uma vez a preleção de Coelho:

A superação das antinomias constitucionais segue inicialmente a metodologia adequada à solução dos conflitos hierárquicos de leis. Assim, procura-se examinar a possibilidade de atribuir maior ou menor peso ao valor, princípio ou regra, para estabelecer entre eles certa hierarquia, e decidir qual deva prevalecer. Procede-se ao exame da importância de cada uma das normas conflitantes e, como recurso alternativo, evocam-se os critérios suscitados no tocante aos direitos fundamentais. [...] O fato é que no mesmo estrato normativo identificam-se normas de maior peso que outras. São as regras basilares de um instituto ou de um conjunto de preceitos. Assim, numa conexão de normas haveria as de primeira grandeza, as de segunda, as de terceira e quarta e assim por diante. [...] As normas de menor relevo devem ser interpretadas à luz das de maior porte. Se aquelas forem incompatíveis com as últimas, a solução razoável deve ser a sua inaplicabilidade. Deve-se seguir a mesma prática, e houver antinomia das normas referidas com princípios gerais de direito, aqui entendidos no sentido de pressupostos expressos ou implícitos que servem de fundamento a todo o direito positivo ou parte dele. [...] (Coelho, 2010, p. 262-3).

Barroso (2003, p. 296) assevera que o intérprete deve fazer escolhas fundamentadas quando se defrontar com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, entre a livre iniciativa e a intervenção estatal, entre o direito de propriedade e a sua função social.

Assim, vamos encontrar pessoas que defendem a tese de que se a propriedade for considerada produtiva, consoante preconiza o artigo 6º da Lei nº 8.629/93, essa propriedade estaria imune à desapropriação-sanção, forte no inciso II do artigo 185, mesmo que não atenda aos outros elementos da função social da propriedade a que faz alusão o artigo 186.

De outra banda, há os que defendem que a propriedade rural, além de atender o requisito da produtividade não pode se descuidar de atender aos demais elementos da função social desfolhados no artigo 186, sob pena de sofrer a intervenção do Estado nessa propriedade.

Para balizar-se uma melhor compreensão do tema em debate, reveste-se de importância trazer à colação algumas considerações feitas por ilustres autoridades estudiosas do assunto, a começar por Godoy:

Defendem alguns a tese que esse dispositivo [art. 185, II], por si só, afastaria a possibilidade de desapropriação agrária em propriedade produtiva, segundo critérios definidos pelo órgão

competente, e mesmo que esta propriedade não atendesse aos outros elementos da função social da propriedade: o ecológico e o social. Desta forma, poderíamos imaginar a seguinte situação: em certa propriedade, seu titular mantém trabalho escravo, ou mesmo abusa no uso de agrotóxicos; todavia, tendo-a produtiva, estaria isento da desapropriação agrária. Por outro lado, defendem outros a tese de que a desapropriação agrária pode incidir sobre qualquer propriedade que não atenda, simultaneamente, aos elementos do art. 186 – produção, ecologia e social. Desta forma, segundo o exemplo citado a pouco, a propriedade que mantivesse trabalhadores em regime de escravidão, ou mesmo abusasse dos agrotóxicos, poderia ser desapropriada com fundamento no art. 184 da Constituição. Entendem estes que quando a Constituição diz que a propriedade produtiva é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, quer mesmo dizer: a propriedade produtiva que cumpre a sua função social. Rebate a outra corrente que a constituição não precisaria expor a questão desta forma, já que o inciso I do art. 186 coloca o elemento produção como integrante do cumprimento da função social da propriedade agrária. Quis, e reforça a argumentação, o constituinte excluir a propriedade produtiva da reforma agrária pelo valor que lhe dá. Por todo o sistema que a Constituição propõe, com um conjunto de dispositivos, como colocando a garantia da propriedade aliada à função social no art. 5º (garantias individuais) e, da mesma forma, como princípios da ordem econômica (art. 170), e, ainda, levando-se em conta outros dispositivos, como o art. 1º, que elege a cidadania e a dignidade da pessoa humana como objetivos fundamentais da república, parece-me que a segunda proposição seria aquela com interpretação teleológica e, portanto, juridicamente válida (Godoy, 1999, p. 91).

Com efeito, pelo externado acima, Godoy filia-se ao grupo dos que entendem que basta a propriedade alcançar os índices de produtividade exigidos por lei para ficar imune ao processo de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, mesmo que essa propriedade não atenda aos demais requisitos do artigo 186 da Carta Magna.

O art. 5º, incisos XXII e XIII (sic), é exemplo já que deixa claro: que a propriedade é protegida, mas terá de cumprir a sua função social. Todavia, no texto agrário embaraça a questão e cria uma antinomia ao inicialmente discorrer que toda propriedade que não cumprir a sua função social será desapropriada (art. 184) para, em seguida,

vetar a desapropriação nas terras produtivas, pequenas e médias. [...] Observa-se e torna-se necessário esclarecer que, na maioria das vezes, assim como foi na Constituinte, os que aprovaram as leis tinham interesse direto e pessoal, haja vista a pressão feita pelos deputados da ala da União Democrática Ruralista -UDR-, responsáveis pela inclusão das terras produtivas no texto constitucional, obstruindo dessa feita a reforma agrária ampla, participativa e cidadã. Por outro lado, os poucos defensores dos trabalhadores rurais e sem terra, num esforço conjunto de luta social, ganharam no novo texto a inclusão do art. 186 que descreve de forma quase repetitiva o que já havia sido explanado no Estatuto da Terra no que pertine à função social da propriedade rural, porém, colocando em primeiro plano a produtividade, elemento essencial na visão do legislador e de muitos doutrinadores. No entanto, a forma é desconexa a ponto de, ao se proceder a leitura do capítulo, não se saber, ao certo, se a ela – produtividade –, está-se obrigado ou não. Apenas aplicando as técnicas de hermenêutica ao corpo constitucional como um todo, pode-se concluir que a propriedade rural deverá cumprir o descrito no art. 186 com o detalhe básico da exigência de simultaneidade em todos os seus itens. (Maniglia, 2006, p. 29).

Pelo excerto acima reproduzido, depreende-se que a Professora Elisabete Maniglia, perfilha ao grupo dos defensores de que a propriedade rural para ser considerada produtiva precisaria atender, simultaneamente, a todos os requisitos do artigo 186 da CF/1988.

Ainda na mesma linha de discussão, veja a lição de Carvalho:

Um exame preliminar do referido contexto leva à conclusão de que se sujeita a desapropriação para fins de reforma agrária qualquer imóvel rural que viole um dos requisitos exigidos no artigo 186 da CR para o atendimento da função social. Tal conclusão decorre da interpretação literal dos artigos 184 e 186 do texto constitucional. [...] No entanto, cumpre observar que o artigo 185 da Constituição estabelece não serem suscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I) pequena e média propriedades rurais desde que seu proprietário não possua outra; II) propriedade produtiva. [...] Cumpre definir a amplitude desta “imunização” atribuída a determinados imóveis rurais pelo artigo 185 em face das regras dos artigos 184 e 186 da Constituição analisadas in retro. A propósito da matéria, identificam-se duas correntes hermenêuticas distintas. A primeira, majoritária, vem afirmando ser absoluta a imunidade estabelecida em favor das propriedades produtivas e das pequenas e médias

propriedades, se o dono do imóvel rural não possui outro (artigo 185 da CR). Assim sendo, em nenhuma hipótese a União pode desapropriar um imóvel rural produtivo ou que se enquadre na definição de pequena e média propriedade rural, quando única daquele titular. Um latifúndio produtivo em cuja exploração os recursos naturais fossem utilizados indevidamente, com destruição do meio ambiente, estaria protegido pela regra do artigo 185, II, da CR. [...] A vedação de desapropriação do artigo 185 exclui, assim, a possibilidade de a desapropriação para fins de reforma agrária do artigo 184 ser realizada com base na inobservância de um dos requisitos do artigo 186 da Constituição. Neste sentido Edílson Pereira Nobre Júnior assevera que a existência de imóvel rural descumpridor de sua função social não é capaz, só por si, de acarretar a desapropriação para fins de reforma agrária. Para ele, é preciso, igualmente, que o bem não esteja tutelado em exceção traçada pelo constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, que o afaste da potestas expropriatória. [...] Em sentido contrário, entretanto, vem ganhando força corrente que sustenta a necessidade de uma interpretação sistêmica do texto constitucional. Assim, o artigo 185 deve ser lido e interpretado à luz dos artigos 184 e 186 da Constituição. [...] Para esta corrente, as causas impeditivas da desapropriação veiculadas no artigo 185 da CR não são absolutas e deixam de incidir no caso de inobservância de qualquer das exigências dos incisos do artigo 186 da CR. [...] Um dos maiores empecilhos à adoção deste posicionamento, mormente pelos Tribunais, deve-se ao fato de que subtrair do artigo 185 a característica de “salvo conduto absoluto” levaria à sujeição à desapropriação para fins de reforma agrária da quase totalidade dos imóveis rurais do país. Afinal, no Brasil, são raríssimas as propriedades rurais em que se identifica, cumulativamente, aproveitamento adequado do imóvel, cumprimento das normas trabalhistas e ambientais vigentes, além de proveito econômico também em favor dos trabalhadores. [...] Não há dúvida do elevado grau de insegurança jurídica que se imporia no meio rural assentar a possibilidade de desapropriação nos termos do artigo 184 da CR da quase totalidade dos imóveis já atingidos por uma grave crise nas últimas décadas (Carvalho, 2008, p. 1058-60). (destaquei)

Com o devido respeito ao entendimento da supracitada autora, a interpretação da Constituição, como bem acentua Barroso (2003, p. 112), a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica e não política, devendo, dessarte, abster-se de suas crenças ou preferências. Ou seja, se a maioria dos imóveis não cumpre simultaneamente todos os requisitos da função social da propriedade, não seria esse o mote para se dar interpretação da Constituição como quer a autora em referência.

Por último, merece também destaque o parecer Conjunto/CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA/Nº 011/2004, da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Agrário, da lavra do Advogado da União Joaquim Modesto Pinto Júnior e do Procurador Federal Valdez Adriani Farias que enfrentou um ponto pouco discutido pelos defensores da corrente autonomista da produtividade, qual seja, o de que *“a produtividade para ser considerada deve ser obtida mediante exploração racional”*.

Ou seja, não basta que a exploração seja econômica (GUT e GGE igual ou superior aos índices exigidos por lei), mas que seja também racional, visto que a exploração racional - aquela que respeita o meio ambiente, que respeita as relações de trabalho - estaria contida no conceito de propriedade produtiva.

54. Ou, em palavras sumárias, por estar logicamente estruturada pela constituição num inter-relacionamento conteúdo-continente, parte-totalidade, a função produtividade é, sim, conteúdo, está, sim, contida, mas – ainda assim – é apenas parte da função social, esta princípio, aquela regra⁵, daí porque a sua constatação descontextualizada das demais, não podendo aperfeiçoar isoladamente o conceito, não eximiria o dominus da sanção, senão quando, além da produtividade, ficasse demonstrado ter ele agregado SIMULTANEAMENTE à sua propriedade os demais valores componentes da função social, quando então, aí, sim, operaria à plenitude o comando do art. 185, cuja leitura exegética então poderia – no ponto – ser assim formulada: “é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade produtiva quando, SIMULTANEAMENTE, preserve o meio ambiente, privilegie as relações sócio e juslaborativas internas e promova bem estar a proprietários e trabalhadores”. (Parecer Conjunto/CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA/nº 011/2004) (destaques no original).

A conclusão a que chegaram os pareceristas sobre esse ponto foi o de que no conceito de função social estaria contido o conceito de produtividade, mas que no conceito de produtividade a que faz alusão o inciso II, do art. 185, da CF/1988, também estariam contidas parcelas dos conceitos da função ambiental, da função trabalhista e da função

5 Nota referida pelos pareceristas: 39. A respeito, os autores do texto referido na nota anterior, em fls. 203 da obra citada, citando doutrina de CANOTILHO, elucidam o porquê de não poder o art.185 sobrepujar ao art. 184: [...] “O lapidar ensinamento de Canotilho, ao diferenciar princípios e regras, afirma: “Os princípios são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional”

bem-estar, ou seja, que a função social seria continente e conteúdo da produtividade.

Portanto, resta clarividente a divergência de entendimento decorrente do estabelecido no inciso II do artigo 185, em face do artigo 184 cominado com artigo 186 da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Assim, essa divergência de entendimento seria fruto de um aparente conflito normativo, cuja solução exegética não perpassaria pelos critérios da hierarquia, da cronologia e da especificidade dos comandos normativos, usualmente utilizados para resolver contradições entre leis, visto tal colisão residir no interior de um único normativo.

O suposto conflito, por estar inserido no mesmo diploma legal, sendo assim, normas de mesma hierarquia, de mesma data e mesma especificidade deverá ser enfrentado recorrendo-se à interpretação sistemática.

As Constituições democráticas têm por uma de suas principais características o pluralismo, sendo elas compostas de normas que denotam as ideologias contrapostas que participaram do processo de formação e que, nesta perspectiva, muitos dos ideais políticos de setores da sociedade são divergentes e entram em conflito, sem, contudo, afastar o objetivo de proporcionar um consenso normativo fundante de todo o sistema jurídico. Essa pluralidade se estende ao círculo dos intérpretes constitucionais, pois o processo de interpretação da Carta Magna estaria além do contido no processo constitucional concreto. (Braga, 2008, p. 34)

E porque ela [Constituição] é resultante da condensação de diversas facções políticas e sociais que, muitas vezes, são antagônicas, bem como pelo fato de constituir um sistema aberto, eventualmente ocorrem tensões entre seus princípios. Nessa hipótese deve o intérprete buscar o sentido das normas constitucionais de forma a evitar contradições e, não sendo isso possível, deve balanceá-las para que sejam preservadas em sua essência. (Braga, 2008, p. 34).

Continua, ainda, a autora asseverando que as partes antagônicas pretendem o máximo de eficácia de seus direitos, mas essa eficácia poderá ser parcialmente afastada, num dado momento, para que outro possa prevalecer:

Num mundo com necessidades limitadas e bens escassos, não mais se admite que um proprietário, por exemplo, deixe de produzir, quer para prover alimentos necessários ao sustento da sociedade, quer para fornecer matéria-prima à indústria, ou, ainda, que não utilize o bem,

sequer para a habitação, dada a exigência de que a propriedade atenda a sua função social. De fato, o direito de propriedade e o interesse coletivo devem estar equilibrados no sistema jurídico. Assim, o legislador não pode restringir aquele além do necessário para que haja o atendimento à sua função social. (Braga, 2008, p. 215).

Nesse sentido, há de se convir que a pressuposição da existência de tensão normativa entre o art. 185, inciso II, e o art. 184, *caput*, c/c art. 186, todos da CF/1988, deve ser equacionada à luz da interpretação sistemática, visto ser esta a que melhor atenderia, dentre outras regras interpretativas, a máxima efetividade das normas constitucionais, ainda mais, sabendo-se que o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como preceitos isolados e desconexos, mas sim integrados a um sistema unitário de regras e princípios, como é a Constituição.

Dessa forma, o equacionamento de eventual tensão normativa no seio de uma Constituição, além de se valer da interpretação sistemática, deve-se socorrer também, do princípio da unidade dessa mesma Constituição.

Assim, com esteio no princípio da unidade da Constituição, e na interpretação sistemática, evidencia-se que a suposta tensão normativa decorrente da redação do artigo 185, II, em face da redação do artigo 184 c/c artigo 186 da Constituição de 1988, seria apenas aparente.

Isso implica dizer que a propriedade agrária que, embora atinja Grau de Utilização da Terra (GUT) igual ou superior a 80% e Grau de Eficiência na Exploração (GEE) igual ou superior a 100%, mas não utiliza adequadamente os recursos naturais disponíveis e nem respeita o meio ambiente, ou que desrespeita as relações de trabalho, ou que ainda não seja adequada à saúde e à qualidade de vida dos proprietários e trabalhadores e ainda das comunidades vizinhas, não estaria imune à desapropriação agrária.

Nessa mesma linha de conclusão é a lição de Oliveira:

Não há, portanto, incompatibilidade entre os arts. 184 c.c. o 186, incís. I a IV, e o 185, todos da Constituição Federal. A interpretação deve ser conjugada no sentido de que a propriedade produtiva não poderá ser objeto de desapropriação, desde que esteja cumprindo a sua função social. Entender-se o contrário seria admitir a possibilidade de se alcançar os níveis de produtividade agropecuária a qualquer custo, para tornar a propriedade intocável quanto à desapropriação. (Oliveira, 2008, p. 187).

A título de ilustração do acima exposto, traz-se à baila trechos da Sentença proferida nos autos da ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária nº 2004.43.00.001111-0 e 2004.43.00.000297-5, da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, referente ao imóvel “Fazenda Bacaba, naquele Estado:

[...] Não há dúvida, segundo os índices apurados pelo vistor judicial (GUT de 93% e GEE de 599%), de que a Fazenda Bacaba é produtiva. Entretanto, a produtividade, por si só, não a imuniza de desapropriação, se não atendidos, simultaneamente, os requisitos relativos a sua função social, exigidos no Art. 186 da Constituição Federal, reproduzidos no art. 9º da Lei nº 8.629/93. Está Patente que a Fazenda Bacaba vem sendo explorada economicamente ao arrepio das normas legais de preservação do meio ambiente, fazendo ressaír a conclusão de que o dito imóvel não cumpre a sua função social. [...] Em suma, a Fazenda Bacaba revelou índices satisfatórios de utilização da terra (93%) e de exploração econômica (599%), mas não esta imune à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária porque não cumpre a sua função social, especialmente no que tange ao requisito de preservação do meio ambiente. Ainda que haja divergências entre os índices de utilização da terra e de exploração econômica da Fazenda Bacaba encontrados pelo INCRA e os apurados pela perícia judicial, no bojo do Laudo Agrônômico de Fiscalização há também a motivação de descumprimento da função social relativa a degradação da reserva legal (fl.269), fato que, por si só, é suficiente para sustentar a conclusão de que o imóvel pode ser objeto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Assim, a Fazenda Bacaba, não obstante possua graus de utilização da terra e exploração econômica superiores aos estabelecidos em lei, não se enquadra no conceito de propriedade produtiva insuscetível de expropriação previsto no art.185, II, da CF/ 88, porque não atende ao requisito do art.186, II, Da Lei Maior. (grifei)

Além do caso da Fazenda Bacaba cabe registrar também que, conforme fonte obtida junto à Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Agrário (CONJUR/MDA), por meio dos Decretos Presidenciais publicados no Diário Oficial da União de 05/12/2006; de 16/04/2010 e 26/08/2010, respectivamente, o imóveis rurais denominados “Fazenda Antas”, “Fazenda Santa Elina” e “Fazenda Santo Antônio/Cabo de Aço foram declarados de interesse social para fins de reforma agrária a fundamento único de descumprimento da função sociambiental.

