MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 5ª REGIÃO

Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Vice-Presidente do TRF-5ª Região,

Referência : Proc. nº 0001291-34.2013.4.05.8300 AC594669-PE
Embargante : Ministério Público Federal
Embargado : Novo Recife Empreendimentos Ltda. e outros
Advogado : Marcus Augusto de Brito Alves Freire
Relator : Desembargador Federal Edílson P. Nobre Jr. – 4ª Turma

AGRAVO INOMINADO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 15846/2019

O Ministério Público Federal, por seu representante, adiante firmado, nos autos da **Ação Civil Pública** acima individualizada, inconformado, *data venia*, com a r. decisão que definiu a parte do Recurso Extraordinário relacionada com as violações aos artigos 107 e 216-V e seu § 1º, ambos da Constituição Federal, para a qual foi negada a admissibilidade, vem à presença de Vossa Excelência para interpor, na forma autorizada pelo art. 1030, V e § 1º, combinado com o art. 1042 do CPC, o presente **AGRAVO INOMINADO**, direcionado ao **Supremo Tribunal Federal**, o que faz expondo e argumentando o que adiante se encontra delineado.

1 – Como é matéria amplamente sabida, este órgão realizou a interposição de Recurso Extraordinário contra o acórdão que definiu Ação Civil Pública relacionada com o caso denominado "Novo Recife", o que fez com a demonstração de ofensa aos artigos 107 (julgamento relatado por um juiz desprovido de poder jurisdicional no TRF-5ª Região naquele momento) e 216-V e § 1º (ofensa à natureza vinculada do ato de tombamento, direito fundamental de 3ª geração, consequentemente sujeito ao controle pelo Poder Judiciário), ambos da Constituição Federal, dentre outros.

Examinando a argumentada vulneração aos tratados dispositivos, essa Egrégia Vice-Presidência concluiu pela inadmissibilidade do recurso, com a seguinte fundamentação:

a) em relação ao art. 107 da CF, "nota-se que o Acórdão decidiu a causa à luz de atos infralegais (Ato n. 443/2017 e Resolução n. 17/2017, ambas do TRF5), sendo a ofensa à Constituição indireta ou reflexa, e, por isso, seu exame na via extraordinária mostra-se inadmissível, consoante entendimento firmado pela Corte Suprema", complementando com a afirmação de que "incide, portanto, o enunciado nº 636 da Súmula do STF"

b) no que toca ao art. 216-V e seu § 1º, "verifica-se que o Acórdão não apenas decidiu a causa com espeque na legislação infraconstitucional (Leis 378/37 e 11.483/2007), como também que essa análise implicaria revolvimento de prova, de sorte a se perscrutar acerca de eventual omissão em relação ao exame e definição da área como de interesse histórico e da proteção paisagística de bens tombados em área contígua, a encontrar óbice na Súmula 279 do STF".

Com todas as vênias possíveis, a decisão é absolutamente equivocada em relação a ambos os pontos, na medida em que, além da ocorrência de ofensa direta ao art. 107 da Lei Maior, ocorreu igualmente ofensa ao art. 216-V e seu § 1º, do mesmo Diploma Jurídico-Político, a matéria foi prequestionada na forma prevista no CPC e a matéria de fato foi completamente abstraída no acórdão recorrido, que se baseou apenas na natureza discricionária do ato protetivo aos bens de valor histórico e paisagístico.

2 – Passa esta PRR-5ª Região à demonstração.

2.1 – **Da ofensa direta ao art. 107 da Constituição Federal**.

Primeiramente, é de se ver que a matéria foi prequestionada em razão dos Embargos de Declaração de fls. 2978/2982, no qual, um dos pontos levantados foi a obscuridade do acórdão no aspecto que diz respeito ao fato de o processo haver sido relatado pelo Juiz Auxiliar Ivan Lira de Carvalho, que realizou o julgamento tomando o lugar, ainda que de forma consentida, do Desembargador Edílson Nobre, estando esse em pleno exercício da jurisdição. Daí a incidência do CPC, *in verbis:*

> Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Em tal circunstância, percebe-se que a matéria foi objeto de prequestionamento.

Observe-se, por outro lado, que este órgão ingressou com Agravo Interno contra a decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário na parte em que se invocou ofensa aos princípios da ampla defesa, Estado de Direito e ausência de fundamentação completa, com o objetivo de fazer com que o recurso seja admitido à luz desses aspectos.

