

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.04.00.014649–5/SC

RELATORA : Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA
AGRAVANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA –
INCRA
ADVOGADO : Marcelo Ayres Kurtz
: Roberto Porto
INTERESSADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI
ADVOGADO : Luiz Fernando Villares e Silva

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação civil pública, deferiu em parte a antecipação de tutela para *determinar ao Ministro de estado da Justiça, ou a quem, provisoriamente, determinadas atribuições, que, no prazo improrrogável de 30 (trinta dias), na forma do § 10 do art. 2º do Decreto nº 1.775/96:*

I) declare, mediante portaria, os limites da terra indígena e determine a sua demarcação; ou

II) prescreva todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; ou

III) desaprove a identificação, retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.(fl.62)

Para o caso de descumprimento da decisão, arbitrou, subsidiariamente, multa diária equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo da promoção de outras medidas de caráter penal, civil e/ou administrativo.

A União recorre alegando, em síntese, que a ação civil pública busca a obtenção de provimento judicial para suprir a suposta mora do Ministério da Justiça na expedição do ato normativo declaratório da reserva indígena denominada Toldo Pinhal, no Município de Seara/SC ou, alternativamente, em caso de descumprimento do *decisum*, a expedição de sentença que substitua o ato declaratório. Preliminarmente, sustenta a impossibilidade de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, nos termos das Lei nº 8.437/92, 9.494/97. Diz que a imposição de multa diária é desprovida de fundamentação, infringindo o disposto no art. 93, inciso IX, da CF/88. Afirma que o ato perseguido pelo Ministério Público, é ato discricionário da Administração, sobre o qual não pode haver ingerência do Poder Judiciário.

Requer o efeito suspensivo da decisão.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, em relação à preliminar de impossibilidade de concessão da medida liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, tenho posição firmada sobre o assunto, consoante decisão que prolatei no AI nº 2005.04.01.048323–6/RS, e que passo a transcrever:

"Quando da apreciação do pedido de efeito suspensivo, assim me manifestei:

"(...) Quanto à possibilidade de antecipação de tutela contra a fazenda Pública, é do conhecimento geral, que a proibição contida na Lei 9.494/97, refere-se tão-somente à matéria relativa à reclassificação, equiparação, concessão de aumentos, extensão de vantagens e ao pagamento de vencimentos a servidores públicos. Logo, tenho por afastado

o presente óbice ao caso em pauta.

No que se refere a alegação de que a tutela concedida teria natureza satisfativa e estaria esgotando o objeto da ação, adoto o entendimento expresso no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 2004.04.01.021979-6/RS, prolatado pelo eminente Re.: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, que assim se pronunciou:(grifo nosso)

"Ouso divergir, maxima venia concessa, da solução emprestada aos autos pelo eminente Relator, que provê o agravo, reformando a decisão que, ao antecipar os efeitos da tutela, determinou a imediata reinclusão do autor no Exército, sob o fundamento de que a antecipação de tutela deferida no juízo a quo apresenta nítido caráter satisfativo, atentando contra o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, contrariando, assim, o sistema onde se infere a referida medida processual.

*Reza o
referido
artigo:*

Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Assim, se as peculiaridades fáticas do caso deixam entrever a impossibilidade de restituição das coisas ao estado anterior, vetou o legislador o deferimento da antecipação dos efeitos executivos, resguardando o aspecto útil do provimento final, sob pena da imposição da tutela precária sobre aquela construída a partir de uma cognição aprofundada da lide, frustrando o eventual provimento favorável ao réu e as salvaguardas constitucionais ao devido processo legal e ao contraditório.

Diz melhor a respeito do tema o i. colega Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz:

A reversibilidade cogitada no preceptivo legal antes citado é decorrência prática do respeito aos direitos fundamentais ao devido processo legal e ao contraditório com amplitude de defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição). Isto porque, se os efeitos práticos da antecipação da tutela se apresentarem para o réu de forma irreversível, aniquilados estarão estes princípios. A tutela antecipada, por ser provisória, carece de confirmação por sentença definitiva, não poderia impor ao réu uma situação de fato irreversível, ou somente reversível por via indenizatória (perdas e danos), pois se assim fosse, nenhum interesse haveria no prosseguimento do processo, a não ser para assegurar a recomposição patrimonial.