O primeiro imóvel mencionado acima apresentou GUT igual a 100,00 % e GEE igual a 100,00 %; o segundo imóvel apresentou GUT igual a 92,83 % e GEE igual a 100,00 % e o terceiro imóvel com GUT de 96,60 % e GEE de 259,50%. A ação judicial de desapropriação do primeiro imóvel já transitou em julgado e a dos outros dois imóveis encontram-se em trâmite nas respectivas seções judiciárias competentes.

Registra-se também, conforme fonte da CONJUR/MDA, que se encontram na Casa Civil da Presidência da República a proposta de decretação de mais dois imóveis por descumprimento único da função sociambiental, quais sejam: “Fazenda Corredeira”, com GUT e GEE iguais a 100,00% e “Fazenda Monte Cristo” com GUT igual a 100,00 e GEE igual 134,2%.

Com efeito, a exploração dos imóveis acima mencionados, se analisadas isoladamente à luz do inciso II do artigo 185 da CF/88 (propriedade produtiva), não seriam passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária. No entanto, como foi compreendida à luz do disposto no artigo 186 da referida Constituição, foram declarados de interesse social ao fundamento de descumprimento da legislação ambiental, embora tivessem alcançados índices de produtividade superiores aos exigidos por lei.

Não é demais assinalar também que, conforme dados da CONJUR/MDA, imóveis “Fazenda Castanhal/Cabeceiras”; “Fazenda Santa Luzia”; “Fazenda Aracanguá” “Fazenda Eldorado” e “Fazenda Araçá”, foram declaradas de interesse social para fins de reforma agrária a duplo fundamento: descumprimento da função econômica (inciso I, art. 186) e descumprimento da função ambiental (inciso II, art. 186), enquanto que a “Fazenda Nova Alegria” foi decretada por descumprir a função ambiental (inciso, II, art. 186) e a função bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (inciso IV, art. 186).

Percebe-se, então, ainda que de forma tímida, que a Autarquia agrária vem dando efetividade à proposição de desapropriação a único fundamento de descumprimento da função ambiental do imóvel agrário e que o Judiciário brasileiro vem fincando posicionamento de que o imóvel agrário, para escapar de eventual intervenção do Estado, deverá atender, simultaneamente, aos quatro requisitos encartados no artigo 186 da Carta Magna, não bastando que atinja apenas os índices de produtividade que sugere o inciso II do art. 185 em comento.

3 DA COMPETÊNCIA PARA O AFERIMENTO DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO AMBIENTAL DO IMÓVEL AGRÁRIO

Embora sabidamente reconhecido que o INCRA seja o atual órgão competente para executar a política de reforma agrária do país, há aqueles que entendem pela incompetência desse órgão para tratar

de assuntos ambientais afetos ao cumprimento da função social da propriedade.

Recorrendo-se à legislação pretérita à Constituição de 1988 e mesmo posterior a essa, verifica-se que o ente público que estaria legalmente legitimado para conduzir a desapropriação de imóveis agrários por não estarem cumprindo a função ambiental sempre foi o Ibra e, agora o seu sucessor Incra.

Dessa forma, começando-se pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, tem-se que o seu artigo 2º assegurou a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, e o parágrafo 1º desse mesmo artigo cuidou de dizer que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: i) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; ii) mantém níveis satisfatórios de produtividade; iii) *assegura a conservação dos recursos naturais*; e iv) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Mas qual órgão federal que iria promover essa desapropriação? A própria Lei nº 4.504/1964 cuidou de delimitar essa competência no seu artigo 22 ao estatuir que “é o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra) autorizado, para todos os efeitos legais, a promover as desapropriações necessárias ao cumprimento da presente Lei”.

Com efeito, coube ao então Ibra a tarefa de aferir o cumprimento da função social, tanto na vertente econômica, quanto na vertente ambiental e ou trabalhista. Se o legislador não restringiu a atuação do mencionado Instituto, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Com a criação do Incra, pelo Decreto-lei nº 1.110/1970, todas as atribuições do Ibra foram repassadas para o novel órgão responsável pela execução da reforma agrária, não sofrendo solução de continuidade com a promulgação da Constituição de 1988 e a edição da Lei nº 8.629/1993.

Por sua vez, a Norma de Execução Incra nº 95/2010 foi taxativa ao dizer em seu artigo 7º que o Incra seria o órgão federal competente para aferir o cumprimento da função social em todos os seus aspectos.⁶

Por último, a Lei nº 10.550, de 13 de novembro de 2002, que dispôs sobre a estruturação da Carreira de Perito Federal Agrário do Incra,

6 Norma de Execução INCRA nº 95/2010: Art.7º O Incra é o órgão federal competente para, na forma do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.629/1993, verificar o cumprimento da função social da propriedade, prevista no artigo 9º da mesma Lei.

atribuiu a esse profissional a competência para verificar o cumprimento da função social da propriedade.⁷

Com efeito, verifica-se, na legislação ora colacionada, que em momento algum, nem o Ibra e nem o seu sucessor Incra perderam ou mesmo tiveram suas competências legais compartilhadas com outros órgãos para promoverem a desapropriação de imóveis agrários, ao fundamento de descumprimento da função ambiental da propriedade.

Em razão de argumentações de que a autarquia agrária não teria competência para se pronunciar oficialmente acerca de questões ambientais e trabalhistas, Pinto Júnior e Farias (2004) enfrentaram essa questão no Parecer Conjunto/CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA/Nº 011/2004, oportunidade em que ficou registrado que nos casos em que o descumprimento legal puder ser objetivável de plano e demonstrado por simples operação de conta e conferência, caberia unicamente ao Incra proceder à objetivação, como, por exemplo, identificação de áreas de reserva legal e áreas de preservação permanente degradadas.

Assim, aponta o parecer que seria dispensável a contribuição do órgão ambiental competente para atestar descumprimento da função ambiental a fundamento de degradação evidente de áreas de preservação permanente obrigatória.

Com toda razão, não poderia o órgão executor da reforma agrária sancionar o infrator ambiental com multas, interdição de atividades, cassação de alvarás, dentre outros, mas poderia sancionar com a desapropriação com espede no art. 184 c/c 186, II, da CF/88.

Entretanto, ressaltam os subscritores do parecer, que haverá casos em que a complexidade do dano causado ao meio ambiente, em razão de suas peculiaridades, demandariam que os trabalhos de vistoria para aferimento do cumprimento da função social fossem realizados em conjunto com o órgão executor da política ambiental.

Registre-se que a atuação do órgão federal ambiental, nesse processo de aferimento do (des)cumprimento da função social do imóvel agrário, resumir-se-ia à elaboração de relatório circunstanciado do descumprimento da legislação de proteção dos recursos naturais.

7 Lei nº 10.550, de 2002: Art. 2º Os ocupantes do cargo de Engenheiro Agrônomo do Quadro de Pessoal do INCRA que integrarem a Carreira de Perito Federal Agrário têm por atribuições o planejamento, a coordenação, a orientação, a implementação, o acompanhamento e a fiscalização de atividades compatíveis com sua habilitação profissional inerentes às políticas agrárias e, mais especificamente: I - a vistoria, avaliação e perícia de imóveis rurais, com vistas na verificação do cumprimento da função social da propriedade, indenização de imóveis rurais e defesa técnica em processos administrativos e judiciais referentes à obtenção de imóveis rurais; [...] III - o pronunciamento conclusivo sobre a viabilidade técnica, econômica e ambiental, relativo à obtenção de áreas para fins de reforma agrária ou colonização;

É de se reconhecer que uma ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, ao fundamento de descumprimento do inciso II, do artigo 186 da Constituição Federal, por exemplo, vindo respaldada, além do Laudo Agrônômico de Fiscalização do INCRA, de outros documentos do órgão ambiental dando conta da degradação ambiental no imóvel expropriando, de juntada de cópias de autos de infração ambiental, bem como de notícia de ação civil pública ou ação penal por crimes ambientais, constrangeria em muito um juiz a negar o pedido de desapropriação, diante deste forte aparato probatório da lesão ao meio ambiente.

Portanto, é de se concluir que, se um imóvel agrário não cumpre a sua função socioambiental, o INCRA será o ente público competente para se pronunciar oficialmente sobre descumprimento dessa função e, a depender da existência de situações mais complexas, relatórios de fiscalização de órgão ambiental são fundamentais para ajudarem na instrução da ação de desapropriação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República, por exprimir valores políticos ou ideológicos divergentes, poderá apresentar tensões normativas em seu texto. No entanto, essas tensões serão aparentes e concretamente solucionáveis à luz da interpretação sistemática e escorada também no princípio da unidade da Constituição.

Dentre essas aparentes tensões normativas destacam-se o disposto nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5.º, bem assim, os artigos 184 c/c o 186, incisos I a IV, e o artigo 185, todos da Constituição Federal.

Conforme bem delineado no Parecer Conjunto/CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA/Nº 011/2004, no conceito de função social da propriedade está contido o conceito de produtividade, mas que no conceito de produtividade também estão contidas parcelas dos conceitos de função ambiental, função trabalhista e função bem-estar, isto é, que a função social é continente e conteúdo da produtividade.

A leitura interpretativa que mais preserva a unidade da constituição seria aquela que afasta do processo desapropriatório para fins de reforma agrária apenas a propriedade agrária produtiva (inciso II, art. 185) e que cumpre a função social (incisos I a IV, art. 186).

Embora não seja consenso, há de se admitir que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) é o órgão federal competente para promover a desapropriação agrária por descumprimento da função socioambiental do imóvel agrário.

Embora ainda não em grande quantidade, o Incra já vem promovendo a desapropriação de imóveis rurais, tidos por produtivos sobre a ótica economicista, mas descumpridores de sua função socioambiental, inclusive contando com o aval do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2012.

_____. *Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 05 mar. 2010.

_____. *Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 20

_____. *Lei nº 10.550, de 13 de novembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10550.htm>. Acesso em 23 dez. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União – *Acórdão nº 557/2004*. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Consultoria Jurídica.

_____. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *Norma de Execução nº 83, de 26 de maio de 2009*. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/institucional/legislacao--atos-internos/normas-de-execucao/file/358-norma-de-execucao-n-83-26052009>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária nº 2004.43.00.001111-0 e 2004.43.00.000297-5.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: jus Podivm. 2008.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. 1 ed. (ano de 2006), 5ª reimp./Curitiba: Juruá, 2010.

FRANCO, Rangel Donizete. *O Conteúdo do requisito ecológico da função social da propriedade imobiliária rural*. Trabalho apresentado no COMPedi, Fortaleza, 2010.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. 2 ed. São Paulo:Atlas, 1999.

MANIGLIA, Elisabete. *Atendimento da função social pelo imóvel rural, in O direito agrário na Constituição*, Organizadores: Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda e Mário Lúcio Quintão Soares. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto, FARIAS, Valdez Adriani. *Função Social da Propriedade: dimensões ambiental e trabalhista, in Parecer Conjunto/CPALNP-CGAPJP/CJ/MDA/Nº 011/2004* -Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.

PROPOSTA DE FORMATAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

PROPOSAL OF ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS REPORT

Iran Campos Costa ¹

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do
Desenvolvimento Agrário.*

SUMÁRIO: 1 Esclarecimentos iniciais; 2 Introdução; 3 Portarias; 4 Identificação do(s) possível(veis) autor(es) e do(s) fato(s) investigado(s); 5 Teses de defesa; 6 Lacunas (Intervalos) entre as portarias; 7 Notificações iniciais dos acusados; 8 Notificação do acusado para as audiências que realmente aconteceram, de oitiva de testemunhas; 9 Falta de deliberação sobre pedido de diligências formulado por acusado; 10 Falta de emissão de juízo, pelo trio processante, sobre todos os ilícitos e possíveis autores referidos no exame de admissibilidade; 11 Relação das notificações dos acusados sobre as peças juntadas; 12 Alegada coisa julgada material e revisão do processo; 13 Alegada falta de intimação do acusado para acompanhar o Presidente da comissão em diligências; 14 Alegada existência de Inquérito Policial

¹ Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Doutorando em Direito Constitucional.

instaurado com a mesma finalidade, o que Implicaria suspensão do processo administrativo; 15 Outras peças relacionadas aos postulados do contraditório, ampla defesa e devido processo legal; 16 Provas; 17 Enquadramento/Tipificação; 18 Pena; 19 Exemplo de análise das provas, enquadramento/tipificação e sugestão de pena; 20 Conclusão do relatório final; 21 Encaminhamentos; 21.1 Encaminhamento de cópia do PAD à secretaria da Receita Federal do Brasil; 21.2 Encaminhamento de informações ao Ministério Público; 21.3 Encaminhamento de informações à Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal; 21.4 Instauração de sindicância ou de outro PAD; 21.5 Outras recomendações; 22 Conclusão deste trabalho.

RESUMO: Este trabalho consiste em uma proposta de conteúdo e sequência de relatório de processo administrativo disciplinar. Tem como objetivo nortear os membros de comissão de processo administrativo disciplinar na identificação de nulidades ocorridas no seu transcurso. Visa, ainda, a orientar os membros de comissão sobre a necessidade de examinar-se a existência ou não de prejuízo do ato nulo, e, ainda, de afastar-se, expressamente, o ato prejudicial do relatório. Por derradeiro, objetiva-se esclarecer que a prova do ilícito deve ser demonstrada de forma analítica, sistemática e clara.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidades. Prejuízo. Sistematização das Provas.

ABSTRACT: This work consists of a content proposal and sequence of administrative disciplinary process report. It aims to guide the commission's members of administrative disciplinary process in identifying nullities that occurred in their course. It is also intended for guiding the commission's members on the need to examine the existence or not of null act damage, as well as distance itself, expressly, the harmful act report. By ultimate, the objective is to clarify that the illicit evidence must be demonstrated in a clear, systematic and analytical way.

KEYWORDS: Nullity. Damage. Systematization of Evidence.

1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Este trabalho foi elaborado visando a servir de subsídio escrito para o “Treinamento dos Membros de Comissão de Processos Disciplinares do Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA”, realizado pela Consultoria Jurídica junto ao MDA, Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA, com o auxílio da Controladoria-Geral da União – CGU/PR, da Corregedoria-Geral da Advocacia da União – CGAU e Consultoria-Geral da União – CGU/AGU, no auditório da Escola da Advocacia-Geral da União – EAGU, no ano de 2012.

Na elaboração deste material, houve a preocupação quanto ao menor uso de terminologias jurídicas, primando-se, antes, por um vocabulário acessível, mas que traduz os sentidos dos institutos jurídicos pertinentes ao processo disciplinar.

2 INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 151 da Lei nº 8.112/90², o relatório, também conhecido por relatório final, é o ato que, no processo disciplinar, antecede o julgamento.

Trata-se de peça processual que encontra disciplinamento legislativo no art. 165³ da Lei nº 8.112/90.

Segundo esse dispositivo, a comissão deverá, nesse relatório, resumir as peças principais dos autos, bem como mencionar as provas em que se baseou para formar a sua convicção. De acordo com o parágrafo primeiro do aludido art. 165, o relatório será conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. De acordo com o parágrafo segundo desse artigo, uma vez reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido e, ainda, as circunstâncias agravantes e atenuantes.

2 Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento.

3 Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção. § 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. § 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Outro dispositivo legal que norteia a elaboração do relatório final é o art. 128 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.112/90⁴. Nesse dispositivo, o legislador disciplina, na verdade, o julgamento. A autoridade julgadora, todavia, baseia-se no relatório final para emitir seu juízo. Por isso, conclui-se que o relatório também deve conter os elementos constantes do citado artigo 128.

Dessa forma, no relatório final deve haver referências à natureza e gravidade da infração, aos danos que dela provieram para o serviço público, às circunstâncias agravantes ou atenuantes e aos antecedentes funcionais do apenado. O parágrafo único desse artigo também prevê a identificação do fundamento legal, o que já se encontra estabelecido no citado artigo 165, bem como a causa da sanção disciplinar, ou seja, o fato praticado pelo indiciado.

Conclui-se, assim, que a comissão processante, na elaboração do relatório final, deve seguir as diretrizes traçadas nos citados artigos 165 e 128 da Lei nº 8.112/90.

Muito embora os mencionados artigos da Lei nº 8.112/90 apresentem o conteúdo do relatório final, eles não indicam a sequência do conteúdo do relatório final. Essa é a causa da falta de padronização dos relatórios finais, no que diz respeito à sua formatação.

No presente trabalho será *proposta* uma sequência de temas a ser adotada na elaboração do relatório final do Processo Administrativo Disciplinar – PAD.

Essa proposta tem como base, como fonte inspiradora, a necessidade de satisfação dos postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Também constitui fonte deste norte, a necessidade de sistematização da prova, ou seja, a forma de organização das ideias no processo de demonstração da prova de que certo fato aconteceu ou não, e, se for o caso, como ocorreu, de maneira a possibilitar sua precisa compreensão por parte da autoridade julgadora.

Todo esse esforço tem como finalidade evitarem-se as declarações de nulidade do processo administrativo disciplinar, tanto na órbita administrativa como na judicial.

Por derradeiro, nesta obra se trabalhará no enquadramento do ilícito administrativo a uma ou mais normas, bem como na aplicação da penalidade, na conclusão e nos encaminhamentos da tríade processante.

4 Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Cumprе ressaltar que os titulares da Consultoria-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Corregedoria-Geral da Advocacia da União firmaram a Portaria Conjunta nº 01, de 30 de maio de 2001.

