



Número: **1012197-54.2022.4.01.3000**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **2ª Vara Federal Cível e Criminal da SJAC**

Última distribuição : **28/10/2022**

Valor da causa: **R\$ 283.817.104,00**

Assuntos: **Dano Ambiental, Indenização por Dano Ambiental**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
INSTITUTO DE ESTUDOS AMAZONICOS - IEA (AUTOR)		GENESIO FELIPE DE NATIVIDADE (ADVOGADO)	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (LITISCONSORTE)			
INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVACAO DA BIODIVERSIDADE (REU)			
UNIÃO FEDERAL (REU)			
INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS - IBAMA (REU)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
18569 86175	10/10/2023 18:34	Contestação	Contestação

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE INTER-REGIONAL DE MEIO AMBIENTE DA 1ª E 6ª REGIÕES EM DESATIVAÇÃO
NÚCLEO DE ATUAÇÃO PRIORITÁRIA

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DO(A) 2ª VARA FEDERAL CÍVEL E CRIMINAL DA SJAC

NÚMERO: 1012197-54.2022.4.01.3000

REQUERENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PROCURADORIA) E OUTROS

REQUERIDO(S): INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBIO

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBIO, pessoa jurídica de direito público, representado(a) pelo membro da Advocacia-Geral da União infra assinado(a), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar

CONTESTAÇÃO

à pretensão da parte autora, com fundamento no artigo 335 e seguintes do novo Código de Processo Civil e demais normas aplicáveis ao caso, pelos motivos de fato e de direito que passa a esposar.

DA SÍNTESE PROCESSUAL

Trata-se da Ação Civil Pública nº 1012197-54.2022.4.01.3000, ajuizada pelo Instituto de Estudos Amazônicos -IEA, em desfavor da União, IBAMA e ICMBio, cujo objeto é impedir a continuidade do desmatamento ilegal no interior da Reserva Extrativista (Resex) Chico Mendes, recuperar as áreas desmatadas acima do legalmente permitido e condenar os Demandados a implementar e executar planos e políticas de restauração, controle e fiscalização ambiental para a Resex Chico Mendes, uma das principais reservas extrativistas federais, bem como indenizar os danos decorrentes do desmatamento e os danos sofridos pelas comunidades extrativistas.

Alega o autor que:

a) aumento do desmatamento no interior da Resex Chico Mendes, acima dos níveis permitidos, conforme atesta Laudo Pericial anexo à ação;

b) o desmatamento descontrolado da Resex, além de causar danos irreparáveis à Floresta Amazônica, afeta gravemente vários direitos da comunidade tradicional extrativista, que tem seu modo de vida baseado na exploração sustentável de recursos naturais;

c) segundo dados do INPE, essa foi a terceira unidade de conservação federal na Amazônia com maior incremento de desmatamento nos últimos anos;

d) paralelamente ao crescimento de desmatamento, também está ocorrendo sua interiorização, passando a atingir áreas antes quase intocadas, florestas virgens;

e) tem-se uma consolidação do desmatamento em todo o território da Resex Chico Mendes, inclusive em seringais historicamente com baixos índices de desmatamento, todos na fronteira norte da Resex, regiões distantes e de difícil acesso;

f) os anos de 2005, 2010, 2016, 2019, 2020 e 2021 se destacam por apresentarem valores muito mais altos de área queimada que os demais anos;



g) o desmatamento também tem efeito negativo sobre os recursos hídricos, principalmente devido à fragmentação e perda da floresta, comprometendo a capacidade de regulação hídrica natural que a floresta exerce;

h) os documentos internacionais protocolados pelo Estado Brasileiro não se refletem nas ações do Poder Executivo no combate ao desmatamento, que deveria ser zerado nos próximos 8 anos, mas, na Resex, quadruplicou no triênio 2019-2021;

i) a União e os órgãos de fiscalização - IBAMA e ICMBio - ao não cumprirem com o dever de controle e gestão, estão favorecendo a ocorrência de danos à comunidade;

j) com relação ao Plano de Manejo e Utilização, a Resex Chico Mendes possui hoje um passivo ambiental decorrente de desmatamento ilegal totalizando 17.112 hectares;

k) a elaboração de um Plano de Restauração Florestal e Controle de Desmatamento é essencial à proteção e manutenção do território da Resex Chico Mendes.

Ao final, a parte autora requer:

e) seja julgada totalmente procedente a presente ação civil pública para:

e.1) condenar os demandados ao pagamento de indenização pelos danos materiais causados ao meio ambiente em, pelo menos, R\$ 183.817.104,00 (cento e oitenta e três milhões oitocentos e dezessete mil e cento e quatro reais), acrescendo-se os danos eventualmente materializados no curso da demanda, caso haja aumento do passivo ambiental;

e.2) condenar os demandados ao pagamento de compensação por danos morais coletivos no importe mínimo de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), pelos danos causados à comunidade extrativista Chico Mendes, ao meio-ambiente equilibrado na Resex e à imagem do Brasil doméstica e no exterior;

e.3) determinar aos demandados a imediata restauração florestal de toda a área desmatada acima do limite previsto, a ser realizada de acordo com Plano de Restauração Florestal e Controle do Desmatamento, a ser elaborado em no máximo 90 dias, com a apresentação em Juízo de cronogramas executivos de contenção dos danos ambientais e metas mensuráveis, nos termos da fundamentação, sem prejuízo das sanções previstas nos artigos 815 e 816 do CPC;

f) seja determinado às demandadas o pagamento de multa diária em caso de descumprimento da sentença, sem prejuízo das demais cominações legais, em conformidade com o disposto nos artigos 536, 537, 815 e 816, ambos do CPC;

g) seja determinada a inversão do ônus da prova, nos termos da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, pelo artigo 21 da Lei nº 7.347/85 c/c artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90;

h) seja determinado que os demandados apresentem nos autos todas as atividades (n. fiscalizações realizadas na Resex, n. de reuniões do Conselho Deliberativo), documentos, atos, informações técnicas que demonstrem as ações que têm sido e estão sendo tomadas na prevenção e mitigação dos danos decorrentes do desmatamento na Resex Chico Mendes, desde o ano de 2019, com base no art. 8º, §2º, da Lei 7.347/85;

À causa, atribuiu-se o valor de R\$ 283.817.104,00 (duzentos e oitenta e três milhões oitocentos e dezessete mil e cento e quatro reais) e houve a designação de audiência para a data de **16/10/2023, às 10h**, para a realização da **audiência virtual de conciliação** no âmbito do Centro Judiciário de Conciliação - CEJUC.

É o breve relato.

DA PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE PASSIVA

Como se sabe compete à Administração Pública fazer aquilo que a lei determina. O regime jurídico de direito público, denominado regime jurídico-administrativo impõe obediência ao princípio da legalidade, tal qual concebido em nosso ordenamento, ou seja, “com uma compostura muito estrita e



rigorosa" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 73). Trata-se da denominada legalidade estrita, segundo a qual ao órgão público – e ao agente – somente são deferidas as atribuições previstas em lei, nem mais nem menos que isso.