Diante desta limitação, muito se tem discutido, e a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência prefere emprestar ao disposto no § 2º do art. 273 do CPC a exegese mais consentânea com o novo instituto, marcadamente no sentido de que o eventual risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipado não deve constituir óbice intransponível ao seu deferimento. Convém salientar que tal requisito deve ser considerado com temperamento, para que não seja desvirtuada a finalidade do instituto da tutela antecipada. O exagerado apego à premissa de que, sendo irreversível a situação de fato, não se pode antecipar a tutela, conduzirá ao absurdo de deixar alijado do direito à tutela antecipada todo cidadão menos afortunado (pobre), que, certamente, não terá condições de devolver o que recebeu, recompondo o patrimônio desfalcado daquele que se submeteu aos efeitos do provimento antecipatório.

.....

É verdade que o legislador teve em mente evitar, ao exigir a reversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, que a tutela assumia laivos de definitividade, mesmo diante da

sentença de improcedência do pedido, como seriam os casos em que os efeitos do direito antecipado se incorporassem de tal forma ao patrimônio do beneficiado, de modo que o provimento definitivo não mais pudesse revertê-los, ou que se esgotasse o direito decorrente em face de seu exercício ou perecimento do seu objeto . Por exemplo, um provimento antecipatório que conduza uma empresa à situação de insolvência e conseqüente falência ou autorização para a demolição de um prédio tombado pelo patrimônio histórico, seria em princípio vedado, consoante criteriosa apreciação judicial. Na prática, é sabido, a situação não se apresenta com tanta singeleza. O ponto de equilíbrio dos direitos em choque que há de ser buscado nos princípios constitucionais a que nos referimos nos capítulos anteriores, sobretudo nos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, da razoabilidade e da proporcionalidade das decisões judiciais, que constituem os alicerces da tutela de urgência.

(in "Manual de tutela Antecipada: doutrina e jurisprudência", Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 139/141)."

No presente caso, não reconheço o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, motivo pelo qual afasto a preliminar suscitada.

No tocante à aplicação de multa por descumprimento da decisão, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento, cuja orientação adoto integralmente, que é possível a fixação de multa diária contra a fazenda pública, no caso de descumprimento da obrigação de fazer, nestes termos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA . POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

- 1. É firme o entendimento nesta Corte de que é possível a fixação pelo juízo, de ofício ou a requerimento da parte, de multa contra a fazenda pública pelo inadimplemento de obrigação de fazer.*
- 2. "Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).*
- 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).*
- 4. Agravo regimental improvido.(STJ, AgRg no Ag 673728, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 15/08/2005, p. 274)*

A motivação reclamada pela União para a imposição da multa, é justamente a possibilidade de descumprimento da decisão exarada pelo Juízo de primeiro grau.

No mérito, em recurso de agravo de instrumento(2004.04.01.013313-0/SC) análogo ao presente, em que fui Relatora, exprimi o meu entendimento sobre a matéria, cuja motivação adoto como razões de decidir, conforme segue:

"Quando da apreciação do pedido de efeito suspensivo, assim manifestou-se o relator:

"Em face de preceito constitucional expresso (art. 231), compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, em caráter permanente, no intuito de preservar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, através de procedimento administrativo consignado em lei.

Concluído o procedimento administrativo de demarcação arrematado no preceito constitucional acima referido e com presunção de legalidade, compete ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, a teor do disposto no § 2º do art. 10 do

Decreto n. 1.775/96, expedir Portaria, declarando os limites da terra indígena e determinando sua demarcação ou, em desaprovando a identificação e delimitação realizada pela FUNAI, enviar de volta os autos do processo administrativo ao referido órgão federal de assistência ao índio. Eis o teor do referido dispositivo legal:

Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça, decidirá:

I – declarando, mediante Portaria, os limites da terra indígena e determinando sua demarcação;

II – prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III – desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no art. 231 da Constituição federal e demais disposições pertinentes.

De um breve exame da decisão recorrida depreende-se que houve o cumprimento do devido processo legal na etapa antecedente à demarcação, mercê da minuciosa descrição das diversas fases do procedimento administrativo feita pela Juíza a quo, tendo a União, no entretanto, na pessoa do Sr. Ministro de Estado da Justiça, imprimido injustificada demora na solução da questão.

Ora, à Administração Pública, que é a curadora do interesse público, não é dado dispor a respeito do exercício dos poderes que lhe são conferidos por lei. Na feliz expressão de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, trata-se de "dever-poder" da Administração Pública, pondo em destaque o aspecto de subordinação do poder em relação ao dever; é irrenunciável, indisponível o exercício da atividade pública consignada em lei; preenchido satisfatoriamente o suporte fático que descreve conduta a ser adotada pela Administração Pública, é obrigação sua, sob pena de responsabilização, realizá-la. Retornando às lições do indigitado administrativista, incide o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, assim descrito no seu Curso de Direito Administrativo, 13 ed., in verbis:

O interesse público, fixado por via legal, não está á disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de seu "problema pessoal" da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível.