Esse documento normativo dispõe sobre os elementos mínimos a serem observados na fundamentação das manifestações dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União em atividade de apoio a julgamento de procedimentos disciplinares.

Trata-se de elementos mínimos relacionados às formalidades e ao mérito do processo administrativo disciplinar, especialmente da matéria relacionada ao relatório final.

Por se tratar de norma a ser observada na elaboração das manifestações jurídicas sobre PAD, refletem diretamente sobre os trabalhos das comissões de processo administrativo disciplinar, tendo em vista que, caso não sejam observadas, serão ressaltadas no parecer jurídico, podendo, inclusive, implicar declaração de nulidade.

Confiram-se os termos dessa portaria:

PORTARIA CONJUNTA Nº 1, DE 30 DE MAIO DE 2011

Dispõe sobre os elementos mínimos a serem observados na fundamentação das manifestações dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União, em atividade de apoio a julgamento de procedimentos disciplinares.

O CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO, o PROCURADOR-GERAL FEDERAL e o CORREGEDOR-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhes conferem os artigos 35, 39, I, e 40, III, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e,

Considerando que, no curso das correções realizadas pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União, tem-se identificado heterogeneidade nas peças produzidas por diversos órgãos consultivos, na atividade de apoio a julgamento de procedimentos disciplinares, quanto à análise de aspectos formais e de mérito, e

Considerando a necessidade de se aprimorar os serviços consultivos, por meio da uniformização das respectivas atividades, resolvem:

Art. 1º A manifestação jurídica proferida no âmbito de órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, em sede de apoio ao julgamento de procedimento disciplinar, aferirá, quando for o caso:

I - a observância do contraditório e da ampla defesa;

II - a regularidade formal do procedimento, com verificação da adequação dos atos processuais ao ordenamento jurídico vigente, em especial:

a) se o termo de indiciamento contém a especificação dos fatos imputados ao servidor e as respectivas provas;

b) se, no relatório final, foram apreciadas as questões fáticas e jurídicas, relacionadas ao objeto da apuração, suscitadas na defesa;

c) se ocorreu algum vício e, em caso afirmativo, se houve prejuízo à defesa;

d) se houve nulidade total ou parcial indicando, em caso afirmativo, os seus efeitos e as providências a serem adotadas pela Administração;

III - a adequada condução do procedimento e a suficiência das diligências, com vistas à completa elucidação dos fatos;

IV - a plausibilidade das conclusões da Comissão quanto à:

a) conformidade com as provas em que se baseou para formar a sua convicção;

b) adequação do enquadramento legal da conduta;

c) adequação da penalidade proposta;

d) inocência ou responsabilidade do servidor.

Art. 2º O disposto no art. 1º, incisos I, II e IV, “b”, “c” e “d”, não se aplica aos casos de sindicância investigativa, sindicância patrimonial e submissão do processo, pela comissão, a julgamento antecipado.

Art. 3º A manifestação de que trata o art. 1º conterà relatório sucinto dos fatos sob apuração, abordagem sobre os principais incidentes ocorridos no curso do processo, fundamentação e conclusão.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY
Consultor-Geral da União

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

ADEMAR PASSOS VEIGA
Corregedor-Geral da Advocacia da União

Observa-se que essa portaria impõe aos membros da Advocacia-Geral da União a obrigatoriedade de averiguar se os membros da comissão processante atenderam, basicamente, aos postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como se eles trataram de forma clara sobre os fatos imputados aos investigados.

3 PORTARIAS

É tradicional que se inicie os relatórios finais com a citação das portarias de constituição da comissão e de prorrogação do prazo de conclusão. Visa-se, com a citação dessas portarias, a demonstração de que os trabalhos da comissão aconteceram dentro dos prazos estabelecidos pela autoridade constitutiva da comissão. Dessa forma, o relatório final se inicia, em regra, da seguinte forma:

PORTARIA/INCRA/GAB/Nº xxx, de 22/06/2009, publicada no BS nº 25, da mesma data, constituindo a presente comissão de processo administrativo disciplinar para.... (fls. 02); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº xxx, *prorrogando* por mais 60 dias o prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 43); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº xxx, de 17/08/2009, publicada no BS nº 33, da mesma data, constituindo novamente a comissão para dar continuidade às investigações e concedendo mais 60 dias de prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 289); PORTARIA/INCRA/

GAB/Nº *xxx*, de 13/10/2009, publicada no BS nº 41, da mesma data, *prorrogando* por mais 60 dias o prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 359); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº *xxx*, de 14/12/2009, publicada no BS nº 50, da mesma data, *constituindo* novamente a comissão para dar continuidade às investigações e concedendo mais 60 dias de prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 407); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº, *xxx* de 08/02/2010, publicada no BS nº 06, da mesma data, prorrogando por mais 60 dias o prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 454); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº, *xxx* de 12/04/2010, publicada no BS nº 15, da mesma data, constituindo novamente a comissão para dar continuidade às investigações e concedendo mais 60 dias de prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 486); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº *xxx*, de 07/06/2010, publicada no BS nº 23, da mesma data, prorrogando por mais 60 dias o prazo para a conclusão do presente Processo Administrativo Disciplinar (fls. 575); PORTARIA/INCRA/GAB/Nº *xxx*, de 09/08/2010, publicada no BS nº 32, da mesma data, *constituindo* novamente a comissão para dar continuidade às investigações e concedendo mais 60 dias de prazo para a conclusão dos trabalhos investigatórios (fls. 596)...

Em alguns casos, ocorre(m) lacuna(s) entre as portarias. A análise dessas lacunas, ou intervalos, entre as portarias, será realizada oportunamente.

4 IDENTIFICAÇÃO DO(S) POSSÍVEL(VEIS) AUTOR(ES) E DO(S) FATO(S) INVESTIGADO(S)

Entendemos que, após a citação das portarias, a comissão deve passar a identificar o(s) autor(es) e o(s) fato(s) investigado(s) ao longo do PAD.

Assim, sugere-se que seja adotada a seguinte redação, ou outra que a equivalha:

“Iniciou-se o presente Processo Administrativo Disciplinar com a finalidade de investigar a informação de que:

- a) FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO, devidamente qualificado no auto de qualificação e interrogatório de fls. xxx:

- a. usou o cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx para abastecer e realizar manutenção em seu veículo particular, no período compreendido entre xx/xx/xxxx a xx/xx/xxxx.
 - b. recebeu propina para realizar atos de seu ofício.
- b) FILISBRINA DE SOUZA, devidamente qualificada no auto de qualificação e interrogatório de fls. xxx:
- a. usou a senha de outro servidor para acessar o Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR.
 - b. pagou diárias a si mesma, sem justa causa, bem como a seu genitor, que não é servidor público.”

Não se trata de repetição dos ilícitos imputados aos indiciados no ato de indicição, mas sim dos fatos que ensejaram a instauração do PAD. Esses fatos devem, necessariamente, estar especificados no processo que serviu de base para a instauração do PAD, de preferência na peça jurídica em que se justificou a necessidade de constituição da comissão para investigar o(s) ilícito(s).

Na hipótese de se identificar e investigar outros ilícitos conexos ao longo das apurações, esses novos ilícitos também devem ser citados nessa primeira parte do relatório.

Os exculpados também deverão figurar nessa parte inicial do relatório, com a informação de que se trata de investigado exculpado.

A exculpação pode ocorrer antes do indiciamento, após o indiciamento e antes do relatório e, ainda, no próprio relatório final.

Caso a exculpação tenha ocorrido antes do indiciamento ou entre o indiciamento e o relatório final, o colegiado deverá expor, nessa parte inicial do relatório, que exculpara determinado acusado, bem como indicar as folhas do processo em que procedera a exculpação.

Na hipótese de se proceder a exculpação no relatório final, sugere-se que isso ocorra no momento em que a tríade examinar os ilícitos imputados a cada investigado. Ainda nesse caso, é necessário que a tríade esclareça, nessa parte inicial do relatório, que se trata de acusado que será exculpado.

Logo após, passa-se a expor sobre o indiciamento, identificando o(s) acusado(s) que foi(ram) indiciado(s) e o(s) fato(s) que levou(aram) a seu(s) indiciamento(s).

A indicição, ao lado da defesa escrita e do relatório final, é uma das principais peças do processo administrativo disciplinar.

Por isso, na elaboração do relatório final deve haver expressa referência à indicição. Não se faz necessária a transcrição de toda ela.

Tendo em vista a importância da indicição, passa-se a se fazer pequenas considerações sobre ela. Segundo o art. 161da Lei nº 8.112/90⁵, no ato de indicição a tríade deve especificar os fatos ilícitos, realizar a tipificação e, por último, identificar as provas de cada fato imputado ao indiciado.

Assim, o colegiado deve registrar na indicição, e repetir no relatório final, o(s) fato(s) praticado(s) pelo(s) indiciado(s) que ela reputou ilícito(s). Trata-se de identificação de fato, e não de dispositivo de lei. *Fato*, por exemplo, é o uso da senha de terceiro; a expedição de CCIR que não poderia ser expedido; chamar o colega de serviço de irresponsável, desorganizado e idiota.

Observe que, no último exemplo, o fato não é: tratar com falta de urbanidade as pessoas. Tratar com urbanidade as pessoas é o dever funcional que se viu desobedecido. Esse dever se encontra previsto no art. 116, XI, da Lei nº 8.112/90.

Por isso, a tríade deve indiciar o servidor pelo fato de ele ter chamado o colega de serviço de irresponsável, desorganizado e idiota. A tríade não pode indiciá-lo, identificando como *fato* a ação de faltar com urbanidade para com as pessoas. Ela também não pode indiciá-lo por ter violado o art. 116, XI, da Lei nº 8.112/90.

Observa-se, assim, que o primeiro elemento a ser identificado na indicição é o fato.

Feita a identificação do fato, o colegiado deve passar a realizar a tipificação. A tipificação é o enquadramento, a subsunção, a adequação do fato já especificado à norma, a um dispositivo, a um artigo, parágrafo, inciso, alínea. Geralmente ao artigo 116, ou 117, ou 132 da Lei nº 8.112/90, sendo que também pode haver tipificação com base em outras normas.

Assim, após a narrativa do fato, na indicição, passa-se a esclarecer que aquele fato se enquadra em uma determinada norma.

É bem verdade que o STJ já entendeu que a ausência desse enquadramento não implica nulidade, conforme se observa da ementa abaixo:

“[...] 4. O ato de indiciamento que contém a precisa e correta descrição dos fatos imputados ao Servidor, não incorre em ilegalidade alguma,

⁵ Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

ainda que ausente a capitulação da conduta, uma vez que a defesa é exercitada contra os fatos imputados e não contra a sua eventual tipificação jurídica, como assente na jurisprudência dos Tribunais, sem minimizar a importância dessa definição, para não deixá-la *ab libitum* da Comissão Processante. (...)” (MS 13518/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 05/12/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 19/12/2008)

Não obstante, o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por diversas vezes, no sentido de que deve constar a tipificação do ilícito no ato de indicição. Confiram-se as decisões proferidas nos Mandados de Segurança n°s 7239, 9201, 9344, 6853, 8146, 8291, 7066, 8259, 7074, 7795 e 6554, todos do Distrito Federal, dentre outros.

Sendo assim, é recomendável que a comissão realize a subsunção da conduta a uma determinada norma no ato de indicição.

Por derradeiro, a tríade deve identificar, no ato de indicição, as provas constantes do processo administrativo disciplinar que lhe levaram a concluir que os fatos estão comprovados.

No que diz respeito ao relatório final, não se faz necessária a transcrição, nele, da parte da indicição em que se especifica as provas. É que a prova, no relatório final, encontra disciplinamento no art. 165 da Lei n° 8.112/90, já referido.

Embora as provas possam ser as mesmas, na indicição o colegiado deve fazer, apenas, a indicação das provas, para que o indiciado possa exercer seu direito de defesa conhecendo os elementos de prova onde o colegiado se baseou para imputar-lhe a conduta ilícita.

No relatório final, todavia, não basta a mera indicação dos elementos de prova, fazendo-se necessária, ainda, a *demonstração* de que o fato ocorreu, com base nesses elementos de prova. A forma de se demonstrar que o fato ocorreu será mais bem abordada quando da análise, neste trabalho, da prova.

Dessa forma, recomenda-se que a tríade não transcreva no relatório final a parte da indicição em que ela especificou as provas. Isso, para evitar confusão entre a prova do art. 161 e a prova do art. 165, ambos da Lei n° 8.112/90. Além do que, essa transcrição pode levar a tríade a entender que não precisa realizar a *demonstração* da prova de que o fato ocorreu, conforme estabelece o art. 165, já mencionado.

Sugere-se, assim, que no relatório final, ao se referir à indicição, seja adotada a seguinte redação:

“Após o encerramento da instrução do presente PAD, esta tríade indiciou:

1) FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS, por haver:

a. usado o cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx para abastecer e realizar manutenção em seu veículo particular, no período compreendido entre xx/xx/xxxx a xx/xx/xxxx, o que, para o colegiado, também caracterizou violação ao inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

2) FILISBRINA DE SOUZA, por ter:

a. usado a senha de outro servidor para acessar o Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR, o que caracterizou, para a tríade, desobediência ao dever funcional previsto no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112/90, c/c art. 3º da Portaria/INCRA/nº xyz/TV.

b. pagado diárias a si mesma, sem justa causa, bem como a seu genitor, que não é servidor público, o que caracterizou violação ao inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90.”

Dessa forma, identificam-se a(s) pessoa(s) e o(s) fato(s) investigado(s) em primeiro lugar, inclusive aquele(s) que consta(m) na indicição, para que o leitor do relatório final direcione, desde logo, sua atenção a esses elementos, que constituem a razão de ser do PAD.

5 TESES DE DEFESA

De acordo com o art. 165 da Lei nº 8.112/90, já citado, no relatório se resumirão as principais peças dos autos. Essas principais peças devem ser entendidas como sendo aquelas relativas ao procedimento, tendo em vista que o conteúdo da prova se encontra na segunda parte desse artigo. Dessa forma, somente se colocam no relatório final os principais procedimentos da comissão.

Considerando-se a necessidade de evitar-se a declaração de nulidade do processo por autoridade administrativa ou judicial, pode-se concluir que essas peças são aquelas que visam à satisfação dos postulados constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Partindo-se dessa compreensão, fazem-se desnecessárias referências, no relatório final, a todas as peças firmadas pela tríade ao

longo do processo disciplinar. Dispensam-se, por isso, as referências a ofícios encaminhados, ofícios recebidos, memorandos encaminhados, memorandos recebidos, diárias, combustível e manutenção de veículos, deslocamentos, passagens aéreas, atas dos trabalhos, termos de diligências, relatórios parciais, termos de juntadas, etc.

Assim, aconselha-se que, após a citação das portarias e dos investigados, a tríade passe a examinar as possíveis nulidades, reconhecidas de ofício ou arguidas pelo indiciado, em seu interrogatório ou em sua defesa escrita.

Por isso, sugere-se que, após a identificação dos investigados e dos ilícitos apurados, sejam colocadas as teses de defesa no relatório final.

Devem ser sintetizadas no relatório final todas as teses de defesa, de todos os indiciados, em um campo próprio, que pode ser intitulado por DEFESA. A tríade não pode esquecer que o interrogatório também é uma peça de defesa. Por isso, nesse campo do relatório também as teses de defesa contidas no interrogatório do indiciado.

Sugere-se que a comissão inicie o tópico com as teses comuns, aquelas apresentadas por mais de um indiciado; para, logo após, citar o(s) nome(s) de cada indiciado e as teses a ele(s) pertinente(s).

As defesas se relacionam ao processo e/ou fato(s) investigado(s).

As análises das teses devem acontecer em momentos distintos. Não se abre um tópico para a análise de todas as teses de defesa de todos os indiciados de uma só vez.

As teses relativas ao processo são aquelas que, se acolhidas, poderão resultar benefício para todos os indiciados. Um exemplo dessa espécie de defesa é a alegação de vício na constituição da tríade processante, como, por exemplo, sua composição por servidor ainda em estágio probatório, quanto ao cargo que ocupa ⁶. Observe que, nesse caso, em sendo acatada a alegação, a tese beneficiará a todos os indiciados.

6 “ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DE INQUÉRITO. ART. 149 DA LEI 8.112/90. IMPEDIMENTO LEGAL DO MEMBRO NÃO ESTÁVEL. ESTABILIDADE PARA O SERVIÇO PÚBLICO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cesário Augusto Alcântara Ferreira em face de ato do Ministro de Estado da Fazenda, consubstanciado na edição da Portaria n. 255, de 17 de maio de 2011, que demitiu o impetrante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. 2. O cerne da presente controvérsia está em definir se o *impedimento legal* a que se refere o art. 149 da Lei 8.112/90 e que, vale destacar, *visa garantir a imparcialidade dos membros que compõem a comissão processante*, diz respeito ao serviço público ou ao cargo ocupado no momento de sua designação. 3. Há de se considerar que a estabilidade no serviço público garante ao servidor a permanência no serviço público após a sua nomeação em virtude de aprovação em concurso público, exceto na hipótese de demissão por uma justificada causa após o regular trâmite do processo administrativo disciplinar ou sentença judicial transitada em julgado. Essa estabilidade está constitucionalmente assegurada no art. 41 da atual Carta Magna, alterada pela

Essas teses podem resultar nulidade total ou parcial do processo. Por isso, sua apreciação deve ocorrer em momento próprio, distinto do momento do exame das teses relativas aos fatos. Elas devem ser analisadas quando da apreciação das possíveis nulidades identificadas pela tríade ou sustentadas pelos indiciados.

A segunda espécie de tese diz respeito às alegações relacionadas ao(s) fato(s) imputado(s) ao(s) servidor(es). Nesse caso, a tríade deve apreciar essas teses quando da análise das provas relacionadas a esse(s) fato(s). Não faz sentido a análise dessas teses em momento anterior ou posterior ao da apreciação do fato à luz do conjunto probatório. É no momento da análise das provas que tais teses devem ser apreciadas.