No que toca ao mérito, como se observa, a decisão dos Embargos de Declaração, para propositadamente evitar o exame dessa obscuridade, definiu-se no seguinte sentido:

> "A atuação deste Relator na condução do presente feito decorre da regular convocação realizada pelo Ato 443/2017, da Presidência do TRF5, com fundamento no que decidiu o Pleno deste Regional, através da Resolução 17/2017.
> Mesmo assim, o questionamento do MPF não se contém nos limites do art. 1.022 do CPC, razão pela qual dele não toma conhecimento a Turma.

Como se observa, ofendendo ao próprio Ato 443/2017 da Presidência do TRF5 e do ato do Plenário que o autorizou, o Juiz Auxiliar Ivan Lira de Carvalho resolveu julgar o processo como se estivesse substituindo o Desembargador Edílson Nobre, o que não acontecia, e julgou como se esse fato não necessitasse de esclarecimento pela sua obscuridade.

A conclusão foi claramente com o objetivo de não prequestionar o dispositivo indicado como vulnerado.

E sua vulneração é clara: o dispositivo em comentário exige que o número de juízes componentes de um tribunal regional federal seja definido por **lei em sentido formal**, enquanto a interpretação dada pelo julgador foi no sentido de que tal seria possível **por ato administrativo, como aconteceu no caso concreto.**

Ora, se o aumento, ainda que temporário, do número de juízes do TRF-5ª Região foi aumentado por **ato administrativo**, não **por lei em sentido formal**, é evidente que **ocorreu uma ofensa direta ao art. 107 da Constituição Federal**.

Não constitui argumento razoável para o afastamento da análise do fato, pelo exame da sua existência e validade, sua origem em ato administrativo, porque, havendo ocorrido a incidência do citado dispositivo constitucional e requerido seu exame ao tribunal, a matéria não somente não poderia deixar de ser decidida, como igualmente ficou prequestionada em razão da interposição dos Embargos de Declaração.

Em tal circunstância, como o dispositivo constitucional indicado como vulnerado é a norma primária de regulação da forma de fixação do número de juízes de um tribunal regional federal, estabelecida no sentido de que sua fixação e alteração somente pode ocorrer através de lei em sentido formal, evidente que o julgamento foi nulo porque o relator era estranho ao quadro do TRF-5ª Região e a interpretação do ato administrativo jamais poderia ser no sentido de que constitucionalmente estaria autorizado realizar um aumento transitório desse quadro.

Enfim, se o acórdão afirmou que o número de juízes dos tribunais pode ser aumentado ao sabor de um ato administrativo, choca-se claramente com a previsão constitucional de que isso somente pode acontecer pela via legal.

A ofensa foi direta e a omissão justifica o reexame da matéria, prequestionada na forma do art. 1025 do CPC.

2.2 – **Da ofensa ao art. 216-V e seu § 1º da Constituição Federal**.

Acerca do exame desse dispositivo constitucional que originariamente estabelece a proteção de monumentos históricos ou paisagísticos, omitido pelo acórdão, os Embargos de Declaração receberam a seguinte resposta, *in verbis:*

> "Não há omissão quanto à aplicabilidade, ao caso, do disposto no art. 216 da CF, pois o assunto foi tratado no nível infraconstitucional dos diplomas que vivificam essa norma da Carta Magna". (Fl. 2998).

Em suma, para o acórdão, a precedência no exame de um caso concreto é da lei ordinária, o que afasta a necessidade do exame da Constituição, fato que demonstra um entendimento no sentido de que é a lei ordinária que molda a Lei Maior e não o contrário.

Evidente, contudo, que o argumento no sentido de que a norma constitucional incidiu, traz para o Poder Judiciário o dever de dizer o contrário ou lhe dar uma interpretação diferente daquela indicada pela parte interessada, especialmente quando utilizado o instrumento apto a fazê-la prequestionada.

Então, se a norma constitucional trata do assunto e tem precedência sobre qualquer outra, havia necessidade de explicar porque a Constituição Federal estabeleceu a proteção do patrimônio histórico e paisagístico do país, quando, por se incluir essa proteção na moldura dos atos de natureza discricionária, dentro da lógica do acórdão, isso não garante nada. Em outras palavras, ainda que a defesa do patrimônio histórico e paisagístico se direcione a direitos fundamentais de 3ª geração (direitos difusos), disse o acórdão que eles não fazem jus à proteção jurisdicional.

Ora, para que a Constituição Federal criou e estabeleceu mecanismos de proteção desses interesses de natureza difusa, se o fez através de ato de natureza discricionária? Essa a resposta que havia de ser dada no julgamento dos Embargos de Declaração, o que não aconteceu.

