



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela empresa Vale S/A contra decisão proferida pelo Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que deferiu liminar nos autos da ação civil pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada objetivando a recuperação e reparação dos danos socioambientais decorrentes do rompimento da barragem do Fundão e de Santarém, no complexo minerário de Germano, em Mariana-MG. Ao deferir o pedido, o juízo a quo determinou as seguintes providências cautelares:

“Com base na fundamentação desenvolvida, defiro liminar para:

a) conceder medida cautelar a fim de que a empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, no prazo de 10 dias, impeça (ou comprove que já está estancado) o vazamento de volume de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida, comprovando as medidas de segurança tomadas para a segurança das barragens do Fundão e de Santarém.

b) conceder medida cautelar a fim de que as empresas rés, no prazo de 10 dias, contratem empresas que possam iniciar imediatamente a avaliação da contaminação de pescados por inorgânicos e o risco eventualmente causado ao consumo humano destes, bem como efetuar o controle da proliferação de espécies sinatrópicas (ratos, baratas etc.), capazes de criar risco de transmissão de doença a homens e animais nas áreas atingidas pela lama e rejeitos.

c) conceder medida cautelar a fim de que as empresas rés, no prazo de 15 dias, elaborem estudos e adotem medidas visando impedir que o volume de lama lançado no Rio Doce atinja o sistema de lagoas do Rio Doce e a proteção das fontes de água mineral mapeadas pelo DNPM;

d) conceder medida cautelar a fim de que as empresas rés, no prazo de 20 dias, elaborem estudos de mapeamento dos diferentes potenciais de resiliência dos 1.469 ha diretamente atingidos, com objetivo de se averiguar a espessura da cobertura da lama, a granulometria, a eventual presença de metais pesados e o PH do material, bem como a adoção imediata de medidas para a retirada do volume de lama depositado nas margens do Rio Doce, seus afluentes e as adjacências de sua foz.

e) conceder medida cautelar a fim de que a empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, no prazo de 30 dias, efetue depósito judicial inicial de dois bilhões de reais, a serem utilizados na execução do plano de recuperação integral dos danos a ser elaborado pelas rés.

f) decretar, com base no artigo 7º da Lei 8.429/92, combinado com art. 461, §5º, do CPC, a indisponibilidade das licenças de concessões para exploração de lavra existentes em nome das empresas rés, conforme documentos de fls. 304/308, bem como dos direitos daí decorrentes, devendo os autores providenciar as devidas averbações da indisponibilidade ora decretada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

g) conceder a antecipação de tutela para determinar que as empresas rés, no prazo de até 45 dias, apresentem g1) um plano global de recuperação socioambiental da Bacia do Rio Doce e de toda a área degradada, atendidas as determinações e parâmetros dos órgãos ambientais competentes, com detalhamento das ações a serem desenvolvidas, cronograma de execução e desembolso dos recursos, e g2); um plano global de recuperação socioeconômica para atendimento das populações atingidas pelo desastre, no prazo de 30 dias, atendidas as determinações e parâmetros dos órgãos competentes, com detalhamento e pormenorização das ações a serem desenvolvidas, cronograma de execução e desembolso dos recursos.

A fim de que se possa garantir o pleno cumprimento das determinações acima fixadas, fixo em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a multa diária por descumprimento de cada uma das medidas acima fixadas, sem prejuízo de outras sanções.

Quanto ao item e), a fim de que se torne eficaz, a multa será majorada para R\$ 1.500,000 (um milhão e quinhentos mil) por dia de atraso..” (fls. 50/68)

A agravante impugnou a decisão recorrida sustentando, em síntese,

a) que a Samarco tem tomado diversas medidas e executado ações de atendimento à população atingida e mitigação dos impactos ambientais;

b) que os prazos para cumprimento das obrigações de fazer são exíguos e variados;

c) que “a multiplicação de medidas constritivas do patrimônio da Samarco não terá outro desfecho senão o completo estrangulamento dessa empresa”;

d) que a empresa Samarco possui valores significativos depositados em contas garantia em decorrência de Termo de Compromisso ajustado com o Ministério Público Federal (R\$ 500.000.000,00 – quinhentos milhões de reais) e de decisão judicial proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Mariana (R\$ 300.000.000,00 – trezentos milhões de reais) e está na iminência de depositar mais (R\$ 1.000.000.000,00 – um bilhão de reais) por determinação do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública de Belo Horizonte.

e) a Vale não é poluidora direta e

f) a Samarco é uma sociedade com gestão absolutamente independente da de suas acionistas, inclusive por questões regulatórias, não se justificando “a absoluta desconsideração da separação jurídica entre as três, de forma abrupta e liminar, tal como fez a r. decisão agravada.” (fls. 34).

Ao apreciar o pedido, proferi decisão na qual me reporte à decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 0002453-41.2016.4.01.0000, interposto pela empresa Samarco, no qual deferi parcialmente a antecipação da tutela recursal tão somente para por ora estender em 15 (quinze) dias o prazo para o cumprimento e comprovação da determinação do depósito do valor de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); intimar a Samarco Mineração para que certifique nos autos a efetiva realização dos depósitos e garantias afirmados e determinar fosse oficiado ao juízo *a quo* “encarecendo os seus bons préstimos no sentido de prestar a este Tribunal as seguintes informações: (a) o atual estado das medidas liminares de contenção e reparação de danos impostas na decisão agravada, esclarecendo, se possível, sobre a real possibilidade de serem concluídas nos prazos conferidos às agravantes e (b) informar se foram certificados, na origem, os depósitos e valores supostamente acautelados em outros procedimentos (judiciais e não judiciais), que somariam mais de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), e se tais montantes têm a eficácia de atender as finalidades da presente ação civil pública (em observância do tópico iii da presente decisão).”.

Por fim, consignei que a decisão ali proferida enfrentou todos os pedidos que, também aqui, exigiriam eventual decisão liminar, especificamente, sem a prévia ouvida da parte

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

contrária, pelo que entendo prejudicada a necessidade de qualquer outra decisão nestes autos sem a manifestação dos agravados (fls. 2625/2628).

A agravante opôs embargos de declaração apontando omissões na decisão (fls. 2.643/8).

Os agravados apresentaram, conjuntamente, suas contrarrazões às fls. 2.656/2.688.

Posteriormente, as partes vieram aos autos noticiando a ocorrência de acordo; IBAMA, fls. 2692; Vale, fls. 2694/369 e União fls. 2648.

A Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon, designou o dia 05 de maio de 2016 para a realização da audiência de conciliação, fls. 2819.

A ata de audiência com o acordo entabulado entre as partes foi juntada às fls. 2905/2928.

Às fls. 2933/2971 os agravados apresentaram resposta aos embargos de declaração interpostos pela agravante.

Às fls. 2973/4 a Vale requer o reconhecimento da perda superveniente do objeto do agravo. Novamente, às fls. 2694/2696 noticia a celebração do acordo.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 3007/3070) arguindo preliminares de nulidade do acordo: a) por incompetência da Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação; b) por falta de intimação do *Parquet* com remessa dos autos; c) por falta de legitimidade da advocacia pública para transacionar direitos dos atingidos; d) por violação aos limites subjetivos da lide e e) por violação ao princípio do poluidor-pagador. No mérito pugna pelo não provimento do agravo de instrumento.

À fl. 2930/1 consta copia de despacho da Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon, datado de 8 de junho de 2016, determinando ao Núcleo Central de Conciliação “que proceda ao desentranhamento dos documentos juntados aos seguintes autos: AI 2453-41.2016.4.01.0000 (fls. 3.613-3.765), AI 2627-50.2016.4.01.0000 (fls. 2.929-3.017) e AI 2170-18+.2016.4.01.0000 (fls. 2.384-2.563), juntando-os à presente ação civil pública.”

Consta, à fl. 3000, certidão expedida pelo Diretor da Coordenadoria da Quinta Turma dando conta de que a petição referente aos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal não foi localizada nos autos e que o desentranhamento dos documentos determinado pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso foi efetivado (cito):

Certifico que, às fls. 2.933-2.971, foi juntada a estes autos petição designada "RESPOSTA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, opostos pelo Ministério Público Federal contra a decisão homologatória do acordo celebrado entre os embargados", apresentada pela União e outros(as), porém a petição referente aos Embargos de Declaração noticiados não foi localizada nos autos. Certifico, ainda, que às fls. 2930-2.931 consta cópia de Despacho, proferido nos autos da Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, pela Excelentíssima Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Coordenadora do SistCon, que determinou o desentranhamento dos documentos que estavam juntados às fls. 2.929-3.017, destes autos, e o traslado para os autos da referida ACP que foi devidamente cumprido, conforme certidão de fls. 2929, lavrada pelo Núcleo Central de Conciliação.

Brasília, 13 de junho de 2016.

FÁBIO ADRIANI CERNEVIVA

Diretor da Coordenadoria da Quinta Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 3007/3070) arguindo preliminares de nulidade do acordo: a) por incompetência da Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação; b) por falta de intimação do *Parquet* com remessa dos autos; c) por falta de legitimidade da advocacia pública para transacionar direitos dos atingidos; d) por violação aos limites subjetivos da lide e e) por violação ao princípio do poluidor-pagador. No mérito pugna pelo não provimento do agravo de instrumento. Por oportuno, transcrevo, no que aqui interessa, seu conteúdo:

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pela SAMARCO MINERAÇÃO S/A, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão do Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, nos autos de Ação Civil Pública, deferiu a liminar postulada pelos autores-agravados, nos seguintes termos:

(...)

A agravante alega que: i) não está omissa no atendimento à população atingida e na mitigação dos impactos ambientais; ii) a incapacidade técnica de cumprir as medidas estipuladas em tempo hábil, mesmo já as exercendo por conta própria; iii) já há garantidos bens e valores no montante de R\$ 2,3 bilhões, (fls. 2/46)

Em cognição sumária, Vossa Excelência determinou:

(...)

A agravante interpôs Embargos de Declaração, sob o fundamento de omissão na decisão supracitada (fls. 2995/2999). Aduz que a decisão não foi clara quanto à suficiência do depósito realizado em relação à multa estipulada e à incidência de multa em caso de descumprimento dos prazos assinalados na decisão do Juízo a quo. (fls. 2995/2999)

Antes que houvesse decisão de Vossa Excelência sobre os embargos de declaração, a agravante informou que as partes, conjuntamente, na ação principal, requereram a suspensão do feito por 30 (trinta) dias, bem como dos efeitos da liminar, "(...) a fim de possibilitar que (...) possam tentar chegar a uma solução justa, equilibrada e eficiente para o caso." (fl. 3236)

Ainda assim, os agravados apresentaram contrarrazões ao presente recurso, postulando a manutenção da liminar, (fl. 3198/3226)

Em 8.3.16, o IBAMA e o DNPM requereram a retirada de pauta do presente recurso, "em face da celebração de acordo extrajudicial entre as partes (agravantes e agravados), até a afetiva homologação do acordo, a ser oportunamente comunicada a esta Douta Relatoria..." (g.n., fl. 3268)

Na mesma data, a agravante informa que houve a celebração do acordo. Aduz que o mesmo está pendente de homologação" perante o Juízo a quo. e requer a retirada do feito de pauta. (fls. 3269/3270)

No dia seguinte (9.3.16), a União também requer a retirada do feito de pauta, alegando que "(...) as partes deste recurso estão em avançado processo de autocomposição (...)". (fl. 3271)

Em 11.3.16, os agravados noticiam:

Inicialmente cumpre noticiar ao ilustre relator deste recurso, bem como aos demais magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que foi assinado e regularmente protocolado na 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais o Termo de Acordo Judicial em anexo, estando pendente de homologação pelo ilustre juiz Federal competente para julgar o processo nº 0069758-61.2015.4.01.3800. (g.n., fl.3272)*

A petição das partes continua para, ao fim, requerer:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

- o reconhecimento da perda do objeto do presente recurso de agravo de instrumento, com a conseqüente extinção do mesmo e baixa na sua distribuição;
- ou, subsidiariamente, o sobrestamento do presente recurso de Agravo de Instrumento até que o Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais decida sobre a homologação do acordo em anexo. (g.n.,f. 3288)

Em 14.4.16, há juntada de petição dos agravados, endereçada à Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região, com o seguinte requerimento:

Vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, formalmente noticiá-la da existência do acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3800, ainda pendente de homologação, perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por entenderem que sua formalização e celebração colima com a Missão Institucional dos Projetos de Conciliação conduzidos sob a Coordenação-Geral de Vossa Excelência, (d.n, fl. 3507)

Em seguida, há decisão de Sua Excelência, a "Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação, designando o dia 5.5.16 para a realização da audiência de conciliação, (fl. 3509)

O Ministério Público Federal, em segunda instância, foi intimado da audiência de conciliação, por e-mail, em 29.4.16, - sem a remessa dos autos -tendo respondido em 4.5.16. (fls. 3519/3521)

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, também intimado a comparecer à audiência de conciliação, informou sua "(...) impossibilidade de comparecimento." (fl. 3556)

Em 5.5.16, a Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação:

- i) homologa o acordo;
- ii) determina a suspensão da Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3800;
- iii) declara extinto por perda de objeto o presente agravo de instrumento e;
- iv) defere o pedido do MPF e do MP/ES para, em "(...) 60 (sessenta) dias se manifestar sobre os termos do presente. acordo, ora homologado." (fl. 3608)

Em 17.5.16, o MPF impetra embargos de declaração, requerendo a nulidade do acordo, ou seu recebimento alternativo como agravo interno.

Afl. 3612 surge com dois atos:

- i) Termo de Juntada, o qual informa que vieram aos autos cópia de despacho exarado na Ação Civil Pública originária;
- ii) Certidão de que, "(...-) em cumprimento ao despacho exarado na ACP nº0069758-61.2015.401.3400/MG, desentranhei os documentos de fls. 3613-3795, para juntada ao referido processo originário.

As folhas que se seguem são de conclusão dos autos à Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação e seu despacho determinando ao desentranhamento dos documentos deste agravo de instrumento para juntá-los aos autos da ação principal, sem qualquer indicação de seu conteúdo, (fls. 3613/3514)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

. Em seguida, os autos deixam a Coordenadoria-Geral do Sistema de Conciliação e seguem ao gabinete de Vossa Excelência, (fl. 3615)

Os agravados lançam petição denominada "Resposta aos Embargos de Declaração" (fls. 3616/3654). Porém, os embargos de declaração não se encontram nos autos.

Em 30.7.16, o STJ, nos autos da Reclamação n° 31.935/MG, defere liminar ao MPF, determinando a suspensão da eficácia do acordo e mantendo a eficácia do provimento de Vossa Excelência no presente recurso.

Vieram os autos para manifestação. Opino.

11.1 Da preliminar de nulidade do acordo por incompetência da Coordenação-Geral do Sistema de Conciliação do TRF1 ad causam

• Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que o MPF apoia integralmente os esforços de conciliação entre as partes. Considera como instrumento de pacificação social, além de auxiliar na redução da judicialização dos conflitos de interesses. Como fiscal da ordem jurídica (art. 178, NCPC), o MPF é também promotor da solução consensual dos conflitos (art. 3°, §§ 2° e 3°, NCPC).