Confira-se o exemplo abaixo, em que se elencam as teses comuns da defesa, bem como as teses de cada indiciado, nessa sequência:

Emenda Constitucional n. 19/1998, que passou o período aquisitivo de dois para três anos de efetivo exercício. Também o artigo 21 estabelece os requisitos e prazo para aquisição da estabilidade, ao dispor que “o servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício”. (prazo 3 anos – vide EMC nº 19). 4. De outro lado, para alcançar a estabilidade do serviço público, além de cumprir o prazo estipulado no referido art. 41 da CF, o servidor deve passar por um período de experiência para avaliar a sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, lapso denominado estágio probatório, disciplinado pelo art. 20 da Lei 8.112/90. 5. Ao que se observa dos dispositivos citados, a estabilidade no serviço público e o estágio probatório do servidor são institutos jurídicos distintos, porque aquela se refere ao serviço público e é adquirida pelo decurso do tempo, enquanto que o estágio probatório é imposto ao servidor para aferição de sua aptidão vocacional e sua capacidade para ocupar determinado cargo. Tanto é que o servidor não aprovado no estágio probatório para determinado cargo, se já estiver garantido a sua estabilidade para o serviço público, será reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, consoante dispõe o parágrafo segundo do art. 20 da mencionada lei 8.112. 6. O caput do art. 149 da Lei n. 8.112/90, ao estabelecer que a Comissão de Inquérito deve ser composta de três servidores estáveis, a fim de assegurar maior imparcialidade na instrução, fez referência a servidores que tenham garantido a sua permanência no serviço público após a sua nomeação em virtude de aprovação em concurso público, nos termos do art. 41 da atual Carta Magna, ou seja, que tenham garantido a *estabilidade no serviço público, e não no cargo ocupado à época de sua designação para compor a comissão processante*. 7. No caso dos autos, é fato incontroverso de que o servidor Carlos Marconi, membro vogal da comissão de inquérito, fora aprovado em concurso público para o cargo de Técnico do Tesouro Nacional, tendo entrado em exercício em 15.5.1991, e adquirido estabilidade no serviço público em 14.5.1993, considerando que a legislação então vigente estabelecia o prazo de dois anos. Em 21.12.2001, aprovado em concurso público ulterior, o mencionado servidor foi nomeado para o cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, entrando em exercício em 14.1.2002. Assim, quando indicado em 14.3.2012 para, na condição de membro vogal, integrar a comissão de inquérito incumbida de apurar as irregularidades atribuídas ao impetrante, o servidor Carlos Marconi já havia adquirido a estabilidade para o serviço público federal, tendo cumprido o requisito imposto pelo art. 149 da Lei 8.112/90. Desta feita, não há falar em nulidade do processo administrativo que resultou na aplicação da pena máxima de demissão. 8. Segurança denegada” (MS 17.583/DF. Relator para o Acórdão: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do Julgamento: 12/09/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 03/10/2012 – grifou-se)

"DEFESAS

DEFESAS COMUNS

Em suas defesas, os indiciados A e B sustentam a nulidade da portaria de instauração, tendo em vista que no aludido ato instaurador não se especificou as condutas atribuídas a eles, tampouco o dispositivo legal que teria sido violado.

DEFESAS DO INDICIADO A

Assevera-se na peça de defesa, a título de revisão do processo, que as comissões anteriores já teriam opinado por uma determinada penalidade, o que teria sido aplicado ao defendente, razão pela qual não caberia o agravamento da penalidade, até porque a matéria já se encontraria sob o manto da coisa julgada administrativa, insuscetível, segundo a defesa, de sofrer mutações administrativas.

Pretende-se na defesa escrita, por outro lado, a declaração de nulidade do processo, ao argumento de que o presidente da comissão teria efetuado diversas diligências sem a prévia intimação do indiciado, o que implicaria violação ao artigo 156 da Lei nº 8.112/90.

DEFESAS DA INDICIADA B

Em sua defesa, esclarece a indicada sobre a existência de inquérito policial instaurado com o fito de apurar o mesmo episódio de que versam estes autos. Assim, defende a necessidade de se suspender o presente processo administrativo disciplinar até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na Justiça Penal."

Ressalte-se, todavia, que a análise das teses processuais deve acontecer quando da apreciação de todas as possíveis causas de nulidade identificadas pela tríade ou invocadas pelos indiciados, e não após a citação das teses de defesa.

6 LACUNAS (INTERVALOS) ENTRE AS PORTARIAS

Conforme já esclarecido, em alguns casos ocorrem lacunas, ou intervalos entre as portarias. Essas lacunas surgem quando uma portaria é publicada após o termo final da portaria anterior. Nesse caso, o período compreendido entre o termo final da portaria anterior e a data da entrada em vigor da posterior constitui uma lacuna ou intervalo entre as portarias.

A situação se agrava quando a nova portaria é de prorrogação, tendo em vista que não se prorroga prazo extinto. Assim, a portaria de prorrogação publicada após o termo final da anterior não produz efeito. O período de sua vigência também constitui lacuna, segundo o entendimento do signatário deste trabalho.

Não basta que a comissão faça referência, no relatório final, às portarias editadas ao longo das apurações. A principal finalidade de se fazer alusão a essas portarias é a identificação das aludidas lacunas e o saneamento dos vícios que delas podem resultar.

Dessa forma, havendo tais intervalos, cabe à comissão identificar cada um deles. Esse trabalho se faz com a comparação dos termos iniciais e finais das portarias.

Na contagem do prazo, deve-se lembrar de que, segundo o art. 238da Lei nº 8.112/90⁷, exclui-se o dia do começo e se inclui o do vencimento. Por isso, não se conta o dia da publicação da portaria. Começa-se a contar o prazo no dia seguinte ao de sua publicação.

Por outro lado, inclui-se no cômputo o termo final do prazo, que se prorroga para o dia útil subsequente, caso caia em um dia em que não há expediente. Partindo-se desse entendimento, confira-se o exemplo de redação abaixo:

“Registre-se, inicialmente, que a publicação da PORTARIA Nº *A*, de *constituição*, ocorreu em 15/07/2011, tendo como termo final 13/09/2011. Somente em 16/09/2011 é que aconteceu a publicação da PORTARIA *B*, de *prorrogação*, que começou a produzir seus efeitos em 17/09/2011. Destarte, não vigorou nenhuma portaria no período compreendido entre 14/09/2011 e 16/09/2011.

Ainda quanto à Portaria nº *B*, de *prorrogação*, registre-se que, quando de sua entrada em vigor, não mais vigorava a portaria anterior, de nº *A*. Dessa forma, a Portaria nº *B* não poderia ser de *prorrogação*, tendo em vista que não se prorroga prazo já extinto. Por isso, citada Portaria nº *B* não produziu qualquer efeito durante seus 60 dias de vigor. Dessa forma, no período compreendido entre 17/09/2011, data da entrada em vigor da Portaria nº *B*, e 16/11/2011, termo final de sua vigência, essa portaria não produziu efeitos.

7 Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.

Por outro lado, a citada PORTARIA Nº B, muito embora não tenha produzido qualquer efeito, vigorou até 16/11/2011. Apenas em 19/11/2011 é que foi publicada a PORTARIA Nº C, de *constituição*, que passou a vigorar em 20/11/2011. Assim, durante o período compreendido entre 17/11/2011 e 19/11/2011 não vigorou qualquer portaria.

A citada PORTARIA Nº C, por seu turno, vigorou até 18/01/2012. A portaria que lhe sucedeu, qual seja a de número D, de *constituição*, foi publicada em 25/01/2012, passando a vigora em 26/01/2012. Destarte, durante o período compreendido entre 19/01/2012 e 25/01/2012 não vigorou qualquer portaria.”

Quando da elaboração do relatório final, a tríade, a par de identificar tais lacunas, também deve averiguar se nelas houve a produção de ato processual. Recomenda-se que nessas lacunas ou intervalos a comissão não pratique nenhum ato.

Caso tenha ocorrido a prática de algum ato nesses intervalos, a tríade deve averiguar se o ato é de instrução ou não. Em se tratando de ato de instrução, cabe ao trio examinar se dele resultou prejuízo ao acusado, ou seja, se nesse ato colheu-se alguma informação prejudicial ao acusado. Aqueles que prejudicarem o acusado deverão ser identificados pela tríade, quando da elaboração do relatório final. Eles terão de ser excluídos expressamente do relatório final, para evitar futura declaração de nulidade.

Dessa forma, após a identificação das lacunas ou intervalos entre as portarias, a tríade deverá elaborar um dos parágrafos abaixo:

“Muito embora tenham ocorrido as lacunas entre as portarias acima identificadas, nesses intervalos não se praticou qualquer ato, razão pela qual não há se falar de nulidade. [...]”

Constata-se, por outro lado, que nos aludidos intervalos entre as portarias praticou-se os atos x, y e z. Averigua-se que não se trata de atos de instrução. Por isso, não ocorreu qualquer nulidade. [...]”

Constata-se, por outro lado, que nos aludidos intervalos entre as portarias praticou-se os atos x, y e z. Trata-se de atos de instrução. No entanto, nenhum deles causou prejuízo ao acusado. Sendo assim, não é o caso de se declarar nulidade. [...]”

Constata-se, por outro lado, que nos aludidos intervalos entre as portarias praticou-se os atos x, y e z. Trata-se de atos de instrução. No que diz respeito especificamente ao ato y, percebe-se que dele resultou prejuízo ao acusado, já que nele se evidencia a ilicitude praticada pelo servidor. Por isso, esse ato fica expressamente excluído da análise desta comissão. Não é o caso de se reiniciar a instrução, tendo em vista que o ato zz também demonstra o ilícito praticado pelo servidor e esse ato não se encontra viciado.”

Observa-se, assim, que a citação das portarias não constitui mera formalidade. Ela tem como objetivo principal a identificação de intervalos entre as portarias e se nesses intervalos houve a produção de algum ato de instrução que possa vir a prejudicar o indiciado. Tudo isso objetivando retirar-se o ato viciado da análise do trio, e, assim, do relatório, o que evitará arguição de nulidade por parte do acusado.

7 NOTIFICAÇÕES INICIAIS DOS ACUSADOS

Uma das principais peças processuais do PAD é a notificação inicial do acusado. A ausência dessa peça constitui nulidade. Por isso, trata-se de peça principal, que deve ser citada no relatório final.

8 NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO PARA AS AUDIÊNCIAS QUE REALMENTE ACONTECERAM, DE OITIVA DE TESTEMUNHAS

Por outro lado, viola os aludidos postulados constitucionais a falta da notificação do acusado para a audiência de oitiva de testemunhas, ou sua notificação em um período menor do que três dias de antecedência.

Destarte, cabe à comissão identificar, no relatório final, a(s) testemunha(s) que prestou(aram) seu(s) depoimento(s) sem a(s) prévia(s) notificação(ões) do acusado sobre as data(s), local(is) e horário(s) da(s) audiência(s), ou com notificação(ões) levada(s) a efeito com menos de três dias de antecedência da audiência.

Assim, antes de referir-se ao conteúdo dos depoimentos das testemunhas, a comissão deve abrir um campo no relatório final para tratar da questão relacionada à existência ou não de notificação(ões) do acusado para oitiva(s) de testemunha(s) *que realmente prestou(aram) seu(s) depoimento(s)*.

Observa-se, assim, a desnecessidade de se fazer referência, no relatório final, a todas as notificações do acusado para as audiências de ouvidas de testemunhas.

Para a comprovação de que a tríade obedeceu aos citados postulados constitucionais, não se fazem necessárias referências à notificação do acusado para a audiência de inquirição de testemunha que, efetivamente, não prestou seus depoimentos. É que a referência, no relatório final, a essa espécie de notificação não constitui prova de obediência aos mencionados princípios constitucionais.

Explique-se. Pode acontecer o caso de a tríade notificar o acusado para a oitiva da testemunha JOÃO DOS ANZÓIS e a audiência não vir a ocorrer. Posteriormente, JOÃO DOS ANZÓIS apresenta seus depoimentos sem a prévia notificação do acusado. Nessa hipótese, a primeira intimação não satisfaz os aludidos princípios, que se viram violados quando da oitiva da mesma testemunha em data posterior.

Se assim é, mostra-se sem finalidade a citação, no relatório final, da aludida intimação. Esse é o porquê de se afirmar que no relatório final devem ser relacionadas *apenas* as intimações do acusado para oitivas de testemunhas *que realmente prestaram seus depoimentos*.

Assim, cabe à comissão realizar a análise abaixo, ao fazer referências às notificações do acusado para a oitiva de testemunhas.

Primeiro, analisar se o acusado foi notificado com três dias de antecedência da oitiva da testemunha. Caso tenha sido notificado com dois dias ou menos de antecedência, ou não tenha sido notificado, a tríade deve destacar esse equívoco no relatório final.

Segundo, examinar se o acusado compareceu à audiência de inquirição de certa testemunha, mesmo não tendo sido notificado ou havendo sido notificado intempestivamente. Caberá ao trio consignar esse fato no relatório final.

Terceiro, na hipótese de ausência do acusado à audiência de testemunha para a qual ele não foi notificado com três dias de antecedência, avaliar se dos depoimentos daquela testemunha resultou prejuízo ao acusado. Caso haja, incumbe à tríade excluir expressamente os depoimentos dessa testemunha no relatório final.

Dessa forma, a tríade elaborará um dos parágrafos abaixo, ao aferir a questão das intimações do acusado para a oitiva de testemunhas:

“A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado foi regularmente notificado, conforme comprova a intimação autuada às fls xy, havendo comparecido à audiência. [...]”

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o

acusado foi notificado com apenas um (ou dois) dia(s) de antecedência, conforme documento de fls. xy. No entanto, compareceu à audiência, o que convalida o vício procedimental. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado não foi notificado. No entanto, compareceu à audiência, o que convalida o vício procedimental. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado foi regularmente notificado, conforme comprova a intimação autuada às fls xy, não havendo, todavia, comparecido. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado foi notificado com apenas um (ou dois) dia(s) de antecedência, conforme documento de fls. xy, não havendo comparecido. No entanto, as declarações dessa testemunha não trouxeram nenhum prejuízo ao acusado. Sendo assim, não é o caso de se reabrir a instrução para nova oitiva desta testemunha. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado não foi notificado, deixando, assim, de comparecer ao ato. No entanto, as declarações dessa testemunha não trouxeram nenhum prejuízo ao acusado. Sendo assim, não é o caso de se reabrir a instrução para ouvir novamente a testemunha. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado foi notificado com apenas um (ou dois) dia(s) de antecedência, conforme documento de fls. xy, não havendo, por isso, comparecido à audiência. As declarações dessa testemunha trouxeram prejuízo ao acusado. Por isso, não serão usada nesse relatório como prova da responsabilidade do servidor. [...]

A testemunha JOÃO DOS ANZÓIS, (qualificação), prestou seu depoimento às fls. xyz. Da audiência de inquirição dessa testemunha o acusado não foi notificado, deixando, assim, de comparecer ao ato.

As declarações dessa testemunha trouxeram prejuízo ao acusado. Por isso, não serão usadas como prova da responsabilidade do servidor.”

Na hipótese, todavia, de serem indispensáveis os depoimentos viciados, sob pena de não se poder provar a responsabilidade do servidor, caberá à comissão reabrir a instrução e reinquirir a testemunha, dessa vez com a prévia notificação do acusado para a audiência de inquirição da testemunha.

Nos processos penais, quando o réu não comparece à audiência, o Juiz examina se ele foi regularmente notificado para o ato. Caso o magistrado detecte a ausência de notificação, deixa de ouvir a testemunha e remarca sua audiência para data posterior.

Objetiva-se, com essa espécie de saneamento, evitar futura alegação de nulidade, por vício de violação aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

9 FALTA DE DELIBERAÇÃO SOBRE PEDIDO DE DILIGÊNCIAS FORMULADO POR ACUSADO

O art. 153 da Lei nº 8.112/90 garante a aplicabilidade do princípio da ampla defesa nos procedimentos disciplinares. Tal dispositivo vincula a ampla defesa à utilização dos meios e recursos admitidos em direito. Confira-se:

“Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado *ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.*” (grifou-se)

Dentre esses meios e recursos admitidos em Direito, figura a faculdade de o acusado produzir provas, contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial, conforme estabelecido no art. 156 da Lei nº 8.112/90, que apresenta o seguinte teor:

“Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, *arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*” (grifou-se)

O inciso X do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, por seu turno, também garante o direito à produção de provas nos processos administrativos em geral, de que é espécie o disciplinar:

“Art. 2º [...] *Parágrafo único*. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à *produção de provas* e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;” (grifou-se)

Não obstante, os §§ 1º e 2º do art. 156 da Lei nº 8.112/90 estabelecem a possibilidade de o presidente da comissão indeferir pedidos que considerar impertinentes, meramente protelatórios e de prova pericial quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito, conforme se observa de seus termos:

“Art. 156 [...] § 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. § 2º Será *indeferido* o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.” (grifou-se)

Ressalte-se, todavia, que os transcritos parágrafos, ao estabelecerem tais hipóteses de indeferimento, impõem a necessidade de edição de um ato denegatório. Dessa forma, cabe ao presidente da comissão, diante de um pedido de produção de provas formulado pelo acusado, analisá-lo, deferindo-o ou não.

Dessa forma, a comissão processante, ao sanear o processo no relatório final, pode se deparar com a situação em que seu presidente deixou de deliberar sobre pedido de produção de prova.

Nesse caso, a tríade não poderá manter-se silente, pois o silêncio do trio, frente a um expresso pedido de produção de provas, não implica denegação. Por isso, a ausência de deliberação viola o postulado da ampla defesa.

No que toca ao assunto, confira-se a seguinte ementa, em que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso em mandado de segurança, concluiu pela necessidade de anular parte de processo administrativo disciplinar, tendo em vista que a comissão processante deixou de deliberar sobre expresso pedido de produção de prova formulado pelo acusado:

“RECURSO ORDINÁRIO. DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO DISCIPLINAR. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. [...] VII - Inexistindo a

oportuna manifestação da Comissão Disciplinar acerca da produção de determinada prova devidamente requerida pelo servidor indiciado, faz-se necessário anular o feito para que esse pedido seja atendido, ou que seja apreciado de modo motivado, anulando-se, por conseguinte, os atos praticados a partir da fase instrutória do PAD, sem prejuízo de eventual convalidação dos atos regularmente praticados. Recurso ordinário provido.” (*RMS 19.741*, Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109). Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 11/03/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 31/03/2008)

Sendo assim, caso a tríade, ao analisar o processo para a elaboração do relatório final, detecte um pedido de provas que não foi analisado pelo presidente, deverá submeter o pedido a seu presidente, para ele deliberar sobre o pedido antes da elaboração do relatório final, já que se trata de ato da presidência.