A responsabilidade por omissão do ICMBio apenas poderá ocorrer se comprovada culpa grave ou dolo, consistentes na conduta excessivamente desidiosa da autarquia ou na omissão oficialmente declarada. Sobre o tema, o seguinte julgado do STJ:

[...].

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. [...].

(REsp 647.493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007, p. 233)

O art. 225, da Constituição Federal, ao consagrar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, dispõe que uma das maneiras de viabilizá-lo é definindo espaços territoriais e seus atributos a serem especialmente protegidos, dentre os quais encontram-se as unidades de conservação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, **vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;** (Regulamento)

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[sem grifos no original]

O poder de gestão e de polícia do ICMBio está expresso no art. 6º, III da Lei nº 9.985/2000 e art. 1º da Lei nº 11.516/2007, a seguir transcritos:

Lei nº 9.985/2000

Art. 6º - O SNUC será gerido pelos seguintes órgãos, com as respectivas atribuições:

(...)

III - órgãos executores: o Instituto Chico Mendes e o Ibama, em caráter supletivo, os órgãos estaduais e municipais, com a função de implementar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as unidades de conservação federais, estaduais e municipais, nas respectivas esferas de atuação. ([Redação dada pela Lei nº 11.516, 2007](#))

Lei nº 11.516/2007

Art. 1º - Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza,



referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;

II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III - fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;

IV - exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e

V - promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

Parágrafo único. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

Em linha com essa orientação, o art. 23, VI, da CF, estabelece como competência comum dos quatro entes políticos o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, de modo que a fiscalização ambiental é exercida por diferentes esferas, uma vez que todos os entes federados possuem competência constitucional para o controle da poluição.

Lado outro, em análise à inicial, verifica-se que o autor requer:

e) seja julgada totalmente procedente a presente ação civil pública para:

e.1) condenar os demandados ao pagamento de indenização pelos danos materiais causados ao meio ambiente em, pelo menos, R\$ 183.817.104,00 (cento e oitenta e três milhões oitocentos e dezessete mil e cento e quatro reais), acrescendo-se os danos eventualmente materializados no curso da demanda, caso haja aumento do passivo ambiental;

e.2) condenar os demandados ao pagamento de compensação por danos morais coletivos no importe mínimo de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), pelos danos causados à comunidade extrativista Chico Mendes, ao meio-ambiente equilibrado na Resex e à imagem do Brasil doméstica e no exterior;

e.3) determinar aos demandados a imediata restauração florestal de toda a área desmatada acima do limite previsto, a ser realizada de acordo com Plano de Restauração Florestal e Controle do Desmatamento, a ser elaborado em no máximo 90 dias, com a apresentação em Juízo de cronogramas executivos de contenção dos danos ambientais e metas mensuráveis, nos termos da fundamentação, sem prejuízo das sanções previstas nos artigos 815 e 816 do CPC;

Ora, não é atribuição institucional do ICMBio efetuar o pagamento de indenização por dano material ou moral, tampouco promover restauração florestal de área irregularmente desmatada. Além disso, conforme se demonstrará, não há que se falar em omissão por parte da Autarquia no cumprimento de sua missão institucional de exercer o poder de política ambiental.

Ante o exposto, o ICMBio requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

DO MÉRITO

DA INEXISTÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA DO ICMBIO

A Reserva Extrativista Chico Mendes, é uma unidade de conservação de uso direto, criada Decreto Federal nº 99.144, de 12 de março de 1990, com área aproximada de 970.570ha (novecentos e



setenta mil, quinhentos e setenta hectares), abrangendo sete municípios do Estado do Acre: Assis Brasil, Brasília, Capixaba, Epitaciolândia, Rio Branco, Sena Madureira e Xapuri.

As regras de ocupação e uso da Reserva Extrativista Chico Mendes são definidos pelo seu Plano de Manejo e pelo Plano de Utilização, na forma como estabelecido na Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.

O ICMBio possui acessos aos sistemas DETER, PRODES e BRASIL MAIS que possibilitam a observação do início ou progressão de um desmatamento. Além disso, mensalmente a Divisão de Monitoramento e Informações Ambientais – DMIF encaminha para a unidade de conservação, via processo, dados levantados pelo sistema DETER do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE para apuração em operações de fiscalização.

Assim, os dados do PRODES, disponibilizados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) e utilizados pelo ICMBio para monitoramento dos desmatamentos dentro de Unidades de Conservação Federais, demonstram claramente o aumento do desmatamento a partir do ano de 2019, permanecendo em patamares elevados até 2022.

No período de 2021 a 2022, foram realizadas ao todo 13 ações de fiscalizações no território. Em 2021, as operações realizadas foram as seguintes: Boa Vista, Tabatinga, Guanabara, Independência, Arari, Castanheira e Floresta. Já em 2022, ocorreram as operações: Guardiões do Bioma, São Sebastião, Iracema, Cerejeira, Cumaru, Caxinguba. As documentações correlatas estão anexa ao processo.

São utilizados dois instrumentos para planejamento da fiscalização pelo ICMBio nas Unidades de Conservação, o primeiro é o Plano de Fiscalização Simplificado (PFIS), que, em formato resumido, apresenta as principais ameaças ao território. O segundo é representado por um conjunto de Planejamentos de Ações de Fiscalização do ICMBio (PLANAFs), que detalha a parte operacional e financeira das ações de fiscalização durante o ano.

Através do PLANAF, a unidade de conservação realiza a previsões e custos de uma operação de fiscalização em determinado período. No geral, os PLANAFs são criados de modo a atender ocorrências e verificar alertas existentes na base de dados durante todos os meses de um ano, o que significa, portanto, que todo mês será realizada uma operação de fiscalização para verificar as infrações *in loco*. Porém, recursos orçamentários escassos ou falta de agente de fiscalização podem influenciar na periodicidade da atividade.

Para o ano de 2024, o planejamento das ações de fiscalização estarão alinhadas ao PLANO DE AÇÃO PARA PREVENÇÃO E CONTROLE DO DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA LEGAL (PPCDAm) - 5ª FASE para atingir as metas relacionadas a unidades de conservação federais. O PPCDAm é o principal instrumento do poder executivo federal para atuação coordenada no combate e prevenção ao desmatamento da Amazônia Legal, que ficou inativo nos últimos anos, sendo retomado a partir do Decreto nº 11.367, de 1º de Janeiro de 2023, com a instituição da Comissão Interministerial Permanente de Prevenção e Controle do Desmatamento.

Todos os PLANAFs elaborados foram executados, com um resultado de 116 Autos de Infração e R\$ 23.836.058,00 reais em multas, referente as atividade de fiscalização nos anos de 2021 e 2022. Entretanto, esse esforço não foi suficiente para impedir o crescimento do desmatamento dentro da UC, que possui mais de 50 acessos por ramais no seu interior e uma forte pressão econômica para aumento no número de cabeças de gado nos sete municípios que abrangem a UC.



Vê-se, portanto, que não houve omissão do ICMBIO no processo em análise, motivo pelo qual o pedido autoral deverá ser julgado improcedente.

CARACTERÍSTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - RESPONSABILIDADE PELA REPARAÇÃO DO DANO E PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL

Em análise dos autos, denota-se que a parte autora requer:

e) seja julgada totalmente procedente a presente ação civil pública para:

e.1) condenar os demandados ao pagamento de indenização pelos danos materiais causados ao meio ambiente em, pelo menos, R\$ 183.817.104,00 (cento e oitenta e três milhões oitocentos e dezessete mil e cento e quatro reais), acrescendo-se os danos eventualmente materializados no curso da demanda, caso haja aumento do passivo ambiental;

e.2) condenar os demandados ao pagamento de compensação por danos morais coletivos no importe mínimo de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), pelos danos causados à comunidade extrativista Chico Mendes, ao meio-ambiente equilibrado na Resex e à imagem do Brasil doméstica e no exterior;

e.3) determinar aos demandados a imediata restauração florestal de toda a área desmatada acima do limite previsto, a ser realizada de acordo com Plano de Restauração Florestal e Controle do Desmatamento, a ser elaborado em no máximo 90 dias, com a apresentação em Juízo de cronogramas executivos de contenção dos danos ambientais e metas mensuráveis, nos termos da fundamentação, sem prejuízo das sanções previstas nos artigos 815 e 816 do CPC;

Importante esclarecer que o regime da responsabilidade civil em matéria ambiental segue fundamentos básicos: (i) independe das responsabilidades penal e administrativa decorrentes do mesmo fato; (ii) possui natureza objetiva; e (iii) é solidária; (iv) tem natureza *propter rem*; e (v) é imprescritível.

O artigo 225, parágrafo 3º, da CF/88, prevê que: "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados.***" (grifamos).

Nos termos do art. 14 da Lei 6.938/81: "*é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.*"

Assim, a caracterização da responsabilidade civil do agente exige tão somente a **configuração do evento danoso e do nexa causal, dispensando-se a avaliação do elemento moral, ou seja, culpa ou dolo - teoria do risco integral.**

Nesse sentido, mesmo as clássicas causas de exclusão de responsabilidade (caso fortuito, força maior, proveito de terceiro, licitude da atividade e culpa exclusiva da vítima, atreladas à responsabilidade *aquilianiana*, na qual a intenção do agente é fator relevante a ser apreciado) não devem ser aceitas, na medida em que a apreciação de lesão a interesses metaindividuais exclui a aplicação de esquemas tradicionais, fundados na culpa ou na intenção do agente, de modo a evitar lacunas no sistema protetivo capazes de impedir a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O **Superior Tribunal de Justiça (STJ)** já teve oportunidade de assentar em sede de recurso especial representativo da controvérsia (**recurso repetitivo**), que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva e em sua modalidade mais rigorosa, ou seja, pelo risco integral, sendo, portanto, incabível a oposição de excludente de ilicitude. Senão vejamos do aresto que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. **RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA**. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL



OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/8/2014, DJe de 05/09/2014 - grifamos)

No mesmo sentido: REsp 1449765/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/10/2016 [...] 9. *A responsabilidade ambiental é objetiva, bastando a comprovação do nexo causal. Em outras palavras, o dever de reparação independe de culpa do agente e se aplica a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora de degradação ambiental.*

Bastam, portanto: a materialidade e a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) do agente.

O artigo 3º, IV, da Lei nº 6938/81 considera **poluidor** "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, **direta ou indiretamente**, por atividade causadora de degradação ambiental;" (grifamos).

Basta, portanto, que tenha **de alguma forma** tenha dado causa ao dano ambiental para que seja responsável civilmente pela recuperação do dano.

Considerando a **indivisibilidade do bem atingido** e o conceito de poluidor supracitado, o dever de reparação decorre do dano ambiental causado pelo infrator ambiental direto e indireto, resultando na **natureza solidária** da responsabilidade civil ambiental.

Da solidariedade obrigacional decorre a possibilidade de ser exigido de qualquer ou de todos os devedores o cumprimento total ou parcial da obrigação.

Nesse sentido, é a jurisprudência dos **tribunais regionais pátrios** (destacou-se):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONDOTA, DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS CAUSADORES DO DANO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. FÓRMULA DE CÁLCULO DESENVOLVIDA PELA CETESB. DANO MORAL. INCABÍVEL. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, E APELAÇÕES IMPROVIDAS. Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº



4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O art. 225 da Constituição Federal consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, criando o dever de o agente degradador reparar os danos causados e estabeleceu o fundamento de responsabilização de agentes poluidores, pessoas físicas e jurídicas. **Com relação à tutela ambiental, se aplica a responsabilidade objetiva, ou seja, não há espaço para a discussão de culpa, bastando a comprovação da atividade e o nexo causal com o resultado danoso.** Tal responsabilização encontra fundamento nos artigos 4º, VII, c/c 14, §1º, ambos, da Lei nº 6.938/81. Após análise do conjunto probatório, não há dúvidas que houve vazamento de óleo, ocorrido em 16/02/2008, durante abastecimento realizado da barcaça Serra Polar para o navio Rio Blanco, em Santos/SP. Configurado o dano, basta ratificar a comprovação da atividade e o nexo causal com o resultado danoso. Neste aspecto, está evidente de que o resultado decorreu do exercício da atividade de risco exercido pelas rés. **No polo passivo das ações ambientais, todos os causadores de dano, diretos ou indiretos, respondem solidariamente pelos prejuízos causados ao meio ambiente. Dizer que é solidária esta responsabilidade é o mesmo que dizer que o autor de uma ação civil ambiental pode escolher responsabilizar um, alguns ou todos os que tenham concorrido direta ou indiretamente para o dano.** Considerando o incontestado prejuízo ao meio ambiente, entendo que o montante da indenização deve ser mantido e m US\$ 398.107,17 (trezentos e noventa e oito mil, cento e sete dólares americanos e dezessete centavos de dólar). O valor apontado no laudo de fls. 252/265, assinado por dois analistas periciais (engenheiro sanitário e economista), com base na fórmula criada pela CETESB, mostra-se adequado ao caso concreto. O dano moral coletivo depende da ofensa a interesses legítimos, valores e patrimônio ideal de uma coletividade que devam ser protegidos. Entretanto, no presente caso, não há qualquer elemento capaz de indicar que tenha havido dano moral (coletivo). Remessa oficial, tida por interposta, e recursos do Ministério Público Federal e das empresas Navegação São Miguel, Companhia Navieira Rio Blanco S.A. e CSAV-Group Agencies Brazil Agenciamento de Transportes LTDA improvidos. Com relação à indenização fixada pela r. sentença, ressalto que, não obstante o método da CETESB se apresente em dólares, o quantum deve ser explicitado em moeda corrente nacional, ou seja, em reais, como dispõe a legislação pátria (artigo 1º da Lei nº 10.192/01, artigo 315 do Código Civil e artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 857/69). Assim, os US\$ 398.107,17 (trezentos e noventa e oito mil, cento e sete dólares e dezessete centavos de dólar), convertidos em real, pelo câmbio da data dos fatos (1,75 em 16/02/2008), resultam em R\$ 696.687,54 (seiscentos e noventa e seis mil, seiscentos e oitenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) a serem atualizados monetariamente, a partir da data do dano ambiental (http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpesq.asp?id=txcotacao).