A decisão ora recorrida, no entanto, desconsiderando, *data venia*, o real conteúdo do acórdão, inadmitiu o Recurso Extraordinário, no ponto, com a seguinte argumentação:

> "Em relação à alegada ofensa ao disposto no art. 216, verifica-se que o Acórdão não apenas decidiu a causa com espeque na legislação infraconstitucional (Leis 378/37 e 11.483/2007), como também que essa análise implicaria revolvimento de prova, de sorte a se perscrutar acerca de eventual omissão em relação ao exame e definição da área como de interesse histórico e da proteção paisagística de bens tombados em área contígua, a encontrar óbice na Súmula 279 do STF". (Fls. 3322/3323).

A apreciação do mérito do acórdão, todavia, mostra o seguinte:

a) a definição no sentido de que tombamento de um bem é ato discricionário do Administrador Público, não podendo ser realizado por determinação do Poder Judiciário;

b) o processo de alienação, realizado pela Caixa Econômica Federal, não padeceu de qualquer vício.

Em relação ao item "b", como se observa no REsp, foi demonstrado o vício de nulidade absoluta do procedimento, na medida em que o SPU não obteve do IPHAN, naquele momento, a certificação prévia de que o bem não guardava consigo qualquer interesse histórico.

Por se tratar de nulidade em sentido estrito, de nada serve o pronunciamento posterior do IPHAN, no sentido de que não havia interesse histórico sobre o bem (com efeito, fosse o caso de se analisar a prova dos autos, constatar-se-ia que o desinteresse não era por falta de atributos históricos, já anteriormente declarados por grupo multidisciplinar por ele nomeado para tanto, mas porque gerava despesas para sua manutenção).

Esse aspecto, todavia, é matéria a ser definida no Recurso Especial.

No que interessa ao presente recurso, observa-se que a decisão em momento algum questionou aspectos de fato acerca do interesse histórico, limitando-se a sustentar que o ato, sendo discricionário, não poderia ser imposto ao Executivo pelo Poder Judiciário, ou seja, adotou uma solução jurídica que tornava prejudicado o próprio exame do mérito.

A questão em foco, portanto, consiste em se definir se a realização do tombamento pode ou não ser determinado pelo Poder Judiciário, o que significa dizer que o acórdão abstraiu as questões de fato que giravam acerca do interesse histórico e paisagístico.

Então, existem dois caminhos: – reconhecido que o ato é vinculado, o que significa dizer que submete-se ao controle jurisdicional, sob pena de se transformar o art. 216 da Lei Maior como um mero penduricalho desprovido de efeitos, ainda que relacionado a um interesse de natureza difusa (= direito fundamental de terceira geração), o próprio STF examina o mérito da questão; – reconhecida a natureza vinculada, determina-se ao tribunal que decida acerca do interesse histórico, devendo, nesse caso, prequestionar o posicionamento da comissão multidisciplinar, atos do próprio IPHAN que reconheceram e confessaram o interesse histórico e igualmente sua decisão de retirar esse característico para evitar as despesas na sua manutenção.

No que tange à defesa do aspecto paisagístico, ao qual não foi diretamente direcionado uma mera frase sequer, os Embargos de Declaração ratificaram aquele posicionamento acerca da natureza discricionária do ato, afirmando haver se referido a ele na parte do acórdão em que questionou a possibilidade do controle jurisdicional da matéria "para fins de especial proteção cultural e ambiental" (fl. 2999).

Dentro dessa decisão, percebe-se que ele não ingressou na análise dos Pareceres emitidos pelo CAU – Conselho de Arquitetura e Urbanismo, UFPE – Universidade Federal de Pernambuco e UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco.

Diante disso, o exame proposto acerca da interpretação do art. 216 da Constituição Federal, em razão do conteúdo do acórdão, tem como objetivo exclusivo exame de uma matéria meramente de direito: ato discricionário ou ato vinculado.

Percebe-se, portanto, que não há a menor necessidade de se revolver a prova produzida neste momento.

3 – Pelo exposto, requer esta PRR-5ª Região seja o presente recurso conhecido e provido, para o fim de se reconhecer, julgando o Recurso Extraordinário, as ofensas perpetradas pelo acórdão recorrido contra os artigos 107 e 216-V e § 1º da Constituição Federal, com anulação do acórdão em razão da ausência de poderes jurisdicionais do relator e a determinação de novo julgamento, reconhecido o controle jurisdicional, acerca do interesse histórico e paisagístico sobre as áreas que se pretende proteger.

Nestes termos,
pede deferimento,

Recife-PE, 30 de julho de 2019.

Assinado eletronicamente
Domingos Sávio Tenório de Amorim
Procurador Regional da República

L://2019/ACP/Recursos
Novo Recife-REx-inadmissibilidade-AI em Rex-AC594669-PE AgRExt 15846-2019