Não faz sentido a reabertura da fase de instrução simplesmente para indeferir-se pedido de produção de provas. Ademais, o indiciado pode requerer produção de provas na própria defesa escrita, após, assim, à fase de instrução.

Nada impede que a própria tríade, no relatório final, indefira o requerimento, caso em que deverá elaborar um pequeno parágrafo indeferindo o pedido, fazendo referência à folha em que ele se encontra, bem como ao citado art. 156 da Lei nº 8.112/90. Confira-se o exemplo abaixo:

“O então acusado requereu a produção da prova X às fls. BB. Em seu pedido, deixou de esclarecer a relação entre essa prova e o objeto de apuração. Ademais, percebe-se a absoluta impertinência entre a prova solicitada e o fato sob investigação. Por isso, esse colegiado indefere o aludido pedido, com base no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112/90.”

Caso, todavia, a comissão entenda que se trata de pedido pertinente, deverá reabrir a fase de instrução e deferir o pedido formulado.

10 FALTA DE EMISSÃO DE JUÍZO, PELO TRIO PROCESSANTE, SOBRE TODOS OS ILÍCITOS E POSSÍVEIS AUTORES REFERIDOS NO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

O cabimento da instauração de Processo Administrativo Disciplinar se encontra condicionado à identificação de indícios de autoria e materialidade de ilícito administrativo.

Não havendo esses indícios, é o caso de se realizar uma investigação preliminar ou uma sindicância.

Sendo assim, no juízo de admissibilidade de instauração de PAD deve a autoridade instauradora identificar os possíveis autores e os ilícitos a serem apurados.

Ao editar a portaria de constituição da tríade processante, a autoridade instauradora, geralmente, faz expressa referência a processo anterior onde se encontra o juízo de admissibilidade e, em consequência, à identificação da possível autoria e materialidade do ilícito.

Assim, a autoridade instauradora constitui a comissão para apurar aqueles fatos e aquelas autorias já identificadas no juízo de admissibilidade.

Quando da elaboração do relatório final, deve a tríade averiguar se todos os autores e todos os fatos identificados no juízo de admissibilidade foram investigados, e se sobre cada um deles houve a manifestação de juízo de valor pelo colegiado.

Assim, pode surgir a hipótese de se exculpar no relatório final, caso a tríade entenda que algum ilícito não tenha sido praticado por determinado autor. O colegiado também poderá voltar ao ato de indicição para nele incluir ilicitude esquecida, mas suficientemente comprovada, situação em que citará novamente o indiciado para a apresentação de defesa escrita. A outra hipótese é a reabertura da instrução, visando à produção de prova sobre ilícito não investigado.

O que não pode faltar é a expressa manifestação da tríade sobre todos os ilícitos e autores constantes do juízo de admissibilidade, ainda que visando a exculpar alguém.

Ocorrendo alguma(s) dessas situações, o relatório final somente será elaborado em se tratando da primeira delas acima referida. Nesse caso, o colegiado saneará o processo, elaborando uma manifestação exculpando determinado autor, total ou parcialmente. Confira-se a redação abaixo relativa ao ato de se exculpar o servidor:

“A instauração do presente PAD teve como objeto a apuração de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito da Superintendência Regional do INCRA, no Estado de XXXXX, constantes dos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 54000000XXX/200X-XX, e apensos nºs 54400000AAA/200A-AA e 54000000SSS/200S-SS, bem como fatos conexos.

Nos referidos processos apuraram-se as seguintes irregularidades, relativas ao servidor abaixo relacionado, conforme esclarecido

no parecer de fls. AAA/SSS do aludido Processo Administrativo Disciplinar nº 54000000XXX/200X-XX:

1) FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS, devidamente qualificado no auto de qualificação e interrogatório de fls. xxx:

a. usou o cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx para abastecer e realizar manutenção em seu veículo particular, no período compreendido entre xx/xx/xxxx a xx/xx/xxxx.

b. Recebeu propina para realizar atos de seu ofício.

Observa-se ao longo do presente processo, todavia, que não houve qualquer manifestação deste trio sobre o possível recebimento de propina, por parte de FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO, para realizar atos de seu ofício.

Quanto a esse fato, cumpre ressaltar que esta comissão, no desenrolar do processo, reinquiriu a testemunha JOAQUINA FICANDO FELIZ. Em sua oitiva, esclareceu que, na verdade, não presenciara nenhum recebimento de propina por parte do indiciado FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO, ao contrário, assim, do que afirmara em seu depoimento prestado perante a comissão de sindicância. Ela esclareceu que mentira perante a comissão porque FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO, à época, lhe devia certa quantidade em dinheiro.

Observa-se, assim, que, fora a questão relativa à falsidade testemunhal, não subsistiu mais nenhuma prova do recebimento de propina por parte do indiciado.

Sendo assim, essa comissão exculpa, neste relatório final, FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO, no que diz respeito ao recebimento de propina, esclarecendo, assim, que a informação onde se embasou o parecer de fls. xxx do processo nº. 54000000XXX/200X-XX não procede.”

A adoção desse procedimento por parte da comissão, no relatório final, evitará que a autoridade julgadora anule o processo por falta de manifestação da tríade quanto aos fatos constantes do juízo de admissibilidade.

Registre-se, apenas, que o momento adequado para se exculpar o acusado no relatório final é aquele destinado à apreciação das provas.

11 RELAÇÃO DAS NOTIFICAÇÕES DOS ACUSADOS SOBRE AS PEÇAS JUNTADAS

É dever de a tríade notificar os acusados sobre as peças juntadas, para que eles adotem as providências que entenderem necessárias.

Quando da elaboração do relatório, o colegiado deverá fazer referência a todas as folhas em que constam as notificações dos acusados para tomarem ciência sobre documentos juntados ao feito.

Pode ser que a comissão perceba que deixou de notificar o acusado sobre a juntada de algum documento. Nesse caso, ela deverá avaliar se esse documento trouxe prejuízo ao acusado. Na hipótese de entender pela ausência de prejuízo, deverá consignar no relatório que o acusado não foi notificado para tomar ciência desse documento e que essa peça não causou nenhum prejuízo. A comissão elaborará um parágrafo com dizeres semelhantes aos seguintes:

“Da análise dos autos, percebe-se que o acusado não foi notificado da juntada do documento de fls. xxx. Ocorre que o conteúdo desse documento não lhe causou qualquer prejuízo. Dessa forma, não há se falar em nulidade.”

Assim, a tríade evitará que o acusado, futuramente, invoque tal ausência de notificação como causa de nulidade.

Pode ocorrer, todavia, que esse documento seja indispensável para a comprovação do ilícito. Nesse caso, não resta outra saída para a tríade se não a reabertura da instrução para que o acusado seja notificado sobre a juntada desse documento.

12 ALEGADA COISA JULGADA MATERIAL E REVISÃO DO PROCESSO

O indiciado pode ter alegado a existência de coisa julgada material ou de revisão do processo.

Observe a seguinte redação, em que essas teses são afastadas:

“No que diz respeito à alegada existência de coisa julgada material e à revisão, cumpre ressaltar que as opiniões das

comissões anteriores não vinculam comissões posteriores. Ademais, inexistindo julgamento anterior, não há se falar em revisão.

O instituto da revisão do processo encontra sua previsão no art. 174 da Lei nº. 8.112/90, nos seguintes termos:

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

A revisão do processo tem como finalidade a declaração de inocência do punido ou a inadequação da pena que lhe foi aplicada, conforme se extrai do transcrito dispositivo legal. Sendo assim, ela pressupõe a aplicação de uma pena por meio de uma autoridade competente para tal.

No presente caso, ainda não ocorreu aplicação de nenhuma pena. Por isso, não é o caso de revisão, e nem de coisa julgada material.”

13 ALEGADA FALTA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA ACOMPANHAR O PRESIDENTE DA COMISSÃO EM DILIGÊNCIAS

Outra alegação do indiciado pode consistir em sua falta de intimação para acompanhar diligências efetuadas pelo colegiado.

Segue, abaixo, uma redação em que se afasta essa alegação:

“Pretende-se na defesa escrita, por outro lado, a declaração de nulidade do processo, tendo em vista que o presidente da comissão teria efetuado diversas diligências sem prévia intimação do indiciado, o que implicaria violação ao artigo 156 da Lei nº 8.112/90 e, em consequência, a nulidade do processo.

Consta às fls. XXX, todavia, a assinatura do indiciado no despacho que lhe deu ciência de que a diligência às duas Fazendas seria realizada no dia XX/XX/XXXX. Na certidão de fls. XXX-X, encontra-se registrado que a diligência realmente ocorreu na data marcada. Sendo assim, não cabe a pretendida declaração de nulidade do processo.”

14 ALEGADA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO COM A MESMA FINALIDADE, O QUE IMPLICARIA SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Outra espécie de defesa pode relacionar-se à existência de inquérito policial visando a apurar o mesmo episódio, o que, segundo o indiciado, demonstraria a necessidade de se suspender o PAD.

Observe a seguinte redação, em que se afasta a necessidade de suspender-se o PAD nessa hipótese:

“Em sua defesa, esclarece a indiciada sobre a existência de inquérito policial instaurado com o fito de apurar o mesmo episódio de que versam estes autos. Assim, defende a necessidade de se suspender o presente processo administrativo disciplinar, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na Justiça Penal.

No que toca ao assunto, impende ressaltar que a esfera administrativa goza de autonomia e independência no que diz respeito à penal. É dizer, não se faz necessária a suspensão do processo administrativo visando ao aguardo da conclusão das investigações criminais sobre o mesmo episódio, muito menos o trânsito em julgado de possível sentença absolutória a ser proferida pelo Juiz Criminal.

Sendo assim, nada impede que se prossiga na investigação administrativa, ainda que sobre a mesma conduta do investigado pese uma investigação criminal ou um processo penal.

Nesse mesmo sentido, por sinal, já se encontra solidificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa dos seguintes julgados:

“[...] III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. [...]” (MS 15064. Relator: Ministro Gilson Dipp.

Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 09/11/2011. Data da Publicação/Fonte Dje 17/11/2011)

“[...] 2. As esferas penal e administrativa são independentes e autônomas, razão pela qual a aplicação de sanção administrativa não depende do desfecho da ação penal. Precedentes. (...)” (RMS 32573. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 04/08/2011. Data da Publicação/Fonte: Dje 12/08/2011)

“[...] 1. A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria. (...)” (RMS: 32375. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 24/05/2011. Data da Publicação/Fonte: Dje 31/05/2011)

No presente caso, a indiciada responde criminalmente pelo mesmo fato ora apurado na esfera administrativa, sendo que o processo penal ainda não se encontra com sentença já transitada em julgado.

Logo, não comporta acolhimento a pretensão da indiciada, no sentido de que se suspenda o presente processo administrativo até o trânsito em julgado de possível sentença a ser proferida na esfera penal.”

15 OUTRAS PEÇAS RELACIONADAS AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Arrolam-se, nesse tópico, as demais causas de possíveis nulidades identificadas pela tríade, ou invocadas pelos indiciados.

Confira-se a seguinte abordagem de duas teses de defesa. A primeira, no sentido de que a portaria de constituição da comissão seria nula, porque faltaria a discriminação do(s) fatos. A segunda, no sentido

de que sua nulidade decorreria da ausência da especificação da norma violada.

“Asseveram os indiciados A e B que a portaria de instauração do presente Processo padeceria de vício insanável, por não descrever os fatos e a tipificação legal a que eles se subsumiriam. Entendem os defendentes que tais vícios implicariam violação aos postulados do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao assunto, impende destacar a existência, no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro, de duas espécies de portarias de instauração do PAD, a portaria genérica e a específica.

Genérica é aquela que não descreve os fatos objeto da apuração, limitando-se a indicá-los com citação do processo em que consta a denúncia. Específica, por sua vez, é aquela em que se relacionam todas as irregularidades de forma descritiva, clara e delimitada. Dessa forma, a inexistência, na portaria de instauração do PAD, da indicação precisa do ilícito a ser apurado não implica nulidade da portaria. Ressalte-se que a especificação do objeto de apuração deve constar do indiciamento.

A moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, por seu turno, já se encontra sedimentada quanto à desnecessidade da especificação, na portaria de instauração do PAD, do fato objeto da apuração. Segundo o STJ, a ausência, na portaria de instauração, da precisa delimitação do objeto de investigação não constitui nulidade. Confirmam-se os seguintes julgados:

“[...] I - “A portaria de instauração do processo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente, não enseja a nulidade do processo, tendo em vista que tal exigência deve ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução.” (Precedente) (...)” (*MS nº 12720/DF*. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 26/03/2008. Data da Publicação DJe 30/04/2008)

“[...] 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não se exige a descrição minuciosa dos fatos na portaria de instauração do processo disciplinar, tendo em vista que o

seu principal objetivo é dar publicidade à constituição da Comissão Processante. A descrição pormenorizada dos fatos a serem apurados tem, como momento próprio, a ocasião em que houver o indiciamento do servidor. Precedentes: MS 12.927/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJ de 12/2/08; RMS 22.128/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 10/9/07; e MS 7.748/DF, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 10/3/03.(...)” (MS nº 12061/DF, Relator: Ministro OG Fernandes. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 16/02/2009. Data da Publicação: 05/03/2009; grifou-se)

In casu, consta da portaria de instauração que o presente Processo Administrativo Disciplinar objetiva “a apuração de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito da Superintendência Regional do INCRA no Estado do Ceará-SR-02/CE, conforme apontados nos autos do Processo Administrativo nº 54130.001014/2010-74, bem como fatos conexos.”

No aludido Processo Administrativo consta que FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS, usou o cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx para abastecer e realizar manutenção em seu veículo particular, no período compreendido entre xx/xx/xxxx a xx/xx/xxxx; bem como recebeu propina para realizar atos de seu ofício.

Consta, ainda, que FILISBRINA DE SOUZA, usou a senha de outro servidor para acessar o Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR e, ainda, pagou diárias a si mesma, sem justa causa, bem como a seu genitor, que não é servidor público.

Dessa forma, malgrado genérica, a portaria de instauração do presente PAD, reportando-se ao mencionado processo administrativo, indica, de forma suficiente, o objeto de investigação e o possível autor do fato investigado, não havendo se falar, assim, em nulidade.

No que toca, por outro lado, ao entendimento da defendente, no sentido de que na portaria de constituição da CPAD faltaria a indicação do dispositivo legal que teria sido violado, cumpre ressaltar que o acusado se defende dos fatos, e não da capitulação legal, razão pela qual a indicação da norma violada na portaria de instauração de PAD se faz desnecessária.

Confira-se, quanto ao assunto, a seguinte ementa, relativa a julgado em que o STJ apreciou a mesma alegação, e decidiu pela desnecessidade de indicação da capitulação legal na portaria de instauração da Comissão de Processo Administrativo disciplinar:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PORTARIA INAUGURAL. INDICAÇÃO DE TODOS OS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. NÃO APLICAÇÃO. EXAME DE MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR. (...) 2 - Em sede de processo administrativo disciplinar, o servidor acusado se defende dos fatos que configuram a infração, e não de sua capitulação legal. (...)” (*RMS 11.841*. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 27/03/2007. Data da Publicação/ Fonte DJ 28/05/2007)

No presente caso, realmente não constou da portaria inaugural o dispositivo legal que teria sido contrariado pela indiciada, o que, ao contrário do sustentado na peça de defesa, não implica nulidade do feito.

Após a abordagem de todas as matérias processuais, algumas sustentadas pelos indiciados, outras identificadas pela tríade, passa-se à análise das provas.

16 PROVAS

Segundo o art. 168 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.112/90⁸, a regra a ser observada pelo julgador é o acatamento do relatório, que dele somente poderá discordar quando seu conteúdo estiver em sentido contrário à prova dos autos.

Sendo assim, a regra é a manutenção do relatório final. Isso demonstra a importância dessa peça processual. Portanto, ela deve

⁸ *Art. 168.* O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos. *Parágrafo único.* Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

possibilitar a precisa compreensão dos fatos apurados, tendo em vista que se trata, efetivamente, de um verdadeiro julgamento.

Ou seja, muito embora receba o nome de relatório final, cuida-se, na prática, de uma peça processual que guarda grande similitude com a sentença penal, se comparado o Direito Administrativo Disciplinar com o Direito Processual Penal. A diferença é que a autoridade julgadora do PAD elabora mais uma peça processual, a que dá o nome de julgamento, onde faz referências ao relatório, e a assina. Na prática, nessa nova peça a autoridade julgadora não acrescenta nada de substancial, salvo quando entende que as provas dos autos contrariam o relatório final.

Esse julgamento nada mais é do que a concordância, em regra, da autoridade julgadora com o trabalho da comissão. Por esse motivo, pode-se dizer que o relatório final se assemelha a uma sentença penal, no que diz respeito à avaliação das provas, o enquadramento e a proposta de pena.

No julgamento do PAD não se exerce nenhum juízo de valor, pois esse juízo já se encontra consubstanciado no relatório. A fundamentação desse julgamento é o conteúdo do relatório. Ou seja, o julgamento não possui fundamentação própria, autônoma, distinta daquela posta no relatório final. A única hipótese de manifestação de juízo de valor, pela autoridade julgadora, é aquela em que ela discorda das conclusões da tríade. Nesse caso, sim, o julgamento deverá possuir fundamentação própria, distinta daquela contida no relatório final, e juízo de valor por parte da autoridade julgadora.

Por isso, a comissão processante deve, ao elaborar o relatório final, conduzir seus trabalhos norteados pela ideia de que se está, na verdade, a tratar de uma peça semelhante a uma sentença penal, e não de um mero trabalho em que irá relatar suas atividades desenvolvidas ao longo do processo.