Porém, no caso específico, há pressupostos que não foram observados para o aperfeiçoamento do acordo. O primeiro deles diz respeito à competência para sua homologação. Esta, indubitavelmente, é do Juízo de primeiro grau, por duas razões:

i) o envio dos autos à Coordenadoria-Geral do Sistema de Conciliação, sem despacho do relator, fere o princípio do juiz natural (CF, art. 5°, XXXVII e LIII) e;

ii) o Juízo de primeiro grau presidia as tratativas para um acordo, quando da homologação do acordo erri segundo grau.

As razões acima são extraídas das normas abaixo analisadas.

A primeira delas é a Resolução/Presi n.º 31/2015-TRF1, a qual foi objeto do recente Despacho PRESI 1778 (de Sua Excelência, o presidente do TRFI), a saber:

DESPACHO PRES11778

Trata-se de ofício encaminhado a esta" Presidência pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente (2250936), juntamente com as informações solicitadas ao SitCon (2270785), fornecidas pela eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, referentes à forma de envio de processos à unidade de conciliação desta Corte.

Verifico que a Resolução/Presi n.º 31/2015-TRF1 (2277017) trata expressamente do tema:

Art. 30. Nos processos em tramitação, caberá às varas federais , às coordenadorias processantes e aos gabinetes enviar à respectiva unidade de conciliação local, se houver, os processos que lhe sejam solicitados, bem como aqueles nos quais uma das partes hajam manifestado expresso desejo de conciliar, bastando, para tanto, o lançamento da movimentação processual correspondente ao envio dos autos à unidade de conciliação.

Da análise do referido artigo, entendo que é condição necessária para o envio dos autos às unidades de conciliação o prévio despacho do juiz ou do relator do processo, deferindo ou não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar,

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

nos termos do citado artigo e ante o princípio do juiz natural, positivado no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição da República.

Assim, até que seja verificada eventual necessidade de alteração na referida Resolução pelo órgão próprio deste tribunal, determino, com base nos incisos XV, XVI e XXXVIII do art. 21 do RI/TRF1, que o teor deste despacho seja encaminhado, para conhecimento, às coordenadorias das Turmas e Seções e aos gabinetes-dos Desembargadores Federais deste Tribunal.

Dê-se ciência aos eminentes Desembargadores Federais interessados.

Ouça-se, também, o Exmo. Sr. Desembargador federal João Batista Moreira, Corregedor Regional da Justiça Federal da 1ª Região, quanto à necessidade de eventuais orientações sobre o tema aos juizes federais de 1º Grau.

Brasília (DF), 15 de junho de 2016.

Desembargador Federal HILTON QUEIROZ Presidente

O despacho acima é claro quanto à necessidade de "(•••) prévio despacho do juiz ou do relator do processo, deferindo ao não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar {...)".

Esse despacho de Vossa Excelência jamais existiu!

A consequência da omissão está estampada no mesmo Despacho acima transcrito: fere-se o "(..!) princípio do juiz natural, positivado no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição da República."

Com efeito, a conciliação cabe ao juiz. competente para apreciar e julgar a causa, conforme determina o NCPC, In verbis:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código,

(...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com

auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; {...).

O NCPC prevê a criação, por parte dos Tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, devendo sua composição e organização ser definida pelo próprio Tribunal, com observância das normas do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

No âmbito do CNJ, a Resolução nº 125/2010 versa sobre os mecanismos consensuais de solução de litígios. Ela determina a instalação, pelos Tribunais, de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, onde serão concentradas as sessões e audiências de conciliação e mediação, realizadas por conciliadores e mediadores do quadro do próprio Tribunal ou previamente cadastrados (arts. 7º, inciso IV, e 8º). Os centros deverão contar com um juiz coordenador e, se necessário, um adjunto, responsáveis pela administração do centro e homologação dos acordos, além da supervisão do serviço dos conciliadores e mediadores.

A Resolução/PRESI/CENAG n. 2, de 24.03.2011, institui o Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 1ª Região - SistCon, que abrange o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e as Seções e Subseções Judiciárias vinculadas. O Sistema é desenvolvido pelos núcleos de conciliação de cada localidade, nos termos do §1º, de seu art. 1º.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Percebe-se a preocupação na observância do princípio do juiz natural, devendo o SistCon ser implantado, não apenas no Tribunal, mas em cada Seção e Subseção, onde serão realizadas as tentativas de resolução consensual dos feitos que tramitem perante àquela instância judiciária.

Ao Núcleo Central de Conciliação da 1ª Região cabe a resolução das demandas cuja competência seja do Tribunal; e aos Núcleos de Conciliação das Seções Judiciárias dos processos que tramitem perante a respectiva Seção:

Art. 3º Para dar efetividade ao SistCon, ficam criados:

I - no âmbito do Tribunal, o Núcleo Central de Conciliação da 1ª Região;

II- no âmbito das Seções Judiciárias da 1ª Região, os respectivos núcleos de conciliação, os quais poderão funcionar de maneira itinerante na jurisdição correspondente.

§ 1º A estrutura para funcionamento do Núcleo Central de Conciliação da 1ª Região será definida em ato próprio, emitido pelo Presidente do Tribunal.

§ 2º A efetivação ou implantação dos núcleos de conciliação em cada Seção ou Subseção Judiciária será feita por ato da Presidência deste Tribunal.

§ 3º As estruturas para funcionamento dos núcleos de conciliação das Seções Judiciárias serão definidas de comum acordo, entre a Presidência deste Tribunal e Diretorias de Foro.

§ 4º Implantado ou efetivado o núcleo de conciliação em uma unidade da federação, todos os magistrados das respectivas áreas envolvidas, no local de sua implantação, dela participarão, conforme a necessidade, podendo a atribuição de mediação e/ou conciliação recair sobre¹ conciliadores voluntários, devidamente credenciados e treinados, nos termos desta Resolução.

(...)

Art. 5º O Núcleo Central de Conciliação da 1ª Região funcionará na sede do Tribunal, e tem como atribuições:

I - buscar, por meio da mediação e/ou conciliação, solucionar as questões cíveis que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e/ou questões que, por sua natureza, a lei permita a transação, observadas as regras desta Resolução;

II - registrar as informações referentes aos processos conciliados e não conciliados, bem assim as relativas ao quantitativo de audiências para posterior consolidação e análise;

III - centralizar as informações sobre a conciliação da 1ª Região e fornecer relatório estatístico das informações relativas ao semestre anterior, por unidade e globalizado, até o quinto dia dos meses de fevereiro e setembro ao titular do Núcleo;

IV - divulgar, organizar e arquivar os atos e normas referidos o art. 4º, III e IV;

V - mapear as boas práticas e difundir-las aos núcleos seccionais;

VI - realizar estudos, com apoio da área técnica, para a inclusão de novas matérias no SistCon;

VII- remeter os processos aos gabinetes ou turmas, conforme o caso, quando frustrada a conciliação;

VIII - providenciar o expediente ordinário no tocante ao:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

- a) controle de frequência de servidores e de materiais de consumo epermanente e arquivos;
- b) elaboração de ofícios, certidões;
- c) execução de sistemas administrativos e, se for o caso, judiciais;
- d) expedição e recebimento de documentos;
- e) outras atividades necessárias ao funcionamento do núcleo. (g.n.)

Força reconhecer que nenhuma das normas acima permite supressão de instância, o que ofende o princípio do juiz natural, disposto no art. 5º, inciso LIII, da CF, e no art. 42 do NCPC, respectivamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (...).

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Para reforçar a incompetência da C. Coordenação-Geral do Sistema de Conciliação, na data de sua homologação, os autos principais chegavam com vistas ao órgão ministerial de primeira instância. Na semana que se seguiu, o Diretor de Secretaria da 12ª Vara Federal, em nome do Juiz Titular, solicitava, de modo reiterado, a sua devolução. Como havia ingressado em exercício, naquela unidade de jurisdição, a r. Juíza Substituta, Drª. Rosilenê Maria Clemente de Souza Ferreira, juíza natural do feito, que até então encontrava-se afastada, era razoável entender-se que o pedido formulado pelo Diretor de Secretaria se destinava a atender a pedido daquela Juíza que, pela sua reconhecida capacidade de trabalho e diligência, procurava tomar ciência dos múltiplos e complexos atos e incidentes relativos ao maior de.sastre ambiental do Brasil.

Em homenagem à Justiça e à expedita prestação jurisdicional, o Ministério Público Federal devolveu antecipadamente os autos principais, com manifestação sucinta, mas contrária à homologação do acordo.

Assim sendo, as tratativas do acordo estavam sendo realizadas pelo Juízo a quo, o que reforça a incompetência da C. Coordenação-Geral do Sistema de Conciliação para sua homologação.

E mais. Todas as manifestações das partes sobre o acordo foram no sentido de que o mesmo seria homologado em primeira instância, conforme exposto na primeira parte desta peça, e aqui resumidas:

i) às fls. 3236, a agravante informou que, na ação principal, requereu a suspensão do feito por 30 (trinta) dias "(...) a fim de possibilitar que as partes possam tentar chegar à uma solução justa, equilibrada e eficiente para o caso";

ii) à fl. 3268 o IBAMA e o DNPM requereram a retirada de pauta do presente recurso, "em face da celebração de acordo extrajudicial entre as partes (agravantes e agravados), até a afetiva homologação do acordo, a ser oportunamente comunicada a esta Douta Relatoria...";

iii) às fls. 3269/3270, a agravante informa que houve a celebração do acordo. Aduz que o mesmo está pendente de homologação perante o Juízo a quo:

• iv) à fl. 3271, a União também requer a retirada do feito de pauta, alegando que "(...) as partes deste recurso estão em avançado

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

processo de autocomposição (...)" - não perante Vossa Excelência, logicamente;

v) à fl. 3270, a agravante faz o seguinte requerimento a Vossa Excelência:

Tendo em vista que o Acordo ainda pende de homologação judicial perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, requer-se que o presente Agravo de Instrumento seja retirado de pauta (...) até que tenha sido proferida decisão a respeito da homologação judicial do Acordo em primeiro grau. (g.n.)

vi) à fl. 3271, a União faz similar requerimento; vii) à fl. 3272, os agravados informam:

Iniciamente cumpre noticiar ao ilustre relator deste recurso, bem como aos demais magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que foi assinado e regularmente protocolado na 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais o Termo de Acordo Judicial em anexo, estando pendente de homologação pelo ilustre juiz Federal competente para julgar o processo nº 0069758-61.2015.4.01.3800. (g.n., fl.3272)

A petição das partes continua para, ao fim, requerer:

- o reconhecimento da perda do objeto do presente recurso de agravo de instrumento, com a consequente extinção do mesmo e baixa na sua distribuição;
- ou, subsidiariamente, o só b resta mento do presente recurso de Agravo de Instrumento até que o Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais decida sobre a homologação do acordo em anexo, (g.n., fl. 3288)

viii) à fl. 3373, nova petição da Samarco Mineração S/A informa que o acordo foi submetido ao Juízo a quo;

ix) à fl. 3507, há juntada de petição dos agravados, endereçada à Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região, com o seguinte requerimento:

Vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, formalmente noticiá-la da existência do acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3800, ainda pendente de homologação, perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por entenderem que sua formalização e celebração colima com a Missão Institucional dos Projetos de Conciliação conduzidos sob a Coordenação-Geral de Vossa Excelência, (g.n) Portanto, os documentos acima demonstram que era do conhecimento das partes que o acordo somente poderia ser homologado em primeira instância.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por incompetência do TRF1 (NCP, art. 64, caput).

II.2. Da preliminar de nulidade do acordo por falta de intimação do MPF com remessa dos autos.

O Ministério Público Federal deve ser intimado para participar das audiências de conciliação .que versem sobre questões de interesse público, em atenção à sua função constitucional (arts. 127 e 129 da CF/88). Nesse sentido, inclusive, é expressa a Resolução/PRESI/CENAG n. 2, de 24.03.2011, que instituiu o Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 1ª Região:

Art. 19. Estando o litígio ajuizado, do interesse de conciliação far-se-á a intimação das partes e respectivos procuradores, pela imprensa

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

ou por via postal ou, ainda, por outro meio idóneo de comunicação, certifica n do-s e a ocorrência pelo núcleo de conciliação.

§ 1º Ficar a critério do juiz que preside o feito, a qualquer tempo, de ofício ou por provocação das partes, o encaminhamento dos processos em trâmite ao núcleo de conciliação para os devidos fins.

§ 2º A remessa dos processos ao núcleo de conciliação será registrada no sistema judicial respectivo e acompanhadas, quando houver, das respectivas ações incidentais.

§ 3º O Ministério Público Federal será intimado para acompanhar o ato conciliatório nas hipóteses em que sua intervenção seja obrigatória. (g.n)

É prerrogativa do Ministério Público a intimação pessoal com carga ou remessa dos autos, permitindo ao Parquet se inteirar dos fatos com antecedência à realização da audiência de conciliação e -prestar o melhor serviço à sociedade, trazendo as razões de fato e de direito que fundamentam sua manifestação.

Assim versa o NCPC:

Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º. (...)

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. (g.n.)

Ocorre que o Ministério Público Federal não foi previamente intimado com carga ou remessa dos autos, em clara afronta ao disposto no art. 180 do NCPC, A intimação se deu por e-mail, sem carga dos autos (fls. 3519/3521).

O vício acima acarreta a nulidade da homologação, havendo claro prejuízo à sociedade, uma vez que não foram apreciadas as diversas razões a serem levantadas pelo Ministério Público em desfavor do acordo celebrado.

A presença do órgão ministerial à audiência de homologação do acordo não possui o condão de lhe atribuir concordância com o ato, tanto assim que o MPF e o MP/ES requereram, e foi deferido, 60 (sessenta) dias para se manifestar sobre o acordo. As assinaturas apostas pelos membros do Ministério Público não podem ser confundidas com sua concordância ao acordo. Antes, elas atestem apenas presença do parquet e o requerimento deste para se manifestar sobre o acordo.

A ata da audiência de homologação dissipa qualquer dúvida:

(...) Nesse-ato: igualmente foram deferidos os pedidos do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Espírito Santo o prazo de 60, (sessenta) dias para se manifestar sobre os termos do presente acordo, ora homologado, {g. n., fl. 3608}

Portanto, o MPF não possui .total conhecimento sobre os termos do acordo quando da audiência.

Por fim, é evidente o prejuízo pela não participação do MP no acordo. Exemplifico. As populações tradicionais atingidas, mormente as populações indígenas, nem sequer foram consultadas, o que será detalhado a frente, e rechaça o argumento dos agravados de que não há

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

nulidade na falta de vista dos autos MPF por ausência de prejuízo, (fl. 3628)

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo, por falta de sua intimação com remessa dos autos antes da audiência de homologação.

II.3. Da nulidade do acordo por falta de legitimidade da Advocacia Pública para transacionar direitos dos atingidos.

À Advocacia Pública compete as relevantes atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos dos arts. 131 e 132 da CR/88, ou seja, não possuem legitimidade adequada-para, em nome próprio ou como representantes do Poder Executivo, pleitearem em Juízo ou transacionarem a respeito de direitos coletivos ou individuais homogêneos dos atingidos, mormente de comunidades indígenas.