Como atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se a situação coativa: o interesse público, tal como fixado, tem que ser prosseguido, uma vez que a lei determinou. Daí a obrigação de as pessoas administrativas prosseguirem o próprio escopo, característica tão realçada pelos autores.

32. Outrossim, em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho da sua ação. O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da "indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos", noção que bem se aclara se ter presente o significado fundamental já exposto na "relação de Administração".

Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que

se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. É por isso mesmo que Jêze esclarecia que a Administração tem o dever, mesmo no curso de uma concessão de serviço público, de assumir o serviço, provisória ou definitivamente, no caso de o concessionário, com culpa ou sem culpa, deixar de prosseguí-lo convenientemente.

O interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação. Também por isso não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo, noção muito encarecida pelos autores. São obrigadas a desenvolver atividade contínua, compelidas a perseguir sua finalidade pública. (fls. 41).

Trazendo a premissa para a situação fática, o Decreto n. 1.775/96, em seu art. 2º, § 10, atribuiu ao Ministro de Estado da Justiça a tarefa de, em até 30 dias após o recebimento do procedimento administrativo, decidir acerca da demarcação das terras; no entanto, a autoridade administrativa não se desincumbiu do ônus que lhe foi atribuído por lei no prazo que lhe fora atribuído para tanto. O ordenamento jurídico vigente impõe à autoridade administrativa a prática do ato administrativo em questão no prazo de trinta dias, contados do recebimento do processo administrativo, sendo manifesto o descumprimento da diretriz legal. Não há espaço para a Administração Pública eleger o melhor momento para ultimar o procedimento demarcatório; tendo-lhe sido atribuída por lei a missão, cumpre a ela empreender esforços para realizar a concreta e efetiva atividade administrativa.

Destaco, ainda, os inegáveis prejuízos advindos da demora em ultimar a demarcação das terras indígenas em questão, pois, como bem referido pela Juíza a quo, a incerteza no que diz respeito à propriedade das terras vem contribuindo para o acirramento dos conflitos entre índios e agricultores, tendo inclusive culminado com o assassinato do presidente do Sindicato Rural de Abelardo Cruz.

Ressalte-se, por fim, que a aplicação de multa diária pelo descumprimento de obrigação, tal como fixada pela Julgadora Monocrática, tem previsão expressa do § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil, sendo cabível sua aplicação contra a Fazenda Pública. No que diz respeito ao quantum fixado, tenho eu que adequado pois, além de compatível com a repercussão social da demanda, desencoraja possível atitude da agravante, de pagar a multa e não cumprir a determinação judicial.

Embora elogiável o esforço da agravante no propósito de ver reformada a decisão atacada, não se me afiguram relevantes os argumentos perfilados neste agravo, razão pela qual indefiro o efeito suspensivo almejado."

Inexistem motivos para modificar o entendimento inicial.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo regimental.

É o voto."

Nesse mesmo sentido, pronunciei-me no Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.012602-6/SC, conforme ementa que segue:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRAS INDÍGENAS. DEMARCAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. MULTA DIÁRIA NO CASO DE DESCUMPRIMENTO.

Em face de preceito constitucional expresso (art. 231), compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, em caráter permanente, no intuito de preservar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, através de

procedimento administrativo consignado em lei.

Concluído o procedimento administrativo de demarcação arrimado no preceito constitucional acima referido e com presunção de legalidade, compete ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, a teor do disposto no § 2º do art. 10 do Decreto 1.775/96, expedir Portaria, declarando os limites da terra indígena e determinando sua demarcação ou, em desaprovando a identificação e delimitação realizada pela FUNAI, enviar de volta os autos do processo administrativo ao referido órgão federal de assistência ao índio.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N°

2005.04.01.012602-6/SC

RELATORA : Juíza VÂNIA

HACK DE ALMEIDA

Desta forma, e compulsando os autos, verifico que o processo administrativo nº 1385/2003/FUNAI, chegou ao Gabinete do Ministro da Justiça, em 07 de janeiro de 2005, e a partir desta data, deveria ser decidida a questão em até trinta dias, segundo determina o disposto no art. 2º, §10, do Decreto 1.775/96.(fl.47)

Ante o exposto, na ausência da verossimilhança do direito alegado, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

Intimem-se.

Intime-se a parte agravada para contra-razões.

Porto Alegre, 22 de maio de 2006.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida

Relatora