A mera narrativa das atividades da comissão não é dotada de natureza conclusiva e, segundo o citado § 1º do artigo 165 da Lei nº 8.112/90, o relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. A conclusão sobre a inocência ou a responsabilidade do servidor extrapola o conteúdo de um relatório. Ela ingressa no campo do juízo de valor.

Partindo-se desse entendimento, conclui-se que a denominação relatório final não traduz a realidade da peça processual e, ainda, induz a comissão à elaboração de um trabalho que não satisfaz o fim a que se destina.

O julgamento é feito, na prática, pelo trio processante, cabendo à autoridade julgadora simplesmente confirmar esse julgamento. Por isso,

o relatório final deve ter, necessariamente, a formatação de uma sentença, no que diz respeito à demonstração de que o fato ocorreu ou não.

De acordo com o art. 165 da Lei nº 8.112/90, após o resumo das principais peças dos autos a tríade deve passar a trabalhar sobre as provas. Embora as provas a que se refere o citado art. 165 possam ser as mesmas aludidas no art. 161, ambos da Lei nº 8.112/90⁹, a *demonstração* das provas no relatório final se dá de forma diferente daquela realizada no ato de indicição. Na indicição, bastam meras referências às provas. No relatório, é necessário que se faça a *demonstração* da prova.

Antes de se adentrar o exame do tema prova, mostra-se oportuno demonstrar a falta de técnica na redação do citado art. 165.

Segundo esse artigo, a comissão elaborará o relatório final após a apreciação da defesa, o que leva ao entendimento de que a análise da defesa escrita deve preceder a elaboração do relatório final, em uma peça distinta.

Esse não é, todavia, o procedimento a ser adotado pelo colegiado, pois, como já exposto, as teses de defesa se encontram diretamente relacionadas ao processo ou ao fato, devendo ser apreciadas no relatório final em momentos distintos.

No que diz respeito ao tema prova, cumpre ressaltar que produção de provas não se confunde com elementos de prova que, por sua vez, não se traduz na demonstração de que determinado fato se encontra provado nos autos.

Com efeito, a *produção de provas* se dá no momento em que a comissão reduz a termo os depoimentos das testemunhas ou do indiciado. Também ocorre no encaminhamento de ofícios e memorandos por parte da comissão a diversos órgãos e setores que, em atenção a esses ofícios e memorandos, apresentam informações e documentos visando a instruir o processo. Compõe o procedimento de produção de provas, ainda, a formulação de petições por meio da Advocacia-Geral da União visando à quebra de determinado sigilo, endereçadas a autoridades judiciais, que, ao deferirem tais pedidos, possibilitam a quebra desses sigilos e a juntada ao processo administrativo do resultado dessa operação. Diversos outros procedimentos podem ser adotados pela comissão visando a instruir o processo. Todos esses atos da comissão com a posterior autuação dos documentos a eles relacionados se traduzem em produção de provas.

Os *elementos de provas*, por sua vez, consistem no *resultado* das atividades da comissão destinadas à produção de provas. Ou seja, são os termos de depoimentos constantes dos autos, as declarações de imposto

9 Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

de renda acostadas ao feito, as gravações de escutas telefônicas, bem como os demais documentos acostados aos autos relativos à prova.

A *demonstração* de que determinado fato se encontra comprovado nos autos, por seu turno, constitui uma terceira fase desse processo relativo à prova. Ela não se confunde com a produção das provas e nem com os elementos de prova.

Essa demonstração de que o fato ocorreu é o resultado, escrito, do convencimento da comissão. É o desenvolvimento de raciocínio por parte do trio, exposto por escrito no relatório, de forma lógica, coerente e conducente à exposição da realidade fática.

Para realizar a demonstração da prova, a tríade deve, correlacionar um elemento de prova e outro, indicando as partes de cada elemento de prova que lhe convenceram de que os fatos realmente aconteceram, ou de que não ocorreram, ou, ainda, da forma como se deram. Além dessa indicação, faz-se necessário o confronto dessas seções dos elementos de prova com outras partes desses mesmos elementos, bem como com fragmentos de outros elementos de prova, para aferir-se sobre a veracidade do conteúdo de cada uma dessas partes dos elementos de prova.

Dessa forma, a mera indicação, por parte do colegiado, de folhas do processo não se traduz em demonstração da realidade dos fatos, posto que, ao proceder assim, o colegiado estará, somente, fazendo alusão a elementos de prova. Da mesma forma acontece quando o trio realiza meras transcrições de alguns trechos de depoimentos, desconsiderando as demais partes desses mesmos depoimentos (seu contexto), bem como as seções de outros depoimentos e os demais elementos de prova, sem expor, com suas palavras, o conteúdo desses trechos que lhe levaram a entender que determinado fato teria ocorrido.

O *caput* do art. 165 da Lei nº 8.112/90 estabelece que a comissão deverá mencionar as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

Por outro lado, segundo o § 1º do mesmo artigo, o relatório deverá, sempre, ser conclusivo, no que diz respeito à responsabilidade ou não do servidor.

O vocábulo *convicção*, constante do citado *caput*, associado à expressão *conclusivo*, constante de seu parágrafo único, demonstram que a expressão *prova*, inserida também no *caput* do mesmo artigo, se refere à *demonstração* de que o fato ocorreu, ou que ele não aconteceu.

Ou seja, a expressão mencionará as provas se refere à *demonstração* da prova, e não a meros *elementos* de prova.

Ora, a tríade somente pode formar uma convicção sobre um fato, e concluir que esse fato existiu ou não, após a análise sistemática de

tudo o conjunto probatório, após confrontar as partes dos depoimentos de cada depoente sobre certo ilícito com as partes dos depoimentos das demais testemunhas sobre o mesmo ilícito. As secções dos demais elementos de prova constantes dos autos também colaborarão para a formação da convicção do trio processante, como, por exemplo, partes do interrogatório do acusado, os extratos bancários, as declarações de imposto de renda, relatórios, laudos, etc.

Sendo assim, analisando-se o caput do art. 165 por uma perspectiva prática, pode-se concluir que esse dispositivo, ao estabelecer que a comissão mencionará as provas em que se baseou para formar a sua *convicção*, está, na verdade, impondo a necessidade de o trio realizar a *demonstração* de que tal fato está ou não provado. A tríade somente pode *concluir* em um ou em outro sentido após realizar uma análise racional sobre as partes dos elementos de prova que dizem respeito ao ilícito.

É por meio da *demonstração* de que um fato ocorreu, ou que ele não aconteceu, que a tríade exterioriza o seu entendimento, a sua conclusão sobre esse fato. Os três membros da comissão não podem, segundo o citado art. 165, concluir apenas interiormente, em suas próprias mentes, que o fato ocorreu, ou não. Eles também devem expor, de forma escrita, as análises que fizeram em suas mentes e que lhes levaram a chegar a uma ou a outra conclusão. Esse é o sentido da expressão *mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção*, contida no caput do art. 165 da Lei nº 8.112/90.

Dentro desse processo de demonstração de que certo fato aconteceu, ou não, é que se faz a análise das teses de defesa. Assim, após citar no relatório final o nome do investigado, bem como a primeira irregularidade que lhe foi atribuída, a tríade examina as teses que ele elaborou sobre esse ilícito. Esse é o momento de se analisar essas teses. Essa análise é feita com base no exame de todos os elementos dos autos que se encontram relacionados a esse ilícito. Nesse momento a tríade examina todas as informações contidas nos autos e que se relacionam a esse ilícito.

Ressalte-se que em um termo de depoimento de certa testemunha pode conter informações sobre, por exemplo, os ilícitos *A* e *B* investigados, e nenhuma informação sobre o ilícito *C*, também objeto de apuração. Em outro termo de depoimento pode haver informações somente sobre os ilícitos *A* e *C*.

Sendo assim, cabe à comissão, ao apreciar o ilícito *A*, transcrever as informações das duas testemunhas que se relacionam a esse ilícito, tendo em vista que ambas afirmaram algo sobre ele. Transcrevem-se os *trechos* dos depoimentos de cada uma delas que podem demonstrar

a ocorrência do fato *A*, bem como aquelas que podem evidenciam a inexistência desse fato *A*.

Antes dessas transcrições, o trio deve destacar os elementos desse trecho que lhe interessam. Ele emite o seu juízo, sua compreensão, sua conclusão sobre esses textos a serem transcritos. Ele passa a escrever sua avaliação sobre o conteúdo dos depoimentos, a fazer uma correlação entre um depoimento e outro, bem como entre o conteúdo desses trechos e os demais elementos de prova, ou entre trechos de outros elementos de prova. É dessa forma que a tríade realiza a demonstração da prova.

Transcreve-se somente a parte de cada um dos depoimentos que dizem respeito ao ilícito *A*.

Em seguida, a tríade deve fazer referências aos demais elementos de provas que se referem ao mesmo ilícito *A*, como, por exemplo, extrato bancário, declaração de imposto de renda, trechos do interrogatório do acusado, etc, sempre fazendo links e expondo seus raciocínios e avaliações.

No que diz respeito ao interrogatório, não se pode esquecer que nele o então acusado também se defende. Por isso, as afirmações com conteúdo de defesa constantes do interrogatório, e já postas no relatório final, também devem ser examinadas como teses de defesa.

Em um PAD podem ser investigados mais de um servidor e, ainda, mais de um ilícito. No indiciamento, por sua vez, pode ocorrer a imputação de diversos fatos a um servidor, ou, ainda, de diversos fatos a mais de um servidor.

Sendo assim, cabe à tríade, no relatório final, demonstrar, de forma sistemática, com base nos elementos de prova, aqueles fatos que restaram comprovados.

Nessa organização de ideias, o trio processante deve identificar o indiciado, especificando, logo em seguida, as irregularidades que lhe foram imputadas no indiciamento. Isso deve acontecer com relação a cada indiciado.

Coloca-se, assim, o nome do primeiro indiciado e, abaixo dele, a primeira irregularidade que lhe foi imputada. Logo em seguida, procede-se à demonstração de que o fato aconteceu, ou não, com base nas provas. Caso a tríade entenda que o fato aconteceu, ela deve concluir essa seção do relatório expondo que o fato aconteceu.

17 ENQUADRAMENTO/TIPIFICAÇÃO

Após a aludida demonstração, o trio processante realiza o enquadramento, a tipificação, a subsunção da conduta à norma, ao artigo, ao parágrafo e/ou inciso/alínea da lei que prevê essa irregularidade administrativa.

Esse enquadramento deve ser preciso. É dizer, o trio deve esclarecer que a primeira conduta do servidor caracteriza, por exemplo, falta de zelo e dedicação para com as atribuições do cargo público, e que, por isso, o servidor desobedeceu ao dever funcional previsto no inciso I do art. 116 da Lei nº 8.112/90.

Assim, a tríade identifica a conduta do servidor. Após, avalia com a máxima precisão se essa conduta realmente caracteriza, por exemplo, falta de zelo e dedicação para com as atribuições de seu cargo. Pode ser que o servidor esteja desenvolvendo atividades de *outro cargo* e, ao exercer essas atribuições, não tenha procedido com zelo e dedicação. Nesse caso, sua conduta não se enquadra nos *dizeres* contidos no inciso I do art. 116 da Lei nº 8.112/90.

Outro exemplo é o caso do inciso III do mesmo artigo e lei. Nesse caso, a tríade deverá, necessariamente, identificar o regulamento ou a norma que foi violada pelo servidor. Não basta dizer que ele violou lei, ou violou norma, ou violou a Lei nº 8.112/90, ou o primeiro capítulo do título IV da Lei nº 8.112/90.

O inciso exige que a tríade identifique o comando normativo violado, a regra que foi transgredida, o mandamento que não foi observado. Esse comando normativo poderá estar em um artigo; nesse caso, o trio deverá citar esse comando que foi violado, bem como o artigo e a lei em que ele se encontra. Caso essa norma, esse comando se encontre em um parágrafo, a tríade deverá citar esse comando, bem como o parágrafo, o artigo e a lei em que ele se encontra. O mesmo deve acontecer na hipótese desse comando, dessa regra estar em um inciso ou em uma alínea.

Um terceiro exemplo é o caso do valimento de cargo. O preciso enquadramento da conduta do servidor ao ilícito do valimento de cargo, previsto no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90, exige que o trio demonstre o interesse do servidor, ou seja, a sua intenção de beneficiar-se ou de beneficiar a terceiro. Esse interesse, essa intenção, essa conduta que alguns chamam de dolosa faz parte da caracterização do ilícito. Faltando a demonstração desse interesse, dessa intenção, desse dolo, a conduta deixa de caracterizar valimento e poderá passar a subsumir-se ao inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112/90, ou ao inciso IX do mesmo art. 116, por exemplo.

Assim, o perfeito enquadramento, a perfeita tipificação, subsunção da conduta à norma exige que a tríade processante especifique a conduta provada e demonstre, de forma racional, intelectual, analítica, que aquela conduta provada se encaixa perfeitamente em um determinado ilícito administrativo.

Somente após esse enquadramento é que a tríade deve afirmar que o servidor desobedeceu ao dever funcional previsto no inciso “X” do art. 116, ou que ele violou a proibição prevista no inciso “X” do art. 117, da Lei nº 8.112/90, ou qualquer outro dever/proibição.

Por tudo isso, conclui-se que não basta a mera citação do colegiado, no sentido de que o servidor violou o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90. É necessário todo esse exame analítico por parte do trio, sob pena de restar infundada sua conclusão.

18 PENA

O próximo passo a ser adotado pela tríade é a sugestão da pena. Em se tratando de apenas um ilícito imputado ao indiciado, a pena é sugerida logo após o enquadramento de sua conduta a um artigo/parágrafo/inciso/alínea. Na hipótese, todavia, de tratar-se de mais de um ilícito, a pena deve ser sugerida após a análise de todos esses ilícitos.

Na sugestão da pena, o colegiado deve atentar para as diretrizes traçadas nos artigos 129, 130, 131, 132 e 128, nessa ordem, todos da Lei 8.112/90¹⁰. A regra constante do mencionado art. 128 deve ser observada na aplicação de todas as modalidades de pena.

10 Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. § 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação. § 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar. Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Após a sugestão de pena do primeiro indiciado, a tríade cita o nome do segundo indiciado e passa à análise da primeira irregularidade a ele imputada e enquadra sua conduta em um ilícito, se for o caso. Passa para a análise da segunda irregularidade e enquadra essa conduta em uma norma. Após a análise de todas as condutas desse indiciado, o trio deve passar para a fase da sugestão de pena. O mesmo procedimento deve ser levado a efeito quanto a cada indiciado.

19 EXEMPLO DE ANÁLISE DAS PROVAS, ENQUADRAMENTO/TIPIFICAÇÃO E SUGESTÃO DE PENA

Será analisada uma situação hipotética com dois indiciados, sendo que o primeiro praticou uma irregularidade e o segundo praticou duas. Após a análise de cada irregularidade será realizado o enquadramento dessa conduta a uma norma sancionadora. Ao final da análise das condutas de cada indiciado, será sugerida a pena. Nesse exemplo, não houve exculpado. A apreciação das teses processuais, as preliminares, já aconteceu. As teses comuns geralmente dizem respeito ao processo, por isso, sua análise já ocorreu.

Saliente-se que, muito embora no exemplo já citado o servidor FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHO tenha sido indiciado também por haver falsificado documentos relativos ao uso de cartão de abastecimento, na análise que se realizará não será feita menção a esse ilícito. A não utilização dessa segunda irregularidade tem como finalidade demonstrar que a formatação do relatório, nessa parte, quando se tratar de um único ilícito é diferente da formatação, quando se tratar de mais de um ilícito.

A distinção está na proposta de pena. Havendo um só ilícito, a pena é proposta após seu enquadramento. Na hipótese de existir mais de um indiciamento, a proposta de pena é feita após a análise de todos os ilícitos. Confira-se:

“1) FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS

1.1) USAR CARTÃO DE ABASTECIMENTO DO VEÍCULO OFICIAL DE PLACA XXX-XXXX PARA O ABASTECIMENTO DE VEÍCULO PARTICULAR, NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE XX/XX/XXXX A XX/XX/XXXX

A prática da presente ilicitude se encontra comprovada pelo depoimento de fls. xx, firmada pelo próprio indiciado, onde declara

ter utilizado indevidamente o cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx, em seu veículo particular, quando o veículo oficial encontrava-se parado para a realização de serviços de manutenção.

Corroborar com essas afirmações o Relatório de Conferência de Notas Fiscais de fls. xx, em que se atesta o uso, pelo indiciado, de R\$ xxx,xx em combustível e troca de óleo do motor no mês de xxxx, em que o veículo oficial se encontrava sob manutenção, conforme se esclarece no documento de fls. xx.

Por outro lado, no Memorando nº xxx/xxxx, de xx/xx/xxxx, cujo conteúdo se encontra ratificado no depoimento de fls. xxx/xxx, presenciado por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, relata-se que o indiciado teria utilizado do cartão xxxxxx para fins pessoais, nos seguintes termos:

“Em visita do Diretor, Sr. xxxxx e da Chefe, Sra. xxxxxx, para tratar sobre assuntos referentes a indícios de irregularidades nas prestações de contas do cartão xxxx, e, mediante os questionamentos apresentados no relatório em anexo, obtivemos, do servidor xxxxxxxx (indiciado), sua confissão de uso indevido do cartão de abastecimento.”

Comprova a irregularidade, ainda, o teor da ATA de fls. xx, ratificado no termo de declaração de fls. xxx/xxx, presenciada pelo indiciado. Eis o teor da ATA, no que se refere ao presente ilícito:

“...os quais trataram de assuntos referentes a indícios de irregularidades nas prestações de contas do cartão xxxxx, ocorridos naquela unidade, envolvendo o servidor xxxxxxxx(indiciado). Mediante os questionamentos constantes no relatório, apresentado pelo Sr. Diretor, que por sua vez consultou o servidor sobre a situação relatada, considerando que o nome do Sr. Xxxxx (indiciado), constava como responsável pelos abastecimentos informados no extrato em um período em que o veículo de placa xxx-xxxx estava parado na oficina para reparos, nesse momento o servidor admite ter utilizado o cartão de abastecimento de forma indevida em veículo particular. Consultado pelo senhor Diretor, o servidor concorda espontaneamente em relatar de maneira formal os atos praticados.”

