

Peças

The background features several overlapping, curved shapes in shades of blue and green. A large, dark blue shape curves across the top and middle of the page. Below it, a lighter blue shape is visible. At the bottom, a green shape curves across the width of the page.

Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo.

Cristiane da Costa Carvalho**

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal 3ª Região¹

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, com sede em Campo Grande/MS, no Parque dos Poderes, Bloco IV, CNPJ nº 15.412.257/0001-28, por intermédio da Procuradora do Estado que a esta subscreve, dispensada legalmente da apresentação do instrumento de mandato (Lei Complementar Estadual nº 95/2001²) vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 522 e seguintes c/c o artigo 188, todos do Código de Processo Civil, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO em face da decisão interlocutória do Juiz Federal da 2ª Vara Federal, proferida nos autos desta ação civil pública de nº, ajuizada pelo, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Requer o processamento do presente recurso e a intimação dos recorridos para, querendo, contraminutar este agravo.

Segue, em anexo, fotocópia INTEGRAL dos autos nos quais foi proferida a decisão agravada, para formação do instrumento, e que conferem com o original (Lei nº 10.352/2001).

Nestes termos pede deferimento.

Dourados-MS, 20 de setembro de 2012.

Cristiane da Costa Carvalho

Procuradora do Estado

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2001; Pós-Graduada em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD (2010); Pós-Graduada em Direito Ambiental pela UNIDERP.

¹ Peça jurídica adaptada e reduzida com a finalidade de publicação na Revista da PGE.

² Art. 16. Aos Procuradores do Estado incumbe o exercício das atribuições que lhes são próprias e por delegação do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único. Os poderes referidos no art. 2º desta Lei Complementar são inerentes ao Procurador de Estado investido no cargo, não carecendo, por sua natureza constitucional, de instrumento de mandato, qualquer que seja a instância, foro ou tribunal.

Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Razões do agravo de instrumento

Excelentíssimo Sr. Desembargador Relator.

Colenda Turma.

Da decisão investivada

O manejo deste recurso se justifica porquanto houve imposição de diversas obrigações ao Estado de Mato Grosso do Sul, a serem adimplidas em exíguo prazo de 90 (noventa dias), sendo algumas de cunho subjetivo e outras que demandam complexo processo licitatório. O não cumprimento das inúmeras medidas dará ensejo a multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem qualquer prefixação de limite ou valor máximo.

Entrementes, algumas das medidas já foram implementadas mas o agravado silenciou a respeito.

A intimação do Estado deu-se em 4 de setembro de 2012. A juntada do mandado de intimação operou-se em 18 de setembro de 2012. Se o prazo para o adimplemento se contar da intimação e não da juntada do mandado aos autos, todas as providências exigidas deveriam estar cumpridas até 4 de dezembro de 2012.

Como se tal não bastasse, a decisão se baseou em documento intitulado “memória de reunião”, juntado às f. 315/317, produzido unilateralmente pelo autor, em relação ao qual não foi oportunizada vista ao agravante Estado de Mato Grosso do Sul.

A decisão objurgada (F. 319/321), que motivou a propositura deste recurso, segue adiante transcrita, em sua íntegra:

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública promovida pelo x em face do *Estado de Mato Grosso do Sul* em que objetiva, em síntese, seja a requerida compelida a promover diversas medidas de mitigação/compensação referente a danos/impactos suportados pelas comunidades indígenas Guarani, Kaiowá e Terena de [...] em razão das obras de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da rodovia estadual [...], trecho [...].

Refere que o Estado de Mato Grosso do Sul obrigou-se a executar as medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas tanto no início do procedimento quanto *a posteriori*, aduzindo que, contudo, apesar das tratativas e da conjugação de esforços para que as ações mitigadoras e compensatórias fossem levadas a efeito, a obra restou concluída sem qualquer providência por parte do ente estatal, configurando-se evidente omissão ilícita.

Formula pedido de concessão de liminar para que seja o ente requerido compelido a cumprir as medidas descritas às f. 13/13-v (pedido 1) e constantes do estudo e relatório apresentados com a exordial (fls. 02/275).

O pedido de concessão de liminar teve sua apreciação diferida para após a manifestação da requerida (f. 279).

O Estado de Mato Grosso do Sul se manifestou às fls. 282/286 requerendo fosse postergada a análise do pedido de tutela antecipada em 15 (quinze) dias, “*tendo em vista a informação oficial da entidade empreendedora, AGESUL, que, nesse prazo, concluirá a análise técnica das medidas mitigadoras e compensatórias sugeridas nos estudos antropológicos em tela*”.

[...]

O Estado de Mato Grosso do Sul se manifestou às fls. 291/292 requerendo juntada de laudo contendo a análise das medidas mitigadoras e compensatórias sugeridas nos estudos antropológicos da AGESUL, bem como requerendo autorização expressa de ingresso do Estado na área indígena em questão. Juntou documentos (fls. 294/302).

[...]

Após, referindo que *“em caso de impossibilidade técnica de realizar algumas das medidas devidas, [...] manifesta pela substituição dessas por outras de igual proveito para os indígenas, sugeridas pelo requerido e submetidas à avaliação da Comunidade interessada”*, juntando documentos às fls. 315/317.

VIERAM OS AUTOS CONCLUSOS. DECIDO.

Consoante o art. 12 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Embora a Lei de Ação Civil Pública não assevere expressamente quais os requisitos necessários para a concessão da medida liminar, é certo que o deferimento da medida deve ser analisado sob a ótica dos requisitos de qualquer medida processual antecipatória; *fumus boni iuris* (relevância de argumentação) e *periculum in mora* (fundado receio de ineficácia do provimento final).

A meu ver, ambos os pressupostos restaram preenchidos.

O comportamento do Estado mostra-se contraditório, violador da boa-fé objetiva, que deve permear qualquer acordo entabulado em nosso ordenamento, independentemente da natureza jurídica dos acordantes.

O fato de ser ente público lhe confere maior responsabilidade em cumprir os compromissos assumidos, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que se espera do Estado (sentido amplo) que não frustrate a realização de medidas legitimamente esperadas pelos cidadãos em razão de pacto prévio.

Tendo em vista que a parte requerida se comprometeu expressamente em atender as vindicações da comunidade indígena pra prosseguir a realização da obra, e que esta se efetivou sem atender os anseios daquela, demonstrada a relevância da argumentação do requerente. Em uma análise mais detida dos autos, tem-se que o Estado de Mato Grosso do Sul não se insurge, diretamente, em realizar medidas compensatórias/mitigadoras de danos à comunidade indígena, mas não as cumpre, não tendo apresentado justificativa para tal.

De outro lado, eventuais alegações de indisponibilidade de recursos, falta de pessoal e outras justificativas que possam ser incluídas na “reserva do possível”, devem ser rechaçadas, uma vez que o compromisso restou firmado há mais de dois anos, não sendo tolerável a omissão neste caso, considerando que as medidas, em grande parte, buscam atender necessidades vitais da comunidade.

O *periculum in mora*, além de se mostrar presente em razão de necessidades vitais dos indígenas, como, por exemplo, segurança no trânsito nas proximidades da rodovia, também resta evidenciado quando considerado que as medidas buscam resguardar a cultura indígena, bem protegido constitucionalmente, em seu sentido amplo, no art. 231 e no art. 215, a qual, caso se permita a normal utilização da obra sem as medidas mitigadoras, será violada agressivamente.

Como se vê da ata de reunião realizada em 14/04/2010, a Procuradoria-Geral do Estado acordou [...] o cumprimento efetivo das obrigações assumidas com a comunidade indígena quando do início do procedimento de ampliação e reordenamento de tráfego da Rodovia [...], dentre os quais: construção de duas vias laterais para o tráfego local, iluminação em toda a extensão da rodovia, instalação de dispositivos de segurança/*traffic calm* na travessia da comunidade, sinalização informativa em Guarani, Kaiowa, Terena e Português, instalação de 100 braços com luminárias nas aldeias, manutenção do sistema viário interno, pelo menos uma vez por ano, com reposição de material que será retirado em áreas internas da aldeia, bem como a incorporação na obra das exigências que vierem a ser apontadas no “*estudo de complementação dos impactos socioambientais da ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da Rodovia [...]*”, que abordará o componente indígena (fls. 102-v – Anexo 25 do aludido estudo).

Logo, o Estado requerido se comprometeu a atender as medidas vindicadas [...] já em abril de 2010, não sendo razoável que apresente resistência dois anos após o entabulado, inclusive referindo haver impossibilidade técnica de seu cumprimento.

Não socorre o requerido a alegação do Governador do Estado de que as decisões não tiveram a sua anuência, uma vez que o pacto restou entabulado por pessoas com poderes para tal, ante o art. 2º da Lei Complementar nº 75/2001 (sic) de aludido ente federativo.

Como bem ponderado [...], com as obras já efetivadas e os impactos já causados à Comunidade Indígena (irreversíveis, frise-se), o requerido elabora um parecer técnico que versa sobre estudo realizado sob sua própria coordenação técnica e alega, para a maioria das medidas, que é impossível de realizá-las.

Logo, de tudo exposto, *defiro a liminar* requerida e determino, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), que o Estado

de Mato Grosso do Sul *promova, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas acordadas na reunião realizada em 14/04/2010 9fl. 102 vº.) e as previstas nos “Estudos Antropológicos e Ambientais Complementares sobre os impactos socioambientais gerados pelas obras de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da Rodovia Estadual MS [...], Trecho [...] sobre os Guarani, Kaiowa e Terena das Terras Indígenas [...], Município de [...], Mato Grosso do Sul (fls. 85/85-v), ressaltando que as medidas que forem tecnicamente impossíveis de serem cumpridas, mediante comprovada justificativa nos autos, deverão ser substituídas por outras que a comunidade indígena entender pertinente, mediante prévio ajuste, a ser realizado dentro do prazo acima concedido.*

[...]

Cite-se o Estado de Mato Grosso do Sul, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

[...], 30 de agosto de 2012.

[...]

(.Grifos e destaques no original.)

Do cabimento do agravo na modalidade instrumento e do pedido de concessão de efeito suspensivo

No caso vertente, a liminar impôs a realização de construção, ampliação e alteração de obras já concluídas por ocasião da ampliação de um pequeno trecho de rodovia estadual, que liga as cidades de [...].

Ora, tratando-se de decisão que impôs o adimplemento de diversas obrigações, inclusive com execução de obras de engenharia, no exíguo prazo de 90 dias, sob pena de incidência de multa diária e ininterrupta no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem fixação de limite máximo, motivada por documento não submetido ao crivo do contraditório, *resta patente o cabimento do recurso na forma instrumental.*

A lesão grave e de difícil reparação se consubstancia no fato de que o juízo “*a quo*” interferiu na logística que rege o planejamento e execução de obras públicas, arbitrou prazo exíguo e multa exorbitante de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia.

A decisão afrontou o princípio constitucional da separação dos poderes e colocou em risco o erário estadual.

A intromissão verificada no caso em tela resulta em uma desestruturação sistêmica, impedindo a racional alocação de recursos (humanos e financeiros). Como se tal não bastasse, em sua motivação o magistrado de instância singela se baseou em documento “apócrifo”, juntado às f. 315/317, produzido unilateralmente [...] e não submetido ao crivo do contraditório.

O prosseguimento do feito e o conseqüente cumprimento da liminar deferida, antes da decisão a ser dada no presente agravo, significará prejuízo irreversível ao Estado, ora agravante, visto que poderá ser compelido injustamente a arcar com uma despesa (multa diária) não prevista, além de sofrer um verdadeiro desajuste no orçamento público.

Nos termos dos arts. 527, III e 558 do CPC, o relator poderá atribuir efeito suspensivo, a requerimento do agravante, nos casos de lesão grave ou de difícil reparação, a fim de suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Percebe-se, claramente, que a carga de subjetividade da decisão recorrida acarreta incertezas difíceis de serem esclarecidas e esgota o próprio exame de mérito da ação. Além disso, enseja à parte *adversa* verdadeira arbitrariedade, no sentido que impõe substituição de medidas por “outras que a comunidade indígena entender pertinente”.

O comando jurisdicional beira o impossível e afasta a plausibilidade do direito invocado. Logo, o perigo do cumprimento da liminar concedida é inverso.

Outrossim, foi totalmente ignorado o fato de que a duplicação da rodovia [...] trouxe melhorias e benfeitorias para toda a comunidade indígena e não indígena, além de aprimorar, de forma definitiva e significativa, a segurança de tráfego no local.

A persistir dita decisão, estar-se-á diante da mais flagrante ofensa à tripartição dos poderes, da ofensa à ordem administrativa, econômica e financeira do Estado de Mato Grosso do Sul.

Dessa forma, é imperiosa a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo.

Além do mais, o requerimento antecipatório foi concedido ao arrepio das normas que vedam a concessão de liminares em desfavor do Estado (art. 2º, da lei 8.437/92), como também das disposições constitucionais (arts. 165, § 8º e 167, II, da CF), o que por si só, demonstra o equívoco da decisão agravada.

Portanto, há de ser recebido o presente recurso no efeito suspensivo e processado, analisando-se o seu mérito.

Das razões do agravo de instrumento

Nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa - ausência de intimação do estado de mato grosso do sul sobre o documento de f.315/317, produzido unilateralmente [...] que serviu de fundamento para a decisão agravada

Causaram espécie os seguintes trechos da decisão objurgada:



O comportamento do Estado mostra-se contraditório, violador da boa-fé objetiva, que deve permear qualquer acordo entabulado em nosso ordenamento, independentemente da natureza jurídica dos acordantes. (f. 320)

[...]

Não socorre o requerido a alegação do Governador do Estado de que as decisões não tiveram a sua anuência, uma vez que o pacto restou entabulado por pessoas com poderes para tal, ante o art. 2º da Lei Complementar nº 75/2001 de aludido ente federativo. (f. 320-verso) *grifamos*

Compulsando os autos constatamos que a “indignação” do ilustre magistrado com a “postura” do ente federativo deveu-se, sobremaneira, ao documento de f. 315,317, apócrifo.

As supostas declarações verbais do Governador foram “relatadas” em um “memorial” de uma reunião cuja ata sequer foi feita ou assinada. As afirmações foram apresentadas em Juízo, propositadamente, fora do contexto coloquial em que foram produzidas.

Além disso, não foi concedida vistas dos autos ao Estado de Mato Grosso do Sul para se manifestar sobre o referido documento, cuja juntada foi requerida pelo requerente. Caso tivesse sido concedida oportunidade para a Fazenda Pública se manifestar, seria esclarecido que o documento foi confeccionado de forma unilateral pelo autor da ação, sem anuência das autoridades políticas que participaram da reunião e tiveram seu conteúdo editado em conformidade com a interpretação unilateral dos fatos e diálogos³.

³ A título argumentativo, na reunião descrita no documento de f. 315/317, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul apenas ressaltou que não esteve presente, pessoalmente, no encontro ocorrido no ano de 2010 entre algumas autoridades para tratar sobre o início das obras de duplicação do trecho da Rodovia [...]. Talvez, no calor do debate, ressaltou que não foi ele, pessoalmente, quem assumiu este ou aquele compromisso. Aliás, muito natural essa passagem de sua fala, porquanto sequer lhe foi apresentada, naquele momento, a ata da reunião ocorrida na sede da Procuradoria-Geral do Estado para analisar detidamente os questionamentos. Ademais, como não houve elaboração de ata desta última reunião, impossível analisar os contornos do que foi conversado ou debatido de forma unilateral, sendo verdadeiramente *apócrifo* o documento de f. 315/317.

Resta caracterizado, portanto, o cerceamento do direito de defesa do Estado de Mato Grosso do Sul, que não pôde se manifestar sobre documento essencial e motivador da concessão da liminar na ação civil pública em comento.

O art. 398 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Ao comentar o referido dispositivo legal, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2003), prelecionam:

Após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorre e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula e assim deve ser declarada (CPC 249). (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante*, 7ª edição, ed. RT, p. 751)

Configurou-se ofensa ao disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal, segundo o qual *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela interentes”*.

Moacyr Amaral Santos (1989) ao comentar o art. 398 do nosso atual Código de Processo Civil, explica:

- a) O juiz, *sempre*, isto é, em qualquer momento do procedimento, em primeiro ou em superior grau de jurisdição, abrirá oportunidade à parte, contra a qual foi produzido um documento depois da inicial, para que sobre o mesmo se manifeste, *no prazo de cinco dias*.



- b) A audiência da parte, a quem se opõe o documento, tem várias finalidades. Uma delas consiste em conceder-lhe o poder de reclamar contra a admissão do documento pela sua extemporaneidade ou sua impertinência em relação à causa, pedindo o seu desentranhamento. Outra, em dar-lhe oportunidade de conhecer o mérito do documento, em face dos fatos controvertidos e da relação jurídica litigiosa, propiciando-lhe ocasião para oferecer prova contrária, seja documental ou de outra espécie, esta se em tempo de poder ser produzida. Outra, ainda, é a de permitir fale a parte sobre o documento, tanto sobre suas condições intrínsecas como extrínsecas, preparando-se para arguir, ou desde logo arguindo, seus vícios, porventura existentes (artigos 372, 386, 390).
- c) Do tom imperativo da disposição (*o juiz sempre ouvirá*), não a observando o juiz, e sentenciando sem a audiência da parte em relação a documento produzido depois da inicial, a consequência, tal seja o prejuízo resultante, poderá ser até a nulidade da decisão (arts. 245, 248, 249 e seu §1º). (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV. Forense: 1989, 5ª edição, p. 232/233)

O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se em caso análogo, *verbis*:

Constitui cerceamento de defesa, se ou quando o Juiz, admitindo a produção de documentos novos, profere sentença, sem que fosse dada oportunidade à parte contrária, para que sobre eles se manifestasse (STJ RMS 1199-BA, rel Min. Waldemar Zveiter, j. 13.4.1992, DJU 8.6.1992, p. 8615) *idem*.

Embora os julgados e doutrina se refiram à sentença, sua interpretação também deve alcançar decisões interlocutórias, especialmente as que concedem antecipação dos efeitos da tutela. Evidente que o escrito de f. 315/317, que não foi submetido ao contraditório, trouxe matéria que produziu efeito jurídico e MOTIVOU a concessão da liminar.

Impõe-se o reconhecimento do cerceamento do direito de defesa e a nulidade do processo desde a juntada do documento de f. 315/317, nos termos do art. 249 do Código de Processo Civil.

Decisão que esgotou o mérito da causa e ausência de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*

Com efeito, a decisão que deferiu a liminar deve ser reformada: há proibição legal para seu deferimento e estão ausentes os pressupostos caracterizadores da medida, como a fumaça do bom direito e perigo de demora.

O comando previsto no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, dispõe, *in verbis*:

Art. 1. “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”. grifo nosso

A liminar deferida mostra-se indiscutivelmente satisfativa, esgota o próprio objeto da ação antes mesmo da contestação, e, portanto, deve ser cassada. Havendo dúvidas sobre a plausibilidade jurídica da pretensão, prudente que se aguarde a solução em decisão de mérito.

O *fumus boni iuris* está ausente quer por falta de dispositivo legal que autorize a concessão, quer por falta da verossimilhança do direito alegado, pois a Administração Pública Estadual implementou todas as medidas tecnicamente possíveis, consoante laudo juntado aos autos, para diminuir o impacto da ampliação da rodovia [...].

Quanto ao *periculum in mora*, não se verifica, porquanto nenhuma das medidas determinadas na decisão podem ser consideradas URGENTES, na acepção do termo. Não se está tratando de nenhuma obra emergencial que justificasse a antecipação dos efeitos da tutela. Aliás, tratam-se de medidas paliativas e complementares ao que já foi executado, sua realização não É INADIÁVEL OU EMERGENCIAL.

Vejamos o que efetivamente JÁ FOI EXECUTADO, devidamente comprovado e justificado no laudo pericial em anexo, a seguir sintetizado:

- a) Trevo principal da rodovia, projetado conforme os padrões do DNIT, com observância da geometria do projeto e faixa de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul;
- b) Construção de três interseções tipo trevo, que dispensa a construção de mais um, considerando-se a dimensão do trecho que permeia a terra indígena, de apenas 4.217,72m. Justificativa para não se construir a quarta interseção tipo trevo: comprometimento desnecessário do tráfego de veículos sem melhoria significativa na segurança;
- c) Construção de oito unidades de “*traffic calming*” na parte limítrofe da terra indígena. Novamente a construção de outras unidades simplesmente inviabilizaria o tráfego. Justificativa para não se construir sem necessidade outras unidades de “*traffic calming*”: A distância entre aqueles que já existem é de aproximadamente 463,00 (quatrocentos e sessenta e três metros), ou seja, mais do que o necessário naquele trecho da rodovia estadual;
- d) Drenagem das águas pluviais que observou as normas técnicas (documento de f. 295);
- e) Construção de faixas laterais para circulação de carroças, bicicletas e pedestres. Justificativa para não ampliação dessas faixas: elas não devem atender ao tráfego de veículos, que deve seguir pela rodovia. A largura de 2,5 m em toda a extensão de 3,7 km é suficiente e razoável para sua finalidade;
- f) Ampliação, manutenção e melhoria dos travessões internos da reserva e das estradas vicinais, tudo feito pelo empreendedor no mês de agosto de 2010. A manutenção posterior é atribuição do Município de [...], por competência legalmente atribuída;

- g) Educação para o trânsito que já é disponibilizada na escola estadual indígena de ensino médio intercultural [...], conforme já detalhado nos autos às Fls 296;
- h) Contratação de 100 unidades de braço com luminárias nos postes existentes nas terras indígenas assim que for concluída licitação, objeto do processo administrativo nº 19/101709/2012;
- i) Levantamento do número de acidentes e de vítimas fatais na rodovia: houve diminuição no número de acidentes e de vítimas em 67% (sessenta e sete por cento). Antes das obras a rodovia era precária, sem acostamento, sem iluminação, sem mão dupla, sem *traffic calm*, com o mesmo tráfego de veículos que existe hoje. As obras trouxeram mais segurança, sem dúvida alguma, conforme quadro comparativo constante nos autos, em petição de fls.299⁴;
- j) Proteção do cemitério indígena: será feita colocação de cercas no local, cuja contratação é objeto do processo administrativo 19/101709/2012, Importante consignar que os indígenas estão ampliando seu cemitério em área pública de domínio estadual, o que é irregular;
- k) Recomposição de parte da cobertura vegetal existente com doação de mudas: a legislação ambiental foi observada rigorosamente, a supressão de 180 espécies foi feita com o devido licenciamento, considerando-se que se está diante de faixa de domínio para o tráfego de veículos. Nada obstante, haverá doação de 2.000 (duas mil) mudas de espécies nativas e exóticas aos moradores das aldeias [...], sobretudo os residentes naquela área, será feito pela AGESUL para realizar a devida distribuição.

O que não será feito, fundamentadamente, em virtude do custo inviável, ausência de razoabilidade ou por se tratar de atribuição legal de outro ente federativo ou outra pessoa jurídica, consoante laudo técnico por perito em anexo:

⁴ Cumpre ressaltar que o quadro comparativo de f. 299 contém um erro material de digitação, mas a analista explica corretamente o decréscimo dos acidentes e vítimas: antes da ampliação da rodovia, entre setembro de 2007 e setembro de 2008 (antes do início das obras) foram 4 vítimas fatais no trecho ampliado; entre janeiro de 2011 e janeiro de 2012)após conclusão das obras, foi apenas uma vítima fatal (em um ano, portanto).

- a) Reparo nas rachaduras das casas num raio de 150 metros de cada lado da rodovia: apurou-se que eventuais defeitos nestas casas *não* têm, absolutamente, qualquer relação com a ampliação da rodovia. Essa proposta, aliás, denota má-fé do requerente, pois o fluxo do tráfego (quantidade de veículos) não foi alterado e as casas têm problemas estruturais decorrentes de construção, o que motivou inclusive investigação por ocasião⁵. A circulação de equipamentos na execução das Obras de Ampliação e Reordenamento de Tráfego na rodovia [...], se fez utilizando-se da própria Faixa de Domínio existente, com 40m de largura. Os únicos equipamentos que eventualmente poderiam causar danos a edificações situadas junto das obras seriam os Rolos Compactadores Vibratórios. Ocorre que os volumes significativos de compactação foram de aterro, que atingiram cerca de 48.000 m³. Este volume foi importado de Caixa de Empréstimo cujo solo, conforme Projeto de Implantação, é de classificação argilosa, que demanda a utilização de Rolos Compactadores não Vibratórios, o que evidentemente elimina a possibilidade de ocorrer danos nas edificações lindeiras à Faixa de Domínio nas operações de compactação dos aterros;
- b) O Projeto Original, elaborado no ano de 2008 e entregue em sua versão final à AGESUL em maio/2008 foi desenvolvido de acordo com as Normas e Metodologias consagradas pelo DNIT para Ampliação e Duplicação de Obras Rodoviárias, atendendo aos requisitos técnicos e de segurança aos usuários da rodovia, sejam motoristas e passageiros dos veículos, sejam habitantes das áreas lindeiras em seus deslocamentos locais a pé, de bicicleta, de carroça ou veículos automotores. Conforme exposto nos itens anteriores todas as soluções adotadas no segmento de travessia do território indígena foram desenvolvidas garantindo o ordenamento do tráfego de passagem com o tráfego local, segregando das pistas rodoviárias os deslocamentos de habitantes a pé, de bicicleta ou de carroça com a implantação de vias laterais associadas a

⁵ Em 6 de maio de 2005 foi publicada na imprensa a notícia: “teste dos tijolos utilizados em casa indígenas sai hoje”, in <http://www.douradosnews.com.br/arquivo/teste-dos-tijolos-utilizados-em-casas-indigenas-sai-hoje-6d174da7dd5cc42cd0d66a3cb9039daa>, consultado em 25 de setembro, às 15:46 hs.

- travessias das pistas através de estruturas denominadas “traffic calmings”, posicionadas conforme definição técnica, seja pela proximidade de intersecções, seja pela proximidade de pontos de passagem consagrados;
- c) Melhorias internas nas estradas vicinais da reserva indígena. Desde o compromisso assumido em abril de 2010 a manutenção das estradas internas vem sendo executada de forma satisfatória, sendo que em 2010 a qualidade dos serviços de execução e os baixos índices pluviométricos não houve a necessidade de realização de manutenção em 2010 e em 2012 o Governo do Estado de Mato grosso do Sul cedeu caminhões para a realização dos serviços pelo exército em uma ação conjunta conforme anexo 5;
 - d) Colocação de câmeras de monitoramento 24 horas ao longo de trecho da rodovia: o custo é impraticável. O Estado de Mato Grosso do Sul tem cerca de 2 milhões de habitantes, em nenhuma rodovia estadual há monitoramento por câmeras, porque nenhuma delas é administrada por concessionária. A colocação de câmeras exige custo elevadíssimo e não se restringe à instalação dos equipamentos, deve ser construída uma central de controle operacional (CCO), contratação de funcionários especializados, deslocamento de policial rodoviário estadual em regime permanente etc. Há outras prioridades administrativas e outras necessidades. A colocação de câmeras neste trecho de 3,7 km é inviável, desnecessária, sem razoabilidade;
 - e) Construção de um posto da Polícia Rodoviária Estadual na interseção da rodovia [...] com o anel viário de [...]: A PRE tem apenas 139 funcionários e oito postos de policiamento. Há outros pontos mais importantes e relevantes para a instalação de um novo posto de comando, sem que possa haver ingerência na eleição dessa política pública nesta ação específica;
 - f) Colocação de placas em português e guarani: a extensão da rodovia em terras indígenas é curta e não é entrada para as aldeias, tendo sido apenas ampliado trecho que já existe há mais de trinta anos.

Afigura-se notório que a Administração só trabalha sob o manto da legalidade, devendo cumprir procedimento licitatórios, orçamentários, que demandam tempo maior que o determinado na decisão *a quo*.

Além de existir a proibição à concessão de liminar contra a Fazenda Pública na Lei nº 8.437/92, há norma proibitiva exposta na Lei nº 9.494/97, a qual teve a sua redação alterada com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001 (art. 2º-B), *verbis*:

Art. 2º B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (NR) (Artigo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).

O Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 9.494/97. Vejamos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

(.....)

8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.

A antecipação da tutela ou liminar em desfavor da Fazenda Pública transforma a decisão interlocutória em decisão definitiva sem a devida

instrução processual, contraditório, ampla defesa e a respectiva reapreciação pela instância superior, contrariando e negando a vigência do que dispõe o art. 475, *caput* e seu inc. II do Código de Processo Civil e ao devido processo legal, constitucionalmente assegurado.

Assim, requer-se a este Tribunal que acate as razões articuladas acima, para o fim de cassar a liminar concedida.

Da Ausência dos requisitos autorizadores da liminar e da ofensa ao princípio da separação dos poderes

As determinações contidas na decisão recorrida denota ingerência do Poder Judiciário na competência do Executivo, ofendendo, literalmente, o princípio da Tripartição dos Poderes.

Como destacado anteriormente, nenhuma das medidas previstas no *decisum* tem cunho emergencial. A integridade física dos indígenas não está, de modo algum, ameaçada pela ampliação da rodovia [...], o que denota a ausência do *periculum in mora* ou “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. Esse fato, por si só, seria motivo para revogação da liminar.

Além disso, é impossível ao Poder Judiciário imprimir obrigações de fazer e não fazer de tal índole ao Administrador Público, sob pena de violação ao princípio da independência dos Poderes, cláusula pétrea da Constituição Brasileira.

No art. 2º da Constituição Federal de 1988, restou estabelecido, com a finalidade precípua de “evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem”, que o Estado seria formado por três poderes independentes e harmônicos entre si “repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem



*exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito*⁶:

“Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Arruda Alvim (2000), ao discorrer sobre o tema:

“Identificado este âmbito, o juiz não pode sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele do administrador. E como o fundamento primário disso está o próprio princípio da separação dos poderes. Ao judiciário incumbe examinar os atos administrativos sob o ângulo da legalidade. É claro que, conquanto os atos discricionários hajam de ficar submetidos ao princípio da legalidade devendo realizar uma finalidade pública determinada pela lei, se o ajuizamento da situação e o ato decorrente desse juízo praticado pelo administrador se compreenderem dentro das possibilidades legítimas, tais como as considere a lei, o Poder Judiciário apenas constatará isso. O que se disse significa, portanto, que o Judiciário não pode adentrar aquele juízo, aquela esfera de liberdade típica e própria do Administrador e, desde que esse juízo tenha sido realizado dentro do espectro possível do exercício dessa liberdade, vale dizer, desde que exercida esta liberdade pelo Administrador dentro do âmbito da lei, não há possibilidade de alteração do ato. É impossível ao Judiciário o controle *extralegal* do mérito dos atos administrativos – tal como se o juiz fosse o administrador, sobrepondo o seu critério ao deste – exatamente por causa do princípio da separação de poderes. Outra razão a justificar de conveniência e oportunidade, sendo destinatário exclusivo e final o administrador.” (Direito Processual Público, A Fazenda Pública em Juízo. Coordenadores: Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 234/235.)

O Judiciário não pode substituir-se ao Executivo, de maneira que as medidas administrativo-operacionais de competência da Administração

⁶ MORAES, Alexandre de; Direito Constitucional, 13ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo: Atlas, 2003; pág. 369.

estão unicamente no âmbito de seu poder discricionário, zona cinzenta à atuação daquele Poder, teoria essa que tem seus ditames constitucionais num verdadeiro sistema de freios e contrapesos.

O Juízo de primeira instância violou este princípio ao analisar o mérito do ato, ou seja, a conveniência e a oportunidade da realização de obras, reformas e estudos, atinentes à duplicação de pequeno trecho de uma rodovia estadual, que estão fora da competência jurisdicional e está centrada no orçamento, nas políticas públicas e na autoridade do Estado de MS.

A divisão dos poderes políticos pressupõe elementos como a especialização funcional e a independência orgânica, devendo cada função ser atribuída a um órgão independente, de tal sorte que o Judiciário não pode simplesmente determinar a subsunção do Administrador Estadual às determinações unilaterais do autor.

A r. decisão pretende substituir opções administrativas, já tomadas pela Administração, o que, indubitavelmente, é juridicamente impossível em respeito ao princípio da tripartição dos poderes, constante do citado art. 2º da Carta Magna. Ao contrário do que interpretou o nobre magistrado, todos⁷ os compromissos tecnicamente executados e inseridos na sua competência, assumidos na dita reunião do dia 14/04/2010, foram cumpridos pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Naquela ocasião, no ano de 2010, não se firmou TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, mas, mesmo assim, ao longo da obra, o Estado buscou cumprir, de acordo com as possibilidades técnicas, tudo o que foi discutido naquele encontro com o Secretário de Estado de Obras Públicas, como evidenciam os documentos juntados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, demonstrando sua preocupação e respeito com a comunidade indígena.

⁷ A aquisição de 100 braços de luminárias está em fase de licitação e somente não foi implementado por este motivo.



Se não houve adimplemento satisfatório, aos olhos do autor, tal se deveu à conveniência, oportunidade e limites de competência e orçamento da Administração Estadual, pautadas pela legalidade e razoabilidade. Imperioso constar que não há razão para o inconformismo com o fato de os estudos técnicos de análise do impacto ambiental terem sido conduzidos pelo empreendedor da obra, pois além de ser sua obrigação, os trabalhos desenvolvidos tiveram conotação científica, tanto que não há argumentos objetivos e racionais para os impugnar.

Em brilhante lição, Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao tratar do controle pelo Poder Judiciário dos atos discricionários, afirma que *“o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. A professora continua:*

“Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (...) A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.”⁸

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*; 17ª Ed.; São Paulo: Atlas, 2004. p. 210/212.

O “*critério de escolha*” não é do Juízo ou do autor. O Estado não infringiu ou ignorou normas legais nem ignorou o “componente indígena”, pelo contrário: trouxe melhorias para o tráfego de uma rodovia que já existe há mais de trinta anos e estava em situação precária, por meio de um projeto executivo assinado por técnicos habilitados, dentro dos padrões exigidos pela legislação, e seguindo regular processo de licenciamento ambiental.

Nenhuma instituição pode fugir de seu papel institucional ou ampliá-lo para abarcar o papel de planejador e executor, o qual é exclusivo do Poder Executivo.

Outro aspecto que aponta para a total ausência de razoabilidade para a decisão recorrida é que para a construção, reforma, ampliação de qualquer estrutura pública, imprescindível à licitação, nos termos do artigo 37, XXI da Constituição Federal e da Lei Federal nº 8.666/1993. Dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal:

“Art. 37 (...)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Com efeito, a imposição de obrigação de fazer, conforme consta da decisão invectivada, ensejará desrespeito à lei que prevê a obrigatoria licitação para reformas e construções pela Administração Pública. Reza o art. 2º da Lei 8.666/1993, *verbis*:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”



Assim, requer, acatando as razões aqui aduzidas, a cassação dos efeitos da liminar concedida, em abono à repartição dos Poderes e respeito à competência da Administração Pública para deliberar sobre políticas públicas e executá-las de acordo com as exigências da lei, além da necessidade de obediência aos princípios da razoabilidade, separação dos poderes e da reserva do possível (STJ: REsp's. 169.876/SP e 63.128/GO; STF: REextr. 365.299/SC).

Da multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia - falta de limite para a multa – amplitude da decisão – imposição de obrigações a serem acatadas sem qualquer discussão pela comunidade indígena – ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade – prazo impossível de ser cumprido em 4 de dezembro de 2012.

A fixação de multa pecuniária, de caráter cominatório, em ações promovidas contra a Fazenda Pública, em qualquer de suas esferas (estadual, municipal, federal), é matéria ainda não suficientemente debatida por nossa doutrina e pela jurisprudência.

Há que se considerar, por certo, que o eventual pagamento dessa multa será suportado pelo Erário Estadual. Em outras palavras, a população é que, mercê dos tributos e taxas recolhidos a favor do Estado, é quem deverá suportar a multa eventualmente devida. O valor, além disso, afigura-se exacerbado.

Está-se, por outro lado, diante de incertezas decorrentes da imprecisão da decisão impugnada, como se vê adiante:

- a) Quando tem início a incidência da multa?
- b) O prazo de 90 (noventa dias) levará em consideração imprevistos e a ausência de dotação orçamentária para concluir as providências administrativas impostas no *decisum*?
- c) Quem definirá o que é conveniente, oportuno ou impossível de ser executado?
- d) O valor de R\$ 1.000,00 tem data ou valor limite de incidência ou é ininterrupto?

Impõe-se aqui registrar que a imposição da multa, nestes moldes, ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como os artigos 412 e 413 do CC e os artigos 460, 461, 610 e 644, todos do CPC. Aliás, tem sido reiteradamente afastada essa possibilidade, a exemplo do que se destaca:

“Agravo de Instrumento – Execução de sentença contra a Fazenda Pública para o cumprimento de obrigação de fazer. Determinação do Magistrado para que o cumprimento da obrigação se faça em 60 dias, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Inocuidade da imposição em relação ao agente público, respondendo pela penalidade a Fazenda Pública, que se utilizará da renda proveniente de recursos tributários pagos pelos próprios contribuintes. Recurso propício⁹”

Para encerrar nossa argumentação, obtemperamos que a ampliação e reordenamento do tráfico do trecho da rodovia [...] entre [...] foi de todo positiva e necessária, consubstanciando-se em medida benéfica a toda a população local, indígena e não indígena.

Como se tal não bastasse, foi ignorado o fato de que houve, de fato, execução das providências assumidas pelo Estado de Mato Grosso do Sul,

⁹ Agravo de Instrumento nº 178.099.5/3- SP, de 05.09.2000, da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

com exceção da colocação dos braços de iluminação transversal, dentro da aldeia, que está em fase licitatória.

Do pedido final

Diante do exposto, pede o conhecimento do presente recurso na modalidade instrumento, atribuindo-se efeito suspensivo ao mesmo nos termos delineados no corpo destas razões, para que seja de imediato SUSPENSA a determinação direcionada ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Pede, ao final, o provimento do recurso para o fim de ser declarada a nulidade e cassada a decisão de f. 319/321, em virtude do cerceamento do direito de defesa, posto que o documento de f. 315-317 serviu de motivação para o decisum (f. 319-verso) e não foi submetido ao crivo do contraditório.

Superada esta tese, o que se admite em respeito ao princípio da eventualidade, pede o acolhimento do recurso para o fim de ser reformada a decisão interlocutória de f. 319/321 e revogada a liminar, posto que além de não estar presente o requisito *periculum in mora* (*não há urgência ou emergência para se implementar quaisquer das “obrigações”*), as medidas determinadas são irreversíveis e esgotam o objeto da demanda, desrespeitando normas processuais e os princípios constitucionais do devido processo legal, da separação dos poderes, razoabilidade e reserva do possível.

Saliente-se que não há urgência alguma em se realizar de imediato melhorias, compensações e alterações em obra de engenharia já concluída, que não coloca em risco a vida ou a integridade física dos indígenas.

Declara o signatário, a autenticidade das cópias que instruem o presente agravo, nos termos do § 1º do art. 544 do Código de Processo Civil.

Requer haja menção expressa aos dispositivos legais invocados neste

recurso, em especial os arts. 249 e 398 do Código de Processo Civil e o art. 5º, LV da Constituição Federal.

Requer a intimação da parte adversa para oferecer, querendo, contraminuta.

Dourados, 5 de outubro de 2012.

Cristiane da Costa Carvalho

Procuradora do Estado