Não foi realizada qualquer audiência pública ou ato congênere visando dialogar com os atingidos, ouvir suas necessidades e exigências, com o fim específico de construir um acordo que atenda aos seus anseios. Em suma, não houve qualquer participação, da população na formulação do acordo que visa tratar dos direitos da população afetada pelo rompimento da barragem de Fundão.

A falta de participação da população atingida na confecção do acordo macula de nulidade o mesmo, por falta de legitimidade das partes que firmaram o termo para transacionarem a respeito dos direitos dos atingidos.

Os agravados tentam justificar, alegando que a Advocacia Pública participou do acordo como representante processual, em nome dos entes federados e das entidades públicas (fl. 3630). Ocorre que o acordo extrapolou a representação. Ele teve por objeto também os atingidos que não possuíam representação na audiência homologatória, como será informado no próximo item desta peça.

Ao se darem conta de que não possuíam representação tão ampla, os agravados alegaram que "em relação aos direitos das vítimas inclusive foi formalizado Acordo de Cooperação Técnica (ACT) entre as partes do acordo e a Defensoria Pública da União, em razão das atribuições constitucionais daquele órgão, visando definir e sistematizar a atuação da DPU em defesa, especialmente das pessoas físicas e jurídicas hipossuficientes afetadas pelo monumental desastre", (fl. 3630)

Ocorre que o acordo entre a União e a DPU não concede àquela postular em juízo em nome desta. E o mais grave. A própria DPU requereu sua ingresso na lide principal como litisconsorte ativo em 10.3.16.

Esse fato, per si, demonstra que a Advocacia Pública não possui legitimidade para transacionar objeto tão amplo, como o acordo em estudo.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por falta de legitimidade da Advocacia Pública para transacionar direitos dos atingidos.

II.4 Da preliminar de nulidade do acordo por violação à participação dos colegitimados e ao direito à consulta prévia, livre e informada (Convenção 169/OIT).

A importância da efetiva participação popular na tomada de decisões coletivas ambientais, ouvindo- e influenciando efetivamente, é corolário básico do princípio democrático (CF, art. 1º) e do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV). Também estão concretizados

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

*na legislação ambiental (v.g art. 5º e 22 da Lei 9.985/2000)^
administrativista (art. 31 a 34 da Lei 9.784/99) e em normativas
internacionais (Princípio 10 da Declaração Rio 92).*

*Apesar de afetar interesses de milhares de cidadãos direta e
indiretamente impactados ao longo dos Estados de Minas Gerais e do
Espírito Santo, inclusive de povos indígenas e outros povos e
comunidades tradicionais, toda a condução das negociações entre o
Poder Público e as empresas ocorreu em Brasília, sem que fosse
franqueado à sociedade, individualmente ou por meio de movimentos
sociais organizados, a participação*

efetiva no processo.

*Não se está aqui insurgindo contra o princípio -da confidencialidade,
ínsito da conciliação (art. 166, NCPC), mas sim advogando-se pela
participação de colegitimados no processo de conciliação.*

*A homologação do acordo se deu distante dos atingidos e de restrição à
possibilidade de participação dos demais colegitimados ativos, que
manifestaram interesse em intervir na relação jurídico-processual
originalmente em curso na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas
Gerais.*

*Há notícia de que houve a realização de uma única reunião, na qual houve
a participação de movimentos sociais e de todos os atores do Poder
Público que estão efetivamente conduzindo das negociações. O
encontro ocorreu no dia 29.02.2016, quando o acordo já estava
concluindo quase na integralidade, e logo após o Movimento dos
Atingidos por Barragens ter realizado sonoro protesto diante da Justiça
Federal de Belo Horizonte contra as negociações.*

*E se a participação popular, em geral, nas negociações, foi negligenciada,
constata-se maior gravidade quanto ao direito à consulta livre, prévia e
informada das comunidades tradicionais, na forma do art. 6º, da
Convenção nº 169 da OIT. Apesar de terem sido negociadas questões de
interesse direto dos povos indígenas e das comunidades tradicionais,
conclui-se que a condução das tratativas em Brasília-DF, sem a presença
de qualquer representante dos interessados, viola frontalmente a
normativa internacional.*

*Ante o exposto, verifica-se que o processo de negociação, celebração e
homologação do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta
violou os princípios democrático (CF, art. 1º) e do devido processo
legal (CF, art. 5º, inc. LIV), além dos artigos 31 a 34 da Lei
9.784/99, do princípio 10, da Declaração Rio 92, e art. 6º, da
Convenção nº 169 da OIT.*

*Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de
nulidade do acordo por violação à participação dos colegitimados e ao
direito à consulta prévia, livre e informada (Convenção 169/OIT).*

***II.5 Da preliminar de nulidade do acordo por violação aos limites
subjctivos da lide.***

*Há uma falha de origem na concepção do ajustamento pelas
partes. Pretendem que o acordo figure como mecanismo de
transação exaustivo em relação ao evento e seus efeitos, quando,
na verdade, os pontos positivos acordados apenas poderiam servir
de garantia mnima para adoção de todas as medidas necessárias
de mitigação, compensação e indenização dos danos decorrentes
do desastre ambiental, sem prejudicar a iniciativa de outros*

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

colegitimados coletivos para a tutela mais ampla dos direitos coletivos afetados.

Sobre este último ponto, enfatiza-se que, conforme se depreende dos "considerandos", a transação pretende ser "exaustiva em relação ao evento e seus efeitos", colocando fim à ACP proposta pelo Poder Público e a outras ações, com objeto contido ou conexo, em curso ou que venham a ser propostas por quaisquer agentes legitimados. Transcrevemos:

CONSIDERANDO que as partes, por meio de transação que será exaustiva em relação ao EVENTO e seus efeitos, pretendem colocar fim a esta ACP e a outras ações, com objeto contido ou conexo a esta ACP, em curso ou que venham a ser propostas por quaisquer agentes legitimados;

CONSIDERANDO que o presente Acordo poderá ser utilizado para os devidos fins de direito e ser apresentado nos autos das ações judiciais que tenham por objeto qualquer obrigação decorrente do EVENTO e prevista neste Acordo, com a finalidade de buscar a resolução ou reunião de ações ajuizadas.

CONSIDERANDO que os COMPROMITENTES manifestar-se-ão nos autos das ações judiciais listadas no ANEXO e demais ações coletivas que venham a ser propostas relativas ao 'EVENTO, desde que tenha objeto abrangido pelo presente ACORDO, para fazer prevalecer as cláusulas e obrigações presentes neste ACORDO.

Como forma de operacionalizar a lógica negociai entabulada, as partes reconhecem, já no próprio acordo, que algumas ações estariam abrangidas pela negociação, razão pela qual os compromitentes terão a obrigação de se manifestar nos autos "para fazer prevalecer as cláusulas e obrigações do acordo". Citamos na íntegra:

CLÁUSULA 03: As partes reconhecem expressamente que o objeto das ações judiciais listadas no ANEXO, ajuizadas pelo PODER PÚBLICO, está abrangido pelo presente Acordo, razão pela buscarão sua extinção com resolução do mérito, nos termos da CLÁUSULA 253.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Os COMPROMITENTES manifestar-se-ão 'nos autos das ações judiciais listadas no ANEXO (AJUIZADAS POR TERCEIROS) e demais ações coletivas que venham a ser propostas relativas ao EVENTO, desde que tenha objeto abrangido pelo presente ACORDO, para fazer prevalecer as cláusulas e obrigações presentes neste ACORDO.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Não se aplica o disposto no Parágrafo Primeiro à Ação Civil Pública 0043356-50.2015.8.13,0400, distribuída originalmente à ' 2ª Vara Cível de Mariana/MG.

As agravantes, em comum acordo com o Poder Público, pretendem dificultar o acesso dos demais colegitimados junto ao-Poder Judiciário, em demandas que tenham relação com o evento e seus efeitos, o que será, viabilizado por meio da intervenção da União (ocasionando o deslocamento de competência para a Justiça Federal), com conseqüente requerimento de extinção dos feitos.

As partes, inclusive, acordaram em requerer a extinção da ACP . proposta pelo Poder Público, com resolução de mérito, e anuíram¹ que o acordo, seja utilizado para buscar a resolução ou reunião de ações ajuizadas. A previsão de não extinção automática da ACP 69758-61.2015.4.01.3400, com

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

a mera homologação do acordo, apenas foi revertida na decisão homologatória proferida na audiência de conciliação do dia 05.05.2016.

Os trechos do acordo acima mencionados demonstram que ele não se presta à tutela adequada dos direitos coletivos afetados pelo evento. Em primeiro lugar, porque pretende ser exaustivo em um caso concreto cercado de complexidades e incertezas. Em segundo lugar, porque viola a necessidade de busca de sinergia que deve animar os coletivos afetos para a tutela judicial e extrajudicial de direitos coletivos.

É fato notório que o rompimento da barragem de Fundão ocasionou o maior desastre ambiental do Brasil, com consequências ambientais, sociais e econômicas até o presente momento inestimáveis. Não há nem mesmo diagnóstico conclusivo sobre os impactos do desastre no meio físico, biótico e socioeconômico. O que há são laudos preliminares, elaborados tanto por parte do Poder Público quanto por parte das empresas, todos eles são no sentido de que será necessário o aprofundamento dos estudos a fim de se diagnosticar com mais precisão os desdobramentos negativos do evento.

Na própria redação do acordo fica patenteada a incerteza que ainda paira sobre os efeitos do evento, como, por exemplo, nos considerando que se utilizam de expressões como "considerando os impactos que venham a ser identificados" em relação a pescadores, agricultores, areeiros, segmentos econômicos, comunidades indígenas e demais povos, comunidades e populações tradicionais, patrimônio histórico e cultural. Há, inclusive, cláusulas em que os compromitentes assumem obrigações condicionadas à realização de prévio diagnóstico e constatação de danos.

Ora, diante desse cenário de incertezas e complexidade como pretendem as partes se arvorarem à celebração de um negócio jurídico que pretende ser "exaustivo em relação ao evento e seus efeitos"? Como desconsiderar que outros coletivos mantenham interesses legítimos de identificar outras necessidades que não aquelas negociadas entre as partes e buscar a tutela judicial para o reforço da proteção dos direitos coletivos?

A legitimação concorrente e disjuntiva inerente ao nosso sistema de tutela coletiva foi o engenhoso mecanismo, legislativo de viabilizar a maior proteção possível dos direitos coletivos. A lógica é a de que tanto maior seria a proteção, quanto maior fosse a quantidade de instituições com legitimidade adequada.

. Diante da multiplicidade de atores coletivos, o cenário ideal seria a existência de sinergia e entendimento de todos para a tutela mais ampla possível dos direitos da coletividade. A grande questão é o que fazer quando não há entendimento entre os atores coletivos? Como evitar que iniciativas alheias não prejudiquem a tutela prévia ou posterior buscada por outros legitimados?

A resposta já é de há muito tempo oferecida por MAZZILI, quando defende que os Termos de Compromisso devem ser interpretados como "garantia mínima". Citamos:

Como o objeto do compromisso - de ajustamento são interesses transindividuais, dos quais o órgão público que o toma não é titular, não podendo, pois, transigir sobre direitos que não lhe pertencem, sua natureza é de garantia mínima em favor do grupo lesado (não poderia constituir limitação máxima a direitos de terceiros). Nada impede que os indivíduos peçam em juízo reparações mais amplas, ou até mesmo de outra natureza, do que aquelas ajustadas entre o órgão público (tomador) e o causador do dano (compromitente). Da mesma

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

forma, nada impede que os coletivados à ACP façam em juízo pedido mais amplo ou diverso do que a solução já obtida por meio do compromisso já firmado...

Não feriria o princípio da segurança jurídica admitir que o compromisso de ajustamento de conduta não põe termo ao litígio? Essa questão seria mais própria se se tratasse de vera e própria transação do Direito Civil. Em se tratando de direitos que não pertencem ao órgão público lesado, ele não poderia deles abrir mão, e com isso vincular o grupo lesado, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

O acordo apenas teria validade e tutela adequada e suficientemente os direitos coletivos a que se propõe proteger, se fosse animado pela lógica de garantia mínima, representando um piso de garantias da execução de programas e de aporte de recursos financeiros, sem se prestar a ser um mecanismo exaustivo, dificultador do acesso à justiça dos demais interessados e legitimados coletivos.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por violação aos limites subjetivos da lide.

II.6 Da preliminar de nulidade do acordo por violação ao princípio do poluidor-pagador.

Conforme amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, o princípio do poluidor-pagador possui sede constitucional (CF, art. 225, § 3º) e legal (art 14, § 1º da Lei 6.938/81), além de previsão em instrumentos internacionais (Declaração do Rio, Princípio 16). Trata-se de princípio que impõe aos agentes poluidores a obrigação de reparação integral dos danos (independentemente da demonstração de culpa por parte do empreendedor), assim como a de interhalizar os custos sociais negativos de sua atividade econômica.

Em diversas passagens, o acordo homologado viola o princípio do poluidor pagador, não se prestando à tutela suficiente e adequada dos direitos colêtivos em jogo. Vejamos.

a. Da limitação de aportes das empresas para a adoção de medidas reparatórias.

Desde o momento, da propositura da ACP por parte do Poder Público, o MPF manifestou discordância em relação ao estabelecimento de teto financeiro para os gastos a serem realizados pelas empresas para a adoção de medidas de mitigação, reparação, compensação e indenização dos danos verificados. Em diversas ocasiões foi requerido que o Poder. Público apresentasse a metodologia utilizada para se chegar ao valor inicialmente apurado de vinte bilhões de reais. Contudo, até o presente momento não houve resposta satisfatória.

O acompanhamento das negociações deixou bem claro que a velocidade injustificável que ditou o ritmo dos trabalhos inviabilizou que a melhor técnica pudesse ser adotada, de forma a respeitar a cronologia lógica a ser observada em casos de danos ambientais, qual seja: num primeiro momento realiza-se um diagnóstico preciso e" completo sobre os efeitos danosos do evento; num segundo momento identifica-se o que é passível de reparação in situ; não sendo possível a reparação, valora-se economicamente o que não pode retornar ao estado anterior, a fim de que haja compensação ecológica por equivalente ou em pecúnia. Tudo isso sem prejuízo dá quantificação de outras rubricas devidas pelos poluidores, como as decorrentes dos danos extrapatrimoniais coletivos e lucros cessantes ambientais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

'Ora, no caso concreto não há nem mesmo um diagnóstico definitivo dos danos ambientais verificados. Não havendo diagnóstico, não é possível, no presente momento, identificar o que é passível de reparação e o que deve ser compensado. Não houve nem mesmo o controle, por parte das empresas, do carreamento de rejeitos do Complexo de Mariana para o Rio Gualaxo do Norte e sua conseqüente dispersão na calha do Rio Doce. E, mesmo assim, os compromitentes estabelecem limites de aportes para as empresas no patrimônio -da Fundação idealizada para o planejamento e execução dos programas de recuperação socioeconômica e socioambiental.

A inversão acima mencionada foi motivo de preocupação externada diversas vezes, até mesmo pelos representantes das empresas, em reuniões com o MPF e com o Poder Público. Como negociar exaustivamente, com definição, de limites de gastos e de aportes, quando não se sabe nem mesmo com precisão as características do dano?

As cláusulas abaixo deixam claro à argumento acima, ao se referirem à formação do patrimônio da fundação:

(...)

Verifica-se que, para as medidas reparação, a SAMARCO aceitou realizar contribuições anuais nos três primeiros anos em valor aparente de quatro bilhões e quatrocentos milhões de reais (CLÁUSULA 226). Contudo, as partes da negociação aceitaram abater para o ano de 2016 todos os gastos já realizados e os valores empenhados pela SAMARCO em decorrência de acordos celebrados com os Ministérios Públicos e derivados de ordens judiciais de bloqueio (CLÁUSULA 227 e 228), o que gerou para a empresa a obrigação de, no ano de 2016, realizar o aporte de menos de um bilhão de reais, contados a partir da emissão do CNPJ da fundação (CLÁUSULA 229).

Ou seja, para o ano de 2016 já havia ordem da Justiça Federal determinando que as empresas depositassem judicialmente o valor de dois bilhões de reais. Contudo, as compromitentes aceitaram que houvesse o aporte de menos da metade do que já havia sido assegurado, com alargamento do prazo de depósito.

Se isso não bastasse, a partir de 2019 foi instituída sistemática de aportes sem valor fixo (CLÁUSULA 231), mas com prazo final de 15 anos (CLÁUSULA 258).

Como assegurar que os aportes previstos serão suficientes para que haja a reparação integral dos danos socioeconômicos e socioambientais decorrentes do evento? Bastaria uma cláusula no acordo para resguardar essa hipótese, mas não houve sua inclusão:

E, ainda que os valores sejam suficientes para que a reparação ocorra em 15 anos, por que prostrar a reparação por tão longo tempo, limitando a eficácia dos programas e a velocidade das ações à limitação anual de aportes? Quais dados técnicos justificam essa decisão?

Deve-se levar em conta que cada dia que os danos continuam disseminados, sem que sejam adotadas medidas céleres e efetivas de reparação, a população permanece privada do acesso aos bens coletivos.

. Uma interpretação adequada do princípio do poluidor-pagador e da obrigação de reparação integral do meio ambiente degradado implica concluir que somente são aceitáveis obstáculos de ordem técnica e material para a adoção de medida de restauração, nunca argumentos de ordem econômica. Enquanto houver solvência por parte das empresas, preocupações de ordem econômica não podem, sobrepor-se ao direito

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que isso represente' severa afetação de seu patrimônio.

Mas, se o valor de aporte e de gastos negociados entre as partes levou em conta o histórico recente de lucro líquido da SAMARCO. Não se pode perder de vista que os aportes previstos são irrisórios, se considerarmos a pujança financeira da VALE e da BHP, duas das maiores mineradoras do planeta.

No caso do maior desastre ambiental do Brasil, qual lógica deverá animar os colegitimados para a tutela dos direitos coletivos: a lógica econômica de blindagem patrimonial da VALE e da BVIP ou lógica de maximização da tutela socioambiental?

Deve-se, ainda, destacar que, apesar de as empresas e do Poder Público terem afirmado em diversas oportunidades que o acordo não previa limitações para gastos com medidas de reparação, aceitaram "promover alterações na redação original do acordo durante a audiência de conciliação que culminou com a sua homologação. A Seção V foi renomeada de "Revisão dos programas" para "Revisão dos programas e do limite de gastos global". Por sua vez, a cláusula 203 passou a ter a seguinte redação:

CLAUSULA 203: A cada 3 (três) anos da assinatura deste ACORDO, a FUNDAÇÃO fará a revisão de todos os PROGRAMAS e do LIMITE DE GASTOS GLOBAL, nos termos deste acordo, sem prejuízo das limitações estipuladas nas cláusulas 169, 170 e 232, de forma a buscar e mensurar a efetividade das atividades de reparação e compensação e submeterá ao COMITÉ INTERFEDERATIVO.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Caso a FUNDAÇÃO, a AUDITORIA INDEPENDENTE ou o COMITÉ INTERFEDERATIVO, a qualquer tempo, verifiquem, com fundamentos' em parâmetros técnicos, que os PROGRAMAS e o LIMITE DE GASTOS GLOBAL, nos termos deste acordo, são insuficientes para reparar, mitigar ou compensar os impactos decorrentes do EVENTO, a FUNDAÇÃO deverá revisar e readequar os termos, metas e indicadores destes PROGRAMAS, bem como realocar recursos entre os PROGRAMAS, após a aprovação pelo COMITÉ INTERFEDERATIVO, e/ou solicitar aporte suplementar de recursos, justificadamente, que, caso aprovado pelo Comitê Interfederativo, permitirá a revisão do presente acordo.

Apesar de aparentemente bem-intencionada, a nova redação em nada contribui para corrigir o vício original do acordo de prever limitações de aportes de recursos em absoluta contradição ao princípio do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental. A um, porque continua admitindo limitações anuais de aportes, sobrepondo interesses financeiros dos poluidores em detrimento da reparação ditada pela melhor alternativa técnica. A dois, porque prevê que, caso identificado que o limite de gastos globais é insuficiente, a Fundação poderá solicitar aporte suplementar de recursos, o que "permitirá a revisão do acordo".

Ou seja, não há obrigação assumida pela empresa, senão a de renegociar a possibilidade de suplementar recursos. Se efetivamente houvesse o compromisso de não se estabelecer limites globais de gastos, bastaria constar que "identificada necessidade de aportes suplementares, as empresas arcarão com os custos". Assim sendo, a nova redação, totalmente ineficaz, apenas serve como reconhecimento das empresas de que a redação original previa limitações globais de gastos, o que foi peremptoriamente por elas negado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

De tudo o que foi exposto, tem-se que a limitação de gasto para a adoção de medidas de reparação constante do acordo original e na nova redação posterior à homologação viola o princípio do poluidor-pagador e fragiliza a tutela adequada dos direitos coletivos.

b. Da limitação de despesas por parte das empresas para a adoção de medidas compensatórias.

Tão prejudicial quanto à limitação de aportes para a adoção de medidas reparatórias é a limitação de despesas para a adoção de medidas compensatórias. Constam cláusulas no acordo que estabelecem um valor limite de R\$ 4.100.000.000,00 (quatro bilhões e cem milhões de reais) a título compensatório, cujo conteúdo transcrevemos:

CLÁUSULA 232: A FUNDAÇÃO destinará o valor de R\$ 240.000.000,00 {duzentos e quarenta milhões de reais) por ano, por um período de 15 (quinze) anos a partir de 2016, dentro dos respectivos orçamentos anuais, para execução de PROJETOS no âmbito dos PROGRAMAS COMPENSATÓRIOS.

PARÁGRAFO ÚNICO: Não será computado no valor referido no caput, a quantia de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), a ser disponibilizada para o Programa de coleta e tratamento de esgoto e de destinação de resíduos sólidos, nos termos da CLÁUSULA 169.

Trata-se de um dos pontos mais sensíveis de toda a negociação entre as partes, uma vez que o Poder Público exigia, desde o primeiro momento, que as empresas se comprometessem financeiramente a executar uma série de políticas públicas não implementadas, como, por exemplo, a construção de estações de tratamento de esgoto e centros de tratamento de resíduos sólidos,

O ponto passou a ser objeto de discussão direta entre o presidente da VALE e os agentes políticos, representantes dos entes federativos (Advogado-Geral da União, Ministra do Meio Ambiente, Presidente" da República e Governadores do Espírito Santo e Minas Gerais). O conteúdo das discussões e os critérios técnicos que as animaram não foram descortinados até o presente momento.

Mais uma vez, assim como ocorreu em relação às medidas reparatórias, a conclusão possível é a de que houve absoluta falta de critério para a estipulação de limite de valor a ser gasto a título de medidas compensatórias. Reitera-se que não há nem mesmo diagnóstico conclusivo dos danos e, muito menos, valoração do que seria compensável ou não.

Deve-se somar a isso a falta de clareza técnica do acordo até mesmo para se identificar o que seriam medidas reparatórias e o que seriam compensatórias.

Como, por exemplo, considerar o programa de recuperação de nascentes compensatório, quando o aumento da vazão da calha principal do Rio Doce e dos Rios Gualaxo do Norte e Carmo, com água descontaminada de rejeitos, é medida • imprescindível para restauração das propriedades ambientais do ecossistema impactado? Pela própria definição da CLÁUSULA 1, inc. XVIII, do ajustamento, considera-se medida reparatória qualquer ação que tem por objetivo mitigar, remediar e/ou reparar impactos socioambientais e socioeconômicos advindos do EVENTO.

Como admitir que o programa de investigação e monitoramento da Bacia do Rio Doce tenha caráter compensatório? A necessidade de intensificação do monitoramento da Bacia passou a ser uma realidade em

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

decorrência do dano provocado pela atividade econômica das empresas. Trata-se de consectário lógico da reparação, até que a Bacia recupere suas propriedades anteriores ao evento.

Enfim, os exemplos acima analisados apenas reforçam a falta de critérios técnicos que permearam a classificação dos programas como reparatórios ou compensatórios.

Se constasse no ajuste que os valores compensatórios acordados com o Poder Público deveriam ser interpretados como garantia mínima, não haveria impugnação. Ocorre que não é este o tratamento dado pelo Poder Público e pelas empresas. A redação do acordo demonstra que, não havendo objetividade para valoração das medidas de compensação nem para a classificação dos programas com tais, optou-se pelo estabelecimento de um teto financeiro de gastos pelas empresas, a ser utilizado pela Fundação para a execução de atividades consideradas relevantes pelo Poder Público.

Deve-se enfatizar que, além do limite global para medidas de compensação, os compromitentes aceitaram a limitação anual em valores de R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) por ano, por um período de 15 (quinze) anos a partir de 2016.

Novamente, verifica-se que a sistemática de estabelecimento de teto de despesas por parte das empresas para a adoção de medidas compensatórias não obedece aos critérios técnicos mínimos e viola o princípio do poluidor-pagador.

Diante do - exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por violação ao princípio do poluidor-pagador.

II.7 Da preliminar de nulidade do acordo por tratamento diferenciado concedido à VALE e à BHP e da vulneração da garantia de responsabilização solidária.

Como não poderia ser diferente, a inicial da ACP ajuizada pelo Poder Público classificou à VALE como poluidora direta e, nesse sentido,, corresponsável pelo evento danoso, na mesma posição ocupada pela SAMARCO. Em outras palavras, o próprio Poder Público reconheceu que a responsabilidade da VALE não decorria, assim como se passa com a BHP, do simples fato de ser sócia controladora da SAMARCO.

Nada obstante esse entendimento, todo o formato da negociação atribuiu à Vale, ao lado da BHP, a condição de responsáveis subsidiárias pela execução das obrigações, caso as mesmas não sejam adimplidas pela SAMARCO.

Eis as cláusulas do acordo que mencionam a VALE:

(...)

Em relação à Vale, poluidora direta no caso concreto, não há razão jurídica para que a mesma receba tratamento diferenciado da SAMARCO no acordo.

A responsabilização solidária dos poluidores é garantia imprescindível para a tutela do meio ambiente, com previsão legal e amplo' reconhecimento pelos tribunais superiores. Qual o fundamento para que o Poder Público, por meio de ajustamento de conduta que pretende tutelar o meio ambiente, fragilize uma das maiores garantias de reparação do dano?

Ademais, mesmo em relação à BHP, cuja responsabilidade decorreria do fato de ser poluidora indireta ou da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da SAMARCO, na forma do art. 4º da Lei 9.605/98, não haveria razão para o estabelecimento de qualquer espécie de subsidiariedade, uma vez que nosso ordenamento a ela ' estende a

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

solidariedade da obrigação como mecanismo de garantia da reparação do meio ambiente. Esse, inclusive, é o entendimento dos tribunais superiores, verbis:

(...)

A nova redação da cláusula 226 acordada na audiência de conciliação vai no mesmo sentido da ilegalidade ora narrada, atribuindo à VALE e à BHP responsabilidade apenas subsidiária de realizar os aportes anuais para a Fundação.

Conclui-se que o mecanismo de tratamento concedido à VALE e à BHP vulneram a garantia de responsabilização solidária dos entes poluidores diretos e indiretos, violando também o princípio do poluidor-pagador, em sentido amplo.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por tratamento diferenciado concedido à VALE e à BHP e por vulneração da garantia de responsabilização solidária.

ii.8 Da preliminar de nulidade do acordo por descon sideração da responsabilidade solidária do Poder Público para a reparação do dano.

Os órgãos e entidades públicos que detêm competências ambientais possuem o dever legal de evitar a ocorrência de danos ambientais e, caso estes venham a ocorrer, a obrigação de adotar todas as medidas necessárias à mitigação e à recuperação do dano ambiental.

No caso do rompimento da barragem de Fundão, o que até agora foi apurado"já demonstra que para a ocorrência de um dano desta monta concorreram falhas, não só do particular explorador da atividade, mas do Estado brasileiro ao permitir que a atividade fosse desenvolvida dentro de parâmetros de segurança tais que fossem incapazes de impedir a ocorrência do maior desastre ambiental do país.

O Estado brasileiro tinha o dever de evitar a ocorrência do dano e sua omissão guarda inegável nex o de causalidade com o resultado danoso verificado.

Vale consignar que o STJ já pacificou, em sede de Recursos Repetitivos, que a responsabilidade objetiva decorrente de danos ambientais opera-se na modalidade risco integral, não havendo que se cogitar de configuração de causas excludentes do dever de indenizar:

(...)

O mesmo raciocínio é válido para a responsabilização dos particulares e do Estado, uma vez que o art. 37, § 6º da CF não faz qualquer diferenciação.

No caso de danos ao meio ambiente, deve-se lembrar que o conceito de poluidor é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981).

*O entendimento aqui construído é * corroborado pela jurisprudência do STJ que, no julgamento do REsp 1.071.741, confirmou a responsabilização objetiva do Estado nos casos de danos ambientais nas seguintes hipóteses: (i) quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º); e (ii) quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra,*

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

consoante a construção doutrinária e jurisprudência!, do texto constitucional.

O dever-poder de controle e fiscalização ambiental, além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, é 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

Ressalta-se que esse dever geral do Estado de evitar a ocorrência de danos ambientais (sob pena de responder solidariamente com o particular causador do dano) é mitigada na jurisprudência pelo benefício da execução subsidiária. Trata-se de pertinente medida que objetiva não transferir para a toda coletividade, por meio do pagamento de tributos, o ônus financeiro decorrente da atividade poluidora de particulares.

Mais uma vez, traz-se .à colação decisão paradigmática do STJ:

(...)

Apesar de tudo, nos termos do ajustamento, o Poder Público não assume nenhuma espécie de responsabilidade para a garantia do sucesso dos programas socioeconômicos e socioambientais. Pelo contrário, foi repassada para a Fundação uma série de obrigações inerentes ao Poder Público, o que poderia até ser utilizado de agora em diante pelos entes estatais como justificativa de desoneração de suas responsabilidades pela implementação das políticas 'públicas.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por descon sideração da responsabilidade solidária do Poder Público para a reparação do dano.

II.9 Da preliminar de nulidade do acordo pela indevida utilização da Fundação como interposta pessoa.

Como facilmente se identifica do que foi exposto, a sistemática de elaboração, gestão, execução e financiamento dos programas e projetos não atende ao interesse dos atingidos, nem contribui para a integral tutela do meio ambiente degradado. Isso por três motivos básicos.

A um, porque prevê baixíssimos valores para a realização de aportes anuais a serem realizados pelas empresas responsáveis, quando levado em consideração o porte econômico das mesmas.

A dois, porque prevê a possibilidade de que as próprias empresas realizem o diagnóstico dos danos, proponham os programas e os 'projetos, e validem a adequação e suficiência dos mesmos, tudo sem o respaldo técnico de perícia independente.

A três, porque interpõe entre o Poder Público e atingidos, de um lado, e empresas poluidoras, de outro, uma figura nova que arrefece a responsabilidade direta e imediata dos poluidores de reparar o sério dano causado. Além de ser uma construção técnica estranha à lógica do Direito

Ambiental, a instituição da Fundação burocratiza o processo decisório e dificulta a formulação de reivindicações dos direitos dos atingidos e da coletividade, e, por óbvio, de seu pronto atendimento e satisfação. .

Por fim, deve-se destacar que a definição do tempo de implementação dos programas e projetos também ficará a cargo das empresas que, dentro do montante de recursos escassos acordados para serem aportados em determinado exercício financeirp, estabelecerão as prioridades a serem atendidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Tudo isso é absolutamente incompatível com os princípios ambientais do polluidor-pagador e da obrigação de reparação integral dos danos causados, bem como do primado da participação. Sua consequência é a nulidade do ajuste.

Nem mesmo a previsão de um conselho consultivo com alguma participação social é suficiente para tornar legítima uma fundação instituída da maneira acima anunciada.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo pela indevida utilização da Fundação como interposta pessoa.

II.10 Da preliminar de nulidade do acordo por insuficiência dos programas socioeconômicos e socioambientais.

Além das falhas relacionadas à lógica financeira e de gestão, o acordo possui severas inconsistências técnicas no conteúdo de seus programas socioeconômicos e socioambientais, além de prever prazos extremamente estendidos para sua implementação, sem que haja respaldo científico que indique a necessidade de tamanha dilação temporal.

*Sobre as inconsistências técnicas dos programas socioambientais, assim se manifestou * o Setor Pericial do MPF, nos autos principais:*

Após o exame de 23 propostas de programas socioambientais integrantes do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, assim como das cláusulas que estabelecem diretrizes e princípios gerais e que versam sobre outros aspectos desse termo, os peritos subscritores verificaram falhas ou aspectos que carecem de esclarecimentos ou ajustes em 10 propostas (...)

Neste cenário, o MPF submeteu o acordo à análise do Setor Pericial e de movimentos sociais representativos dos atingidos, como o MAB - Movimento dos Atingidos por Barragens -, o que indicou a necessidade de manutenção de algumas propostas dos programas, da inclusão e supressão de outras, e da alteração de diversos prazos, que foram injustificadamente acordados de forma extremamente dilatada, sem levar em consideração a urgência da questão.

Essa lógica animou a formulação dos pedidos constantes da ACP proposta pelo MPF perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Foram identificadas falhas nos seguintes programas socioambientais: i) inexistência de previsão sobre a proibição da pesca e medidas de vigilância sanitária; ii) inexistência de previsão efetiva sobre medidas para a interrupção eficaz do carreamento de rejeitos e finalização do reforço das estruturas remanescentes da barragem de Fundão; iii) inexistência de previsões sobre a destinação ambientalmente correta dos resíduos da mineração; iv) insuficiência técnica e previsão de prazos injustificadamente dilatados para as ações de manejo emergencial dos rejeitos; v) revegetação e reflorestamento; vi) recuperação de áreas de preservação permanente degradadas ao longo das faixas marginais dos rios da Bacia Hidrográfica do Rio Doce; vii) aceleração da recuperação da qualidade das águas por meio da proteção de nascentes; viii) criação de Unidades de Conservação; ix) conservação da biodiversidade; x) universalização dos serviços de saneamento básico; xi) fontes alternativas de captação de água; xii) monitoramento da Bacia do Rio Doce, áreas estuarina, costeira e marinha impactadas; xiii) preservação do patrimônio Histórico, Cultural e Artístico.

Nos programas socioeconômicos foram identificadas falhas nas seguintes ações: i) restrição indevida do conceito de atingidos e criação de rotinas

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

restritivas para o cadastramento dos atingidos; ii) insuficiência técnica e previsão de prazos injustificadamente dilatados para adoção de ações para a proteção de direitos sociais básicos (assistência social, moradia, acesso à água potável, lazer, cultura, educação e saúde); iii) restrições indevidas no programa de pagamento de auxílio, financeiro emergencial; insuficiência técnica e previsão de prazos injustificadamente dilatados para ações de reativação econômica e da prestação de auxílios emergenciais; iv) reconstrução e recuperação de localidades destruídas e de infraestruturas e imóveis públicos e privados; v) reativação das atividades turísticas e de auxílio aos atingidos; vi) comunicação e participação e proteção aos atingidos tecnicamente vulneráveis.

Dentre as inúmeras cláusulas previstas no acordoⁱ e tecnicamente insustentáveis, vale mencionar a cláusula 130, que atribui à Fundação o desenvolvimento de ação de "estabelecimento de linhas de crédito produtivo mediante equalização e constituição de fundo garantidor". Ora, como pretendem os compromitentes transferir para uma Fundação privada a função administrativa de fomento? Pretendem os compromitentes que a Fundação atue como instituição financeira, sem autorização do Banco Central? Como compatibilizar este tipo de atividade com as limitações de atuação da Fundação?

Nem mesmo a citação dos programas objeto do acordo realizado na peça "Resposta aos Embargos de Declaração" pela agravante possui o condão de demonstrar que todos os aspectos a serem mitigados, reparados ou compensados estariam presentes.

Todo o exposto demonstra que os programas socioeconômicos e socioambientais possuem severas inconsistências técnicas e prevêem prazos injustificadamente dilatados, violando, mais uma vez, a obrigação de reparação integral do dano.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por insuficiência dos programas socioeconômicos e socioambientais.

11.11 Da preliminar de nulidade do acordo por inconstitucionalidade do Comité Interfederativo.

O Comité Interfederativo, regulamentado nas cláusulas 242 a 245, é figura estranha à organização administrativa brasileira, constituindo órgão público interfederativo "disfarçado".

O acordo se refere ao Comité Interfederativo com diversas denominações: "instância externa e independente da Fundação" (Cláusula 242, § 1º); "instância de interlocução permanente da Fundação" (Cláusula 242, § 3º). Mas em nenhum momento define-se o que ele seria.

O acordo estabelece um rol de competências a serem exercidas pelo Comité; dispõe também sobre os integrantes do Poder Público que participarão de sua composição; e afirma que ele elaborará seu regimento interno.

A figura certamente foi inspirada em outros comitês interfederativos já existentes em nosso ordenamento. A grande diferença é que os comitês já existentes foram criados por lei, respeitando o art. 48, XI e art. 2º, ambos da CF. O Comité da Bacia Hidrográfica, muito assemelhado ao que se pretendeu criar com o Comité Interfederativo, possui previsão legal no art. 37 e seguintes da Lei 9.433/97. No âmbito do SUS, também existem Comissões e Conselhos Intergestores e Interfederativos, contudo eles também são precedidos de lei de criação (art. 14-A e 14-B da Lei 8.080/90).

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Verifica-se, assim, que o Comitê Interfederativo acordado é inconstitucional, constituindo verdadeiro órgão público interfederativo "disfarçado", criado em violação ao princípio da reserva legal (CF, art. 48, XI) e da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por inconstitucionalidade do Comitê Interfederativo.

11.12 Da preliminar de nulidade do acordo por violação das atribuições do TCU.

A cláusula 242, parágrafo único, cria obrigações para os Tribunais de Contas que não participaram das negociações e que em nenhum momento concordaram com o seu conteúdo. Ademais, atribui aos Tribunais de Contas funções totalmente estranhas à sua feição constitucional, como de contribuir para a fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial da União, dos Estados e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (CF, art. 70 c/c art. 71). Não havendo recursos públicos envolvidos, em nada se justifica a intervenção dos Tribunais de Contas.

Não socorre às partes o fato de o descumprimento de cláusulas do acordo acarretarão multas, e estas serão revertidas ao Fundo nacional do Meio Ambiente, o qual, por seu turno, seria fiscalizado pelo TCU. Nada há nos autos nada que estabeleça que a multa levada ao citado Fundo seria utilizada nos programas ambientais do desastre de Mariana.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por violação das atribuições do TCU.

11.13 Da preliminar de nulidade do acordo por falta de efetividade das cominações.

• Por força de previsão legal, a validade do acordo depende da existência de cominações pelo descumprimento de suas cláusulas, como mecanismo de reforço da garantia de seu cumprimento pelos compromissários.

A Lei 7.347/85 é clara ao estabelecer que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º).

A doutrina não destoa ao afirmar a obrigatoriedade da existência de cominações nos termos de compromissos:

De fato, não há muita razão em estabelecer obrigações em título executivo extrajudicial sem que o mesmo preveja, de forma preventiva, aplicação de sanções de natureza pecuniária (geralmente estabelecida por meio de multas diárias) ou de outra natureza, pois o descumprimento daquelas não implicaria de forma imediata a ocorrência de sanções já executáveis. Sem as cominações pecuniárias, o órgão público ajustante teria de se valer apenas das execuções de obrigações de fazer e não fazer como previsto no CPC, ficando a possibilidade de estabelecimento de multa ao livre critério do juiz. (AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 4ª ed. São Paulo: RT, p. 133)

... se o interessado se compromete a ajustar sua conduta às exigências legais, como o admite a lei, de nada adiantaria a promessa se não houvesse a previsão de penalidade para o caso de descumprimento. A não ser assim, o compromisso rondaria apenas campo moral. Para haver efetividade jurídica, é obrigatório (nunca facultativo) que no instrumento de formação esteja prevista a sanção

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

para o caso de não cumprimento da obrigação" (FILHO, José dos Santos Carvalho. Ação Civil Pública. Comentários por artigos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, p. 188)

O acordo em estudo possui capítulo específico cuidando das penalidades:

(...)

A leitura dos parágrafos sexto ao décimo da cláusula 247 indica formalmente a existência de multas pelo descumprimento de prazos para apresentação e execução de projetos; para a constituição e início da operação da Fundação; e para a realização dos aportes de recursos.

Contudo, o caput da CLÁUSULA 247 e seus parágrafos primeiro ao quinto tornam a incidência das multas impraticável. Com efeito, a identificação de eventual descumprimento deveria ocorrer pelo Poder Público, que assumiria a obrigação de, por meio do Comitê Interfederativo, comunicar formalmente as partes inadimplentes o descumprimento, estabelecendo prazo para a devida adequação.

A multa apenas incidiria se os com promitentes não cumprissem aquilo que fosse determinado pelo Comitê Interfederativo, e caso o mesmo não decidisse pela concessão de prazo adicional para o cumprimento (§§1ºe2º).

Este seria o caminho para a incidência da multa em relação única e exclusivamente à SAMARCO (§§ 3º e 4º). Vale dizer, apenas se aSAMARCO fosse inadimplente seria possível exigir as multas da VALE e daBHP (§5º).

Ou seja, ainda que responsáveis solidárias pelos' danos, a VALE e a BHP estão absolutamente blindadas da incidência de qualquer cominação decorrente do descumprimento das obrigações assumidas no ajustamento.

Data máxima vénia, a sistemática instituída transforma o ajustamento em verdadeira carta de boas intenções. A título meramente exemplificativo, leia-se trecho de Termo de Ajustamento celebrado entre o Ministério Público e a SAMARCO, no mês de novembro passado, no qual consta cláusula de cominações que obedece os parâmetros ordinários de acordos celebrados no âmbito do MP:

(...)

A diferença é gritante. Muito mais do que conferir às compromissárias garantias razoáveis, a redação da cláusula constante do ajustamento com o Poder Público viola a lógica do razoável e, além de condicionar a incidência da multa a evento futuro e incerto (decisão do Comitê Interfederativo, cuja composição possui forte carga política), protrai a mesma no tempo para momento afastado do efetivo descumprimento.

Por todo o exposto, mais uma vez não há como se concluir pela aptidão do acordo para tutelar de forma efetiva e suficiente os direitos em jogo.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da .preliminar de nulidade do acordo por falta de efetividade das cominações.

11.14 Dá preliminar de nulidade do acordo por indevida transação sobre o dano extrapatrimonial coletivo.

Apesar de constar pedido expresso, na,AGP ajuizada pelo Poder Público, de condenação das rés/agravantes à indenização por danos extrapatrimoniais coletivos, o acordo não traz nenhuma linha sobre o tema e, inexplicavelmente, trata de forma exaustiva o evento e suas consequências socioambientais e socioeconômicas, com a suspensão da ação originária até o cumprimento das obrigações e extinção dos agravos de instrumentos então pendentes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Conforme reconhecido em diversos julgados dos tribunais superiores, o dano extrapatrimonial coletivo possui autonomia em relação às demais rubricas indenizatórias, coletivas ou individuais. Nesse sentido, a ausência de previsão sobre a questão no acordo entabulado não atende à necessidade de tutela adequada e integral dos direitos coletivos afetados, podendo, inclusive, configurar desistência infundada ou abandono da ação, na forma do art. 5º, § 3º da Lei 7.347/85, reclamando intervenção ministerial.

Nem mesmo a interpretação que a União quer dar à cláusula 01, XIX, do acordo possui o condão de sanar o vício. O que a cláusula traz, em verdade, é a confusão entre, os conceitos de programas compensatórios e dano extrapatrimonial.

Portanto, o acordo praticamente extingue a indenização pelo dano extrapatrimonial coletivo, omissão que necessita ser sanada.

Diante do exposto, o MPF pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade do acordo por indevida transação sobre o dano extrapatrimonial coletivo.

11.14 Mérito

Em se acolhendo qualquer das preliminares acima, passa-se ao exame do mérito recursal.

As alegações das agravantes não merecem prosperar, diante das arrazoadas contrarrazões dos entes públicos, (fl. 3198/3226).

Não há como diferenciar a responsabilidade das três empresas no desastre de Mariana. A Samarco Mineração S/A é controlada, em seu capital, pelas demais empresas - Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda.

A respeito do tema, é" cediço que o art. 225 da Constituição prevê que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. O § 3º do mesmo artigo, ainda, dispõe o seguinte:

§ 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.

Outrossim, o referido artigo constitucional consagra, ainda, os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral, os quais visam à reparação e à prevenção de possíveis danos ambientais.

A Lei nº 9.605/98, por sua vez, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Veja-se:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

(...)

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

No mesmo sentido, colhe-se da Lei 6.938/81, em seu art. 14, §1º, a responsabilidade objetiva do poluidor reparar o dano provocado:

Art 14 - Sem prejuízo, das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e-III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuído da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA. § 4º (Revogado pela Lei nº 9.966, de 2000)

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1o deste artigo.

.Dessarte, cabe ressaltar o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade ambiental é objetiva,, de forma que o agente que cria ou assume o risco de danos ambientais possui a obrigação de repará-los. Senão veja-se:

(...)

Aliás, assim foi a fundamentação de Vossa Excelência quando da análise do caso em cognição sumária:

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

No que tange à alínea a da decisão em estudo, esta tão somente determina o impedimento de que continue havendo vazamento, a saber:

a). conceder medida cautelar a fim de que a empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, no prazo de 10 dias, impeça (ou comprove que já está estancado) o vazamento de volume de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida, comprovando as medidas de segurança tomadas para a segurança das barragens do Fundão e de Santarém.

A agravante argumenta que tomou todas as medidas para estancar o vazamento. Ocorre que notícia trazida aos autos pelos agravados (fl. 3242), mostram que houve novo deslocamento de lama em 28.01.16, ou seja, 13 (treze) dias após a interposição do recurso em apreço. O fato demonstra que as razões recursais não se sustentam, diante de realidade fática.

Em outra argumentação, a agravante se volta contra a determinação judicial que concedeu "(...)medida cautelar a fim de que as empresas rés, no prazo de 20 dias, elaborem estudos de mapeamento dos diferentes potenciais de resiliência dos 1.469 ha diretamente atingidos, com objetivo de se averiguar a espessura da cobertura da lama, a granulometria, a eventual presença de metais pesados e o PH do material,, bem como a adoção imediata de-medidas para a retirada do volume de lama depositado nas margens do Rio Doce, seus afluentes e as adjacências de sua foz."

Alega que a retirada da lama pode favorecer mais impactos ambientais. Aduz que há impossibilidade técnica de executar todo o volume de lama depositado. Porém, equivocou-se na interpretação da medida cautelar acima transcrita.

Não houve determinação para retirada de toda a lama no prazo de 20 (vinte) dias, mas sim que, em 20 (vinte) dias, sejam realizados os estudos e se inicie o trabalho de retirada da lama. E, como bem frisaram os agravados, "inexiste prova segura de que os estudos necessários estejam sendo realizados, muito menos que na região onde é recomendável a imediata retirada da lama, os trabalhos já tenham se iniciado." (fl. 3214)

Insurge-se, de outra feita, contra o depósito de 2 bilhões de reais. Alega que já houve o provisionamento de valores maiores. A resposta de Vossa Excelência ao analisar a liminar pleiteada neste recurso traz os seguintes fundamentos:

(...)

Necessário aduzir que, na coleta de informação ao Juízo a quo, este assim se manifestou:

(...) este Juízo tem a informar que a efetiva existência dos depósitos e garantias afirmadas pelas rés foi aferida nos autos da Ação Civil Pública, tendo-se constatado o disposto no^o tópico anterior, ou seja, existem efetivamente depósitos e garantias no valor de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais). Se tais valores têm o condão de satisfazer as ' necessidades específicas da Ação Civil Pública, o entendimento deste juízo, considerando o atual estado em que se encontra o processo, é que não. (grifo original, fl. 3245)

Com efeito, os valores não são suficientes diante da tragédia. Em 02.05.2016, o MPF ajuizou Ação Civil Pública em face dessas mesmas empresas e de diversos entes públicos. Na oportunidade, foram feitas às seguintes ponderações para a valoração do dano ambiental que devem ser levadas em consideração no presente recurso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Como se vê, tema dos mais difíceis, a valoração do dano ambiental é indispensável para a mais precisa delimitação dos impactos negativos produzidos pelo derramamento de lama derivado do rompimento da Barragem de Fundão. Sabe-se que, em eventos de tamanha magnitude e complexidade, toda econometria é insuficiente e subestimar a expressão objetiva e espiritual da tragédia. Será na fase de liquidação que se terá a oportunidade de aferir seus mais exatos contornos. É preciso, todavia, que já fique determinada a sua realização na fase cognitiva, tanto em sede cautelar, quanto em provimento definitivo.

A dinâmica do dano ambiental requer que, desde já, iniciem-se os trabalhos destinados à sua apuração. Com o passar do tempo, perder-se-ão aspectos relevantes dos prejuízos havidos e das interferências negativas nos ecossistemas, gerando, para os seus responsáveis, uma espécie de perdão pelo ilícito praticado ou forma transversa de enriquecimento ilícito, e, para a sociedade, uma redução das expectativas da pronta e cabal reparação do dano a quem tem direito. A determinação liminar de que, às expensas das empresas réis, já se principiarem os trabalhos, se fundamenta no direito por elas violado, como se torna desnecessária a ênfase na impossibilidade de, no futuro, aferir-se a responsabilidade em toda sua guardou apenas um leite mórbido de calda marrom e estéril, que avilta a memória e o espírito do povo que por ele cruzou e navegou, que nele e dele (sobre)viveu.

A menos que se queira supor que o milímetro do meio ambiente no Brasil valesse menos que nos Estados Unidos, é inadmissível que a valoração do dano ambiental provocado pelas empresas réis fique aquém, prima facie, dos US\$ 43,8 bilhões, ou R\$ 155.052.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais), reconhecidos pela responsável pela tragédia no Golfo do México.

Esse deve ser o ponto de partida no estado em que as coisas estão.

Apenas um apuratório independente, dedicado, diacrônico e profundo, poderá infirmar essa presunção de quantidade, a indicar as peculiaridades do que o olho graúdo e sincrônico não enxerga; a ponto de levar o valor para a expressão mais próxima da realidade, seja para mais, seja para menos. (g.n.)

A Ação Civil Pública, proposta pelo MPF, e que foi ignorada quando da celebração do acordo, tem como valor da causa R\$ 155.052.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais).

Não é demais ressaltar que o dano em estudo atinge o patrimônio natural, (o Córrego Santarém, o Rio Gualaxo do Norte e Rio do Carmo, o Rio Doce e seus afluentes, as regiões estuarinas, costeira e marinha); a flora; a fauna (herpetofauna, mastofauna, avifauna e ictiofauna); o patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico; os danos socioeconômicos (economia regional, infraestrutura, danos humanos); além de povos indígenas e comunidades tradicionais (povos indígenas krenak, tupiniquim e guarani, pescadores artesanais, quilombolas, ribeirinhos)...

Levando-se em consideração todos esses aspectos, há que se dar razão ao Juízo a quo: "(...) Se tais valores têm o condão de satisfazer as necessidades específicas da Ação Civil Pública, o entendimento deste juízo, considerando o atual estado em que se encontra o processo, é que não." (grifo original, fl. 3245) ,

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Assim, é evidente o acerto da decisão em estudo. A complexidade do caso concreto, a necessidade de elaboração de diversos laudos e estudos, a dimensão e a gravidade dos danos causados aos atingidos - e ao meio, ambiente apenas reforçam a necessidade de que a tutela antecipatória seja utilizada como mecanismo de distribuição isonômica do ônus do tempo do processo.

O NCPC prevê duas espécies de tutelas provisórias (art. 294 NCPC). De um lado a tutela de evidência, fundada no alto grau 'de probabilidade do direito invocado. De outro, a tutela de urgência, fundada a afastar o dano ou o ilícito em caso de probabilidade do direito associado ao risco de demora, a saber;

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Não discrepa da nova previsão processual o art. 12 da Lei 7.347/85: "Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita s agravo".

Ainda que por cognição não exauriente é possível identificar o preenchimento dos requisitos para a" concessão da tutela de urgência, realizada em primeira instância. A probabilidade do direito alegado resta suficientemente demonstrada.

Além disso, em se tratando de tutela do meio ambiente, deve-se enfatizar a incidência do princípio da precaução, que recomenda a efetiva implementação de medidas erríergenciais, visando estancar a produção do dano e efetivar as restaurações socioambientais e socioeconômicas. A precaução não só deve .estar presente para impedir o prejuízo, mesmo incerto, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o'dano ambiental através da prevenção no tempo certo. Vigora aqui o princípio in dúbio pró salute ou in dúbio pró natura.

Quanto ao perigo de demora, são patentes as conseqüências dos danos e a necessidade da adoção das medidas emergenciais, como meio de evitar a continuidade e repetição dos danos ambientais, humanos e econômicos.

Por fim, aguardar o trânsito em julcjado desta demanda para impor aos réus o dever de adotar medidas como a contenção do carreamento de rejeitos para os .corpos hídricos, a finalização das obras de reforço das estruturas remanescentes da barragem de Fundão, a conservação do patrimônio histórico, cultural e artístico... significaria negar jurisdição aos direitos coletivos atingidos.

III.

*Diante do exposto, o Ministério Público Federal pugna pelo acolhimento das preliminares e, no mérito, pelo não provimento do **RECURSO**.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Na oportunidade, requer a juntada da multicitada petição de Embargos de Declaração, da decisão do C. STJ (Reclamação nº 31.935) e, do Despacho PRESI nº 1778.

Brasília/DF, 07 de julho de 2016.

FELÍCIO PONTES JR. Procurador Regional da República”

Nos autos dos agravos de instrumento números 0002453-41.2016.4.01.0000 (interposto pela empresa Samarco) e 0002170-18.2016.4.01.0000 (interposto pela BHP Billinton Brasil Ltda.) foram juntadas cópias da decisão proferida nos autos da Reclamação nº 31935/MG, por meio do qual a Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF 3º Região) deferiu a liminar requerida pelo Ministério Público Federal e determinou a suspensão do acordo homologado pela Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon.

Também foram juntadas naqueles autos, cópias do Despacho PRESI 1778, por meio do qual o Desembargador Federal Presidente do TRF – 1ª Região consigna que “é condição necessária para o envio dos autos às unidades de conciliação o prévio despacho do juiz ou de relator do processo, deferindo ou não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar”.

É o relatório.

V O T O

Da decisão do Superior Tribunal de Justiça (Reclamação nº 31.935/MG) que suspendeu o acordo e manteve a eficácia do presente agravo

Em primeiro lugar, o julgamento do presente agravo está absolutamente em conformidade com a decisão exarada na Reclamação nº 31.935/MG, que reconheceu a legitimidade das decisões adotadas no presente agravo e suspendeu os efeitos das decisões do acordo homologado pela Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon, que, em consequência da homologação do acordo firmado entre as partes, houvera extinguido o presente agravo.

De qualquer sorte, não existiria relação de prejudicialidade entre o julgamento da Reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça, que visa preservar a competência daquela alta Corte, e o julgamento do presente agravo, que confronta a homologação do acordo em consideração às regras do processo civil e normas internas deste Tribunal que delimitam a competência do referido Núcleo de Conciliação.

Em primeiro lugar, reconhecida a competência deste Relator para o julgamento dos feitos relativos à ação civil pública no âmbito deste Tribunal, e na ausência de deliberação do relator competente no sentido de permitir, no âmbito desta Corte, qualquer realização de acordo em processo que sequer se encontrava neste Tribunal (afora os presentes agravos), entendo ser nula de pleno direito a homologação havida, não se podendo, obviamente, falar-se de extinção de agravo, decisão, aliás, que só poderia ter sido tomada por este Relator, ou pelo órgão colegiado (Quinta Turma) competente para o julgamento dos agravos.

Esse fato processual, só por si, autorizaria o prosseguimento e o julgamento do presente agravo.

Da nulidade da homologação do acordo

Antes da apreciação do mérito do agravo, há que se considerar a higidez da homologação do acordo promovido pelo Núcleo Central de Conciliação do TRF – 1ª Região, uma vez que, homologado o acordo, houve a “suspensão dos autos do processo originário” e a extinção, “por perda do objeto” deste agravo e dos demais interpostos pelas empresas BHP Billinton Brasil Ltda. e Vale S/A (ata de fls. 2905/2928). (Cito):

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

“(…) foi proferida a seguinte DECISÃO: 1) considerando o princípio da autonomia da vontade e a busca da pacificação social, mediante conciliação das partes (CPC, art. 139, V), HOMOLOGO o acordo celebrado nesta audiência, nos termos acima delineados, para que surta seus efeitos legais, e determino a suspensão dos autos do processo originário (ACP 0069758-61.2015.4.01.3400) até a conclusão das obrigações acordadas; 2) DECLARO EXTINTO, por perda de objeto, os Agravos de Instrumento n.ºs. 0002170-18.2016.4.01.0000 (BHP), 0002453-41.2016.4.01.0000 (SAMARCO) e 0002627-50.2016.4.01.0000 (VALE); e 3) determino que seja oficiado ao Presidente do Tribunal de Contas da União e aos Presidentes dos Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, para indicar membros para a composição do Comitê Interfederativo, nos termos do acordo; 4) determino, por fim, ajuntada desta ata de audiência e dos documentos apresentados pelas partes aos autos da ação civil pública originária e dos três agravos de instrumento que se encontram neste Tribunal.

Ficam as partes intimadas desta decisão e dos atos acima transcritos nesta audiência. Nesse ato, igualmente, foram deferidos os pedidos do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Espírito Santo o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar sobre os termos do presente acordo, ora homologado.

Nada mais havendo, determinou-se o encerramento desta audiência, do que, para constar, foi lavrada a presente ata, que segue assinada pela Excelentíssima Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Coordenadora do SistCon/10 Região e pelos presentes.

Contudo, como se viu, ainda a favor do prosseguimento dos agravos está a decisão proferida na Reclamação n.º 31.935/MG, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual a eficácia do provimento de urgência deferido neste agravo foi expressamente preservada. (Cito):

(…)

Em juízo de cognição sumária, entendo que a homologação do mencionado acordo pela autoridade reclamada desrespeitou decisão proferida por esta Corte Superior quando do deferimento da liminar proferida pela em. Min. Laurita Vaz, posteriormente ratificada pelo órgão colegiado.

Em primeiro lugar, porque, na pendência da definição do conflito de competência, os processos foram suspensos, sendo autorizada apenas a implementação de medidas de caráter urgente, tendo-se definido a competência da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais para o exame dessas questões.

Nesse contexto, ainda que a ação coletiva de nº 69758-61.2015.4.01.3400 não estivesse especificamente indicada na liminar deferida no conflito, não se discute que se trata ação de natureza conexa, a qual foi, inclusive, utilizada como premissa de julgamento para a reunião dos feitos no juízo da 12ª Vara Federal, a fim de que houvesse a apreciação conjunta.

Logo, como a justificativa para a reunião dos processos é evitar a prolação de decisões conflitantes, não se recomenda a extinção do feito pela transação quanto a uma demanda sem avaliar-se os efeitos desse decisório sobre os processos que lhe são conexos, mormente quando a definição da competência para dirimir a controvérsia perpassa, necessariamente, pela análise dos elementos comuns entre as ações.

Por outro lado, merece destaque o fato de que, na espécie, a decisão proferida pela autoridade reclamada repercute diretamente sobre as ações em trâmite na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, em especial as de nº

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

60017-58.2015.4.01.3800 e nº 9362-43.2015.4.01.3813, 0395595-67.2015.8.13.0105, 0426085-72.2015, objeto do conflito de competência em debate, consoante se verifica da leitura das cláusulas 3ª, parágrafo primeiro, (incluindo-se a lista anexa de ações judiciais juntadas às e-STJ, fls. 252/259), 253 e 254 pactuadas no referido acordo e acima transcritas.

Há expressa previsão de que a transação homologada pela Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 1ª Região será utilizada nas ações judiciais que tenham por objeto quaisquer das obrigações decorrentes do "EVENTO" ocorrido em Mariana. Mais ainda, existe disposição compelindo os compromitentes a manifestar-se nos autos das demais ações coletivas presentes e futuras, para fazer prevalecer as cominações contidas no referido pacto, o que evidencia, nesse primeiro exame, a idéia de que houve efetivo descumprimento da decisão proferida pelo STJ.

Deveras, mesmo que não haja dúvidas a respeito da impossibilidade de o referido acordo limitar o acesso à Justiça dos indivíduos que se sentirem prejudicados com o rompimento da barragem do Fundão, o fato é que ainda devem ser respaldadas outras demandas de natureza igualmente coletivas, as quais repercutem sobre a esfera de direitos de entes federativos e entidades civis que sequer tiveram a oportunidade de participar das tratativas para a autocomposição do litígio, a exemplo dos Municípios atingidos e associações representantes dos interesses envolvidos na causa.

Nesse particular, trago as seguintes considerações do em. Desembargador Afrânio Vilela, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.031023-1/001:

Até porque, basta verificar que os Municípios descritos no item V, não representados no ACORDO, são: Mariana, Barra Longa, Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado, Sem-Preixe, Rio Casca, São Pedro dos Ferros, São Domingos do Prata, São José do Goiabal, Raul Soares, Dionísio, Córrego Novo, Pingo D'água, Mariléia, Bom Jesus do Galho, Timóteo, Caratinga, Ipatinga, Santana do Paraíso, Ipaba, Belo Oriente, Bugre, Iapu, Naque, Periquito, Sobrália, Fernandes Tourinho, Alpercata, Governador Valares, Tumiritinga, Galiléia, Conselheiro Pena, Resplendor, Itueta, Aimorés, Baixo Guandu, Colatina, Marilândia e Linhares.

(...)

Ora, os mais atingidos, e que não estão no ACORDO (Municípios e população), estão tendo seus direitos decididos por Terceiros, ao que parece, desautorizados para tanto.

(...)

Ora, o Ministério Público de Minas Gerais não foi ouvido, as partes não foram ouvidas. Ferido, portanto, o devido processo legal.

Enfatize-se, por seu turno, que há cominações no sentido de que o Estado de Minas Gerais e o do Espírito Santo indicarão representantes dos municípios para integrar o citado comitê interfederativo. No entanto, repita-se, não há indicativo de que qualquer município atingido tenha participado das negociações em comento, não obstante as obrigações que foram atribuídas a esses entes da federação no âmbito da referida avença.

Nesse mesmo passo, também não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio, justamente entre aqueles atores

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

locais mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia.

Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais.

O perigo na demora, por seu turno, consiste na extinção dos provimentos liminares já deferidos pelo juízo indicado como competente por esta Corte Superior, além das tutelas de urgência igualmente prolatadas no âmbito dos referidos Agravos de Instrumento, trazendo prejuízos à população que anseia pelo pronto abastecimento regular de água potável, bem como pela solução de diversas contingências de natureza inadiável.

Ademais, também não se deve olvidar os riscos de lesão aos interesses dos entes federativos e demais representantes dos direitos difusos e coletivos afligidos pelo malsinado "EVENTO", que ficaram à margem de todo esse processo de negociação, a despeito de estarem diretamente sujeitos às cominações traçadas no aludido acordo.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar e determino a suspensão do ato reclamado, mantendo a eficácia dos provimentos de urgência deferidos nos autos dos Agravos de Instrumento nºs 0002170-18.2016.4.01.0000 (BHP), 0002453-41.2016.4.01.000 (SAMARCO) e 0002627-50.2016.4.01.000 (VALE).

Nos termos do art. 989, III, do CPC, cite-se a Vale, BHP, União, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente - Ibama, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, a Agência Nacional de Águas - ANA, o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, a Fundação Nacional do Índio - Funai, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo para apresentarem contestação no prazo legal.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se.

Brasília (DF), 30 de junho de 2016.

MINISTRA DIVA MALERBI

(DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)

Relatora" (fls. 3724/3730)

Porém, como se passa a demonstrar, existem outras nulidades a comprometer a homologação do acordo. Vejamos.

Não obstante se alegue que o acordo (homologado no dia 5/5/2016) teria sido realizado nos autos de origem, o fato verdadeiro é que esses autos só foram remetidos pela vara em 3/6/2016 e recebidos no Núcleo em 20/6/2016, mais de mês de já homologado o acordo nesta instância, conforme andamento processual anexo, sendo que estes autos de agravo é que foram solicitados pelo Núcleo de Conciliação antes da realização do acordo.

Portanto, ao que tudo indica, a confiar na movimentação processual extraída do Juízo do Juízo de origem, o acordo foi homologado quando os autos da ação originária, sem decisão definitiva, portanto com seu curso regular na primeira instância, sequer tinham chegado a este Tribunal. Além disso, os agravos em curso nesta Corte foram encaminhados ao Núcleo Central de Conciliação, como apontado pelo parecer do Ministério Público Federal, sem qualquer despacho deste Relator. Transcrevo trecho do respectivo Parecer:

(...)

Porém, no caso específico, há pressupostos que não foram observados para o aperfeiçoamento do acordo. O primeiro deles diz respeito à competência para sua homologação. Esta, indubitavelmente, é do Juízo de primeiro grau, por duas razões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

i) o envio dos autos à Coordenadoria-Geral do Sistema de Conciliação, sem despacho do relator, fere o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII) e;

ii) o Juízo de primeiro grau presidia as tratativas para um acordo, quando da homologação do acordo em segundo grau.

As razões acima são extraídas das normas abaixo analisadas.

A primeira delas é a Resolução/Presi n.º 31/2015-TRF1, a qual foi objeto do recente Despacho PRESI 1778 (de Sua Excelência, o presidente do TRF1), a saber:

DESPACHO PRES11778

Trata-se de ofício encaminhado a esta Presidência pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Souza Prudente (2250936), juntamente com as informações solicitadas ao SitCon (2270785), fornecidas pela eminente Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, referentes à forma de envio de processos à unidade de conciliação desta Corte.

Verifico que a Resolução/Presi n.º 31/2015-TRF1 (2277017) trata expressamente do tema:

Art. 30. Nos processos em tramitação, caberá às varas federais, às coordenadorias processantes e aos gabinetes enviar à respectiva unidade de conciliação local, se houver, os processos que lhe sejam solicitados, bem como aqueles nos quais uma das partes haja manifestado expresso desejo de conciliar, bastando, para tanto, o lançamento da movimentação processual correspondente ao envio dos autos à unidade de conciliação.

Da análise do referido artigo, entendo que é condição necessária para o envio dos autos às unidades de conciliação o prévio despacho do juiz ou do relator do processo, deferindo ou não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar, nos termos do citado artigo e ante o princípio do juiz natural, positivado no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição da República."

Além disso, o acordo foi homologado à revelia do deferimento do pedido de vista do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Espírito Santo para se manifestarem precisamente sobre a avença.

Diante de todas essas nulidades, o Ministério Público Federal embargou de declaração da homologação do acordo, comunicando a este Relator a interposição dos referidos embargos declaratórios com efeitos infringentes.

Como a irresignação do Ministério Público Federal demonstrava também, por sua própria existência, além das nulidades, a impossibilidade de acordo, dirigi ofício à Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon requerendo o imediato retorno dos autos dos agravos para o seu regular processamento (documento em anexo).

Antes de devolver os autos, à fl. 2931 constou cópia de despacho da Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon, datado de 8 de junho de 2016, determinando ao Núcleo Central de Conciliação "que proceda ao desentranhamento dos documentos juntados aos seguintes autos: AI 2453-41.2016.4.01.0000 (fls. 3.613-3.765), AI 2627-50.2016.4.01.0000 (fls. 2.929-3.017) e AI 2170-18.2016.4.01.0000 (fls. 2.384-2.563), juntando-os à presente ação civil pública."

As petições noticiando a ocorrência de acordo (IBAMA à fl. 2692; Vale às fls. 2694/2696 e a União à fl. 2698) demonstram que a referida avença estava sendo promovida na primeira instância, e a sua conclusão e homologação pelo juízo competente (da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais) seriam oportunamente comunicadas a este Relator ante a possibilidade de influência processual nestes agravos. Sem qualquer razão, de repente, se dirigiu o pedido à Desembargadora Federal Maria do Carmo conforme consignado na referida "ata de audiência" de fls. 2905/2928:

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

(...)

Informou que a presente audiência de conciliação foi designada em virtude de petição recebida em 30/04/2016 e dirigida à Coordenação-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região, nas qual instituições públicas federais e estaduais, autoras da mencionada ação civil pública, informam que, não obstante tenham obtido o deferimento de medidas liminares na referida ação civil pública, celebraram com as empresas rés, no dia 02 de março de 2016, acordo extrajudicial (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta), com o intuito de estabelecer a forma, a metodologia e o cronograma de execução das ações reparatórias, além de prever medidas adicionais compensatórias para a sociedade.”

Ressalte-se o teor do Despacho PRESI 1778, por meio do qual o Desembargador Federal Presidente do TRF – 1ª Região consigna que “é condição necessária para o envio dos autos às unidades de conciliação o prévio despacho do juiz ou de relator do processo, deferindo ou não as solicitações das unidades ou os pedidos das partes para conciliar”. Contudo, segundo já anotado pelo Ministério Público, não houve despacho deste relator neste sentido.

De toda sorte, repita-se, seria irrelevante qualquer decisão deste relator no sentido de encaminhar ao Núcleo de Conciliação do Tribunal os presentes agravos, pois, evidentemente, nenhum acordo poderia ter sido homologado no âmbito deste Tribunal, quando a ação ainda tinha curso na primeira instância.

Entretanto, sem qualquer razão plausível, foi dirigido ofício à Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso e, com supressão das competências constitucionais e legais do juízo de primeira instância, deste Relator e da 5ª Turma, procedeu-se à sua homologação no âmbito do Núcleo Central de Conciliação.

Além disso, conforme se retira da própria ata de audiência, o acordo foi homologado, naquele ato, não obstante, contraditoriamente, houvesse sido deferido o prazo de 60 (sessenta) dias precisamente para a manifestação do Ministério Público Federal. Em outras palavras, concede-se prazo para o Ministério Público, mas ato contínuo homologa-se o acordo sem que o Ministério Público pudesse apresentar sua manifestação.

No acordo homologado impõe-se a presença de membro do Tribunal de Contas da União à revelia das competências constitucionais desse órgão, e mesmo na ausência de representante da Corte de Contas no referido ato.

O acordo também foi homologado sem a presença da Defensoria Pública da União, não obstante a indiscutível existência de danos às pessoas e mesmo populações hipossuficientes.

Em resumo, como bem apontado pelo Ministério Público Federal, evidentemente, o Núcleo de Conciliação, no âmbito deste Tribunal, não poderia, em olímpica supressão de instância do Juízo competente e desconsideração da competência da 5ª Turma deste Tribunal, celebrar e homologar acordo em processo ainda em curso no primeiro grau de jurisdição, especialmente, como tudo indica, à revelia do juízo de primeiro grau, que só encaminhou os autos do processo cerca de um mês após a celebração do acordo.

O CPC em seu artigo 139, V estabelece que a conciliação cabe ao juízo competente para processar e julgar a causa (cito):

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;”

A própria Resolução/PRESI/CENAG nº 2/2011, desta Corte, estabelece a criação de núcleos de conciliação no âmbito das Seções Judiciárias que o compõem. Patente a incompetência do Núcleo Geral de Conciliação para promover acordo em processo que tramita perante a primeira instância.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

Ainda que assim não fosse, procede a preliminar de nulidade do acordo por falta de intimação do Parquet com remessa dos autos, tanto mais porque o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo requereram, expressamente, e tiveram deferido o prazo de sessenta dias para se manifestarem, conforme consignado em ata (fls. 2905/2928).

A prerrogativa de que detém o Ministério Público de ser intimado pessoalmente por carga ou remessa dos autos (CPC, art. 183, § 1º), não foi atendida.

Também procede a preliminar de nulidade do acordo por falta de legitimidade da advocacia pública para transacionar direitos dos atingidos.

De fato, os procuradores da União e dos Estados não possuem legitimidade para transacionarem a respeito de direitos coletivos ou individuais homogêneos das pessoas atingidas pelo acidente.

A eficácia do provimento de urgência deferido neste agravo foi expressamente preservada na decisão proferida na Reclamação nº 31.935/MG em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, estando o prosseguimento de seu julgamento em absoluta conformidade e respeito à decisão daquela corte Superior.

Portanto, não há qualquer dúvida de que a homologação do referido acordo foi levada adiante em desrespeito às regras constitucionais, legais e internas deste Tribunal, que disciplinam a competência e o procedimento como pressupostos inafastáveis para uma decisão legítima sobre a matéria, razão pela qual há que ser tida e declarada como absolutamente nula, não subsistindo, em consequência, a aludida extinção do presente agravo.

Nesse contexto, passo ao seu exame.

De início, consigno que este julgamento torna prejudicados os embargos de declaração opostos pela agravante contra a decisão proferida às fls. fls. 2625/2628, reportando-se à decisão proferida no AI 0002453-41.2016.4.01.0000, interposto pela empresa Samarco e os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra o acordo celebrado.

Na aludida decisão, ficaram consignados os seguintes fundamentos, que agora reitero como razões de decidir do presente agravo:

Da responsabilidade da Samarco, BHP e Vale

Com base na teoria do risco integral, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva. O nexos de causalidade entre os réus Samarco Mineração S/A (poluidor direto), Vale S/A (poluidor direto e indireto) e BHP Billinton (poluidor indireto) e o evento danoso encontra-se plenamente comprovado nos autos e justificado na decisão, cito:

“Quanto à ré Samarco Mineração S/A a relação de causalidade é clara, pois se trata do poluidor direto, responsável pelo empreendimento e pela barragem que veio a se romper e a causar o dano ambiental.

Quanto à empresa Vale S/A, conforme relatório de vistoria do DNPM de fls. 273/281, após o acidente foram realizadas vistorias e fiscalizações pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, que detectaram que as empresas Vale S/A e Samarco Mineração S/A celebraram contrato que permitia à primeira despejar rejeitos líquidos (lama) de seu empreendimento Complexo Alegria (processo DNPM 930.193/1982) na barragem do Fundão da empresa Samarco, o que é suficiente para embasar a verossimilhança da alegação de que também a Vale S/A deve ser considerada como poluidora direta e, nessa qualidade, responsável pelo dano ambiental.

Além disso, entendo verossímil a alegação de que as rés Vale S/A e BHP Billinton, na qualidade de controladoras da empresa Samarco Mineração S/A, sociedade anônima de capital fechado, podem ser enquadradas como poluidoras indiretos e, assim, corresponsáveis pelo dano ambiental ocorrido.”

Correta a decisão agravada ao afirmar que as empresas Vale S/A e BHP Billinton Brasil Ltda., enquanto controladoras da Samarco Mineração S/A (sociedade anônima de capital

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

fechado), além de beneficiárias das *atividades minerárias* desenvolvidas pela Samarco, são também corresponsáveis pelas decisões tomadas pela empresa controlada.

Por outro lado, o artigo 3º, IV, da Lei 6.938/81 estabelece que "poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Cabível também a aplicação do artigo 4º da Lei 9.605/98 que estabelece que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente" uma vez que cabe aos réus o ônus probatório de comprovação de que a Samarco pode, sem a participação das controladoras, arcar com todos os custos indispensáveis para a recuperação dos danos.

Está sobejamente comprovada a ocorrência do dano, embora seu caráter dinâmico impeça, por ora, de se aquilatar sua magnitude, pois novas consequências do ocorrido aparecem dia após dia e assim continuarão por tempo indeterminado.

A jurisprudência a respeito do tema é vasta e, especificamente sobre o dano ambiental decorrente do rompimento de barragem, o STJ já dispôs, em sede de recurso repetitivo:

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 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Indiscutível, pois, a legitimidade passiva e responsabilidade de todas as rés.

Da possibilidade e da necessidade de concessão das medidas sem a oitiva da parte contrária

No caso concreto, não há dúvida de que agiu corretamente o magistrado ao deferir as medidas requeridas sem a prévia oitiva da parte contrária.

Nesse contexto, quando a tutela de urgência indica a necessidade de concessão imediata da medida o juiz poderá fazê-lo de plano, sem prévia oitiva da parte contrária e sem que o ato judicial incorra em qualquer ofensa ao princípio do contraditório. Segundo a doutrina, trata-

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

se, na espécie, de “limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento”¹

De fato, como disposto no art. 804, do CPC, “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

No caso concreto, a gravidade da situação retratada nos autos indica claramente que o juiz *a quo* não poderia esperar a manifestação dos réus antes de proferir sua decisão, sob pena de permitir o significativo agravamento da degradação ambiental e da situação socioeconômica das populações atingidas.

O fato de a Samarco haver tomado medidas e executado ações de atendimento à população atingida e mitigação dos impactos ambientais não a exime de ser responsabilizada pelo ocorrido nem lhe dá o controle do montante ou da destinação das verbas que pretenda destinar à recuperação dos danos.

A decisão, portanto, não conflita com as obrigações já assumidas pela empresa Samarco; antes, se soma e coexiste com tais obrigações.

Anoto e acentuo, portanto, que considero necessárias e, o que é mais importante, suficientemente justificadas as medidas adotadas na decisão agravada.

Do depósito de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)

Na decisão proferida, ficou consignado o seguinte (cito):

“Conquanto julgue acertada a imposição de depósito prévio que possa acautelar futuras medidas reparatórias, bem como, considerada a extensão dos danos, considere plausível o valor inicialmente estipulado de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), no caso concreto, existe, entretanto, informação da agravante Samarco de que, por injunção de outras medidas (judiciais e não judiciais), já teria promovido o provisionamento de valores que ultrapassariam, inclusive, o valor fixado e que se destinaria à mesma finalidade.

De fato, o acautelamento inicial do valor de dois bilhões de reais parece ser necessário para garantir a execução do plano de recuperação dos danos e terá o condão de organizar a destinação dos recursos que serão despendidos nas ações de recuperação do meio ambiente e da situação socioeconômica das populações atingidas.

Há, todavia, como se viu, a alegação de que a Samarco até o momento atendeu a vários acordos e compromissos, além de decisões judiciais, que, por si só, já assegurariam a reserva e utilização de capital expressivo (em um total de R\$ 2,3 bilhão, incluindo os bloqueios judiciais).

Efetivamente, nos autos deste recurso (fls. 33), há notícia da existência de uma segunda constrição judicial, recentíssima, efetivada no dia 14 de janeiro por determinação da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte no valor de um bilhão de reais. Assim, os valores acautelados pela empresa já atingiriam o valor de R\$ 2.300.000.000,00 (dois bilhões e trezentos milhões de reais), assim discriminados:

- a) R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) em decorrência do Termo de Compromisso Preliminar firmado com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (R\$ 500.000.000, em dinheiro e R\$ 500.000.000 em caução idônea);*

¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 11ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2010, pag. 549.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

b) R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) por determinação do Juízo da 2ª Vara Cível de Mariana;

c) R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) por determinação do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, cujos bens foram oferecidos em garantia no dia em 14/01/2016.

Bem entendido o seu argumento, a agravante insiste que já teria promovido o depósito judicialmente pretendido.

Em outras palavras, caso tenham o mesmo escopo, isto é, se o depósito aqui questionado destina-se às mesmas finalidades eventualmente buscadas por outras medidas e decisões já adotadas (ainda que fora deste processo), haveria sobreposição de constrições, com pelo menos três indesejáveis consequências: (a) a primeira seria a evidente dispersão de esforços e recursos; (b) a segunda, de todo indesejável, corresponderia à inviabilização da empresa, o que provocaria, como consequência lógica, a impossibilidade de levar a bom termo as medidas reparatórias e (c) os efeitos deletérios de ordem social e trabalhista (como desemprego), com inaceitáveis repercussões para a região atingida, considerada a importância que empresa, reconhecidamente, revela para várias comunidades.

Em casos de danos a interesses difusos e coletivos, que repercutem em mais de um ente federativo (no caso, vários Municípios e Estados da Federação), é uma das qualidades da ação civil pública - e eventualmente um de seus defeitos – permitir que demandas que visam à proteção do mesmo bem sejam, eventualmente, propostas em juízos diversos (Justiça Estadual e Federal) e, por isso mesmo, poderão ocorrer situações em que medidas reparatórias e acautelatórias serem simultaneamente adotadas por órgãos judiciários diversos.

Em situações que tais, será necessário prudência ao Poder Judiciário para não adotar medidas que se somem e se sobreponham para ao final anularem-se.

No caso concreto, obviamente, a decisão agravada não teve, como não poderia ter, o objetivo de inviabilizar financeiramente a empresa e as suas controladoras, de ordem a impedir, como consequência, a efetivação das medidas por ela mesmo impostas.

De outro lado, é de se esperar que os interessados, após a decisão que lhes foi imposta, tenham comprovado na origem os depósitos e cauções alegados, de modo a permitir que o juízo a quo possa aquilatar a sua justa adequação para fazer frente às finalidades do presente processo e, eventualmente, até reconsiderar ou reajustar a medida adotada.

No presente agravo, todavia, conquanto seja alegado, não existem provas da efetivação do depósito e das cauções idôneas supostamente oferecidas. De toda forma, no Agravo de Instrumento nº 0002170-18.2016.4.01.0000/MG, interposto pela outra ré na ação originária, BHP Billiton Brasil Ltda., também sob minha relatoria, foram trazidos indícios de sua existência, como é o caso da decisão do Juízo da 2ª Vara Cível de Mariana (determino a juntada de cópias nos presentes autos).

Isso considerado, tudo parece indicar seja prudente elastecer o prazo para que a agravante possa certificar a existência do referido acautelamento (depósito e caução), ao mesmo tempo em que se colham informações junto ao magistrado de origem sobre a existência, finalidade e eficácia de eventuais garantias para o presente processo.

Em síntese, embora considere, em juízo inicial e provisório, adequado o valor estipulado, tudo indica recomendável a extensão do prazo para o cumprimento da determinação do depósito de R\$ 2.000.000.000,00 (dois

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

bilhões de reais) pela empresa Samarco por 15 (quinze) dias, prazo no qual a empresa deverá demonstrar a efetiva realização dos depósitos e garantias afirmados e, especialmente, sejam colhidas informações junto ao juízo a quo, em que se esclareçam e comprovem, entre outros, além da efetiva existência do depósito e garantias, se de fato esses valores têm o condão de também satisfazer as finalidades específicas do presente processo (ou seja, da ação civil pública em que interposto o presente agravo) e, caso contrário, se o magistrado também considerou a eventual sobrecarga a que estaria submetida a agravante, caso fosse obrigada a prestar múltiplas e, por consequência, excessivas garantias.

É necessário insistir que a obrigação do depósito permanece hígida e válida, sendo por enquanto apenas estendido o prazo para que possa ser certificado o seu real cumprimento ao mesmo tempo em que se colhem informações necessárias junto ao juízo a quo. (fls. 2.971/3, grifos no original)

Nos autos do AI 0002453-41.2016.4.01.0000, a então agravante, Samarco, foi instada a comprovar a efetiva realização de depósitos e garantias em montante que ultrapassa a quantia de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) imposta como depósito prévio pela decisão agravada.

Em resposta, a agravante peticionou e juntou documentos com os quais pretende comprovar o provisionamento do valor de R\$ 2.300.000.000,00 (dois bilhões e trezentos milhões de reais) em decorrência de determinações exaradas de outros processo judiciais ou administrativos. Afirma, em síntese, que:

a) foi comprovado o depósito de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) em decorrência do Termo de Compromisso Preliminar firmado como o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais;

b) quanto aos R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) restantes decorrentes do aludido Termo de Compromisso, a Samarco apresentou proposta de aditivo para substituir a prestação de garantia pela realização de depósitos mensais de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões) ao longo de dez meses a partir de fevereiro de 2016.

c) o valor de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) foi transferido e está depositado à disposição do Juízo da 2ª Vara Cível de Mariana/MG;

d) quanto ao valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um milhão de reais), cujo depósito foi determinado pela 2ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte (nos autos do processo nº 6123882-60.2015.8.12.0024), a empresa apresentou bens e garantias que totalizaram a quantia determinada, conforme autorizado em sede de agravo de instrumento em processamento perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Considerando que, quanto ao item b não há notícias acerca da anuência do Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao pedido de parcelamento, a análise dos documentos juntados permite concluir que foi comprovado, efetivamente, o depósito de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais).

Das informações prestadas pelo juízo a quo

Importante destacar o conteúdo das informações prestadas pelo Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais nos autos do agravo de instrumento nº 0002453-41.2016.4.01.0000, interposto pela Samarco Mineração S/A (fls. 3.239/3.247 daqueles autos).

a) diversas medidas já implementadas pela Samarco estão contidas na decisão agravada, algumas coincidem com as medidas deferidas em sede de liminar, mas “são apenas informações escritas, sem qualquer comprovação da efetiva implementação e/ou eficácia das providências”;

b) foi a ré Vale S/A que fez referência a várias medidas já implementadas, tais como o programa de indenização antecipada às vítimas do acidente, fornecimento de cestas básicas e realocação das famílias, mas igualmente ainda não há nos autos comprovação de efetiva

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

realização das medidas anunciadas, como recibos de indenizações. Não obstante alguma medida tiveram ampla divulgação pelos veículos de comunicação, pelo que se presume tenham sido verdadeiras;

c) a Samarco informou o cumprimento de parte dos estudos de mapeamento da espessura da cobertura de lama, granulometria, eventual presença de metais pesados e PH do material;

d) a Samarco informou a contratação das empresas Brandt Meio Ambiente Ltda. e Bioma Estudos Ambientais para a realização dos trabalhos de contenção dos danos;

e) todas as informações foram prestadas unilateralmente pelas empresas réis, sobre as quais as partes autoras ainda não se manifestaram;

f) os prazos para cumprimento das medidas, segundo a manifestação das réis se revelaram insuficientes;

g) o atual estado do processo de origem permite afirmar que está comprovado nos autos apenas o valor de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e esse montante é insuficiente para satisfazer as necessidades específicas da ação civil pública;

h) a determinação de múltiplas garantias é decorrência da enormidade do dano causado e “o prolator da decisão ponderou sobre o deferimento das medidas adotadas até aquele momento, inclusive de caráter financeiro.

Conclusão

Não obstante a afirmação da empresa Samarco (agravante no AI 0002453-41.2016.4.01.0000) de já haver “promovido o depósito judicialmente pretendido”, chamado a se manifestar, o juízo informou que, até agora, foi comprovado apenas o depósito de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais).

Portanto, permanece a obrigação da Samarco de demonstrar junto ao juízo de primeiro grau o atendimento da obrigação pecuniária imposta.

Diante da dimensão do dano, o acautelamento inicial do valor de dois bilhões de reais afigura-se necessário para garantir a execução do plano de recuperação dos danos e terá o condão de organizar a destinação dos recursos que serão despendidos nas ações de recuperação do meio ambiente e da situação socioeconômica das populações atingidas.

A decisão proferida pela Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF 3º Região) na Reclamação nº 31.935/MG deferiu a liminar requerida pelo Ministério Público Federal, determinando a suspensão do acordo homologado pela Coordenadora Geral do Sistema de Conciliação – SistCon do TRF – 1ª Região e prestigiando a competência do Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais em relação aos demais, (cito):

“... a definição da competência do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais teve por premissa, além do notório interesse público federal presente na lide, a natureza coletiva da demanda, bem assim o fato de já tramitarem naquele juízo as ações civis públicas mencionadas acima, com objeto mais amplo.”

As consequências potencialmente nocivas da sobreposição de constrições (dispersão de esforços e recursos, eventual inviabilização da empresa e possíveis efeitos deletérios de ordem social e trabalhista) foram mitigadas pela aludida definição de competência daquele juízo e serão, por óbvio, objeto de consideração por parte do magistrado de primeiro grau.

Assim, cabe ao Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais centralizar a execução do plano de recuperação dos danos e organizar a destinação dos recursos que serão despendidos nas ações de recuperação do meio ambiente e da situação socioeconômica das populações atingidas, tanto mais diante da suspensão, pelo STJ, do acordo entabulado entre as partes.

Os prazos conferidos à agravante para efetivação das medidas de contenção e reparação dos danos poderão, a critério do juízo *a quo*, ser readequados à complexidade da

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0002627-50.2016.4.01.0000/MG

execução de cada providência determinada de modo também a evitar que a respectiva multa diária por descumprimento prevista em sua decisão (fixada em R\$ 150.000,00 – cento e cinquenta mil reais) se revele injusta e, desproporcional, ou, eventualmente, insuficiente.

Não havendo relação de prejudicialidade entre o presente recurso e a Reclamação nº 39.935/MG, em curso no Superior Tribunal de Justiça, **NEGO** o pedido de adiamento do julgamento do agravo formulado pela União.

Pelo exposto, consoante a fundamentação acima expendida, **RECONHEÇO E DECLARO A NULIDADE** da homologação do acordo concretizado na audiência do dia 05/05/2016 (cfe. ata fl. 2905/2928), e, em consequência, prosseguindo no julgamento, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento.

Em consequência **JULGO PREJUDICADOS** os embargos de declaração opostos pela agravante (fls. 2643/2648) contra a decisão proferida às fls. 2625/2628, estando também prejudicados os embargos de declaração comunicados pelo Ministério Público Federal.

Dê-se imediato conhecimento acerca deste julgamento à Sua Excelência, a Ministra Relatora da Reclamação nº 39.935/MG, no Superior Tribunal de Justiça, assim como ao Juízo *a quo*.

É como voto.

Desembargador Federal **NÉVITON GUEDES**
Relator