Consta às fls. xx, ainda, Relatório de Conferência de Notas Fiscais. Nesse documento relata-se que xxxxxxxxxxxxxxxx(indiciado) fez uso,

por dez vezes, do aludido cartão para abastecimentos e troca de óleo do motor no veículo de placa xxx-xxxx, no mês de xxxx, em um total de R\$ xxx,xx, o que constitui outro elemento de prova.

Juntou-se às fls. xxx/xxx, também, quatro Guias de Recolhimento da União – GRU, onde figura o nome de xxxxxxxxxxxxxxx(indiciado) como contribuinte/recolhedor, que totalizou R\$ xxx,xx, restando provada, assim, a devolução do valor correspondente ao combustível e óleo de motor utilizado pelo servidor.

Por todos esses elementos probatórios é de se concluir que, realmente, xxxxxxxxxxxxxxx(indiciado) fez uso do cartão de abastecimento do veículo oficial de placa xxx-xxxx, para o abastecimento e troca de óleo de motor de seu veículo particular, no período compreendido entre xx/xx/xxxx a xx/xx/xxxx.

1.2) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

O inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90 proíbe que o servidor se valha do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.

Tal dispositivo obsta que o servidor público faça uso das funções inerentes ao cargo público por ele ocupado, deturpando-as, valendo-se, assim, de suas prerrogativas e facilidades de forma consciente, intencional, para atingir proveito próprio ou de terceiro, denegrindo a função pública.

No presente caso, restou provado que o indiciado, xxxxxxxxxxxxxxx, aproveitou-se das atribuições de seu cargo, que lhe permitia realizar abastecimentos em veículos oficiais, para, fazendo uso de cartão destinado ao abastecimento de veículo oficial, abastecer o seu próprio veículo e, ainda, efetuar trocas de óleo e filtro de óleo.

Ao agir assim, o indiciado valeu-se de seu cargo para lograr benefício próprio, violando, por isso, os termos do inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

1.3) PENA

De acordo com o art. 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112/90, a pena aplicável às hipóteses de violação ao inciso IX do art. 117 da mesma lei é a de demissão. Confirma-se:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

O art. 128 da Lei nº 8.112/90, por sua vez, estabelece a necessidade de se observar a natureza e gravidade da infração cometida, os danos dela provenientes ao erário, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e antecedentes funcionais. Confirma-se o teor do citado artigo:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

No caso dos autos, a infração cometida pelo indiciado mostra-se de natureza grave, tendo em vista que se caracteriza, também, como ilícito penal. Por isso, muito embora não tenha resultado prejuízo ao erário e não haja nenhuma circunstância agravante e atenuante, bem como inexistam antecedentes funcionais do indiciado, a pena a ser imposta deve, realmente, ser a de demissão, conforme estabelece o art. 132, XIII, c/c art. 117, IX, ambos da Lei nº 8.112/90, já transcritos.

Por isso, a presente comissão de processo disciplinar sugere que seja aplicada a pena de demissão ao indiciado FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS.

2) FILISBRINA DA SILVA

2.1) IRREGULARIDADES IMPUTADAS À INDICIADA

2.1.1) USAR A SENHA DE OUTRO SERVIDOR PARA ACESSAR O SISTEMA NACIONAL DE CADASTRO RURAL – SNCR

A indiciada assevera em sua defesa que realmente fizera uso da senha de servidor xxxxxxxxxx para acessar o SNCR. Não obstante, afirma que essa utilização teria contado com a aquiescência do aludido servidor.

A tese de defesa não merece ser acolhida.

Com efeito, às fls. XXX/XXX consta ato de acareação da indiciada com o servidor xxxxxxxxxxxxxxxx. Nesse ato a indiciada apenas esclarece o porquê dissera na sindicância que fizera uso da senha de xxxxxxxxxxxxxxxx sem seu conhecimento, conforme se observa do traslado abaixo:

“...estando presente xxxxxxxxxxxxxxxx e *INDICIADA*, doravante denominados 1º acareado e 2ª acareada... *SE TEM CONHECIMENTO E SABE O PORQUÊ QUE A 2ª ACAREADA, NA DATA DE XX/XX/XXXX, CONFESSOU PERANTE A ENTÃO COMISSÃO DE SINDICÂNCIA, CONFORME FLS. XXX/XXX DO PROCESSO XXXXXXXXXXXXXXXX, QUE UTILIZAVA POR UM PERÍODO DE DOIS MESES A SENHA DO 1º ACAREADO SEM O SEU CONHECIMENTO?* 1º acareado, *QUE*, naquele dia a 2ª acareada pediu desculpas ao 1º acareado por ter utilizado a sua senha de acesso ao SNCR, sem o seu conhecimento. 2ª acareada, *QUE*, o depoimento do 1º acareado perante a então Comissão de Sindicância Investigatória foi realizado em função da promessa do 1º acareado em retirar a queixa crime que tramitava perante a Polícia Federal.”

Não obstante, a prova de que a indiciada teria feito uso da senha de terceiro se encontra em seu próprio depoimento.

Com efeito, em seus depoimentos de fls. XXX/XXX do Processo nº XXXXXXXXXXXXXXXX, levado a efeito em XX/XX/XXXX, a indiciada informou à comissão sindicante que não sabia quem teria usado a senha de XXXXXXXXXXXXXXXX. Na mesma ocasião, informou, ainda, que, desde janeiro de xxxx, quando cancelaram sua senha, não acessou mais o sistema. Confira-se a seguinte parte de seu depoimento:

“Informado ao depoente: no dia xx/xx/xxxx, o Gestor do SNCR, quando manuseava o sistema na companhia do servidor xxxxxxxxx, lotado nesta Unidade, detectou que alguém utilizava a senha do mesmo no Estado xxxxx. Pergunta-se: aonde se encontrava no referido dia e se sabe quem naquela oportunidade utilizava indevidamente a senha do servidor xxxxx? A depoente inquirida, respondeu que: encontrava-se na Unidade e não sabe informar quem utilizava a senha do servidor xxxxx. Informado à depoente inquirida: que embora V. Sª utilizava o sistema até

a data da denúncia, isto é, dia xx/xx/xxxx, inclusive emitindo CCIR e outros serviços. Pergunta-se: qual a senha que utilizava para referidos serviços? A depoente inquirida respondeu que: não utilizava a senha de ninguém até porque nem o xxxxxx nem o xxxx nunca lhe passaram as suas senhas, que é inverídico, não é verdade, pois desde janeiro xxxx, não mais acessou o sistema... *Perguntado à depoente inquirida: qual foi a reação de V. S^a ao tomar conhecimento do uso indevido da senha do servidor xxxxxx?* A depoente inquirida respondeu que: ficou surpresa e soube da denúncia por terceiros; informou que o xxxxxxxx chegou da cidade xxxx e não lhe falou nada sobre a denúncia. Só ficou sabendo dia xx de xxxx/xxxx em viagem particular a xxxxxx, até então não sabia de nada. Daí procurou o xxxxxxxx para realmente saber dos fatos e ele lhe informou que não havia nenhuma denúncia contra ele na Superintendência.”

No entanto, em xx/xx/xxxx, nove dias após, a indiciada procurou um membro da comissão sindicante e confessou ter usado a senha de seu colega por um período de, aproximadamente, dois meses. Também informou que o titular da senha não tinha conhecimento de seu uso indevido e que a decorara quando o viu digitá-la. Esclareceu, ainda, que ninguém influenciou em sua decisão de confessar ter feito uso da citada senha. Confira-se o seguinte excerto do depoimento da indiciada, extraído das fls. xxx/xxx da mencionada sindicância:

“Perguntado à depoente inquirida: por quanto tempo utilizou a senha do xxxxxxxxxxxx? A depoente inquirida respondeu QUE: talvez por uns dois meses. Perguntado à depoente inquirida: se o servidor xxxxxxxxxxxx tinha conhecimento da utilização de sua senha? A depoente inquirida respondeu QUE: não. Perguntado à depoente inquirida: qual o objetivo de utilizar a senha do servidor xxxxxxxxxxxx? A depoente inquirida respondeu QUE: usava para digitar DP’s, para fazer consultas e emissão de CCIR. Perguntado à depoente inquirida: se recebia ou chegou a receber qualquer valor financeiro em troca de serviços prestados? A depoente inquirida respondeu QUE: não. Informado à depoente inquirida: se ela não recebia qualquer valor financeiro e ainda utilizava a senha do servidor xxxxxxxxxxxx de forma às escondidas, pergunta-se: por que correu tão grande risco? A depoente inquirida respondeu QUE: cometeu uma falha muito grande, não havia necessidade disso. Disse ainda que não sabe nem o que responder. Perguntado à depoente inquirida: como ela descobriu a senha do servidor xxxxxxxxxxxx? A depoente inquirida respondeu QUE: na

época só havia um computador na unidade que acessava a internet, e como ela sentava próximo ao xxxx viu a senha dele. *Perguntado à depoente inquirida*: se sabe informar onde estão as DP's que foram cadastradas no ano de xxxxx? *A depoente inquirida respondeu QUE*: estava com algumas delas em uma caixa sobre sua mesa de trabalho. Quando o servidor xxxxx retornou da viagem que procedeu a denúncia, não encontrou mais nada em sua mesa, alguém havia recolhido tudo. Não sabe precisar quem recolheu. Informou ainda que, outras DP's estavam guardadas em uma caixa na prateleira do setor de assentamento da unidade. *Perguntado à depoente inquirida*: se recorda qual proprietário ou cliente estava sendo atendido por V. S^a, no dia da denúncia em xx/xx/xxxx? *A depoente inquirida respondeu QUE*: infelizmente não lembra, mas se estivesse com estas DP's saberia o nome. *Perguntado à depoente inquirida*: qual(is) as pessoas que influenciaram na sua decisão de um segundo depoimento em forma de confissão? *A depoente inquirida respondeu QUE*: foi uma decisão dela. Disse ainda, que xxxxxxxxx havia lhe alertado que a sua situação era delicada, inclusive perguntou se ela tinha algum acordo com o xxxxxxxxx e ela respondeu que não."

Assim, xxxxx (indiciada) informou que xxxxxxx não sabia do uso indevido de sua senha. Não obstante, a indiciada mudou essa afirmação em sua acareação de fls. xxx/xxx, passando a informar que xxxxxxxxx tinha conhecimento do uso de sua senha. Confira-se:

"...estando presente xxxxxxxxxxx e (INDICIADA), doravante denominados 1º acareado e 2ª acareada... O 1º ACAREADO TINHA CONHECIMENTO QUE A 2ª ACAREADA UTILIZAVA SUA SENHA PARA ACESSAR E USAR O SISTEMA NACIONAL DE CADASTRO RURAL? Pelo que responderam: 1º acareado, QUE, com certeza não tinha. 2ª acareada, QUE: sim."

Já em seu depoimento prestado na Delegacia de Polícia, no ano de xxxx, xxxx (indiciada) apresentou a versão de que xxxx sabia do uso de sua senha. Também informou que tivera sua senha suspensa em xxxxxxx, razão do uso da senha de seu colega:

"...QUE, até o final do mês de xxxxxxx do ano passado estava habilitada no sistema para fazer inserção de dados no CCIR; QUE mesmo depois da sua senha ter sido suspensa, continuou a fazer inserção de dados utilizando a senha pessoal do servidor

xxxxxxxxxxxxx; *QUE* xxxxxxxxxx sabia que a declarante estava utilizando a sua senha; *QUE* xxxxxxxx nunca se opôs a que a declarante utilizasse sua senha; *QUE* no mês de xxxxxxxx deste ano xxxxxxxx lhe disse que iria trabalhar em xxxxxxxx e iria pedir para cancelar sua senha, pois não mais iria trabalhar no cadastramento de CCIR; *QUE* nessa ocasião xxxxxxxx não lhe pediu para parar de utilizar sua senha pessoal; *QUE* ficou sabendo através de seus colegas em xxxx que xxxxxxxxxx através do servidor xxxxxxxxxx constatou que sua senha pessoal estava sendo utilizada por servidor em xxxxxxxxxx mesmo ele estando naquele momento na sede do INCRA; *QUE* ficou sabendo de seus colegas que xxxxxxxxxx negou que tivesse dado seu consentimento para que terceiros utilizassem sua senha pessoal... *QUE* os dados que lançou no cadastro de CCIR com a senha pessoal de xxxxxxxxxx eram todos procedentes; *QUE* a documentação relativa aos dados inseridos era toda apresentada pelos interessados e ficava anexada ao formulário respectivo... *QUE* não se recorda do nome dos interessados no cadastramento de CCIR que atendeu utilizando a senha pessoal de.....”

A desativação da senha da indiciada se encontra comprovada, também, pelo teor do documento de fls. xxxxx, comunicando ao Diretor a desativação de xxxxxxxxxxxxxxxx do Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR, datado de xx/xx/xxxx (fls. xxx).

Ainda na Delegacia de Polícia, xxxxxxxxxx(indiciada) acrescentou, em seus depoimentos de folhas xxx que:

“Xxxx sempre soube que a declarante utilizava a senha dele; *QUE*, com a senha de xxxx fazia cadastramento, atualização e emissão de CCIR e de espelhos para aposentadoria; *QUE*, por causa disso quando foi advertido, em xxxx, que alguém estava utilizando sua senha em xxxxx, ligou para xxxxxxxxxx e pediu a esse que assumisse a culpa e disse que tentaria tirar a “queixa”; *QUE*, tomou conhecimento da senha de xxxxx em razão de ter feito o cadastro dele quando trabalhava em xxxxxxxxxx; *QUE*, só descobriu que sua senha estava desabilitada depois de voltar de férias em xxxxxxxxxxxxxxx, *QUE*, antes de dezembro utilizava sua senha e a senha de xxxxxxxxxx simultaneamente; *QUE*, nunca utilizou a senha de xxxxxxxxxxxxxxx; *QUE*, a declarante emitiu CCIR com sua senha em xxxxxxxxxx, bem como espelho de imóvel rural para fins de aposentadoria; *QUE*, xxxxxxxxxx havia lhe dito que não iria fazer a denuncia na

POLÍCIA FEDERAL, mas que xxxxxxxxxxxx e outro funcionário, de quem não sabe o nome, teriam pressionado a fazê-lo; QUE, a declarante afirmou, perante a COMISSÃO DE SINDICÂNCIA INVESTIGATÓRIA, no TERMO DE INQUIRÇÃO, de fl. xxx do Apenso I, que xxx não tinha conhecimento de que a declarante utilizava tal senha, por xxxxx ter prometido que ia “tirar” o processo da POLÍCIA FEDERAL;”

Observa-se, por todas as afirmações da indiciada, uma absoluta inconstância, ora afirma que não fez uso da senha de xxxxxxxx, ora afirma que fez uso de tal senha, mas com o seu consentimento, ora afirma que fizera uso sem seu consentimento.

Por outro lado, constam dos autos os depoimentos de (fls. xxx/xxx), no sentido de que presenciara quando alguém fazia uso da senha de xxxxx no momento em que ele se encontrava em sua presença. xxxxxxxx também informou que perguntara a xxxxxxxx se ele emprestara sua senha para alguém, pois estavam fazendo uso dela, ocasião em que xxxxxxxx lhe respondera negativamente e pedira para cancelá-la:

“...QUE, no dia 03 de março de 2005, no período matutino próximo ao meio dia, a depoente estava em sua sala de trabalho, na presença do servidor xxxxxxxx, que era lotado na xxxxxxxxxxxxxxxx, quando, acessando o SNCR, verificou que a senha do servidor xxxxxxxx estava sendo utilizada naquele momento. QUE, naquele momento a depoente perguntou para o servidor xxxxxxxx se o mesmo havia emprestado a sua senha ao outro servidor, o que o mesmo respondeu que não e orientando o depoente que desativasse a sua senha. QUE, imediatamente desativou a senha do servidor xxxxxxxx. QUE, desativando a senha, os trabalhos naquele momento são interrompidos... QUE, depois de desativar a senha, o depoente percebeu que o servidor xxxxxxxx ficou alguns instantes conversando com outro servidor que atualmente não mais faz parte do nosso quadro, provavelmente colhendo informações de como proceder QUE, no momento que o depoente verificou que a senha do servidor xxxxx estava sendo utilizada por outra pessoa, não foi possível identificar o local ou em que máquina havia sido acessada a senha, apenas registrou o nº do IP. QUE, no momento, não suspeitou quem poderia estar utilizando a senha do xxxxxxxx nem tampouco o servidor xxxx manifestou quem poderia estar

utilizando a sua senha... *QUE*, As Normas Internas do INCRA e a Legislação proíbem o empréstimo ou a concessão de senha mesmo que para outro servidor.”

xxxxxxxxxx, por seu turno, esclareceu que soubera por terceiros do uso indevido da senha de xxxxxxxx, conforme se vê do excerto abaixo:

“...*QUE*, ficou sabendo que a senha do servidor xxxxxx estava sendo utilizada por terceiros através de conversas entre os próprios colegas de trabalho...*QUE*, indagado ao depoente sobre seu depoimento perante a Comissão de Sindicância (fls. xxx do Processo xxxxx. xxxxxx/xxxx-xx), que o mesmo havia respondido que “viu os dois servidores xxxxxxxxx e (indiciada) manusear o sistema durante este ano de xxxx” que contradiz com a resposta fornecida neste depoimento, o depoente afirma se enganar nas datas...”

xxxxxxxxxx, por sua vez, também soube por comentários a cerca do uso da senha de xxxxxxxx por terceiros:

“...*QUE*, sabe apenas através de comentários nos corredores do INCRA, de que a senha de acesso ao SNCR do servidor xxxxxx havia sido utilizada por terceiro, sem, contudo, ter maiores conhecimentos ou elementos comprobatórios sobre o caso”

xxxxxxxxxx(indiciada) informou a xxxxxxxxxxxxxx que xxxx lhe tinha fornecido sua senha, conforme se colhe do depoimento de xxxxxxxx, abaixo transcrito:

“...*QUE*, a depoente logo em seguida da denúncia de uso indevido da senha do servidor xxxxxxxx junto a Polícia Federal, em conversa com a servidora xxxxxxxxxxxxx (indiciada), esta informou que o servidor xxxxxxxx lhe tinha fornecido a sua senha. *QUE*, não entrou em maiores detalhes com a servidora xxxxxxxxxxxxx (indiciada) sobre os motivos que levaram o servidor xxxxxxxx a fornecer a sua senha a ela... *QUE*, segundo as normas da própria instituição a senha de acesso ao SNCR não pode ser divulgada a outras pessoas ou outros servidores... *QUE* quando o depoente conversou com a servidora xxxxxxxx (indiciada) sobre o assunto do presente apuratório o depoente perguntou a ela se havia desinibido cadastro no SNCR de alguma propriedade utilizando a senha do servidor xxxxxxxx, recebendo da servidora xxxxxxxxxxxxx a resposta negativa...”