(TRF3;APELAÇÃO CÍVEL-1969405; QUARTA TURMA; DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE; e DJF3 Judicial 1 DATA:16/12/2015)

CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL.AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DANO AMBIENTAL CARATERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. SUJEITO PASSIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. APELO DESPROVIDO. 1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal visando à reparação de dano ambiental ocasionado pela obstrução do Rio Paraíba do Sul. 2. **Ocorrido o dano ambiental, deve-se perquirir o responsável por sua ocorrência, que tanto poderá ser o responsável direto, quanto o indireto, havendo uma relação de responsabilidade solidária e objetiva entre tais pela reparação civil do dano ocorrido, conforme consagrado na Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, e no art. 3º da Lei nº 6.938/81.**3. Tendo Demerval Queiroz Fernandes colaborado pela efetivação do dano ambiental, de forma direta ou indireta, e sendo ele o proprietário do terreno quando da atuação do Batalhão da Polícia Ambiental - ocasião que, inclusive, confessou ter melhorado - passagem de terra causadora da degradação ambiental, pertinente a condenação de seu Espólio pelos danos ambientais ocorridos, independentemente de a transferência da propriedade ter ocorrido antes ou depois de seu óbito. 4. Alegação defensiva de ausência de responsabilidade de Demerval diante da pré-existência do aterro causador dos danos quando da aquisição do terreno, não comprovada, ônus que cabia à Defesa nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil; além de



estar destoante da confissão à fl. 25, na qual Demerval assume ter contribuído para a manutenção do aterro poluidor. 5. **Em se tratando de responsabilidade solidária, podendo ser imediatamente exigida pelo proprietário atual ou por aquele que era da época da agressão ao meio ambiente**, independentemente de alegação de boa-fé do adquirente, nenhum óbice há no ajuizamento da ação em questão em face de Demerval. 6. Recurso de Apelação desprovido.

(TRF2; APELAÇÃO CIVEL -526751; QUINTA TURMA ESPECIALIZADA; DESEMBARGADOR FEDERAL GUILHERME DIEFENTHAELER; EDJF2R 18/05/2012 - Página 156/157)

Destaca-se, finalmente, que a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado **é propter rem e, portanto, transfere-se ao proprietário/possuidor da área desmatada, ainda que ele eventualmente alegue não ter sido o efetivo responsável pelo ato ilícito.**

É o que afirma a mansa jurisprudência do E. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. INFRAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. NATUREZA PROPTER REM DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO. ATUAL PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECONHECIMENTO. 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que "a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos"** (REsp 1622512/RJ, Rel.Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016).

3. **Independentemente de não se poder constatar quem foi o autor do dano ambiental, sua reparação adere à propriedade como obrigatio propter rem, o que legitima o IBAMA a responsabilizar o atual proprietário pela conduta dos anteriores, no esteio da jurisprudência desta Corte.**

4. A Primeira Turma tem reconhecido o caráter manifestamente inadmissível ou improcedente do agravo interno, a ensejar a aplicação de sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, quando a decisão agravada está fundamentada em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou com base em jurisprudência pacífica de ambas as Turmas da 1ª Seção.

5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

(AgInt no AREsp 268.217/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, **PRIMEIRA TURMA**, julgado em 30/11/2017, DJe 08/03/2018 - grifamos)

ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. RIO SANTO ANTÔNIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO PROPTER REM.PRAZO PRESCRICIONAL. VACATIO LEGIS NÃO SE PRESUME.

1. Restrição de uso decorrente da legislação ambiental é simples limitação administrativa, e não se confunde com o desapossamento típico da desapropriação indireta. Dessa forma não enseja ao proprietário direito à indenização, mais ainda quando o imóvel foi adquirido após a entrada em vigência da norma de proteção do meio ambiente, o que afasta qualquer pretensão de boa-fé objetiva do atual titular do domínio: AgRg nos EDcl no REsp 1.417.632/MG, Rel.Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.2.2014; AgRg nos EDcl no REsp 1.334.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.12.2013, e REsp



1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.10.2013.

2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a integridade do ecossistema protegido, tornando-se responsável pela recuperação, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento ou destruição: AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014, e REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012.

3. O prazo prescricional é quinquenal, conforme dispõe o art. 10, parágrafo único, do DL 3.365/1941, e se inicia com o advento da norma que criou a restrição ambiental (REsp 1.239.948/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.10.2013).

4. Vacatio legis não se presume, devendo constar expressamente do texto legal. Assim, se o legislador estabelece obrigação ambiental sem fixar termo inicial ou prazo para seu cumprimento, pressupõe-se que sua incidência e sua exigibilidade são imediatas.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1241630/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 19/04/2017 - grifamos)

No mesmo sentido: **REsp.1247140/PR**, de relatoria do Min.Mauro Campbell Marques, julgado em 22.11.2011, DJe. 1º.12.2011 ("5. [...] a obrigação de recuperar a degradação ambiental ocorrida na faixa da reserva legal ou área de preservação permanente abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em consideração a sua natureza *propter rem*." e **REsp 1090968/SE**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 03/08/2010 ("2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores[...]").

Não é correto afirmar que a União está se omitindo da obrigação legal do controle do desmatamento na RESEX. Tanto o ICMBio como o IBAMA, com os meios que estão disponíveis, não deixaram de realizar ações fiscalizatórias, como demonstrado na Planilha de Embargos da Resex Chico Mendes (SEI nº 17028087). A clara e evidente violação da legislação ambiental vem sendo praticada sim pelos próprios moradores da Reserva Extrativista Chico Mendes, conforme obrigações assumidas no Plano de Utilização.

Como pode a União, IBAMA e ICMBio serem condenados a "indenizar os danos morais e materiais perpetrados contra o meio ambiente e a comunidade da Reserva Extrativista Chico Mendes" se é a própria comunidade, por meio de seus moradores, separando-se, é claro, o joio do trigo, que estão praticando os crimes ambientais e descumprindo o Plano de Utilização, que vem ano a ano desfigurando e desconfigurando a RESEX Chico Mendes?

Ora, vê-se, portanto, que a responsabilidade pelo desmatamento ocorrido na Resex Chico Mendes, tampouco pelo pagamento pelos danos materiais no valor de R\$ 183.817.104,00 (cento e oitenta e três milhões oitocentos e dezessete mil e cento e quatro reais) e danos morais de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) não deverá recair no ICMBIO, e sim naqueles que efetivamente cometeram o ato ilícito.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA EXECUÇÃO

Valendo-se das lições da doutrina constitucionalista de André Ramos Tavares, normas programáticas "são aquelas que preveem políticas públicas", cuja realização depende de outras normas que a regulamentem ou de condições materiais específicas (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito*



Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117).

Ainda que construídas sobre o exame da Constituição, a teoria sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais é igualmente adequada à análise das normas infralegais, na medida em que estas também – comumente – dependem da superveniência de um decreto regulamentador ou das reais possibilidades financeiras do Poder Público.

Não se está, obviamente, a defender que o dispositivo legal que impõe as obrigações ao ICMBio é letra morta, sem qualquer carga de efetividade. Contudo, a pretensão de compelir a autarquia à adoção de medidas sem que disponha de capacidade operacional para tanto e em desacordo com suas prioridades já fortemente afetadas pelas restrições financeiras afigura-se desproporcional e sem cabimento.

Isto porque ignora a insuficiência de pessoal para executar, a um só tempo, todas as atividades necessárias à proteção do conjunto de Unidades de Conservação federais do país, pois certamente demandará outros servidores além dos dois atualmente em exercício na UC em questão.

Ora, cabe ao ICMBio, e não ao Poder Judiciário, apontar as prioridades de sua atuação, sob pena de violar a tripartição de Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal e também de acarretar prejuízos maiores à unidade de conservação, que deixará de contar com a atuação do seu já reduzido quadro de servidores de acordo com o planejamento para o ano de 2020.

Todos os fatos narrados indicam a impossibilidade jurídica e material da pretensão, devendo ser respeitada a discricionariedade do Poder Executivo para que as prioridades na implementação e gestão das 334 Unidades de Conservação Federais sejam definidas pela autarquia responsável e não pelo desejo discricionário do MPF e por determinação do Poder Judiciário.

Portanto, deve ser rejeitada a pretensão para que seja mantido o controle discricionário do Poder Executivo sobre o processo de gestão do ICMBio, em conformidade com os trâmites administrativos próprios para a questão, garantindo à autarquia a prerrogativa de livremente exercer o seu dever legal de proteção ambiental da unidade de conservação.

POLÍTICAS PÚBLICAS E CONDIÇÕES MATERIAIS ESPECÍFICAS – RESERVA DO POSSÍVEL

Valendo-se das lições da doutrina constitucionalista de André Ramos Tavares, normas programáticas “são aquelas que preveem políticas públicas”, cuja realização depende de outras normas que a regulamentem ou de condições materiais específicas (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117).*

Ainda que construídas sobre o exame da Constituição, a teoria sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais é igualmente adequada à análise das normas infralegais, na medida em que estas também – comumente – dependem da superveniência de um decreto regulamentador ou das reais possibilidades financeiras do Poder Público.

A norma do art. 11, § 1º, da Lei nº 9.985, de 2000, alberga-se neste tipo: ainda que redigida de maneira imperativa – manifestação da notória importância da regularização fundiária para a completa realização dos fins da unidade de conservação –, fato é que o seu cumprimento não pode ignorar as limitações financeiras e operacionais ínsitas a tamanha tarefa.

Incide aqui a **teoria da reserva do possível**, a estabelecer limites de razoabilidade e proporcionalidade ao controle judicial das omissões administrativas, por meio da compreensão das circunstâncias fáticas que cercam a situação, as quais impõem ao agente público a necessidade de



promover escolhas, frente a recursos que superam a demanda

Não se está, obviamente, a defender que o dispositivo legal é letra morta, sem qualquer carga de efetividade. A reserva do possível não pode ser utilizada como defesa imprudente de omissões ilegítimas.

Discorrendo sobre o tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho, com grifo nosso:

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados no momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível. Ilegais, desse modo, são as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa imposição legal no sentido do *facere* administrativo em prazo determinado, ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, **a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade.**

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 49.)

A aplicação da reserva do possível à seara ambiental é necessária, na medida em que diversas ações de melhoria ambientais demandam recursos públicos (inclusive, para a contratação de pessoal para a execução das atividades típicas de Estado), cuja exigibilidade deve ser prudentemente cobrada.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. PROJETO DE ATERRO SANITÁRIO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUANTO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE PÚBLICA. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA DO POSSÍVEL.

1. O art. 23, VI, da CF assevera ser a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um típico direito de terceira geração, que assiste a todo o gênero humano.

3. O controle jurisdicional das políticas públicas tem por fim concretizar os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, estando tal concretização condicionada pelo princípio da reserva do possível, traduzida binômio razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira do Estado. (...)

(PROCESSO: 200582020011680, REO 415646/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 27/01/2009, PUBLICAÇÃO: DJ 11/02/2009 - Página 295)

Entretanto, conforme alhures afirmado, a reserva do possível não pode servir de instrumento indiscriminado de defesa, tornando o Poder Público indene de responsabilidade. Visando limitar a alegação, o Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais pátrios fixaram exceções à sua utilização, exceções estas - destaque-se - inaplicáveis ao caso em comento, conforme a seguir explanado.

De início, em marcante julgado, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a reserva do possível não pode impedir a manutenção do mínimo existencial, compreendido como um



conjunto de direitos – de caráter prestacional – imprescindíveis à salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, manifestou-se o STF, em julgado relativo ao direito fundamental à educação:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ - ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DA DA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, A RT. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - (...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (...) (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min.



Para além da impossibilidade de negligência com o mínimo existencial, tampouco admite a jurisprudência que a reserva do possível sirva de defesa ao ato absolutamente negligente, onde impere o descaso com a coisa pública e com os deveres legalmente impostos.

Nesse sentido, afirmou o STF que “a reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana (...)” (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012).

Dito isso, cabe reafirmar que o ICMBio, no trato da questão referente à fiscalização, gestão e proteção das unidades de conservação federais da Amazônia Legal, não incidiu em qualquer das exceções à teoria da reserva do possível.

DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Inicialmente, é preciso rememorar que o Brasil e o mundo vivem situação de grave crise acarretada pela enfermidade do COVID-19, que há muito alcançou escala global, com alta taxa de contágio, levando a Organização Mundial de Saúde a declarar a caracterização de uma pandemia e da qual derivam diversos reflexos sociais e econômicos - elementos de conhecimento público e notório e amplamente divulgados nos meios de comunicação -, os quais, inclusive, fizeram necessária a decretação de calamidade pública em todo o território brasileiro (Decreto Legislativo nº 6/2020).

O enfrentamento de crise de tal magnitude demanda que as autoridades competentes promovam, de súbito, readequações normativas que permitam o atendimento das necessidades sociais do momento e rearranjos nos fluxos de trabalho objetivando maior precisão e agilidade no serviços a serem prestados, bem como a busca por soluções ainda não existentes que sejam eficazes ao atendimento das novas necessidades sociais.

Isso porque, como é intuitivo, as crises rompem, total ou parcialmente, os modelos e paradigmas preexistentes, demandando do elemento dinâmico no sistema normativo-administrativo - qual seja, o agente público - que destrinche caminhos até então não conhecidos para assim proceder ao exercício dos misteres constitucionais que lhes foram atribuídos. E, por agente público, entenda-se: as pessoas regularmente investidas nas funções de cada um dos três Poderes, **cada qual dentro de suas esferas de competência**.

Nesse contexto, é necessário que se promova reavivamento do Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88, o qual, embora comumente se confunda com sua vertente da necessidade de controle por intermédio do sistema de fiscalização e limitações recíprocas entre Executivo, Legislativo e Judiciário (sistema de freios e contrapesos), não pode ser o único elemento a ser considerado.

Além dessa (real) necessidade de controle, é preciso se retomar uma das premissas básicas do postulado da separação de poderes que, em tempos de normalidade, não raro permanece latente: **o respeito ao âmbito de atuação e às competências constitucionalmente atribuídas a cada esfera de Poder, aspecto que confere equilíbrio ao sistema de freios e contrapesos e impede que um deles desborde das próprias competências e invada as de outro, mormente a pretexto de controlar sua atuação.**

Nesse sentido, merece destaque a lição doutrinária de J. J. Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet, Lenio Streck e outros (destaques acrescidos):



O princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passar por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação dos poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, a sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. **Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito.** CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 145.

A reboque da discussão, doutrina e jurisprudência sempre buscaram oferecer parâmetros para definir 1) de um lado, as zonas limítrofes em que há exercício legítimo de controle entre poderes, e 2) de outro, as hipóteses em que a ingerência se torna excessiva e desrespeita a discricionariedade inerente ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário.

Tem-se, assim, como caracterizadores do núcleo duro de cada atividade os conceitos de **reserva de administração, reserva legal e reserva de jurisdição**, indicando searas absolutamente exclusivas à atuação de cada um dos Poderes - merecendo destaque, ao presente feito, a **reserva de administração**.

A reserva de administração é caracterizada pela doutrina como "*verdadeiro núcleo funcional da administração 'resistente à lei'*". Daí a Constituição, em situações específicas, determinar que o tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública [...].

Dimensionando a importância do postulado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 427.574ED, já reconheceu, inclusive, ser ela princípio constitucional que impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à competência administrativa do Poder Executivo, sob pena grave violação à separação de poderes.

Ressalte-se não se desconhecer que o conceito de reserva de administração, ordinariamente, é utilizado na contraposição ao conceito de reserva legal, delimitando a atuação do Legislativo e do Executivo. Não obstante, a lógica é perfeitamente transponível ao Poder Judiciário e se reveste, em linguagem moderna, na necessidade de adoção de **posturas de autocontenção, mormente em situações de crise**, em substituição ao ativismo judiciário que se acostumou a vivenciar.

Em recente artigo publicado nos meios de comunicação, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, alertou para a necessidade de prudência dos julgadores no atual cenário, pugnando atenção para as consequências das decisões judiciais no enfrentamento da pandemia, como se vê:

[...]

Em todas as instâncias, ações judiciais proliferam em relação às medidas governamentais de contenção à pandemia.

Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de expertise em relação à Covid-19. **É tudo novo para a Ciência, quicá para o Judiciário.**

Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis.

Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta. [...]

(Ministro Luiz Fux. "Artigo: Justiça infectada? A hora da



prudência.

Disponível

em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-justica-infected-hora-da-prudencia-24337119>. Acesso: 12/04/2020).

A preocupação se coaduna, inclusive, com a recente inclusão do art. 20 e seguintes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que passou a determinar que o julgador deve considerar **as consequências práticas de sua decisão**, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Ora, no cenário atualmente vivido – em que a Administração Pública, por todos os seus órgãos e instituições, vem empreendendo enormes esforços no combate à pandemia do COVID-19, com a absorção de toda a normativa inaugurada para o enfrentamento da crise e a readequação de fluxos de trabalho para a situação de excepcionalidade -, **decisões judiciais que determinem redirecionamento de atividades, invertam as pautas prioritárias da pasta ou paralise qualquer política em curso ou que esteja sendo administrativamente empreendida têm incalculável efeito deletério na gestão da saúde pública nacional.**

E é exatamente esse o objetivo desta ação: a obtenção de ordem judicial que determine que a Administração Pública modifique o planejamento de diversos de seus órgãos - o qual está sendo executado na forma em que pensado pelos órgãos competentes, considerando a excepcionalidade do momento e a existência de escassos recursos financeiros e de pessoal -, **em plena pandemia, com o deslocamento da força de trabalho de agentes públicos que no momento se encontram focados na consecução das atividades que já haviam sido para eles planejadas (também relacionadas ao combate à COVID-19) para, repentinamente, ter de realizar aquilo que o Ministério Público Federal entenda devido.**

Demandas como a presente, com pedidos nas mais diversas áreas de atuação do Poder Público, não são novidades no cenário brasileiro. Contudo, a jurisprudência tem reiteradamente rechaçado a possibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Executivo na fixação de providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que sejam, sob pena de se comprometer, irreparavelmente, o princípio da harmonia e separação dos Poderes.

Nesse sentido (grifos acrescidos):

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. EXERCÍCIO PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento. (STJ; Agravo Regimental no Recurso Especial AGRESP 252083/RJ; Relatora Min. Nancy Andrighi; DJ 26/03/2001; Processo nº 2000/0026385-0)

RMS. ADMINISTRATIVO. PDV. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA - O mérito



do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência, é próprio do administrador. Vedado ao Judiciário substituí-lo. Admissível, porém, analisar os fundamentos da decisão para concluir se a opção guarda respaldo jurídico. Dentre conclusões legalmente admissíveis, a Administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. Resta ao Judiciário julgar a conformidade do ato com o direito. (STJ, ROMS 9594, processo 1998.00.22444-0, RS, 6ª turma, Relator *Min. Luiz Vicente Cernicchiaro*, DJ 17/08/98, pág. 93)

De fato, **a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador, que, ao definir um determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração, legitimando previamente a sua opção.** Consequentemente, não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima realizada pela autoridade competente com base em razões de conveniência e oportunidade.

Como bem destaca VALÉRIA MARTINEZ GAMA (O ativismo judicial sob o enfoque do Direito Financeiro e Tributário. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 13, n. 78, nov./dez.2015. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239257>):

(...) Pode-se afirmar que o orçamento expressa a “reserva do possível”, pois compreende a possibilidade fática do ente político de arcar economicamente com os gastos necessários à efetivação das políticas públicas indispensáveis à concretização do bem-estar social.

Assim, ao avocar para si a função atípica de determinar políticas públicas em ações individuais ou coletivas, o Poder Judiciário interfere nas ações sociais a serem implementadas pelo Poder Executivo e devidamente previstas no orçamento público aprovado pelo Poder Legislativo.

Ao trazer para si a incumbência de efetivar direitos que deveriam ter sido concretizados por meio da atuação política de outros poderes, o Poder Judiciário fundamenta-se apenas na aferição da ineficiência da política pública adotada e utiliza apenas o critério da averiguação das necessidades, sem qualquer verificação sobre a questão orçamentária.

Nessas constatações sobre a ineficiência das políticas públicas, o Poder Judiciário deixa de analisar os objetivos sociais a serem alcançados com a política, os resultados para a sociedade em geral e os impactos orçamentários.

Isso porque normalmente as informações obtidas pelo Poder Judiciário, através de audiências públicas e perícias, não são capazes de esclarecer o suficiente para a elaboração da política pública, que exige, além de conhecimento técnico entre órgãos, dados complexos.

Existe um universo de variáveis a serem consideradas, dentre as quais a disponibilidade de recursos, as políticas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias e medidas legislativas ordenadoras de receitas e despesas que não são analisadas pelo Poder Judiciário no momento em que, através de uma decisão judicial, defere um gasto considerado como política pública premente no seu entender. Em uma ação judicial, quando é deferida tutela antecipada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, para obrigar o Poder Executivo a praticar determinada ação considerada pelo Judiciário como sendo um direito subjetivo público do autor da demanda, v.g.fornecimento de medicamento, indigitada decisão terá caráter satisfativo, pois dificilmente será viável o restabelecimento ao status quo ante.

O cumprimento dessas decisões judiciais acarreta risco de desvirtuamento da própria política pública, prejuízo do planejamento e até mesmo de outras políticas públicas que poderiam ser implementadas, pois o equilíbrio orçamentário (receita e despesa) será afetado com a superveniência de obrigação de efetivar gasto não previsto no orçamento.

O Poder Judiciário necessita respeitar as margens de



discricionariedade do legislador e do administrador fixadas na própria Constituição Federal, sob pena de ocasionar impacto não previsto no orçamento público, acarretando redução de investimento em outras áreas. Conceder benefício sem indicar a fonte de custeio, o que é exigência até para o Poder Legislativo e afastamento do parâmetro atuário (aquele que o orçamento comporta), acarreta o rompimento da viabilidade das políticas públicas pelo Poder Executivo. (...).

Saliente-se, no ponto, que não se está a defender o afastamento da possibilidade de controle judicial das omissões administrativas, mas apenas a se buscar a delimitação de seu âmbito de incidência aos casos em que efetivamente sejam verificadas violações ou ameaças efetivas a direitos - e não em situações em que se impugne as escolhas de natureza política da gestão pública, máxime em face da notória limitação de recursos humanos e financeiros.

Deveras, as políticas públicas e a realização de despesas públicas devem ser implementadas no interesse coletivo ou geral, a partir do planejamento administrativo que privilegie não apenas um segmento específico (indígenas determinados), mas toda a sociedade, sem privilégios ou preferências, afigurando-se temerária uma ordem judicial para a realização de condutas que vão importar em enorme deslocamento de força de trabalho e geração de inúmeras despesas em detrimento de outros serviços, destinatários e regiões.

Não se olvida, no ponto, que os direitos elencados na Constituição Federal de 1988 devem ser concretizados, já que a Lei Maior não é mera declaração e nem diretriz ou regra de aconselhamento e o texto constitucional de fato preconiza princípios e regras impositivas.

Acontece que a concretização desses direitos deve ser realizada dentro da realidade do financeiramente possível, uma vez que, como sabido, os recursos públicos são finitos, havendo uma assimetria entre as receitas e os gastos. A dizer, a atuação estatal condiciona-se à teoria da reserva do possível, a estabelecer limites de razoabilidade e proporcionalidade ao controle judicial das omissões administrativas, por meio da compreensão das circunstâncias fáticas que cercam a situação, as quais impõem ao agente público a necessidade de promover escolhas, frente a recursos que superam a demanda e se mostram escassos.

No escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados no momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível. Ilegais, desse modo, são as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa imposição legal no sentido do facere administrativo em prazo determinado, ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 49.)

Nesse contexto, escolher qual gasto deve ser realizado diante da miríade de necessidades públicas existentes é decisão política complexa do gestor. A implantação de políticas públicas e o planejamento das atividades da Administração demandam a



análise de uma série de impactos sociais, financeiros e orçamentários, elementos fáticos e materiais que nem sempre são levados em conta pelos juízes e tribunais, por falta de conhecimentos técnicos, de preparo específico e também por estarem alheios às peculiaridades inerentes ao comando e gerência da máquina administrativa constatação potencializada em tempos de crise, como o presente.

Logo, ao ajuizar ação judicial postulando a adoção e implementação de "*plano emergencial de ações, e respectivo cronograma, para monitoramento territorial efetivo da Terra Indígena Yanomami, combate a ilícitos ambientais e extrusão de infratores ambientais (mormente garimpeiros), no contexto da pandemia de covid-19*", contendo inúmeras exigências (pensadas pelo próprio *Parquet*), o que o Ministério Público Federal pretende, em verdade, é que um único integrante do Poder Judiciário fixe as linhas administrativas da atuação estatal, contrapondo-se às regularmente instituídas pelo Poder Executivo.

Não obstante, a formulação e execução de políticas públicas - como as relativas aos indígenas e ao combate à pandemia - constituem prerrogativas dos órgãos competentes do Poder Executivo, que o fazem segundo os critérios de oportunidade e conveniência e discricionariedade técnica por eles eleitos e sem que nessas escolhas se vislumbre vício de qualquer espécie ou se faça necessária qualquer interferência judicial.

Essa liberdade e possibilidade no agir da Administração, segundo os critérios que venha, ela própria, a eleger é, inclusive, o que caracteriza o mérito administrativo – insindicável, neste ponto específico, por qualquer outro Poder, haja vista a inexistência de inércia ou omissão do Poder Executivo no trato da questão.

TEORIA DA JUDICIAL DEFERENCE OU CHEVRON DOCTRINE: PRIMAZIA DO ICMBio NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO A ELE DIRIGIDA.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o controle judicial das normas regulamentares, e especialmente de normas técnicas, é matéria sensível à separação de Poderes (CF, art. 2º), devendo o Poder Judiciário ser extremamente cauteloso ao analisar normas que dispõem de critérios técnicos. Em outras palavras, deve ser prestada, tanto quanto possível, deferência à esfera de discricionariedade técnica dos demais Poderes da República.

Nessa linha de raciocínio, aplicável a doutrina encampada pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Chevron v. NRDC* (1983), conhecida como "judicial deference". Na doutrina, Eduardo Fortunado Bim, em artigo intitulado de "Divergências Científicas e Metodológicas no Direito Ambiental", esclarece com precisão as premissas dessa teoria:

Uma teoria que evita a utilização abusiva do Judiciário é a da judicial deference ou Chevron doctrine. A Suprema Corte estadunidense, em *Chevron v. NRDC* (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* 1983), entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos. Porque o Judiciário deveria respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso *Chevron* ficou conhecida como judicial deference, Chevron deference ou Chevron doctrine.

A deferência judicial remete "ao livre juízo da Administração a interpretação que esta se digne a fazer dos conceitos ambíguos, imprecisos ou indeterminados das Leis" (ENTERRÍA, 1996, p. 31). As cortes devem deferência às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara ou a interpretação dada por elas seja desarrazoada.

Segundo o Justice Stevens, o **primeiro passo (first step)** para a aplicação da doutrina *Chevron* seria a ambiguidade da lei (SCALIA, 1989, p. 511,515). Se a lei



contiver vaguidade ou indefinição, haverá espaço para que seu sentido dúbio seja precisado. O **segundo passo (step two)** da doutrina Chevron seria a razoabilidade da regulamentação legal (SCALIA, 1989, p. 512). **Destaque-se nesse ponto que não é a melhor interpretação da norma pela Administração Pública que se busca, apenas a razoável.** Frise-se que, talvez com uma exceção (AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board), a Suprema Corte nunca invalidou uma construção do Executivo com base no segundo passo (MAGILL apud DUFF; HERZ, 2005, p. 86). [...]

O campo perfeito para a aplicação da doutrina Chevron reside exatamente na questão científica ou técnica, uma vez que por diversos motivos são intermináveis as disputas entre cientistas e/ou metodologias científicas, bem como as alterações de decisões embasadas nessa dinâmica. Salvo em casos nos quais a escolha regulamentar ou do caso concreto seja desarrazoada, deve prevalecer a decisão administrativa, até mesmo pelo campo discricionário/político reservado à Administração."

Parafraseando lição do Ministro Mauro Campbell Marques, "[...] em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo [...]" (REsp 1171688/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 23/06/2010).

Enfim, em questões como tais, deve-se adotar o paradigma da autocontenção judicial, como explana Luís Roberto Barroso: o oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal Regional da 4.^a Região:

TRF-4 - AG: 50336041920174040000 5033604-19.2017.404.0000, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 04/07/2017, TERCEIRA TURMA. [...] **Como sabido, os magistrados não são eleitos democraticamente, e estão, em regra, alijados do debate democrático que precede à edição das normas. Nessa linha de raciocínio, aplicável a doutrina encampada pela Suprema Corte Norte-Americana no caso Chevron v. NRDC (1983), conhecida como "judicial deference".** (TRF-4 - AG: 50336041920174040000 5033604-19.2017.404.0000, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 04/07/2017, TERCEIRA TURMA)

Assim, a intervenção judicial deve ocorrer apenas em casos teratológicas. Presume-se que o Poder Executivo tem mais condições técnicas para a edição de normas específicas da sua área, adotando o Poder Judiciário uma postura de autocontenção.

DA NECESSIDADE DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A DESPESA PÚBLICA. PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

O **princípio da legalidade** é o corolário do Estado Democrático do Direito. Do ponto de vista específico do Direito Financeiro e, portanto, da atividade financeira do Estado, o princípio da legalidade pode ser visto tanto do ângulo da realização de despesa pública, como se considerada a perspectiva da aprovação do orçamento.



Nessa linha, tem-se que o gasto de dinheiro público somente será possível diante de **prévia autorização legislativa**, seja pela própria **lei orçamentária**, seja pela abertura de créditos adicionais, seja pela realização de operações de crédito.

Por sua vez, dentre os princípios orçamentários, traz-se à baila o **princípio da universalidade** – segundo o qual todas as receitas e despesas devem estar previstas na lei orçamentária anual – LOA (Art. 165, §5º, CF/88) –, e o **princípio do equilíbrio orçamentário** – que consiste na exigência de que as contas públicas deverão apresentar o mesmo montante, ao estimar receitas e despesas.

A **despesa pública** pode ser definida como o conjunto de gastos do Estado, visando promover a realização de necessidades públicas; noutros termos, pode ser compreendida como a aplicação específica de dinheiro público, para fins de custeio da estrutura estatal.

Independentemente de como se conceitue a despesa pública – como conjunto de gastos ou como gasto isolado –, certo é que a Administração **não poderá realizar despesa sem autorização legal**.

É pressuposto de toda e qualquer despesa não apenas a indicação da fonte de financiamento (receita correspondente), mas também a autorização do Poder Legislativo.

No ponto, importante frisar que a jurisprudência pátria tem se firmado uníssona, no sentido de que deve-se **afastar as condenações em obrigações de fazer** que constituam **ingerência indevida do Judiciário** nas atribuições do Poder Executivo, sobretudo quando tal intervenção represente substituição do gestor público no exercício do **poder discricionário de avaliar as prioridades e direcionar a aplicação das verbas públicas, bem como afete o orçamento e o frágil equilíbrio das finanças públicas**.

TJ-RO - Agravo Regimental AGR 00037128720158220000 RO 0003712-87.2015.822.0000 (TJ-RO)

Data de publicação: 17/07/2015

Ementa: EMENTA Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Deferimento de medida liminar. Obrigação de fazer contra Fazenda Pública. Ingerência indevida do Judiciário. Recurso provido. Salvo situações excepcionais, deve-se afastar as condenações em obrigações de fazer que constituam ingerência indevida do Judiciário nas atribuições do **Poder Executivo**, por representarem substituição do gestor público no exercício do **poder discricionário** de avaliar as prioridades e direcionar a aplicação das verbas públicas, bem como por afetarem o **orçamento** e o frágil equilíbrio das finanças públicas.

TJ-DF - Agravo de Instrumento AGI 20140020028350 DF 0002847-18.2014.8.07.0000 (TJ-DF)

Data de publicação: 16/07/2014

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE RECUPERAÇÃO. CAIC. INCLUSÃO. VERBA. **ORÇAMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É POSSÍVEL SUBSTITUIR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DETERMINANDO QUAIS OBRAS DEVAM SER CONSIDERADAS PRIORITÁRIAS.** O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ESTÁ VINCULADO A OBSERVAR A OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA IMPESSOALIDADE, DA FINALIDADE. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

Veja-se, Excelência, que a formulação de políticas públicas, bem como a definição de prioridades no orçamento público, compete ao Poder Executivo (por iniciativa de lei, a elaboração do orçamento público) e ao Poder Legislativo (a votação das respectivas leis orçamentárias),



consoante previsto na CF/88.

Noutros termos, não é admitido ao Poder Judiciário intervir na decisão acerca da destinação aos recursos públicos, sendo da competência dos Poderes Executivo e Legislativo, após juízo de conveniência e oportunidade que farão para eleger quais prioridades atenderão com referidas verbas, levando-se em consideração que estas nem sempre são suficientes para atender a todas as necessidades dos administrados.

Este, a propósito, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. REFORMA EM ESCOLA. AFIRMATIVA JUDICIAL DE SUFICIÊNCIA DA OBRA REALIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: "APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - REFORMA E ESCOLA - INDEVIDA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE PRIORIDADES DO ORÇAMENTO PÚBLICO. 1. Não é permitida ao Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, não podendo definir prioridades do orçamento público, como a determinação de reforma de escola. 2. Compete ao Poder Executivo, por iniciativa de lei, a elaboração do orçamento público e ao Poder Legislativo a votação das respectivas leis orçamentárias (CF/88, 165 e Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 147), sendo destes Poderes a decisão acerca da destinação que darão aos recursos públicos, após juízo de conveniência e oportunidade que farão para eleger quais prioridades atenderão com referidas verbas, levando-se em consideração que estas nem sempre são suficientes para atender a todas as necessidades dos administrados. 3. A escola para a qual é pleiteada a reforma passou por obras para amenizar os problemas indicados pelo Ministério Público, não gerando risco à incolumidade pública dos usuários. (...) (RE 841984, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 28/10/2014, publicado em DJe-213 DIVULG 29/10/2014 PUBLIC 30/10/2014)

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, a Autarquia Federal requer:

1. preliminarmente, **a extinção do feito, sem resolução do mérito, em relação à presente autarquia federal**, pelo reconhecimento de sua **ilegitimidade passiva**;
2. no mérito, que os **pedidos da exordial sejam julgados totalmente IMPROCEDENTES**, ante a inexistência de ato omissivo imputável ao ICMBio, extinguindo o processo com resolução de mérito.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 10 de outubro de 2023.

JORDANA MORAIS AZEVEDO
PROCURADORA FEDERAL