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX também afirmou que ficara sabendo do uso da senha de XXXXXXXXXXXX por terceiro:

“...*QUE*, sabe apenas por comentários nos corredores do INCRA, que a senha do servidor xxxxxxxxxxxxxx havia sido usada por terceiros...”

Por tudo o que foi exposto, ficou fora de dúvidas que a indiciada fez uso da senha de xxxxx, sem sua permissão, para acessar o SNCR.

2.1.1.1) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

Segundo o inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112/90, constitui dever do servidor público a adoção de conduta compatível com a moralidade administrativa, conforme se observa de seus termos abaixo transcritos:

Art. 116. São deveres do servidor [...] IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

No presente caso, restou comprovado que a servidora xxxxx (indiciada) fez uso da senha de seu colega de serviço, xxxxxxxx, sem a autorização dele. Com essa conduta, a indiciada adotou procedimento incompatível com a moralidade administrativa, desobedecendo, assim, ao dever funcional previsto no inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112/90.

2.1.2) PAGOU DIÁRIAS A SI MESMA, SEM JUSTA CAUSA, BEM COMO A SEU GENITOR, QUE NÃO É SERVIDOR PÚBLICO

Cumprе ressaltar, inicialmente, que os autos apresentam elementos de prova suficientes para demonstrar que a indiciada pagou para si mesma, sem justa causa, bem como ao seu genitor, XXXXXXXXXXXXXXXX, diárias que totalizaram R\$ XX.XXX,XX, no período compreendido entre os anos xxxx e xxxx.

A prova da materialidade da infração administrativa praticada pela servidora se encontra consubstanciada no laudo de fls. xxx/xxx, em que se concluiu que a indiciada, titular do CPF xxx.xxx.xxx-xx, teria sido cadastrada no sistema SIAFI em xx/xx/xxxx, e seu genitor, xxxxxxxxxxxxxx, titular do CPF xxx.xxx.xxx-xx, teria sido cadastrado no mesmo sistema em xx/xx/xxxx.

Consta do aludido laudo, ainda, que os pagamentos irregulares efetuados ao genitor da indiciada teriam sido depositados na conta corrente nº xxxxx-x, da agência nº xxxx, Banco do Brasil, e que tal conta teria sido incluída pela servidora ora indiciada.

Demonstram o cometimento dos ilícitos administrativos, ainda, as Ordens Bancárias nºs xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx e xxx), xxxxxx (fls. xx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx, xxx, xxx e xxx), xxxxxx (fls. xx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx), xxxxxx (fls. xxx e xxx) e xxxxxx (fls. xxx e xxx).

Ainda de acordo com o mencionado laudo, a indiciada se aproveitou da confiança de seus superiores, bem como dos horários de final de exercício bancário para praticar as aludidas irregularidades.

Registrou-se no citado laudo, ainda, que todos os valores apropriados indevidamente pela indiciada, bem como por seu genitor, foram devidamente restituídos ao erário.

A prova dessa devolução encontra-se, realmente, consubstanciada nas fls. xxx/xxx, onde se constam autuadas as Guias de Recolhimento da União - GRU, no valor total de R\$ xx.xxx,xx, referentes ao ressarcimento efetivado pela servidora ora indiciada ao erário, valor relativo ao principal, acrescido de juros e correção monetária.

Corroborar com a prova da prática do ilícito as próprias informações da indiciada, autuadas às fls. xxx/xxx, onde confessa sua autoria e esclarece que as dificuldades financeiras pelas quais passava seriam os motivos que a levaram à prática dos ilícitos; informou, também, que as RE.s eram levadas por ela mesma e por alguns servidores terceirizados para serem assinadas pela chefia. Confira-se:

“...O que levou você a preencher e emitir trinta e cinco Relações de Ordens Bancárias Externas – RE.s, nas quais constam o seu nome e o de seu pai nos pagamentos referentes a diárias? Respondeu que, por insegurança pessoal e o fato de morar sozinha na cidade de xxxxxx quando assumiu o emprego no INCRA, bem como, as dificuldades financeiras pela qual passou quando ingressou no órgão, as levaram a cometer as irregularidades que estão sendo apuradas no presente apuratório... Como e quando eles assinavam estas REs? Respondeu que, emitia as RE.s geralmente às nove horas da manhã e era quem levava à chefe da Divisão para serem assinadas...”

A testemunha xxxxxxxxxxxxxx, por sua vez, às fls. xxx/xxx, esclareceu que a indiciada elaborava as ordens bancárias e as levava para serem assinadas:

“...as ordens bancárias eram feitas pela acusada e ela mesma as levava para serem assinadas... as vezes a acusada ficava algumas horazinhas à noite trabalhando...”

A testemunha xxxxxxxxxxxxxx, às fls. xxx/xxx, afirmou que a indiciada ficava no trabalho após o expediente. Confira-se:

“...quase que sempre era a servidora xxxxxxxxxxxx que ficava trabalhando depois do expediente...”

Por todo exposto, constata-se que a indiciada, realmente, efetuou pagamentos de diárias a si mesma, sem justa causa, bem como a seu genitor, que não é servidor do INCRA.

2.1.2.1) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

O inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90 proíbe que o servidor se valha do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.

Tal dispositivo obsta que o servidor público faça uso das funções inerentes ao cargo público por ele ocupado, deturpando-as, valendo-se, assim, de suas prerrogativas de forma consciente, intencional, para atingir proveito próprio ou de terceiro, denegrindo a função pública.

No presente caso, a indiciada XXXXXXXXXXXXXXXX se valeu do cargo público que ocupava para efetuar pagamento de diárias a si mesma, sem justa causa, bem como a seu genitor, que não era servidor público, beneficiando-se, bem como a seu pai, em detrimento da dignidade da função pública.

Com essa conduta, a indiciada violou a proibição prevista no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

2.2) *PENA*

Dessa forma, restaram comprovadas duas irregularidades praticadas pela indiciada.

A primeira, consistente no uso da senha de acesso ao SNCR de outro servidor, sem seu consentimento.

Com essa conduta, a servidora desobedeceu ao dever funcional previsto no inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112/90, conforme já exposto.

A pena prevista para desobediência a dever funcional é a de advertência, conforme se encontra estabelecido no art. 129 da Lei nº 8.112/90, onde se lê:

“Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97 – negritou-se)

A segunda irregularidade se traduz no pagamento, pela indiciada, a si mesma, bem como a seu genitor, de diárias.

Já se esclareceu que a indiciada, ao proceder dessa forma, valeu-se do cargo que ocupa para lograr proveito próprio, infringindo, com isso, o ilícito administrativo consubstanciado no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

De acordo com o art. 132, XIII, da Lei nº 8.112/90, a violação ao inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90 implica aplicação da

penalidade de demissão, conforme se observa dos seguintes termos do aludido dispositivo legal:

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117”

O art. 128 da Lei nº 8.112/90¹¹, por sua vez, estabelece a necessidade de se observar a natureza e gravidade da infração cometida, os danos dela proveniente ao erário, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e antecedentes funcionais, conforme já exposto anteriormente.

No caso dos autos, a segunda infração cometida pela indiciada mostra-se de natureza grave, tendo em vista que se caracteriza, também, como ilícito penal. Por isso, muito embora não tenha resultado prejuízo ao erário e não haja nenhuma circunstância agravante e atenuante, bem como inexistam antecedentes funcionais da indiciada, a pena a ser imposta deve, realmente, ser a de demissão, conforme estabelece o art. 132, XIII, c/c art. 117, IX, ambos da Lei nº 8.112/90, já transcritos.

Por isso, a presente comissão de processo disciplinar sugere que seja aplicada a pena de demissão à indiciada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Observe-se que esse exemplo hipotético foi abordado seguindo-se a seguinte ordem, o que se sugere para todos os demais casos:

1) FRANCISCO DOS ANZÓIS SOBRINHOS

1.1) IRREGULARIDADE A (nesse momento aprecia-se as teses de defesa relativas ao fato A)

1.2) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

1.3) PENA

2) FILISBRINA DE SOUZA

2.1) IRREGULARIDADES

¹¹ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

2.1.1) IRREGULARIDADE B (nesse momento aprecia-se as teses de defesa relativas ao fato B)

2.1.1.1) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

2.1.2) IRREGULARIDADE C (nesse momento aprecia-se as teses de defesa relativas ao fato C)

2.1.2.1) TIPIFICAÇÃO/ENQUADRAMENTO

2.2) PENA

Após o exame do conjunto probatório quanto à prova da existência ou não do ilícito, da tipificação/enquadramento da conduta a um dispositivo legal, e da sugestão da pena, passa-se à conclusão e aos encaminhamentos finais.

20 CONCLUSÃO DO RELATÓRIO FINAL

A conclusão do relatório final é o momento em que a tríade fecha o seu raciocínio de forma objetiva, coerente e lógica.

Nesse momento, o colegiado indica, de forma fundamentada, a autoridade competente para o julgamento do feito. Confira-se a seguinte sugestão de redação para a identificação da autoridade julgadora:

“Da competência do Ministro do Desenvolvimento Agrário para julgar o presente caso

Cumpre asseverar que a instauração de procedimentos disciplinares envolvendo condutas atribuíveis a servidores do INCRA é ato da competência de autoridade do âmbito daquela própria autarquia. Não obstante, compete ao Ministro do Desenvolvimento Agrário o julgamento dos casos em que se examina a possibilidade de aplicação de penalidade superior à de 30 (trinta) dias de suspensão, bem como de demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão ou em demissão.

A competência do Ministro do Desenvolvimento Agrário para tais atos encontra-se prevista nos art. 167, § 1º, c/c o art. 141, II, todos da Lei nº 8.112/90; do art. 1º, I, do Decreto nº 3.035, de 27/04/1999, assim como do art. 7º, da Portaria INCRA nº 191, de 30/06/2009.

In casu, restou comprovada a prática, pelo indiciado xxxxxxxxxxxxxxxx, servidor do INCRA, de infração administrativa que redundou em proposta de aplicação de penalidade de demissão, o que atrai a competência do Ministro do Desenvolvimento Agrário para a apreciação do processo.

Por isso, sugere-se o encaminhamento do presente processo ao Ministro do Desenvolvimento Agrário, para a adoção das providências que entender pertinentes.”

Na conclusão, o trio também deve repetir sua sugestão de aplicação das penas, indicando o fato provado, bem como o dispositivo legal violado/desobedecido e, ainda, a pena cabível, tudo de forma sucinta. Observe a seguinte sugestão de redação para esse tópico da conclusão:

“Por tudo o que foi exposto, a presente comissão de processo disciplinar conclui que:

a) *FERNANDO DOS ANZÓIS SOBRINHO* usou cartão de abastecimento do veículo oficial de placa XXX-XXXX para o abastecimento de seu veículo particular, no período compreendido entre XX/XX/XXXX a XX/XX/XXXX. Com essa conduta, o indiciado se valeu do cargo que ocupa para beneficiar a si mesmo com o aludido cartão, em detrimento da dignidade da função pública. Assim, violou os termos do inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90, cabendo-lhe, por isso, a aplicação da pena de demissão, conforme se encontra estabelecido no art. 132, XIII, da Lei nº 8.112/90¹²; e que

b) *FILISBRINA DE SOUZA* usou a senha de outro servidor para acessar o sistema nacional de cadastro rural – SNCR. Trata-se de conduta incompatível com a moralidade administrativa. Por isso, ao assim agir, a indiciada desobedeceu ao dever funcional previsto no inciso IX do art. 116 da lei nº 8.112/90. Ademais, a indiciada também efetuou pagamentos de diárias a si mesma, sem justa causa, e a seu genitor, que não é servidor público. Com essa conduta, a indiciada se valeu do cargo que ocupa para beneficiar a si mesma, bem como a seu genitor, com os valores correspondentes às aludidas diárias, o que caracteriza violação aos termos do inciso IX do art. 117 da lei

12 Observe-se a sequência de assuntos. Primeiro, especifica-se a conduta comprovada. Segundo, realiza-se a tipificação, o enquadramento, da conduta a um ilícito. Terceiro, cita-se o dispositivo legal violado. Ao final, propõe-se a pena cabível.

nº 8.112/90, cabendo-lhe, por isso, a aplicação da pena de demissão, conforme se encontra estabelecido no art. 132, XIII, da Lei nº 8.112/90. Por tudo isso, é cabível a aplicação da pena de demissão à indiciada.”

21 ENCAMINHAMENTOS

Sob o título de encaminhamento, a comissão processante pode sugerir à autoridade julgadora a adoção das providências que entender necessárias.

Citam-se, a título de exemplo, algumas recomendações que a tríade pode apresentar à autoridade julgadora:

21.1 ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DO PAD À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Segundo o art. 1º do Decreto nº 3.781, de 02/04/01, cumulado com o art. 1º, §§ 1º e 2º, da Portaria-RFB nº 11.230, de 09/11/07¹³, deve ser encaminhada cópia à Secretaria da Receita Federal do Brasil dos processos administrativos disciplinares em que se sugerir a aplicação de pena capital a servidor público por infração aos dispositivos legais neles especificados.

Sendo assim, nos casos em que a comissão sugerir a aplicação de pena capital, com fundamento nos dispositivos legais constantes do mencionado art. 1º do Decreto nº 3.781/2001, também recomendará o encaminhamento de cópia dos aludidos processos à Receita Federal.

21.2 ENCAMINHAMENTO DE INFORMAÇÕES AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pode acontecer que a tríade identifique, ao longo do PAD, o cometimento de infração penal, por parte do acusado/indiciado, de outro servidor ou de terceiro.

13 Art. 1º Os processos administrativos disciplinares que resultarem ou tiverem resultado na demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores, por infração aos incisos IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI do art. 117, e incisos I, IV, VIII, IX, X, XI e XII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, deverão ser encaminhados à Divisão de Fiscalização das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (Difis/SRRF) da jurisdição do domicílio fiscal do referido servidor, conforme indicado no Anexo Único a esta Portaria, pelos órgãos da Administração Federal direta, autarquias federais e fundações instituídas e mantidas pela União, para fins de extração de cópia das peças de interesse fiscal. [...] § 1º Alternativamente ao disposto no caput, os órgãos da Administração Federal direta, autarquias federais e fundações instituídas e mantidas pela União poderão encaminhar cópia integral do processo. § 2º O encaminhamento de que trata este artigo deverá ocorrer no prazo de trinta dias, contado da data de publicação do ato que impuser a penalidade disciplinar.

Nessa hipótese, recomendará o encaminhamento de cópias das peças do PAD que evidenciam a perpetração desses ilícitos penais ao Ministério Público.

21.3 ENCAMINHAMENTO DE INFORMAÇÕES À PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO/PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL

Compete às Procuradorias-Regionais da União o ajuizamento de ação de improbidade administrativa contra servidor público federal, bem como de ação de ressarcimento ao erário por danos causados à Administração Pública Direta.

Por outro lado, cabe às Procuradorias-Regionais Federais o ajuizamento de medidas judiciais visando a apurar atos de improbidades administrativas praticados em tese por servidores autárquicos, bem como objetivando a ressarcir o erário por danos causados às entidades autárquicas.

Sendo assim, caso o trio processante identifique, ao longo do PAD, a prática de ato de improbidade administrativa ou de dano à Administração Pública Direta, recomendará à autoridade julgadora o encaminhamento de cópias de peças dos autos à Procuradoria-Regional da União. Caso o dano ou o ato de improbidade se refira a servidor do INCRA ou ao patrimônio dessa autarquia, sugerirá encaminhamento de peças dos autos à Procuradoria-Regional Federal.

21.4 INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA OU DE OUTRO PAD

Durante a apuração do ilícito administrativo, a comissão processante pode deparar com informações sobre a prática de outras irregularidades administrativas.

Caso haja indícios de materialidade e autoria dessas infrações, a comissão poderá sugerir a instauração de outro processo administrativo disciplinar, ou de sindicância contraditória, a depender do caso.

Na hipótese, todavia, de inexistir indícios de autoria da irregularidade, o trio poderá sugerir a instauração de sindicância investigativa à autoridade julgadora.

21.5 OUTRAS RECOMENDAÇÕES

Ao longo do processamento do PAD, o trio pode concluir pela necessidade de adoção de outras providências por parte da autoridade julgadora.

Se isso ocorrer, a tríade deverá sugerir o que entender pertinente.

Todas as recomendações deverão figurar nesse campo. Não se mostra coerente que a recomendação seja feita em outra parte do relatório, sob pena de violar-se a coerência das ideias dessa peça processual.

22 CONCLUSÃO DESTE TRABALHO

Conclui-se, assim, no sentido de que a comissão processante deve estruturar o relatório final de tal maneira a afastar possíveis futuras alegações de nulidade. Outra preocupação que deve se fazer presente quando da elaboração do relatório se consiste na demonstração, de forma clara, da ocorrência ou não do ilícito.

Assim, cabe à comissão, primeiramente, identificar as possíveis nulidades ocorridas ao longo do processamento do feito. Após a localização das nulidades, a comissão deverá avaliar se de cada uma delas resultou prejuízo para o acusado. Caso detecte prejuízo, terá de afastar o ato viciado expressamente do relatório, esclarecendo que ele não será utilizado como prova do fato.

O último procedimento consiste na demonstração sistemática de que o fato aconteceu ou não. Para isso, não basta a mera citação dos elementos de provas, fazendo-se necessário, ainda, o cotejo de um elemento de prova com os demais, e, ainda, a exposição, por escrito, do raciocínio da comissão sobre esses elementos de prova. Ela deverá apresentar, por escrito, sua análise e conclusão.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 8000- CEP: 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares