

Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
v. 30 n. 1/2 janeiro/fevereiro 2018

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 30	n. 1/2	p. 1/212	janeiro/fevereiro 2018
---------	----------	-------	--------	----------	------------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Souza Prudente – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

Edição

Ana Alice Reis da Costa

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Scapellato Cruz

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Milena Lima Pereira Araújo

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – NUGRA/SECGE

Tiragem: 800 exemplares

Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

Seção de Apoio à Revista – Serev/Cojud/TRF1

SAS Sul – Quadra 1 – Bloco C – Ed. Anexo I – Sala 110

70.096-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3410-3572 e 3410-3582

E-mail: cojud-revista@trf1.jus.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

A Revista realiza a diagramação, conferência com os originais, padronização e revisão textual das matérias, em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008), com a NBR 6021/ABNT e com projeto editorial próprio.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Disponível também em:

<<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) - . – Brasília: TRF 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

1. Direito, periódico. 2. Tribunal regional federal, jurisprudência,
periódico, Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região, 1.) (TRF1)

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Conselho Editorial

Membros Internos

Hilton Queiroz
I'talo Mendes
João Batista Moreira
Jirair Aram Meguerian
Olindo Menezes
Mário César Ribeiro
Cândido Ribeiro
Carlos Moreira Alves
José Amílcar Machado
Daniel Paes Ribeiro
Souza Prudente
Maria do Carmo Cardoso
Francisco de Assis Betti
Ângela Catão
Mônica Sifuentes
Kassio Marques
Néviton Guedes
Novély Vilanova
Ney Bello
Marcos Augusto de Sousa
João Luiz de Sousa
Gilda Sigmaringa Seixas
Jamil de Jesus Oliveira
Hercules Fajoses
Carlos Augusto Pires Brandão
Francisco Neves da Cunha
Daniele Maranhão

Membros Externos

Adilson Abreu Dallari
Dalmo de Abreu Dallari
Dias Toffoli
Felício Pontes Júnior
Fernando da Costa Tourinho Filho
Flávia Piovesan
Guilherme de Souza Nucci
Herman Benjamin
Humberto Theodoro Júnior
Ives Gandra da Silva Martins
Ivo Dantas
Janaina Paschoal
Jorge Miranda
José Afonso da Silva
José Joaquim Gomes Canotilho
José Renato Nalini
José Rubens Morato
Luiz Fux
Luiz Guilherme Marinoni
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Miguel Reale Junior
Nabor Bulhões
Nelson Nery Júnior
Odete Medauar
Paulo Bonavides
Raquel Dodge
Rodolfo de Camargo Mancuso
Ronaldo Poletti
Toshio Mukai
Sérgio Cruz Arenhart
Sérgio Ferraz
Virgílio Afonso da Silva
Walter Polido

Adilson Abreu Dallari

Advogado. Consultor jurídico. Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Conselho Científico da SBDP. Ex-secretário municipal de administração de São Paulo. Professor de Direito Urbanístico e Ambiental da pós-graduação da PUC/SP. Membro do Núcleo de Altos Temas (NAT) do Secovi/SP e do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da Fiesp.

Dalmo de Abreu Dallari

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor doutor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, da qual foi presidente. Membro da Associação Brasileira de Juristas Democratas. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – Iasp. Professor catedrático da Unesco na cadeira de Educação para a Paz, Direitos Humanos e Democracia e Tolerância, criada na Universidade de São Paulo.

Dias Toffoli

Ministro vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Foi Advogado-Geral da União. Atuou como subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Ex-chefe de gabinete da Secretaria de Implementação das subprefeituras do Município de São Paulo. Atividades docentes: professor da Escola da Magistratura da Associação dos Magistrados do Distrito Federal – Amagis e do UniCeub. Professor colaborador do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Felício Pontes Júnior

Jurista. Palestrante. Conferencista. Procurador Regional da República. Mestre em Direito Constitucional e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC–RJ.

Fernando da Costa Tourinho Filho

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Membro aposentado do Ministério Público de São Paulo. Membro emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Professor doutor de Direito Processual Penal em diversas universidades federais.

Flávia Piovesan

Jurista. Conferencista. Parecerista. Procuradora do Estado de São Paulo. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP. Professora de Direitos Humanos dos Programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC–PR e da *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilha, Espanha). Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Secretária Especial de Direitos Humanos do Governo interino de Michel Temer (2016).

Guilherme de Souza Nucci

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre (1996) e doutor (1998) em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC–SP. Livre-docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004).

Herman Benjamin

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Direito pela University of Illinois College of Law. Membro do Conselho Diretor da Comissão Fulbright. Fundador e codiretor da Revista de Direito Ambiental (RT). Foi membro e relator-geral da Comissão de Juristas do Projeto de Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente do Ministério da Justiça e membro da Comissão de Juristas da ONU sobre crimes

contra o meio ambiente. Foi copresidente do INECE – International Network on Environmental Compliance and Enforcement (Rede Mundial de Órgãos e Entidades de Implementação Ambiental). Foi conselheiro do Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente. Atividades docentes: professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Illinois. Ex-professor visitante do Curso de Verão em Direito Ambiental e do Consumidor da Faculdade de Direito, Universidade Católica de Louvain-la-Neuve, Bélgica. Ex-professor da Faculdade de Direito, FMU, São Paulo. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Humberto Theodoro Júnior

Jurista. Parecerista. Conferencista. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor de diversas faculdades de Direito em Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Integrou a comissão de juristas encarregados pelo Senado Federal da elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2009/2010).

Ives Gandra da Silva Martins

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor pela Universidade Mackenzie. Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifio, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Professor honorário das Universidades *Austral* (Argentina), *San Martin de Porres* (Peru) e *Vasili Goldis* (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da Pontifícia Universidade do Paraná, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Membro das Academias Internacional de Cultura Portuguesa (Lisboa), Lusíada de Ciências, Letras e Artes Internacional de Direito e Economia, Brasileira de Filosofia, Brasileira de Letras Jurídicas, Paulista de Letras, Paulista de História, Paulista de Educação, Paulista de Direito e Paulista de Letras Jurídicas. Membro de diversas bancas examinadoras de concursos públicos. Membro do Comitê Científico (*Seccion Fenomenologia*) *Revista Electronica de Semiotica y Fenomenologia Juridicas*, Argentina.

Ivo Dantas

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre-docente em Direito Constitucional – UERJ e em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Membro do Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional México). Membro do Consejo Asesor del Anuario Ibero-Americano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Professor orientador visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal do Trabalho (aposentado).

Janaína Paschoal

Advogada. Jurista. Conferencista. Parecerista. Professora da Universidade de São Paulo. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2002).

Jorge Miranda

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde ministra aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento e é presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Doutor pela Universidade de Lisboa (1979). Professor honorário da Universidade do Ceará (Brasil) e doutor *honoris causa* de várias instituições como a Universidade do Porto (Portugal), a Universidade de Lovaina (Bélgica), a Universidade de Vale do Rio dos Sinos (Porto Alegre, Brasil) e a Universidade de Pau (França). Investigador principal, no âmbito do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP), do projeto de investigação plurianual com o título *Informal Changes in Constitutional Law*, com um enfoque na problemática da “Mutação Tácita” da Constitui o no Direito Constitucional Português, Europeu e da América do Sul. Participou ativamente na reda o da Constitui o Portuguesa e das Constitui es de Timor-Leste e de São Tomé e Príncipe.

José Afonso da Silva

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Livre-docente de Direito Financeiro, de Processo Civil e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e da Associa o Brasileira de Constitucionalistas Democráticos, da qual foi presidente e fundador. Participou da Assembleia Constituinte que elaborou a Constitui o Federal Brasileira de 1988.

José Joaquim Gomes Canotilho

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, onde foi vice-reitor. Prepar o para o doutorado em Freiburg e Heidelberg, na Alemanha. Conselheiro de Estado. Membro da Comissão para a Revisão do Conceito Estratégico da Defesa Nacional. Administrador não Executivo da Funda o *Calouste Gulbenkian*. Membro do Conselho Superior do Ministério Público.

José Renato Nalini

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Imortal da Academia Paulista de Letras e membro da Academia Brasileira da Educa o.

José Rubens Morato

Jurista. Pesquisador na área de Direito Ambiental. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco do CNPq. Professor no curso de Direito da Universidade de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutor pelo *Centre of Environmental Law*, Macquarie University (Sydney, Austrália). Doutor em Direito Ambiental pela UFSC. Mestre em Direito pela *University College London*. Membro representante da UFSC no *Consema/SC*. Membro e consultor da IUCN – *The World Conservation Union – Commission on Environmental Law (Steering Committee)*. Vice-presidente do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. Membro do Conselho Científico da *Revista de Direito Ambiental* da Editora Revista dos Tribunais. Sócio-fundador da Aprodab – Associa o dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

Luiz Fux

Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Foi promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, juiz e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Atuou como juiz eleitoral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foi, entre os anos de 2001 e 2011, ministro do Superior Tribunal de Justiça. Atividades docentes: professor da UERJ – Universidade

do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Cepad – Centro de Estudos, Pesquisa e Atualiza o em Direito. Professor convidado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Chefe do Departamento de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro do Conselho da Justiça Federal. Jurista. Palestrante. Conferencista.

Luiz Guilherme Marinoni

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor da especializa o da *Universidade Del Litoral* (Argentina) e do doutorado da Pontifícia Universidade Católica (Chile). Pós-doutor pela Universidade Estatal de Milão e *Visiting Scholar* na *Columbia University* (EUA). Ex-procurador da República e ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Se o de Curitiba.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Jurista. Parecerista. Conferencista. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora aposentada como titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo. Porém, continua vinculada aos cursos de p s-gradua o da mesma faculdade, orientando alunos para mestrado e doutorado, além de ministrar cursos de especializa o como professora convidada. Foi chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de lei que resultou no Código de Defesa do Usuário de Serviço Público do Estado de São Paulo (Lei 10.294/1999). Integrou a comissão de juristas que elaborou a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) e presidiu a comissão de juristas que preparou o anteprojeto de lei sobre reforma da organiza o administrativa brasileira.

Miguel Reale Junior

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo. Foi ministro da Justiça no ano de 2002. Membro da Academia Paulista de Letras, bem como da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Foi secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo; presidente do Conselho Federal de Entorpecentes – Cofen,  rg o ligado ao Ministério da Justiça. Foi membro da Comissão Elaboradora da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execu o Penal.

Nabor Bulhões

Jurista. Parecerista. Conferencista. Advogado. Professor da Universidade Federal de Alagoas de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão Revisora do Código Penal. Membro da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a elabora o de Anteprojeto de Reforma do Código Penal (2011/2012). Membro da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário – OAB/AMB. Membro da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Judiciário do Conselho Federal da OAB (2004). Ex-curador em matéria de Direito Internacional em processos de homologa o de sentenças estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por designa o de suas Presidências. Membro da Comissão de Concurso do TRF 1  Região para provimento de cargo de juiz federal substituto (2014/2015). Membro honorário vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de ex-presidente seccional.

Nelson Nery Júnior

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Livre-docente. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*. Professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Unesp. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Árbitro em diversas câmaras de arbitragem do Brasil e do Exterior, destacando-se as do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, da Câmara de Comércio Brasil-Portugal. Está também habilitado a atuar como *Amicus Curiae* e elaborar *Affidavits*. Foi procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo por 27 anos. É membro da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht* (Alemanha), da *International Association of Procedure Law*, da *Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal*, da Academia Brasileira de Direito Civil, da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*. Coautor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), é membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Letras Jurídicas, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Fundou a União dos Juristas Católicos de São Paulo, da qual é diretor-tesoureiro.

Odete Medauar

Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutrinadora. Mestre e doutora em Direito do Estado. Livre-docente em Direito Administrativo. Docente na USP desde 1972. Professora titular da USP desde 1993. Foi procuradora do Município de São Paulo e diretora do Departamento de Desapropriação da Prefeitura de São Paulo.

Paulo Bonavides

Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em Fortaleza. Foi professor do Seminário Românico da Universidade de Heidelberg, na Alemanha; e, no Brasil, professor assistente na Universidade Federal do Ceará, após a conquista da livre-docência. Professor visitante na *Universität zu Köln* (Alemanha), na *University of Tennessee* (EUA) e na Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa, Universidade Federal do Rio de Janeiro, *Universidad Nacional de Córdoba* (Argentina), *Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Peru) e Universidade de Fortaleza (Ceará, Brasil). Fundador e presidente do Conselho Diretivo da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Atualmente, faz parte da Comissão Especial de Apoio à Emenda Constitucional por Iniciativa Popular do Conselho Federal da OAB.

Raquel Dodge

Procuradora-geral da República. Jurista. Conferencista. Membro do Ministério Público Federal desde 1987, promovida por merecimento aos cargos de procuradora regional da República e de subprocuradora-geral da República. Mestre em Direito pela Harvard Law School – LL.M., 2007. *Fellow* do Programa de Direitos Humanos da Harvard Law School (2005-2006). *Visiting Researcher* do Programa de Pós-Graduação da Harvard Law School (2007-2008). Mestrado em Direito e Estado (1983-1986) pela Universidade de Brasília. Atuou na equipe que redigiu o I Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil, e na I e II Comissão para Adaptar o Código Penal Brasileiro ao Estatuto de Roma (2003 a 2006).

Rodolfo de Camargo Mancuso

Jurista. Palestrante. Conferencista. Professor Associado da Universidade de São Paulo. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo e livre-docência pela mesma universidade.

Ronaldo Poletti

Advogado. Jurista. Conferencista. Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos e da “Notícia do Direito Brasileiro”, órgão oficial daquela Faculdade. Presidente da União dos Romanistas Brasileiros – URBS. Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Ex-consultor-geral da República e ex-consultor jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

Sérgio Cruz Arenhart

Jurista. Conferencista. Procurador da República. Pós-doutor pela *Università degli Studi di Firenze* (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro de corpo editorial da *Gênesis, Revista de Direito Processual Civil*. Membro do corpo editorial da *Revista Jurídica* (Porto Alegre).

Sérgio Ferraz

Advogado. Jurista. Parecerista. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro honorário vitalício do Coadem (Colégios e Ordens dos Advogados do Mercosul). Ex-consultor jurídico do Ministério da Justiça. Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Comissão de Direito da Biotecnologia da UIA (Union Internationale des Avocats). Membro vitalício do Senado da UIBA (Unión Iberoamericana de Abogados). Professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-docente (Direito do Trabalho) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Toshio Mukai

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Ex-professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Ex-procurador do Município de São Paulo. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ).

Virgílio Afonso da Silva

Jurista. Conferencista. Palestrante. Professor titular de Direito do Estado da Universidade de São Paulo. Livre-docente em Direito Constitucional (USP). Foi pesquisador do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, Alemanha e na Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha. Mestre em Direito do Estado. Doutor em Direito (Universidade de Kiel, Alemanha).

Walter Polido

Advogado. Jurista. Consultor jurídico e parecerista. Mestre em Direito das Relações Sociais, com concentração em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor convidado da FGV-SP e RJ (pós-graduação em Direito do Seguro e Resseguro), do Cesusc – Florianópolis – SC (pós-graduação em Direito Ambiental), do COGAE-PUC (pós-graduação em ciências atuariais e resseguro), da Escola Superior Nacional de Seguros – Funenseg (mentor e coordenador acadêmico dos Cursos de Extensão em Resseguro Avançado e de Fundamentos dos Seguros de Responsabilidade Civil, Riscos Profissionais e Riscos Ambientais; também do MBA - Gestão Jurídica de Seguro e Resseguro). Fundador e ex-presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Meio Ambiente da Aida – Associação Internacional de Direito do Seguro – Seção Brasil. Membro conselheiro e secretário do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem do Ciesp/Fiesp.

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – julho/2001

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
setembro/2009 – setembro/2010

Desembargador Federal I'talo Mendes
outubro/2010 – maio/2012

Desembargador Federal João Batista Moreira
junho/2012 – abril/2014

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
maio/2014 – abril/2016



Desembargador Federal Souza Prudente
a partir de maio/2016

A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nesta edição relativa ao bimestre de janeiro/fevereiro de 2017, apresenta-nos artigos jurídicos de elevado nível jurídico, a saber: *I – O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo*, do Juiz Federal e mestre em Direito pela Universidade de Harvard, *Pedro Felipe de Oliveira Santos*, na consideração conclusiva de que “este é o estado da arte atual: um conjunto numericamente considerável de países veiculam constituições escritas, as quais organizam as estruturas do poder político (power map), apresentam um catálogo relativamente comum de direitos fundamentais e dispõem de cortes constitucionais que resolvem conflitos morais complexos sob a linguagem dos direitos e dos princípios impessoais, mediante técnicas interpretativas de ponderação. A construção de um paradigma de constitucionalismo calcado sobre estruturas normativas e institucionais similares em diversos países consistiu em elemento estrutural e cultural precursor de pelo menos três circunstâncias: (i) a aproximação dogmática entre as jurisdições constitucionais, na medida em que as cortes passam a pesquisar como as demais funcionam e decidem; (ii) a transformação das cortes em desaguadouro dos conflitos morais e políticos de toda ordem e escala; e (iii) o alto grau de presença do Judiciário na vida social. Essas três circunstâncias são a base fática do surgimento de três grandes discussões teóricas que atualmente dominam o mainstream do Direito Constitucional: (i) a popularização do fenômeno de ‘empréstimo de ideias constitucionais’; (ii) a judicialização da vida social e política; e (iii) o discurso dicotômico entre as condutas minimalista e ativista do Poder Judiciário. Embora não sejam recentes, os doutrinadores constitucionais têm produzido, já há algum tempo, um repertório relativamente comum de críticas à jurisdição constitucional. Lançando o olhar para o futuro, tarefa essencial consiste em analisar criticamente o atual estado da arte e perceber o quanto essas discussões têm efetivamente tematizado as realidades e as necessidades das diversas culturas políticas, de modo a apontar algumas reorientações teóricas — ou novos questionamentos — que poderiam torná-las mais responsivas às novas complexidades que se descortinaram nos últimos anos.” [...]. “Desde a década de 1950, o constitucionalismo se reinventou, incorporou novos significados, significantes e propósitos, e ocupou o espaço decisório do Poder Judiciário. Mais ainda, o constitucionalismo globalizou-se, descortinando uma era de migrações e de fertilizações cruzadas de ideias constitucionais de intensidade sem precedentes. Impõem-se avançar com o debate constitucional e tematizar as novas problemáticas que o constitucionalismo global apresenta. O futuro da jurisdição constitucional, no paradigma do engajamento comparativo atualmente vigente, perpassa pelo menos duas aspirações de realinhamento teórico, as quais que visam a qualificar a intervenção judicial no mundo político, econômico e social. A aspiração metodológico-discursiva assevera que, para que o constitucionalismo se torne efetivamente global, é preciso que se respeitem os limites contextuais do engajamento comparativo. Trata-se de um convite para se refletir sobre as possibilidades e as limitações da migração de ideias constitucionais no âmbito da jurisdição constitucional. Essa tarefa impõe às cortes uma metodologia mais apurada no ato de referenciar julgados e teorias estrangeiras, com vistas a evitar o transplante acrítico, prática tão comum entre as cortes hodiernamente. A aspiração político-funcional reconhece que, especialmente em ambientes políticos disfuncionais e com alto grau de judicialização da política e da vida social, o Poder Judiciário pode assumir uma tarefa catalisadora do funcionamento das instituições democráticas,

devolvendo ao processo político temas dele retirados prematuramente e provendo incentivos de atuação coordenada a players institucionais. Essa aspiração também é um convite para que as cortes reflitam mais sobre o conteúdo das injunções que impõem — e invistam no (re)desenho dos remédios constitucionais. Mais importante do que o grau de intervenção judicial é a substância da injunção em si, os alvos que ela pretende atingir e as estruturas que ela pretende atacar e preservar. Esses elementos não podem ser desprezados pela jurisdição constitucional. Em suma, quando as formas jurídicas e as teorias críticas parecem não mais responsivas às especificidades e às complexidades do mundo fenomênico, é tempo de realinhar questionamentos, propor novos debates, abrir novas frentes de pesquisa e testar outras intuições. Pensar o futuro demanda abertura ao novo e, principalmente, uma análise crítica do que efetivamente as instituições representam para a cultura política de cada sociedade, bem como do que cada cultura política espera de suas instituições.”; II – Barragens: quais os riscos garantidos pelos seguros contratados?, do advogado, jurista e mestre em Direito das Relações Sociais, Walter Polido, na compreensão de que “as coberturas para as categorias de danos e interesses mencionados nos itens precedentes têm propiciado o surgimento de várias situações de conflitos nos últimos anos no mercado segurador brasileiro. Este cenário, em razão da ocorrência de sinistros catastróficos, envolvendo múltiplos tipos de perdas e danos e nem sempre perfeitamente definidos nos clausulados das respectivas apólices existentes e que foram contratadas pelos empreendedores das diversas atividades econômicas, não pode mais prevalecer. Com relação a algumas dessas ocorrências emblemáticas, verdadeiros leading cases, nenhum player do mercado poderá passar incólume a elas e sem atentar para as lições que apresentaram, inclusive sugerindo a alteração dos procedimentos de subscrição, se de fato eles se mostraram conflituosos no momento dos ajustamentos dos respectivos sinistros. Esta categoria de acontecimentos cria precedentes sobre os quais gravitarão outros casos no futuro. Por sua vez, se nenhuma mudança ocorrer, apesar de se mostrarem necessárias, os mesmos conflitos se repetirão e em prejuízo de todas as partes, o que não é razoável nem mesmo desejável acontecer. Os sinistros emblemáticos devem servir de aprendizado para todos os players do mercado segurador, sempre e invariavelmente. [...]. No atual momento da sociedade brasileira, e em face de vários acontecimentos marcantes, não há sinal de que o tema seguro ambiental compulsório se eternizará por muito mais tempo e sem qualquer decisão a respeito, notadamente no âmbito legislativo, ainda que o mercado de seguros se mantenha distante das discussões. Haverá, sem dúvida, algum tipo de determinação legal. Com base nessa perspectiva, seria desejável que todos os interesses pudessem convergir para o modelo mais plausível e razoável na promulgação da norma legislativa determinante ao invés dela ser promulgada lateralmente, sem a participação efetiva do mercado segurador. O tema é transversal, uma vez que envolve várias áreas de conhecimento, assim como tipos de normas e mesmo diferentes instituições públicas e privadas: Legislativo; Executivo; seguradoras; setor financeiro. Com base nessa visão multifacetada, pode-se extrair do ensinamento de Derani a seguinte perspectiva: ‘essa confluência de interesse público e privado se estabelece muito mais numa necessária solidariedade em torno de objetivos forçosamente comuns’. A discussão mais ampla do assunto não pode ser reduzida ao seguro ambiental, até porque há outros tipos de garantias e não ofertados por seguradoras. Poderão coexistir, inclusive, assim como mencionaram Rios e Salgueiro no relato sobre as discussões que foram travadas na Espanha: ‘um pacote com opções

diferentes que se complementam (como um seguro e fundos próprios.)'. Nesta linha de entendimento, também os bancos precisam entrar nessa discussão. Ainda que o mercado segurador nacional não possa atender no futuro e em face de uma lei impositiva do seguro ambiental, melhor seria que esta provável reação adversa pudesse ser convertida em boas práticas e para o bem comum da sociedade. Se o seguro ambiental puder ser estabelecido legalmente na condição de uma entre as opções dos diferentes tipos de garantias financeiras, não há dúvida de que ele se transformará em forte instrumento garantidor para as mais diversas atividades econômicas, inclusive confirmando a natureza já determinada pela Lei 6.938, de 1981, art. 9º. Há, neste sentido, a possibilidade de o Brasil e o Mercado Segurador Nacional se filiarem à modernidade e conforme os procedimentos já praticados pelos países desenvolvidos há décadas. No sentido diametralmente contrário, ao invés de avançarmos para o novo, podemos permanecer inertes e prestigiarmos o status quo atual e já conhecido de todos, o qual é pautado na indecisão que sempre permeou este tema, desde os primeiros projetos de lei surgidos no Congresso Nacional sobre o assunto. A escolha é só nossa.”; III – Direitos e proteção jurídica dos animais, do advogado, jurista, mestre e doutor em Direito, Toshio Mukai, que, após detida análise doutrinária e legislativa nessa matéria, afirma que “entre nós, membros do Direito Ambiental, umas das questões menos ventiladas, objeto de artigos, decisões judiciais e mesmo de obras jurídicas, é aquela que trata da proteção jurídica dos animais.”; IV – Inteligência artificial: algumas considerações, dos advogados, juristas e professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Sergio Ferraz e Victor Del Nero, na observação de que “o desenvolvimento inimaginável do universo da inteligência artificial de há muito extravasou os limites da pesquisa científica e invadiu o cotidiano da vida humana. E o fez com tal amplitude e tal profundidade que o Direito se viu convocado a aprofundar-se, com seus instrumentos e suas finalidades, nessas fronteiras instigantes. [...]. O Direito tem um papel importantíssimo na temática da AI. Tal papel centra-se sobretudo em duas vertentes: a do estudo do regime de responsabilidades decorrentes de atos ou omissões conectados com o emprego de AI, bem como das sanções aplicáveis em tais casos; a da prevenção a tais danos, o que supõe o estabelecimento de um código de ética, contendo regras básicas para a criação e programação de sistemas inteligentes ou para a substituição robótica às atividades humanas.”; V – Programa de Compliance ou Programa de Integridade, o que isso importa para o Direito brasileiro?, do Subprocurador-Geral da República, mestre e PhD em Direito, Antônio Fonseca, na conclusão de que “existe uma citação atribuída ao escritor francês, Albert Camus, que diz: ‘Integridade não precisa de regras’ (L’intégrité n’a pas besoin de règles). O humano que passou a vida toda só fazendo o certo por convicção e baseada em valores viveu num mundo de sábios ou sem regras, ou em ambos. Não parece correto sugerir que compliance está para regras assim como integridade está para valores. Cada um dos sistemas de ética — compliance e integridade — precisa de regras e valores. Integridade é um convite à perfeição, o que não existe na palavra compliance; mas integridade perfeita é utopia. É crucial que todos os agentes públicos ou privados tenham a consciência disso e percebam que todos são suscetíveis à corrupção e, portanto, estão sujeitos às sanções legais; daí devem seguir mecanismos de prevenção e que, tendo caído, exista para eles uma chance de mudar. Encorajar a mudança é a função do todo sistema de gestão da ética. Quando se fala em regras, se quer dizer regras escritas, não escritas e procedimentais ou técnicas. Um certo número de regras, claras e razoáveis ou

consistentes, são indispensáveis aos dois tipos de sistemas; o que parece relevante se destacar em ambos os sistemas é o risco como ponto de partida para fundamentar ou calibrar a implementação e ajustes contínuos de mecanismos sustentáveis de prevenção à corrupção. O risco poderá atender, em certa medida, alguma convicção sobre o que é certo, mas projeta, necessariamente, uma imposição ética da busca calibrada do certo. No tema de prevenção à corrupção ou de sistema de gestão da ética, o Brasil tem uma experiência insipiente, inspirada formalmente nas experiências norte-americana e do Reino Unido. Mas o Brasil não tem grandes experiências de discricção na administração do Direito nem no seu cumprimento (enforcement), próprios dos dois citados países; eles mesmos estão posicionados em polos opostos dos eixos de regime de ética, integridade e compliance, na classificação da OCDE. O espelho formal da integridade adotado pelo Brasil está em testilha com a sua origem de Administração Pública baseada em regras, controle, processos e hierarquia, em oposição a uma ética de resultados. Daí ao se instituir um sistema de gestão centrado na integridade, as autoridades incumbidas de concretizar esse princípio-norma devem construir uma identidade lógica para o sistema, em obséquio à tradição legal. Quando falha o desígnio humano do fazer o certo, haja ou não convicção acerca do que seja o certo, e o malfeito impera, só resta o controle, a repressão autorizada pelo Estado de direito. A quebra da lei é um fenômeno que ocorre em qualquer lugar, país ou sistema. Reprimir adequadamente o malfeito também requer uma iniciativa para fazer o certo, que depende de recursos, expertise e, por vezes, do apoio da sociedade. Para fazer o certo e corrigir o malfeito não basta, enfim, a boa vontade ou a convicção do agente.”; VI – Foucault e Gadamer: olhares sobre hermenêutica, da Juíza Federal e mestre em Filosofia, Célia Regina Ody Bernardes, na inteligência conclusiva de que “o que está em questão, para Foucault, é a recusa da identidade, pois ser identificado equivale a ser localizado pelo poder, razão pela qual a luta mais importante é a travada contra a submissão da subjetividade, sendo a história uma construção (não uma fatalidade), e o presente, um lugar de dominação, manipulação e destino, ao mesmo tempo que um lugar de luta, resistência e transgressão que abre novas possibilidades de experiência para os sujeitos historicamente constituídos. Justifica-se, assim, o interesse de Foucault pelas ‘técnicas de si’, procedimentos pelos quais tanto se pode fixar ou manter uma identidade como transformar o indivíduo de acordo com fins determinados, como a construção de novos espaços de liberdade. E é exatamente para esta finalidade que o pensamento desempenha um papel fundamental, qual seja, o de abrir em nossos jogos sociais, tão regrados e refletidos, ‘um novo espaço livre’. De modo que a ‘experiência’ se apresenta como a correlação entre domínios de saber, tipos de normatividade e formas de subjetividade que ocorre em uma determinada cultura. Para finalizar, pode-se afirmar que a crítica arqueogenealógica de Foucault se pretende ‘uma prova(ção) histórico-prática dos limites que podemos superar’, ou seja, um ‘trabalho de nós mesmos sobre nós mesmos enquanto seres livres’. A convicção de estar desenvolvendo um ‘trabalho paciente’ que contribui para dar ‘forma à impaciência da liberdade’ — articulando, de um lado, a análise histórica dos limites (plano do assujeitamento) e, de outro, a construção de estratégias que possibilitem a superação desses limites (plano da subjetivação) — é uma das poucas certezas produzidas por um espírito como o de Foucault, coerente o suficiente para se manter incoerente, fiel à atividade filosófica o bastante para permanecer infiel até mesmo a seu próprio pensamento.”

No valioso acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, destacam-se, em defesa da vida, as decisões colegiadas da Quinta Turma, sob minha relatoria, na determinação de que, na hipótese dos autos, em se tratando de edificação erguida nos limites do Parque Nacional de Brasília (área *non aedificandi*) e constatada, por meio de competente prova pericial, a ocorrência de dano ambiental, impõe-se a recuperação da área degradada e a demolição das construções edificadas, em flagrante afronta à legislação de regência. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. “A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável ‘risco ou custo normal do negócio’. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (=prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério” (REsp 1145083/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, *DJe* de 04/09/2012; AC 2009.34.00.031740-2/DF, decisão unânime, *e-DJF1* de 19/10/2017, e da Sexta Turma, da relatoria do eminente Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, na compreensão de que, no Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração (Belo Sun), com impactos relevantes em terra indígena, a elaboração de Estudo de Componente Indígena (ECI) não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas (AC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 1.111, de 29/10/2013) – HC 0002505-70.2013.4.01.3903/PA. Unânime e julgado em 06/12/2017.

Desembargador Federal Souza Prudente

Diretor da Revista TRF 1ª Região

Artigos Doutrinários.....23

O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo, **23**

Pedro Felipe de Oliveira Santos

Barragens: quais os riscos garantidos pelos seguros contratados?, **45**

Walter Polido

Direitos e proteção jurídica dos animais, **63**

Toshio Mukai

Inteligência artificial: algumas considerações, **69**

Sergio Ferraz e Victor Del Nero

Programa de *Compliance* ou Programa de Integridade, o que isso importa para o Direito brasileiro?, **77**

Antonio Fonseca

Foucault e Gadamer: olhares sobre hermenêutica, **95**

Célia Regina Ody Bernardes

Inovações Legislativas.....107

Lei 13.590, de 04/01/2018.

Lei 13.603, de 09/01/2018.

Lei 13.604, de 09/01/2018.

Lei 13.608, de 10/01/2018.

Decreto 9.263, de 10/01/2018.

Julgados de Questões Processuais Relevantes.....109

Rescisória. Improcedência. Ação como sucedâneo recursal. Impossibilidade, **109**

Ação Rescisória 0022093-06.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Contrato. Foro de eleição. Inexistência de abusividade. Validade da cláusula, **109**

Conflito de Competência 0032868-70.2017.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

SUS. Cobrança indevida. Prejuízo a particular. Competência da Justiça Estadual, **110**

Apelação Criminal 0015185-33.2012.4.01.3900/PA

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Desapropriação. Comprovação da regularidade fiscal do imóvel. Impossibilidade de compensação tributária, **110**

Agravo de Instrumento 0069007-60.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Organização criminosa. Prisão preventiva. Medidas cautelares diversas da prisão. Ineficácia. Ordem denegada, 111

Habeas Corpus 0053848-38.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Inclusão em estabelecimento penal de segurança máxima. Ausência de determinação de RDD. Denegação da ordem, 112

Habeas Corpus 0036696-74.2017.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Transferência de preso provisório. Prisão de segurança máxima. Ordem denegada, 112

Habeas Corpus 0053303-65.2017.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Ação civil pública. Improbidade. Prescrição. Não ocorrência, 113

Apelação Cível 0026324-68.2010.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Distribuição de *royalties*. ANP. Município detentor de estações de embarque e desembarque, 114

Agravo de Instrumento 0011014-54.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Sector sucroalcooleiro. Indenização. Ausência de liquidez do título exequendo, 115

Apelação Cível 0049916-03.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Crédito rural. Legitimidade ativa e passiva. União. Banco do Brasil. Inscrição em dívida ativa, 116

Numeração única: 0002075-04.2006.4.01.3503

Apelação Cível 2006.35.03.002075-6/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Lei de Acesso à Informação. Lei da Transparência. Irregularidades no sítio eletrônico de município. Verbas federais. Fiscalização, 116

Apelação Cível na Ação Civil Pública 0002016-16.2016.4.01.3810/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Tratamento médico. Falecimento da autora. Perda do interesse processual, 116

Apelação Cível 0001115-06.2015.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Benefício previdenciário. Pensão alimentícia. Desconto indevido. Danos materiais, 117

Apelação Cível 0035673-88.2010.4.01.9199/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Oposição. Ação possessória. Exceção de propriedade. Incabível, 117

Apelação Cível 0001945-64.2014.4.01.4301/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Inclusão de cessionária em polo ativo da execução. Alteração. Resp 1119558/SC. STJ. Art. 543-C do CPC, 118

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0050742-39.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Execução de sentença individual. Prevenção do juízo da ação coletiva, 118

Agravio Regimental em Agravo de Instrumento 0005285-13.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Encerramento de atividades de pessoa jurídica. Parcelamento da dívida. Acordo, 119

Agravio de Instrumento 0043120-16.2009.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Aquisição de veículo automotor. Requisitos não preenchidos para isenção IPI. IRPF. Pensionista. Isenção, 119

Apelação Cível 0078445-61.2014.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

RPV. Expedição de novas requisições. Regularização da representação processual, 121

Agravio de Instrumento 0037753-30.2017.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Usina Hidrelétrica UHE Belo Monte. Implantação. Prejuízos. Indenização, 122

Agravio de Instrumento 0052809-06.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Programa de Regularização Tributária – PRT. Reinclusão. Suspensão da exigibilidade, 124

Agravio de Instrumento 1001472-24.2018.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

IRPJ e CSLL. Débitos em razão de fraude. Suspensão da exigibilidade, 125

Agravio de Instrumento 1002582-58.2018.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Programa Especial de Regularização Tributária – PERT. Recursos retidos pela FN, sem alocação. Migração. Aceitação das condições estabelecidas, 126

Agravio de Instrumento 1014243-68.2017.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Jurisprudência Diferenciada – Julgados em Defesa da Vida..... 129**Fungibilidade recursal. Inadmissibilidade. Hidrocarbonetos. Benzeno. Agente cancerígeno, 129**

Apelação Cível 0007927-38.2013.4.01.3802/MG

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)

Amparo assistencial deferido de modo irregular. Ressarcimento ao Erário. Boa-fé e natureza alimentar da prestação previdenciária, 130Remessa *Ex Officio* 0013969-64.2012.4.01.3600/MT

Relator: Juiz Federal Cristiano Miranda de Santana (convocado)

Pensão por morte. Ausência de prévio requerimento. Contestação de mérito. Interesse de agir caracterizado, 131

Apelação Cível 0000833-76.2015.4.01.9199/RO

Relator: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)

Auxílio-doença/aposentadoria por invalidez. Trabalhador rural. Incapacidade permanente, 132

Apelação Cível 0050223-15.2015.4.01.9199/RO

Relator: Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado)

Direito à visitação. Mulher do preso sob investigação. Proteção à família. Regras de Mandela, 133

Mandado de Segurança Criminal 0022002-03.2017.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Servidor público. Plano de saúde. Alterações. Previsibilidade, 134

Apelação Cível 0040381-02.2002.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Direito individual homogêneo garantido por sentença genérica da ação coletiva. Filiação anterior à propositura da ação, 135

Apelação Cível 0003639-02.2007.4.01.3400 DF

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Contrabando de cigarros. Presença dos requisitos legais da segregação cautelar, 136

Habeas Corpus 0051477-04.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Tráfico internacional de pessoas. Aliciamento de brasileiras. Prostituição em Suriname, 136

Numeração única: 0005596-27.2006.4.01.3900

Apelação Criminal 2006.39.00.005596-7/PA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Improbidade administrativa. Fundos de investimento. Renda fixa. Fiscalização. Bacen, 137

Apelação Cível 0033027-23.2002.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)

Estelionato. SUS. Cobrança indevida. Dolo. Erro e fraude, 138

Numeração única: 0033840-72.2006.4.01.3800

Apelação Criminal 2006.38.00.034582-0/MG

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)

Atentado contra a segurança de transporte fluvial. Excesso de passageiros. Provas insuficientes, 139

Numeração única: 0000578-59.2004.4.01.3200

Apelação Criminal 2004.32.00.000578-9/AM

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Companhia docas do Pará – CDP. Execução de contrato administrativo. Legitimidade de aditivos pactuados. Inexistência de lesão ao Erário, 139

Apelação Cível 0008433-55.2006.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Responsabilidade civil do Estado. Erro de procedimento. Inexistência do nome de candidato, 141

Apelação Cível 0013692-55.2010.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Diploma de doutorado realizado no estrangeiro. Registro, admissão, revalidação por universidade pública federal, 141

Numeração única: 0002545-30.2009.4.01.3600

Apelação Cível 2009.36.00.002545-1

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Menor. Morte em terra indígena. Arma de fogo manejada por silvícola. Segurança armada, 141

Numeração única: 0001777-74.2009.4.01.3901

Apelação e Reexame Necessário 2009.39.01.001788-0/PA

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

SUS. Hospital conveniado. Irregularidades. Ofensa ao direito à saúde, 142

Numeração única: 0000538-79.2006.4.01.3500

Apelação Cível 2006.35.00.000540-5/GO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Anistia política. Reparação econômica e danos morais, 142

Numeração única: 0036465-26.1999.4.01.3800, Apelação Cível 1999.38.00.036609-0/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Desenquadramento da Zona de Produção Secundária do Rio de Janeiro. Percepção de *Royalties*, 143

Apelação Cível 0039805-33.2007.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Fundação Nacional de Saúde. Exposição de guardas de endemias ao DDT. Contaminação indireta. Viúva de servidor, 145

Apelação Cível 0019613-87.2013.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

União. Legitimidade. Tratamento médico. Competência. Procedimento cirúrgico. Tema não analisado em primeiro grau, 146

Agravo de Instrumento 0034891-86.2017.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Concurso público. Exame de saúde. Eliminação. Fundamentos de incompatibilidade entre o fato de ter tido anteriormente câncer de mama e o exercício das funções do cargo pretendido, 147

Apelação Cível 0003299-82.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Fiscalização profissional. OAB. Indeferimento de inscrição. Servidor de Tribunal de Contas Estadual. Hipótese de impedimento, não de incompatibilidade. Exercício da advocacia com restrição, 148

Reexame Necessário 0016096-06.2016.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

***Habeas corpus*. Decisão que designou audiência para o interrogatório. Ausência de oitiva de todas as testemunhas, 149**

Habeas Corpus 0052615-06.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Curso de Infantaria Militar da Aman. Manutenção, 159

Numeração única: 0069392-03.2016.4.01.0000

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Pensão por morte. Suspensão ou cancelamento do benefício, 160

Agravo de Instrumento 0034835-53.2017.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

Tratamento de saúde ou medicamento. Matéria essa submetida ao STJ, em sede de recursos repetitivos, 161

Apelação Cível 0007486-83.2015.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Exceção de pré-executividade. Execução fiscal. Ibama, 162

Agravo de Instrumento 0044911-39.2017.4.01.0000/RR

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Habeas corpus. Crime de lavagem de dinheiro. Desdobramento. Mensalão, 164

Habeas Corpus 0016002-84.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....177

Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Licenciamento ambiental. Violação da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT, 177

Apelação Cível 0002505-70.2013.4.01.3903/PA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Prescrição. Erro sobre a ilicitude do fato. Inexigibilidade de conduta diversa, 193

Apelação Criminal 0001841-32.2010.4.01.3810/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Crime ambiental. (art. 40 da Lei 9.605/1998), 193

Habeas Corpus 0015137-61.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Parque Nacional de Brasília. Área de preservação permanente. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente, 194

Numeração única: 0031163-03.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.031740-2/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Propriedade intelectual. Patente *pipeline*. Extensão da validade, 195

Apelação Cível na Ação Ordinária 2008.34.00.034869-1/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Infração ambiental. Mineradora. Extração de recursos minerais. Funcionamento sem autorização legal, 196

Apelação/Reexame Necessário 0038107-59.2011.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Possessória entre particulares. Área litigiosa cruzada por rios nacionais não demarcados. Local que abriga unidade de conservação e terras indígenas, 197

Agravo de Instrumento 0018831-43.2014.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ibama. Infração Ambiental. Anulação. Transporte de produtos perigosos desacompanhado de autorização, 197

Apelação Cível 0006880-19.2015.4.01.4300/TO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Ibama. Infração ambiental. Anulação. Desmatamento sem autorização. Aplicação de multa. Controle sobre legalidade e adequação da sanção aplicada, 198

Numeração única: 0001741-67.2007.4.01.4300

Apelação Cível 2007.43.00.001741-0/TO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Produção de algodão geneticamente modificado sem autorização prévia da CTNBio,

Apelação Cível 0048026-58.2013.4.01.9199/MT

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Incorporação. Vencimento. Índice de 13,23% a título de recomposição salarial, com respaldo nas Leis 10.697/2003 e 10.698/2003,

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0005078-09.2012.4.01.4100 (2013.34.00.009192-3)/ RO

Relatora: Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho

Servidores ativos e inativos. Direito de paridade no recebimento da GDPST,

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0000277-89.2013.4.01.3817/MG

Relatora: Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho

Multa de 75%. Caráter confiscatório. Descabimento. Caráter pedagógico,

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001256-77.2013.4.01.3000 (2013.30.00.929087-7)/ AC

Relator: Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad.

Aposentadoria por invalidez/auxílio-doença. Improcedência. Preexistência da doença ao ingresso no RGPS,

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001472-81.2014.4.01.4300 (2014.43.00.000898-2)/ TO

Relatora: Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho.

O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Pedro Felipe de Oliveira Santos*

1 Introdução

Na introdução de seu *paper* *The Rise of World Constitutionalism*, Bruce Ackerman propõe ao leitor um exercício de abstração: retroceder à década de 1930 e intuir quais eram as perspectivas do constitucionalismo àquela época. Os prognósticos pareceriam frustrantes: no período crítico entre as duas grandes guerras mundiais, as crises econômica e política que se alastravam pelo Ocidente geraram um descolamento sem precedentes entre as aspirações sociais e o poder das constituições então vigentes de regulação efetiva do processo político. Esse quadro se consubstanciou em vigoroso déficit de legitimidade constitucional em diversos países, dando azo inclusive aos regimes de exceção que floresceram na Europa anos depois. Curiosamente, e na linha contrária à regra geral, a Inglaterra — um Estado sem constituição escrita — gozava de uma democracia pujante, calcada em princípios institucionais historicamente consolidados. Destarte, a fé nas constituições escritas, seja na Europa continental, seja nas Américas, encontrava-se em xeque: o constitucionalismo, nos moldes surgidos das revoluções francesa e americana, parecia uma experiência sem bons prognósticos em longo prazo¹.

Volver o olhar aos dias atuais conduz a uma perplexidade: o constitucionalismo não apenas se reinventou após a Segunda Guerra Mundial, fortalecendo-se nos países já tradicionalmente adotantes de cartas escritas, como também fincou raízes em novas áreas, como na África pós-colonial, nos países asiáticos e na Europa pós-socialista. Constituições escritas que veiculam o pacote formado por *rule of law*, direitos fundamentais e jurisdição constitucional

são uma realidade em todos os continentes. As cortes constitucionais tornaram-se *players* poderosos, cuja atuação diretamente repercute no núcleo das questões políticas, econômicas e sociais das democracias, tenham elas quaisquer matizes ideológicos (liberais ou sociais, conservadoras ou progressistas). A doutrina recorrentemente fala em constitucionalismo global e diálogos entre cortes supremas. Por seu turno, o direito comparado recrudescceu e se tornou disciplina importante nas grades curriculares das universidades.

O presente trabalho inspira-se na abstração de Ackerman para responder uma nova provocação: quais os prognósticos do binômio constitucionalismo-jurisdição constitucional para as próximas décadas?

Pensar o futuro é tarefa arriscada. O estudioso de 1930 jamais conseguiria imaginar a sequência de fatos históricos, políticos e econômicos que conformariam as bases do constitucionalismo global do século XXI: a ascendência e o colapso dos regimes nazista e fascista, a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Guerra Fria, a descolonização africana e asiática, o colapso do regime soviético, a redemocratização da América Latina, entre outros marcos relevantes. Por esse mesmo motivo, este empreendimento não consiste em um exercício de adivinhação futurística sem qualquer base empírica, mas decerto em uma reunião simples de aspirações que a doutrina constitucional apresenta hoje, reunidas mediante análise crítica do atual estado da arte. Em outras palavras, pretende-se responder à seguinte indagação: quais reorientações teóricas tornariam o debate constitucional mais responsivo às realidades e às necessidades das diversas culturas políticas?

Para responder a essa pergunta, o presente trabalho divide-se em duas partes. A primeira parte apresenta uma genealogia do paradigma do constitucionalismo global, para explicar os fundamentos históricos, políticos e jurídicos que levaram à popularização do *engajamento comparativo na jurisdição constitucional*, a partir da segunda metade do século XX. Como precursor desse processo, encontra-se o fato de que um conjunto numericamente considerável de países que veiculam constituições

* Juiz federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Pós-graduado em Direito Internacional Público pela The Hague Academy of International Law. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor colaborador da Universidade de Brasília. Professor titular do Instituto de Direito Público (IDP). Professor titular da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor convidado da Universidade Estadual do Tocantins.

¹ Ackerman, Bruce, *The Rise of World Constitutionalism* (1997). Faculty Scholarship Series. Paper 129.

escritas, as quais organizam as estruturas do poder político (*power map*), apresentam um catálogo relativamente comum de direitos fundamentais e dispõem de cortes constitucionais que resolvem conflitos morais complexos sob a linguagem dos direitos e dos princípios impessoais, mediante técnicas interpretativas de ponderação.

Por seu turno, a segunda parte, mediante análise crítica do atual estágio da arte — consistente em um período sem precedentes de migrações de ideias constitucionais e de alto grau de judicialização da política —, reconhece duas aspirações do constitucionalismo global. Cada uma dessas aspirações reúne uma plêiade de novos questionamentos que se descortinam do exercício da jurisdição constitucional e consistem em proposições de análise para o futuro, quiçá reorientações teóricas que as discussões constitucionais podem promover.

A *aspiração metodológico-discursiva* decorre da necessidade de qualificar a metodologia comparativa exercida pelos tribunais em todo o Globo, de modo a incentivá-los a reduzir os casos de *transplante acrítico* de soluções constitucionais. Afinal, comparar estruturas constitucionais distintas consiste em tarefa contextual, na medida em que constituições não vigoram no vácuo, mas decerto se encontram imersas em uma cultura política que lhe atribui significado e legitimidade, a qual não pode ser desprezada pelo intérprete.

Por seu turno, a *aspiração político-funcional* decorre da análise do fenômeno da *judicialização da política* e das críticas da doutrina ao modo como as cortes se comportam em face da deliberada transferência de temas sensíveis ao Poder Judiciário. Assim, uma vez que não há necessária conexão entre o grau de intervenção judicial e seus eventuais impactos positivos ou negativos no mundo fenomênico, propõe-se ultrapassar o discurso binário e formalista *minimalismo v. ativismo judicial*. Para esse mister, impõe-se problematizar (i) a complexidade da relação entre o Poder Judiciário e as demais instituições políticas, inclusive percebendo novas funções que as cortes constitucionais têm assumido no processo democrático, (ii) e o modo como a construção das soluções para os conflitos constitucionais pode ser aprimorada e dinamizada mediante a interação entre técnicas de interpretação, remédios processuais, linguagem jurídica, técnicas de decisão etc.

2 O constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Nas últimas décadas, as cortes de todo o Globo têm recorrido mais frequentemente a normas e a julgados de Estados estrangeiros e de organismos internacionais para fundamentar decisões em matéria constitucional. O nosso Supremo Tribunal Federal, que historicamente manteve maior alinhamento com as experiências portuguesa, italiana e alemã, na última década diversificou seu engajamento comparativo: citou julgados norte-americanos² para fundamentar a decisão que reconheceu a possibilidade de vigência simultânea de paternidades socioafetiva e biológica³ e a decisão que firmou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília⁴; engajou-se comparativamente na experiência de outras jurisdições para firmar a legalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância⁵; e, mais recentemente, importou a teoria do *estado de coisas inconstitucional*, originária da Corte Constitucional Colombiana, para determinar injunções estruturais no sistema penitenciário brasileiro⁶.

Por sua vez, a Suprema Corte Americana, embora tradicionalmente refratária a pesquisas a experiências alienígenas, considerou elementos comparativos no célebre caso *Roper v. Simmons*⁷, que declarou inconstitucional a aplicação da pena de morte a jovens menores de 18 (dezoito) anos. Nesse julgamento, a corte considerou, entre outros argumentos, que apenas sete países (Irã, Paquistão, Arábia Saudita, Iêmen, Nigéria, Congo e China) haviam realizado execuções dessa espécie de 1993 a 2004. No entanto, em diversos julgados anteriores, a corte já havia se engajado comparativamente para preencher o conteúdo da norma constitucional que proíbe pena “cruel e não

² *Grutter v. Bollinger e Regents of the University of California v. Bakke*

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060, rel. Ministro Luiz Fux.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, rel. Ministro Marco Aurélio.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, rel. Min. Marco Aurélio.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 543 U.S. 551 (2005).

usual” (Oitava Emenda)⁸. Por fim, as resistências conservadoras — nas últimas décadas, notadamente o *Justice Scalia*, que recuperou a doutrina originalista — não impediram referências episódicas a julgados de outras cortes, tal como no caso *Printz*, em que o *Justice Breyer*, em voto vencido, considerou ser constitucional o polêmico *Gun Control Act*, com base em julgados europeus que veicularam conflito similar⁹.

A Constituição da África do Sul dispõe de dispositivo específico que não apenas determina consulta obrigatória ao Direito Internacional, como também autoriza consulta ao direito estrangeiro para a interpretação de direitos fundamentais. No caso *S v. Makwanyane and Another*, a Corte Constitucional daquele país balizou-se em extensa análise de julgados da Índia, da Alemanha e dos Estados Unidos para julgar inconstitucional a aplicação da pena de morte¹⁰.

Esse fenômeno de migração de experiências constitucionais entre jurisdições¹¹ foi catalisado a partir da segunda metade do século XX, em reação a um plexo de elementos de natureza histórica, política e jurídica. O elemento histórico consistiu no recrudescimento do discurso dos direitos humanos; o elemento político, no apogeu do modelo constitucionalista americano desde o pós-guerra; o elemento jurídico, na estruturação das cortes constitucionais das democracias liberais, que intensificaram as suas funções interpretativas e passaram a dialogar entre si com mais frequência. Conforme se analisará a seguir, esses três elementos facilitadores encontram-se intimamente interligados.

2.1 O elemento histórico: apogeu do discurso dos direitos humanos no pós-guerra

O recrudescimento do discurso de direitos humanos na comunidade internacional consubstanciou-se numa das principais reações à ressaca totalitarista pós-Segunda Guerra Mundial. Símbolo desse movimento contrário ao trinômio

fascismo-nazismo-imperialismo foi a reafirmação de que “todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, que inaugura a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Por meio do resgate das ideias iluministas e humanistas que remontam ao constitucionalismo moderno, esse documento reforçou a abstrata noção do ser humano como sujeito de direitos dotado de um plexo de relações jurídicas que lhe resguardam a liberdade de agir e a igualdade de oportunidades, ambos tematizados como elementos centrais de um *standard* mínimo de *dignidade*. Assim como no nascedouro do constitucionalismo moderno, essa dicção consistiu em nova tentativa de controle garantístico do poder político e, por isso mesmo, dirigiu-se primordialmente contra os Estados, enquanto executores das maiores atrocidades contra indivíduos já realizadas, durante a Segunda Guerra.

A DUDH, embora formalmente sem eficácia normativa, consistiu em marco do Direito Internacional que repercutiu sensivelmente no conteúdo dos constitucionalismos domésticos, especialmente por dois motivos. Primeiro, esse documento introjetou a categoria *dignidade humana* no vocabulário jurídico e na agenda das democracias liberais, sob a forma de *sobreprincípio constitucional*. Segundo, esse documento apresentou um catálogo de direitos inerentes à identidade humana, os quais compõem o núcleo essencial de proteção dos sujeitos. A partir de então, esse catálogo foi paulatinamente incorporado pelos textos constitucionais, em maior ou menor escala, sob as mais diversas formas — direitos fundamentais, direitos programáticos, cartas de direitos etc.

Tais movimentos históricos decorreram do consenso de que a proteção da dignidade humana demandaria a inexorável articulação cooperativa entre instituições domésticas e internacionais. Ganhou força a concepção de constitucionalismo como instância de estabilização da democracia, na medida em que o primeiro deveria funcionar para o resguardo de um núcleo mínimo de direitos fundamentais.

Essa concepção dispôs o constitucionalismo e a democracia em inevitável posição de tensão. Reiterasse: passa a haver fricção entre ambos os institutos, não necessariamente oposição. Afinal, a democracia — tradicionalmente construída como forma de governo majoritário, decorrente da indisponível e intangível vontade popular — deparou-se, por meio do constitucionalismo, com a necessidade de tematizar as

⁸ A Oitava Emenda à Constituição americana determina que “*não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns*”.

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Printz v. United States*, 521 US 898 (1997).

¹⁰ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v Makwanyane and Another* (CCT 3/94).

¹¹ *Sujit Choudhry, The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.*

aspirações e as necessidades das minorias e, portanto, de inaugurar espaços de tensionamento dialógicos, reflexivos e inclusivos para oportunizar engajamento a todos os cidadãos. A agenda do constitucionalismo pós-guerra, ao albergar o discurso dos direitos humanos, torna-se essencialmente contramajoritária.

Destarte, majoritariedade (democracia) e contramajoritariedade (constitucionalismo) passam a se relacionar em sadia tensão tanto no plano institucional como no plano discursivo.

No plano institucional, o *design* de alocação de poderes e de funções entre os diversos atores políticos e instituições é formal e informalmente redefinido para reequilibrar os espaços de participação dos mais diversos grupos. Como sintoma dessa influência, as constituições escritas a partir da segunda metade do século XX investiram sobremaneira no perfil contramajoritário do Poder Judiciário e expandiram o escopo da *judicial review*. A criação de cortes constitucionais na Alemanha (1951), na Bélgica (1980), na Hungria (1989), na África do Sul (1993) e em outros cinquenta países, durante a segunda metade do século XX, é reflexo direto desse fator. Por outro lado, mesmo em países que já dispunham de jurisdição constitucional, percebeu-se o incremento das funções de *judicial review* durante o mesmo período, a título de exemplo, esse fato ocorreu no Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e das emendas subsequentes, que ampliaram a jurisdição do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade.

No plano discursivo, reformulou-se completamente a dinâmica e a linguagem da resolução dos conflitos envolvendo questões morais complexas. Adotou-se um estilo de argumentação conhecido como *rights-based approach*, por meio da qual os direitos — notadamente os direitos humanos — ultrapassaram a sua tradicional função ético-pragmática, para adquirir maior relevância no plano normativo. A partir de então, a jurisdição chama para si a tarefa de implementar os direitos previstos nas constituições escritas em sua máxima efetividade, seja garantindo a respectiva concretização para grupos desfavorecidos, seja determinando a redistribuição do respectivo gozo entre eventuais titulares concorrentes. Nesse sentido, os *direitos* transformam-se no cerne vocabular da argumentação jurídica, perdendo o seu caráter absoluto e reinventando-se como categorias flexíveis e ponderáveis. Nesse ínterim, o *trade off* entre os direitos de liberdade e de igualdade transforma-

se na escala argumentativa de solução dos conflitos constitucionais.

Atualmente, *democracia* e *constitucionalismo* parecem ter alcançado um estado de simbiose, como resultado de reiteradas introjeções mútuas de sentidos e de limitações. No plano da linguagem comum, os dois termos praticamente são adotados como expressões sinônimas; no plano institucional, os dois institutos se percebem como indissociáveis segundo o modelo institucional preponderante — não há democracia sem constitucionalismo, e vice-versa.

O modelo de constitucionalismo do pós-guerra, calcado no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e na agenda de direitos humanos, influenciou as experiências jurisdicionais em nível global. Embora a permeabilidade de cada jurisdição a esse novo *standard* tenha sido variável, a depender de elementos culturais e estruturais locais, ele decerto obteve extenso alcance e profundo poder transformador. Segundo Weinrib, essa concepção não apenas “reorientou a interpretação de velhas constituições e influenciou o desenvolvimento das tradições constitucionais não escritas”¹², como também “influenciou na modelagem do texto e da interpretação de novas e renovadas constituições”¹³.

Quanto a esse último ponto, as constituições confeccionadas durante a segunda metade do século XX — tais como as cartas dos países da Europa Ocidental no pós-guerra; do Sudeste Asiático pós-colonização, nas décadas de 60 e 70; da América Latina pós-militarização e da África pós-colonização, na década de 80; e do Leste Europeu pós-socialista, na década de 90 — incorporaram em sua esfera de normatividade a proteção aos direitos fundamentais, muitos deles categorias homônimas aos *direitos humanos* protegidos na esfera internacional (liberdade, igualdade, liberdade de expressão, liberdade de crença, proibição de penas cruéis etc.).

Esse fator contribuiu diretamente para a formalização de um catálogo de direitos fundamentais

¹² Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (p. 86). Texto original: “It reoriented interpretation of old constitutions and influenced the development of unwritten constitutional traditions”.

¹³ Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (p. 86). Texto original: “It shaped the text and interpretation of new and renovated constitutions”.

relativamente comum entre as democracias liberais, de modo que nações sem qualquer conexão histórica ou institucional passaram a compartilhar uma estrutura básica de proteção dos cidadãos, veiculada sob linguagem unificada.

Por óbvio, a recepção dos direitos humanos ocorreu de forma distinta em cada país, na medida em que o conteúdo a eles atribuído por cada jurisdição também recebeu influxos dos elementos específicos de cada cultura política. A título de exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa assumiram contornos absolutamente dissociados nos Estados Unidos e na Europa Ocidental¹⁴. No entanto, a vigência de catálogos básicos comuns de direitos humanos facilitou o diálogo comparativo e a migração de ideias entre diversas jurisdições, na medida em que as cortes passaram a observar, com mais frequência, como outras jurisdições solucionam dilemas morais e conflitos constitucionais de conteúdo relativamente idêntico, seja para incorporar ideias constitucionais alienígenas, seja para rechaçar experiências que não se coadunam com os arranjos institucionais de cada jurisdição. Essa empreitada comparativa ensejou um movimento de fertilizações cruzadas de ideias constitucionais sem precedentes a partir da segunda metade do século XX.

2.2 O elemento político: o imperialismo jurídico estadunidense pós-Segunda Guerra

Um segundo elemento catalisador a que a doutrina constitucional tradicionalmente concedeu pouco peso consiste na influência estadunidense sobre o processo de migração de ideias constitucionais no contexto do pós-guerra.

Constitui fato notório que os Estados Unidos, como um dos grandes vencedores da Segunda Guerra Mundial, tornaram-se, por volta da década de 50, a maior superpotência econômica mundial. Essa circunstância intensificou a sua influência geopolítica sobre as demais democracias liberais, notadamente sobre a Europa ocidental, a América Latina e a África pós-colonial.

Nesse ponto, é curioso perceber que o modelo constitucional que se disseminou globalmente no pós-guerra apresenta características que remontam o modelo constitucional democrático então vigente nos Estados Unidos. *In casu*, não se tratou de uma mera coincidência. A influência econômica exercida pela nação americana se estendeu também para o campo jurídico.

Não se pode desprezar a íntima relação entre economia e direito, como dois microssistemas intimamente interligados à vida social. Os institutos jurídicos e as atividades econômicas mantêm relações tensionais entre si, de naturezas constitutiva e desconstitutiva. A dinamicidade dessas tensões pode ser basicamente descrita por meio de três intuições.

Primeiro, a economia, muito longe de ser absolutamente autônoma, consiste em plexo de atividades em todo o seu bojo constricto por normas jurídicas, que limitam, expandem ou regulam as possibilidades de atuação dos *players* econômicos. Uma vez que (i) o direito é mecanismo de controle social, e (ii) a atividade econômica é modalidade de conduta interpessoal, qualquer sistema jurídico disporá de um conjunto de normas que definem e delimitam o sistema econômico. Essa intuição é consistente mesmo em relação a países cuja constituição preconiza o absentismo estatal na economia. A mera previsão legal de institutos como a propriedade privada e os contratos consubstancia-se, por si só, em marco normativo-estrutural de enquadramento da atividade econômica, capaz de instituir janelas de atuação aos sujeitos de direito. Tais janelas encontram-se limitadas, em maior ou menor grau, tanto pelas normas jurídicas — mediante os requisitos de existência, de validade e de eficácia dos atos jurídicos — como pela cultura política de cada realidade — a partir dos incentivos e dos desincentivos que ela cria.

Segundo, institutos e normas jurídicas são constantemente desenhados, reformados ou revogados para responder a necessidades ou a aspirações econômicas, emergentes a partir da interação — nem sempre sadia — entre agentes econômicos, instituições públicas e privadas, e elementos contextuais de qualquer ordem. A título de exemplo, quando da instituição do direito de propriedade, a cristalização de um conjunto de poderes de um sujeito de direito sobre determinada coisa sob a forma de único plexo normativo objetivou, entre outros aspectos, estabilizar e dinamizar relações jurídicas de natureza econômica.

¹⁴ Sobre o tema, vide: Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture, in European and US Constitutionalism* 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005).

Mais recentemente, os movimentos regulatórios da Administração Pública, a partir da década de 60, e a instituição de parcerias público-privadas, a partir da década de 90, surgiram como reação a determinadas disfunções das atividades privadas e públicas, muitas delas de natureza econômica. Em suma, institutos jurídicos não são criações aleatórias do direito, mas decerto incorporam concepções responsivas a projetos dominantes em cada sociedade.

Terceiro, a economia e a jurisdição constantemente se retroalimentam. Embora seja um truísmo que a jurisdição provoque intervenções das mais variadas formas e graus na atividade econômica, não se pode desprezar que o inverso também ocorre, na medida em que a economia consiste em poderoso *input* da atividade jurisdicional. A economia, como ciência social que estuda a organização e o funcionamento das sociedades, fornece elementos de informação que ajudam o intérprete a preencher o sentido dos diversos textos normativos abertos e, por isso mesmo, consubstancia-se em elemento de convicção indireto da cognição judicial. No entanto, muito mais do que contribuir para a construção da esfera axiológica do direito, a atividade econômica também fornece dados empíricos que permitem ao julgador, com uma razoável margem de probabilidade, manejar critérios de eficiência e de proporcionalidade durante a solução de controvérsias judiciais, especialmente naqueles casos em que se descortinam mais de uma resposta legal aparentemente correta.

A permeabilidade da jurisdição para a economia é variável temporal e contextualmente. A título de exemplo, em tempos de crise, a cognição judicial se torna mais sensível ao argumento econômico, mediante desde a priorização de pautas pró-austeridade pelas cortes até o modo como argumentos consequenciais são tematizados e acolhidos.

Em síntese, considerados os diversos modos como direito e economia se inter-relacionam — a exemplificação acima não pretendeu ser exaustiva —, é possível perceber como a influência econômica dos Estados Unidos corroborou a influência jurídica sobre as democracias liberais. A segunda metade do século XX consistiu em interregno de transplantes de estruturas constitucionais sem precedentes, no âmbito do qual o modelo constitucional americano até então consolidado espalhou-se sobre as diversas jurisdições — antigas e novas — do mundo ocidental. Tal modelo consistiu em pacote que incluía (i) catálogo de direitos

fundamentais; (ii) sistema econômico capitalista; (iii) princípios da *rule of law*, da separação de poderes e da governança democrática; e especialmente (iv) jurisdição constitucional com poderes qualificados de controle de atos legislativos e executivos, bem como de aplicação de remédios processuais estruturais para o resguardo dos cidadãos em face de abusos estatais — a dificuldade contramajoritária.

O Professor Duncan Kennedy, da *Harvard Law School*, assevera que pelo menos três itens institucionais que se disseminam a partir do pós-guerra têm fortes raízes norte-americanas: as cortes constitucionais, as jurisdições transnacionais e o mercado jurídico integrado por escritórios e organizações não governamentais (ONGs) com atuação transnacional¹⁵.

Para ele, “em cada um desses contextos, a influência dos Estados Unidos é manifesta”¹⁶, seja por meio de imposições coercitivas, seja por meio de barganha ou exploração do próprio prestígio como superpotência. Exemplo do primeiro ponto consistiu na instituição de tribunais constitucionais após vitória dos EUA sobre a Alemanha, a Itália e o Japão na Segunda Guerra Mundial, na medida em que o primeiro impôs o próprio modelo de constitucionalismo para os demais¹⁷. Igualmente, houve

[...] o processo pelo qual a USAID e as instituições financeiras internacionais negociaram com os regimes do Terceiro Mundo desesperados por ajuda financeira, e lhes impuseram *rule of law reforms* como parte do ajuste estrutural¹⁸.

¹⁵ Para o professor Duncan Kennedy, “along with this conceptual genealogy, each of the main sites for the development of contemporary legal consciousness has a strong U.S. connection. I would include among these sites, first the constitutional courts, with judicial review often of the issues of distribution of power in federal systems as well as over rights against the state, that have come into existence all over the world since 1945. Second, the rise of transnational jurisdictions, in a host of different contexts. [...]. Third, in the world of law practice there is the development of the U.S.-style large international law firm dealing with the issues of the globalized economy, and of a nonprofit NGO sector, equally globalized, understanding itself as constituting the international community or international civil society”. In Duncan Kennedy, “Three Globalization of Law and Legal Thought”, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003), p. 68.

¹⁶ Duncan Kennedy, “Three Globalization of Law and Legal Thought”, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003), p. 68.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem. Texto original: “Then there is the process by which USAID and the international financial institutions bargain with third world regimes

Duncan Kennedy conclui:

Por que é que, em um número considerável de sistemas jurídicos nacionais e periféricos, os tribunais constitucionais estabelecidos ao longo de todo o período, desde os anos quarenta (Índia) até os anos 1970 (Portugal, Espanha, Grécia) e os anos 90 (Europa Central, África do Sul), vieram a exercer poder significativo, com sucesso invalidando ações legislativas e executivas? O pano de fundo da hegemonia militar norte-americana, as pressões das instituições financeiras internacionais e dos mercados de capitais mundiais e o prestígio das instituições norte-americanas fazem parte desse fenômeno¹⁹.

Em suma, os transplantes e as migrações de ideias e de estruturas constitucionais provocados pelos Estados Unidos nesse contexto de pós-guerra foram um fator político determinante para a expansão da jurisdição constitucional e de uma pauta relativamente comum de teorias constitucionais entre as diversas democracias liberais.

2.3 O elemento jurídico: a centralidade no constitucionalismo do pós-guerra

No paradigma do pós-guerra, o juiz se tornou a figura central do constitucionalismo. O poder das cortes de revisar normas emanadas pelos demais braços do Estado, consagrado pela Suprema Corte Americana no célebre *Marbury v. Madison*²⁰ (1803), disseminou-se por todo o globo, a partir da consolidação de duas premissas teóricas. Primeiro,

a constituição, como lei fundamental de um povo, tem autoridade para governá-lo e, por isso mesmo, os princípios que ela encorpa consubstanciam-se na base axiológica essencial para a solução de conflitos de toda ordem. Segundo, os agentes estatais, entre eles os juízes, detém autoridade para interpretar e aplicar os princípios constitucionais quando da solução de conflitos levados ao Estado. Ao realizarem essa tarefa, os agentes estatais contribuem para a concretização e para a preservação da normatividade da constituição.²¹

Marbury v. Madison não inaugurou a *judicial review*, ideia já discutida previamente entre os federalistas (Federalist 78) e plantada na constituição americana²² (Art. 3º, Seção 2, Cláusula 2) e no *Judiciary Act*, parágrafo 3º (1789)²³. Algumas cortes locais já haviam se utilizado desse poder previamente, tal como em *Kemper v. Hawkins* (1793)²⁴, decidido pela Corte da Virgínia. Tais marcos pavimentaram o caminho para que a Suprema Corte, anos depois, utilizasse, pela primeira vez, do seu poder de revisão de atos legais.

No entanto, a Suprema Corte, durante o século seguinte, exerceu com cautela e discrição o poder de *judicial review* em casos específicos. Somente a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o advento da Warren Court, a Suprema Corte exerceu com mais frequência a *judicial review*, mediante a construção de um modelo de interpretação mais criativo e propositivo, relativamente desconectado das interpretações preconizadas pelos *founders*. Esse processo coincide com os dois elementos catalisadores supracitados, especialmente quanto à mudança de vocabulário no exercício da jurisdição constitucional

desperate for financial outs, imposing rule of law reforms as part of structural adjustment."

¹⁹ Idem at 69. Texto original: "Why is that, in a googly number of peripheral and semiperipheral national legal systems, constitutional courts established over the whole period, from the late forties (India) into the 1970s (Portugal, Spain, Greece) and the 1990s (Central Europe, Colombia, South Africa), have to come to exercise significant power, successfully invalidating legislative and executive actions? The background of U.S. military hegemony, the pressures of the international financial institutions and of world capital markets, and the prestige of U.S. institutions are all part of the story".

²⁰ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803): "It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank.

Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument".

²¹ Vide: Larry Kramer, *Understanding Marbury v. Madison. Proceedings Of The American Philosophical Society. VOL. 148, NO. 1, MARCH 2004.*

²² "In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned [within the judicial power of the United States], the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make", U.S. Constitution, Article III, Section 2, Clause 2.

²³ *The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts [...] and writs of mandamus [...] to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. — Judiciary Act of 1789, § 13.*

²⁴ ESTADOS UNIDOS. *Kemper v. Hawkins*, 3 Va. (1 Va. cases) 20, (1793).

— *rights-based discourse* — e ao aumento da influência americana entre as democracias liberais.

Casos como *Brown v. Board of Education*²⁵ (1954) e *Loving v. Virginia*²⁶ (1967), em que a corte invalidou normas estaduais que permitiam a segregação racial em escolas e proibiam o casamento inter-racial, respectivamente, são exemplos clássicos dessa transformação. Sob a liderança do *Justice Warren*, a corte consolidou uma farta jurisprudência sobre direitos fundamentais — direito ao voto, garantias processuais penais, liberdade religiosa, liberdade de expressão, direitos reprodutivos, direito à privacidade etc. — e não hesitou em exercer a *judicial review* para declarar a nulidade de normas que contrariavam a Constituição.

Há uma questão geopolítica nessa análise. No contexto da Guerra Fria, em que havia franca oposição entre dois sistemas de produção — o capitalismo e o socialismo — os EUA deliberadamente pretenderam se mostrar ao mundo como a vitrine de proteção dos direitos fundamentais. Por um lado, havia um consenso de que os direitos humanos e o respeito à dignidade deveriam prevalecer em qualquer regime estatal, em reação às atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Por outro, era necessário construir um modelo concreto e efetivo de proteção de tais direitos. Nesse sentido, nada mais oportuno do que a então maior potência econômica do planeta arrogar para si o protagonismo desse processo, para se tornar não apenas o modelo econômico e político de sucesso, mas certamente o *leading case* de concretização dos direitos fundamentais. Conseqüência lógica de se transformar na nação de maior prestígio mundial também é dispor da corte constitucional de maior prestígio, como um farol para as demais jurisdições e, por óbvio, também uma provocação estratégica ao mundo socialista.

Resultado evidente de todo esse processo é a consolidação e a disseminação da ideia americana de que o Poder Judiciário é o intérprete último das constituições e o guardião dos direitos fundamentais nela encartados. Essa tese, que hoje representa um truísmo nas leituras de direito constitucional, consistiu em uma construção teórica lenta, resultado

da conjunção de vários vetores jurídicos, políticos e sociais.

Nesse ponto, é curioso perceber que diversas transformações progressistas, em termos de costumes sociais, nas mais diversas democracias liberais, tiveram assento jurisprudencial. Década a década, a partir da segunda metade do século XX, as cortes constitucionais de todo o globo passaram a decidir as grandes questões das esferas social, econômica e política. Nos últimos 30 anos, o Judiciário se tornou o desaguadouro dos conflitos administrativos e políticos. Os teóricos falam que caminhamos para uma anômala juristocracia, em que os juízes se tornaram o superego de uma sociedade complexa, caótica, incoerente e profundamente desigual²⁷. Críticos dessa prevalência jurisdicional afirmam que o questionamento central da filosofia do direito até a década de 70 do século passado — *qual a natureza jurídica do direito* — se transformou em *como os juízes decidem*²⁸.

Em suma, a centralidade política que as cortes constitucionais adquiriram nas democracias liberais consistiu em importante elemento catalisador do engajamento comparativo, na medida em que se produziu, em todo o mundo, uma rica jurisprudência sobre conflitos constitucionais e dilemas morais, apta a ser compartilhada entre as diversas jurisdições.

2.4 Uma breve síntese: o recrudescimento do direito constitucional comparado

A conjunção dos três elementos catalisadores acima analisados — o apogeu do discurso da normatividade dos direitos humanos, a influência central do constitucionalismo americano sobre as demais democracias liberais e a centralidade das cortes constitucionais no exercício de interpretação da constituição — ensejou o recrudescimento do direito comparado. Com cada vez mais frequência, cortes do mundo inteiro passaram a resolver casos sob o prisma do direito constitucional, emitindo decisões através de um vocabulário comum e recorrendo sem hesitações a importações e a exportações de ideias constitucionais.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S.483 (1954).

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)

²⁷ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

²⁸ Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become*, 138 (Verso, 1996).

Constitucionalistas asseveram a vigência do paradigma do *engajamento comparativo*, no âmbito do qual (i) os intérpretes das constituições se dedicam a pesquisar o funcionamento de outros sistemas de jurisdição constitucional e (ii) e adotam ideias constitucionais estrangeiras e internacionais como elemento de convicção e de interpretação. Essa empreitada não implica conceder autoridade normativa a elementos jurisdicionais alienígenas, mas decerto implica analisar como outras cortes constitucionais (i) exercem procedimentalmente a respectiva jurisdição; (ii) constroem cânones de interpretação dos princípios e das regras constitucionais locais; (iii) preenchem o sentido das categorias constitucionais abstratas — direitos fundamentais, elementos de ponderação e de proporcionalidade, cláusulas abertas de estruturação do Estado etc. —; e (iv) solucionam conflitos constitucionais similares. Esse exercício comparativo tem sido hodiernamente um dos principais fatores de migração de ideias constitucionais entre jurisdições.

Na defesa do engajamento comparativo, a Professora Vicki Jackson, da *Harvard Law School*, elenca três circunstâncias que impulsionam esse paradigma²⁹.

Primeiro, independentemente das particularidades locais, sistemas constitucionais exercem funções básicas similares em qualquer país — organização da estrutura estatal, alocação de poderes e de funções públicas, definição do grau de intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais, previsão de garantias fundamentais e sistematização da *judicial review*. Ao mesmo tempo, num mundo globalizado, os dramas humanos — as questões morais de relevante discordância, as crises econômicas e políticas etc. — também se repetem em diversos países.

Nesse sentido, não surpreende o fato de que os conflitos sociais levados às cortes, quando traduzidos da *linguagem fática* para a *linguagem dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos impessoais*, descortinam conflitos constitucionais não apenas entre as diversas possibilidades de solução do caso concreto, mas entre os *standards* que guiam as escolhas interpretativas³⁰. Por isso mesmo, segundo Jackson,

[...] se mais de uma interpretação da constituição é plausível a partir das fontes domésticas, abordagens adotadas por outros países podem fornecer informações empíricas úteis para a decisão acerca de qual interpretação melhor funcionaria³¹.

Segundo, o engajamento comparativo possibilita não apenas o empréstimo de teorias, mas também a depuração das diferenças entre os diversos sistemas constitucionais. Nesse sentido, cabe lembrar que analisar jurisprudência estrangeira não conduz — nem deve conduzir — necessariamente à importação acrítica de ideias. Em muitas hipóteses, o exercício de comparação conduz o intérprete a rejeitar determinada solução adotada por outro país, consideradas as diferenças contextuais, políticas e culturais, o que tornaria artificial qualquer transplante. A título de exemplo, as categorias “liberdade de expressão” e “proibição de pena cruel”, embora sejam compartilhadas por várias constituições, assumem contornos específicos nas mais diversas culturas políticas. Mesmo países vizinhos, como os Estados Unidos e o Canadá, os quais compartilham diversos elementos históricos, construíram concepções bem distintas sobre o conteúdo do direito de “liberdade de expressão”, o que não pode ser desprezado pelo intérprete cauteloso. Nesse ponto, na medida em que elucida distinções estruturais e axiológicas entre os países, o engajamento comparativo também funciona para rejeitar importações indevidas de ideias constitucionais.

Terceiro, “direito estrangeiro e internacional podem iluminar as dimensões suprapositivas dos direitos constitucionais”³². Afinal, conforme já discutido, diversas categorias constitucionais foram deliberadamente formalizadas sob um alto grau de abstração. A pesquisa comparativa auxilia sobremaneira o preenchimento do conteúdo dos respectivos textos e a construção da norma jurídica para cada caso concreto, na medida em que a maioria

²⁹ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. *Harvard Law Review*, Vol. 119:109, p. 116.

³⁰ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. *Harvard Law Review*, Vol. 119:109, p. 116.

³¹ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. *Harvard Law Review*, Vol. 119:109, p. 116. Texto original: “If more than one interpretation of the Constitution is plausible from domestic legal sources, 35 approaches taken in other countries may provide helpful empirical information in deciding what interpretation will work best here”.

³² Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. *Harvard Law Review*, Vol. 119:109, p. 118. Texto original: “foreign or international legal sources may illuminate “supra-positive” dimensions of constitutional rights”.

dessas categorias constitucionais dispõe de conteúdos mínimos universalmente compartilhados — especialmente no que tange aos direitos humanos, aos critérios de proporcionalidade, às teorias de justiça, aos conceitos de equidade e de igualdade, entre outros.

Por sua vez, o Professor Mark Tushnet pontua que o engajamento comparativo permite ao intérprete perceber as *falsas necessidades* do próprio sistema constitucional. Inevitavelmente, o intérprete isolado, ao negligenciar outras experiências constitucionais além das suas próprias, tende a desenvolver a falsa percepção de que (i) as estruturas e as doutrinas inscritas na sua própria cultura política formam uma amálgama exclusiva, e que (ii) nenhum outro conjunto de estruturas e de doutrinas encaixaria nas especificidades contextuais de seu próprio sistema constitucional. Esse olhar enviesado do intérprete acaba por fossilizar as suas percepções acerca de sua própria estrutura constitucional, na medida em que ele enxerga todas as instituições respectivas como absolutamente *necessárias* e *responsivas* aos elementos contextuais de seu sistema.

Por outro lado, o engajamento comparativo descortina experiências diversas sobre conflitos sociais semelhantes, levando o intérprete a perceber que determinados arranjos locais são, em verdade, *falsas necessidades*. Para Tushnet, a partir dessas percepções, o ponto central da análise comparativa passa a ser a definição de como (i) os limites impostos pelas instituições e pelas normas de um determinado país, (ii) os limites impostos pela doutrina historicamente construída, (iii) os limites impostos pela cultura jurídica e (iv) todos os demais limites estruturais se interseccionam de tal forma a reduzir o conjunto de escolhas (sejam elas institucionais, doutrinárias, normativas e judiciais etc.) a apenas uma, qual seja, a escolha atualmente vigente³³.

Nesse sentido, constitucionalistas concordam que o *engajamento comparativo*, muito longe de ser “uma passagem sem volta a uma destinação única”³⁴, é uma ferramenta avançada para uma profunda reflexão sobre o que a constituição significa para

cada nação. Certamente, consiste em método para conhecer melhor a própria cultura política, na medida em que o empreendimento comparativo acaba por descortinar semelhanças e diferenças entre os diversos sistemas constitucionais e, conseqüentemente, faz o intérprete refletir sobre o próprio sistema, as suas falsas necessidades e os componentes do seu contexto.

3 As aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Este é o estado da arte atual: um conjunto numericamente considerável de países veiculam constituições escritas, as quais organizam as estruturas do poder político (*power map*), apresentam um catálogo relativamente comum de direitos fundamentais e dispõem de cortes constitucionais que resolvem conflitos morais complexos sob a linguagem dos direitos e dos princípios impessoais, mediante técnicas interpretativas de ponderação. A construção de um paradigma de constitucionalismo calcado sobre estruturas normativas e institucionais similares em diversos países consistiu em elemento estrutural e cultural precursor de pelo menos três circunstâncias: (i) a aproximação dogmática entre as jurisdições constitucionais, na medida em que as cortes passam a pesquisar como as demais funcionam e decidem; (ii) a transformação das cortes em desaguadouro dos conflitos morais e políticos de toda ordem e escala; e (iii) o alto grau de presença do Judiciário na vida social.

Essas três circunstâncias são a base fática do surgimento de três grandes discussões teóricas que atualmente dominam o *mainstream* do Direito Constitucional: (i) a popularização do fenômeno de “empréstimo de ideias constitucionais”; (ii) a judicialização da vida social e política; e (iii) o discurso dicotômico entre as condutas *minimalista* e *ativista* do Poder Judiciário.

Embora não sejam recentes, os doutrinadores constitucionais têm produzido, já há algum tempo, um repertório relativamente comum de críticas à jurisdição constitucional. Lançando o olhar para o futuro, tarefa essencial consiste em analisar criticamente o atual estado da arte e perceber o quanto essas discussões têm efetivamente tematizado as realidades e as necessidades das diversas culturas políticas, de modo a apontar algumas reorientações teóricas — ou novos questionamentos — que poderiam torná-las mais responsivas às novas complexidades que se descortinaram nos últimos anos.

³³ Mark Tushnet, *Some reflections on method in comparative constitutional law*. In: *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 81.

³⁴ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128.

O presente trabalho enxerga duas aspirações do constitucionalismo global, especificamente relacionadas à jurisdição constitucional.

Primeiro, a *aspiração metodológico-discursiva* decorre da percepção de que se tornou comum a prática do *transplante acrítico* de ideias entre as diversas cortes, em que os intérpretes não se incumbem de tematizar elementos contextuais quando do empréstimo de ideias constitucionais. Nesse sentido, propõe-se o refinamento metodológico do engajamento comparativo, tarefa imprescindível para o aumento da sua eficácia persuasiva.

Segundo, a *aspiração político-funcional* propõe ultrapassar o discurso binário e formalista *minimalismo v. ativismo judicial*, a partir da percepção de que não há necessária conexão entre o grau de intervenção judicial e seus eventuais impactos positivos ou negativos no mundo fenomênico. Destarte, impõe-se problematizar (i) a complexidade da relação entre o Poder Judiciário e as demais instituições políticas, inclusive percebendo novas funções que as cortes constitucionais têm assumido no processo democrático, (ii) e o modo como a construção das soluções para os conflitos constitucionais (técnicas de interpretação, remédios processuais, linguagem jurídica, técnicas de decisão etc.) pode ser aprimorada e dinamizada.

3.1 A aspiração metodológico-discursiva: o combate ao transplante acrítico de ideias constitucionais

A popularização do fenômeno de empréstimo de ideias constitucionais entre cortes do mundo inteiro pareceu vir desacompanhada de uma preocupação metodológica acerca da possibilidade de acomodação de determinadas teorias ou estruturas normativas em culturas políticas distintas. Percebe-se, com cada vez mais frequência, o fenômeno do “transplante acrítico”, mediante o qual cortes fazem referência a julgados e a normas estrangeiros sem a devida problematização contextual, o que, em último grau, compromete a efetividade argumentativa e a cientificidade do engajamento comparativo.

São exemplos de transplante acrítico: (i) o intérprete, ao se deparar com determinado conflito entre direitos constitucionais, busca na jurisprudência estrangeira casos similares e transplanta a solução neles adotada, sem estabelecer nenhuma consideração contextual; (ii) o intérprete direciona a pesquisa à jurisprudência estrangeira, de modo a considerar, como espaço amostral, apenas casos cuja

solução coincide com o desfecho que ele previamente decidiu adotar para o caso em decisão; (iii) o intérprete restringe a pesquisa a países por ele previamente selecionados, pelos quais ele nutre certa admiração cívica ou alinhamento ideológico, e utiliza elementos estrangeiros como argumentos de autoridade; (iv) o intérprete limita-se a cotejar trechos normativos de diferentes constituições, sem estabelecer qualquer conexão com elementos da cultura política dos países pesquisados; (v) o intérprete despreza os textos normativos e os precedentes vinculantes do seu próprio sistema, em privilégio a elementos normativos e precedentes estrangeiros que, em tese, não estariam albergados pelo ordenamento doméstico.

Dois argumentos refutam esses comportamentos. Primeiro, o exercício comparativo é eminentemente metodológico. Segundo, a principal metodologia do exercício comparativo é o contexto. Tão importante quanto o cotejo comparativo em si é a metodologia adotada nesse empreendimento. A metodologia no direito comparado é a chave da eficácia argumentativa da referência a julgados alienígenas.

Normas constitucionais encontram-se mergulhadas no âmbito de uma cultura política específica, a qual consiste um plexo de arranjos institucionais diversos, compromissos políticos, aspirações de transformação ou de estabilização social, elementos culturais, consensos e dissensos morais. Cada elemento cristalizado no texto constitucional — seja o catálogo de direitos fundamentais, seja o rito do processo legislativo —, ali foi implantado como resultado de uma decisão política que, embora seja passível de crítica, deve ser tematizada pelo intérprete.

Nesse sentido, o exercício de comparação entre dois sistemas constitucionais não pode se restringir ao mero cotejo de textos constitucionais ou à mera citação de casos aparentemente afins para justificar premissas prévias de convicção. Sistemas constitucionais não são apenas textos de norma ou acórdãos de decisão judicial, mas decerto a reunião desses elementos com o contexto no qual eles estão inscritos e os valores aos quais eles pretendem ser responsivos.

A título de exemplo, há evidente déficit de cientificidade ao se comparar o mecanismo de nomeação de juízes de cortes constitucionais em diferentes sistemas sem se tematizar o modo como a estrutura adotada em cada país se relaciona com os demais elementos políticos, históricos e estruturais internos. A eficácia persuasiva do argumento “no

país X, os juízes são escolhidos pelo voto popular e, portanto, o país Y deveria adotar esse procedimento" é potencialmente reduzida, se desacompanhada de qualquer cotejo contextual. Nesse caso, a crítica ao engajamento comparativo será primordialmente metodológica, pois o raciocínio lógico apresentado conduz à impressão de que a mesma estrutura institucional, uma vez imersa em qualquer das culturas políticas, produz incentivos e desincentivos semelhantes, o que nem sempre pode corresponder à realidade.

Estruturas institucionais satisfatoriamente acomodadas em determinados contextos podem gerar consequências indesejadas se transplantadas acriticamente para outros países. Imagine-se como no Brasil seria recepcionada a prerrogativa da Suprema Corte Americana de decidir sigilosamente quais casos serão apreciados em cada termo, sem qualquer obrigação de justificar o motivo pelos quais determinadas controvérsias foram rejeitadas pelos juízes. Embora essa seja uma tradição no país norte-americano, certamente o histórico da cultura política de progressiva transparência e justificação de julgamentos estabelecida no Judiciário brasileiro não comportaria esse transplante.

Esse mesmo raciocínio se aplica à referência à jurisprudência estrangeira. O conflito constitucional entre liberdade de expressão *versus* intimidade pode assumir conotações absolutamente distintas nos EUA e no Canadá, justamente porque a construção do núcleo essencial de direitos fundamentais, ainda que homônimos, está intrinsecamente ligada a arranjos institucionais e à cultura política locais. Dois textos constitucionais rigorosamente semelhantes, se aplicados em países distintos, geram incentivos e desincentivos distintos, na medida em que se encontram mergulhados em um plexo de elementos históricos, culturais e axiológicos distintos, e, conseqüente, a eles se atribuem sentidos condizentes com o modo como tais elementos interagem entre si. Afinal, textos constitucionais, por si só, não produzem cultura política, mas formam com ela uma relação de retroalimentação constante, por meio de introjeções mútuas de significados e de limitações.

Em suma, engajamento comparativo pressupõe engajamento contextual. A própria função judicial é eminentemente contextual. Muito mais do que arenas, as cortes são *players* não centrais que interagem com as demais instituições (formais e informais) mediante relações de poder e de razão, dois elementos em constante tensão. Por esse mesmo motivo, a referência

a qualquer julgado estrangeiro, como resultado da função judicial, não pode prescindir da análise da conjuntura em que construído.

No entanto, se, por um lado, elementos contextuais consistem em fator que recomenda cautela ao intérprete no ato de transplante de ideias constitucionais, por outro, eles não se podem tornar em uma barreira intransponível para o engajamento comparativo. O ponto nodal da metodologia comparativa envolve a reunião de elementos empíricos e contextuais das culturas políticas pesquisadas, os quais funcionam como evidências que suportam ou infirmam a hipótese conclusiva — a qual absorve ou rechaça, parcial ou integralmente, o transplante constitucional. Esse iter lógico-argumentativo deve ser explicitado pela corte em sua decisão, com o fito de reforçar a eficácia argumentativa da conclusão.

O engajamento comparativo é normalmente apresentado sob a forma de *inferência indutiva*³⁵. Trata-se de modalidade lógica pela qual a condição de verdade das premissas, embora não garanta integralmente a verdade da conclusão, baliza a crença na verdade da conclusão em certo grau de probabilidade.

São duas as formas de *inferência indutiva*: a *generalização indutiva* e a *especificação indutiva*³⁶. A primeira envolve a generalização a partir de observações de objetos particulares que apresentam propriedade comum. Nesse tipo de argumento, as premissas reportam-se a elementos particulares, para sustentar uma conclusão que veicula uma generalização probabilística inferida de particularidades:

³⁵ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

³⁶ BREWER Scott, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review Vol. 109, Nº 5 (Mar., 1996). Artigo publicado por The Harvard Law Review Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1342258?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, The Yale Law Journal Vol. 107, No. 6 (Apr., 1998). Artigo publicado por The Yale Law Journal Company, Inc. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/797336.pdf?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____, Scott, *Logocratic Method and the Analysis of Argument in Evidence*, Artigo publicado 01 September 2011 no Oxford Journal Academic. Disponível em: <<https://academic.oup.com/lpr/search-results?page=1&q=Logocratic%20method%20and%20the%20analysis%20of%20arguments%20in%20evidence&searchSource=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

' $\alpha_1 \dots \alpha_n$ ' representam um conjunto de indivíduos (Exemplo: países da América Latina);

' φ ' representam uma característica percebida nos elementos $\alpha_1 \dots \alpha_n$;

' θ ' representam uma segunda característica percebida nos elementos $\alpha_1 \dots \alpha_n$;

O padrão da generalização indutiva é o seguinte:

($\epsilon 1$) α_1 corresponde tanto a φ e a θ

(i.e., possui ambas as características φ e θ)

[e.g. País 1 tem característica a e País 1 tem característica b]

($\epsilon 2$) α_2 corresponde tanto a φ e a θ

[e.g. País 2 tem característica a e País 2 tem característica b]

($\epsilon 3$) α_3 corresponde tanto a φ e a θ

[e.g. País 3 tem característica a e País 3 tem característica b]

(ϵn) α_n corresponde tanto a φ e a θ

[e.g. País N tem característica a e País N tem característica b]

($\epsilon n+1$) Há poucos (ou nenhum) indivíduos do grupo α que correspondem a φ e não correspondem a θ

[e.g. Não se observou nenhum país da América Latina que dispõe da característica 1 e não dispõe da característica 2]

h : [Provavelmente] [Todos ou a maioria] φ 's são θ

[e.g. Provavelmente, todos os países da América Latina de característica 1 são também característica 2].

Perceba-se que a conclusão alcançada é apenas uma hipótese cuja força argumentativa depende das evidências que lhe antecedem, as quais funcionam como premissa lógica. Quanto mais o intérprete avança na colheita de evidências, mais alto o grau probabilístico de suporte das premissas em relação à hipótese conclusiva.

Outro tipo de inferência é a *especificação indutiva*. Em vez de alcançar uma conclusão sobre a classe indivíduos, ela oferece uma conclusão sobre um específico indivíduo, baseada numa generalização sobre as classes às quais aquele indivíduo pertence. Trata-se de uma forma argumentativa para se realizarem previsões baseadas em evidência empírica. Abstratamente, tem-se a seguinte forma:

($\epsilon 1$ até ϵn) α_1 até α_n possuem as características φ e θ

[e.g., País 1 até País N dispõem das características 1 e 2]

($\epsilon n+1$) Foram observados poucos indivíduos do grupo α que dispõem da característica φ e não dispõem da característica θ

[e.g. Não se observou nenhum país da América Latina que não dispõe da característica 2]

Portanto, hipótese: Algum indivíduo α_{n+1} provavelmente tem tanto a característica φ como a característica θ .

Um país da América Latina que dispõe da propriedade 1 provavelmente tem a propriedade 2.

Qualquer exercício comparativo é formado por um plexo de generalizações e de especificações. No entanto, essas formas lógicas, por si, parecem simplórias considerando a complexidade da argumentação comparativa, uma vez que nem sempre as premissas formam um conjunto harmônico, seja para infirmar, seja para sustentar a hipótese conclusiva. Análise depurada conduzirá à conclusão de que os países possuem mais distinções do que semelhanças, as quais parecem mais os distanciar do que os aproximar. Nesse sentido, as evidências colhidas de cada cultura política formam premissas que ora corroboram, ora infirmam, com distintas forças probabilísticas, a hipótese conclusiva de que determinada ideia constitucional pode ser acomodada em terreno estranho.

A título de exemplo, no exercício da analogia comparativa, o intérprete verificará que dois países ou dois grupos de países compartilham as características A, B e C, o que corrobora a hipótese conclusiva tendente ao empréstimo de determinada ideia constitucional. No entanto, o mesmo intérprete poderá verificar que uma característica D se manifesta distintamente nos dois países, o que diminui o grau de suporte das premissas A, B e C sobre a hipótese conclusiva. Nesse ponto, uma metodologia apurada tematizará todas essas circunstâncias na decisão judicial e imputará a cada uma delas o respectivo peso probabilístico, seja para reforçar, seja para reduzir o grau de certeza da conclusão. Esse peso probabilístico depende da própria natureza de cada circunstância e deverá ser justificado pelo intérprete. Ao final, esse iter lógico propicia o alcance de uma conclusão fundada em um potencial probabilístico elevado, a qual recepcionará o transplante constitucional, quando as premissas desfavoráveis não reduzirem sobremaneira o grau de eficácia das premissas compartilhadas, ou rejeitará o transplante, quando as premissas desfavoráveis comprometerem o suporte que as premissas compartilhadas oferecem à hipótese conclusiva.

No julgamento do caso *State v. Makwanyane*, a Corte Constitucional da África do Sul, ao declarar inconstitucional a pena de morte naquele país, ofereceu um belo exemplo de engajamento comparativo. Ao verificar as jurisprudências das cortes internacionais e de diversos países, o tribunal africano rejeitou a adoção de entendimentos consolidados pela Suprema Corte Americana e pela Suprema Corte da Índia, as quais acolheram a constitucionalidade da pena de morte. O relator do caso, Juiz Chaskalson, apresentou como premissas de evidência contextual inúmeras semelhanças e distinções entre a cultura política sul-africana e a cultura política desses países. Após, concedeu os devidos pesos a cada premissa, para concluir que havia pouco embasamento para que as ideias inscritas nos países em referência pudessem ser acomodadas sob o manto da constituição sul-africana, que, diferentemente das demais, havia concedido ao direito à vida uma relevância não encontrada nas outras:

Quando os recursos contra a condenação à morte em tribunais ou tribunais internacionais ou estrangeiros não obtiveram êxito, a Constituição ou o instrumento internacional que serviu de referência previu diretamente a pena de morte ou especificamente estabeleceu que o direito à vida está sujeito a exceções sancionadas por lei. O único caso em que não existiam disposições expressas na Constituição foi a decisão do Tribunal Constitucional húngaro. Naquele caso, o recurso teve êxito e a pena de morte foi declarada inconstitucional

Nossa Constituição expressa o direito à vida sob uma forma não qualificada e prescreve os critérios que devem ser cumpridos para a limitação de direitos entranhados, inclusive a proibição de legislação que anula o conteúdo essencial de um direito arraigado. Ao lidar com o direito comparado, devemos ter em mente que somos obrigados a interpretar a Constituição da África do Sul, e não um instrumento internacional ou a constituição de algum país estrangeiro, e que isso deve ser feito com a devida consideração ao nosso sistema legal, nossa história e circunstâncias, e a estrutura e linguagem de nossa própria Constituição. Podemos derivar assistência do direito internacional público e da jurisprudência estrangeira, mas não estamos obrigados a segui-lo³⁷.

³⁷ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v. Makwanyane and Another* (CCT 3/94). Texto original: "When challenges to the death sentence in international or foreign courts and tribunals have failed, the constitution or the international instrument concerned has either directly sanctioned capital punishment or has specifically provided

Perceba-se que a corte sul-africana baliza-se em um elemento da cultura política de natureza formal (a deferência da constituição ao direito à vida) para rechaçar o transplante constitucional. A natureza dessa premissa contextual (o próprio texto constitucional) é suficiente para que a corte lhe conceda um peso tal que infirme o peso das eventuais semelhanças entre os demais sistemas que serviram de referência, de modo que o balanceamento entre premissas de semelhança e premissas de distinção conduziu à rejeição da hipótese de transplante constitucional.

Essas considerações iniciais nos permitem a reunião de alguns *standards* de comparação para experiências futuras de jurisdição constitucional.

Primeiro, como já explicitado, o exercício comparativo deve ser guiado metodologicamente, como forma de ampliar a força argumentativa da referência a julgados alienígenas, e evitar que esse empreendimento tenha força meramente retórica ou de falso argumento de autoridade.

Segundo, conforme ensina a Professora Vicki Jackson, a legitimidade da pesquisa a precedentes estrangeiros varia de acordo com o conflito constitucional em análise, com a especificidade do texto da constituição doméstica em relação a esse tema e do grau de abertura que o texto constitucional concede a ele³⁸. Não se pode transformar o engajamento comparativo em um fetichismo jurisprudencial, de modo a sempre tentar acolher entendimentos estrangeiros de forma acrítica, ainda quando a própria constituição e a cultura política em que ela está inscrita apresentem soluções adequadas e definitivas para os conflitos constitucionais em análise.

that the right to life is subject to exceptions sanctioned by law. The only case to which we were referred in which there were not such express provisions in the Constitution, was the decision of the Hungarian Constitutional Court. There the challenge succeeded and the death penalty was declared to be unconstitutional.

Our Constitution expresses the right to life in an unqualified form, and prescribes the criteria that have to be met for the limitation of entrenched rights, including the prohibition of legislation that negates the essential content of an entrenched right. In dealing with comparative law, we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution. We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it".

³⁸ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128.

Quanto maior a abertura textual e a generalidade dos direitos envolvidos no conflito constitucional, maior a probabilidade de a jurisprudência estrangeira oferecer elementos de convicção efetivamente úteis para a solução das controvérsias.

Terceiro, a carga persuasiva do precedente estrangeiro depende de uma combinação entre a coerência interna de seus argumentos, a comparação entre os contextos e as suas origens institucionais³⁹. O engajamento comparativo nem sempre resulta no transplante da ideia constitucional, mas também — e possivelmente na maioria das vezes — resulta na rejeição de determinada ideia, consideradas as diferenças contextuais e institucionais. A possibilidade de rejeição não pode significar um desincentivo ao exercício comparativo, na medida em que, conforme já explicitado, o iter lógico dessa empreitada conduz o intérprete a um autoconhecimento maior de seu próprio contexto, bem como a um questionamento acerca das falsas necessidades nele existentes.

Quarto, em consequência ao terceiro *standard*, as operações lógicas de inferência indutiva (generalizações indutivas e especificações indutivas) podem ser de considerável valia para que o intérprete adequadamente explicita as premissas contextuais que adotou para acolher ou rejeitar o transplante de determinada ideia constitucional. Nesse sentido, cabe ao intérprete elencar os elementos contextuais relevantes para a hipótese conclusiva, de modo a lhes conceder o devido peso, tanto no sentido de corroborar, como no sentido de infirmar a hipótese de transplante constitucional. A correlação entre todos esses elementos e os seus respectivos pesos permitirá ao intérprete concluir se as premissas, de fato, suportam, com elevado grau de probabilidade, a hipótese de transplante constitucional. A adoção de formas lógicas como inspiração na empreitada argumentativa faz o intérprete tomar conhecimento de uma série de premissas implícitas. Torná-las explícitas no texto argumentativo torna o exercício mais transparente e fortalece a eficácia argumentativa, bem como a coerência interna dos argumentos.

Por óbvio, essas sugestões metodológicas padecem de desenvolvimento posterior, mas, de forma preliminar, abrem uma linha de reflexão e de pesquisa

necessária para o saudável engajamento comparativo no âmbito da jurisdição constitucional.

3.2 A aspiração político-funcional: a superação do debate minimalismo v. ativismo judicial e o reconhecimento da função catalisadora da jurisdição constitucional

O paradigma do constitucionalismo global fundou as bases estruturais e culturais para uma expansão sem precedentes do poder judicial durante a segunda metade do século XX. Trata-se de fenômeno global. Pode-se fazer uma generalização, no sentido de que, hodiernamente, onde quer que haja democracia e jurisdição constitucional, há considerável grau de poder judicial, do matiz ideológico adotado pelas respectivas constituições (liberalismo, comunitarismo, conservadorismo, progressismo etc.).

O Professor Ran Hirschl elenca cinco explicações para a expansão do poder judicial em democracias liberais⁴⁰.

Primeiro, a tese da *proliferação democrática* estabelece uma correlação entre (i) o encarte de direitos fundamentais nas constituições escritas; (ii) a instituição de formas fortes de *judicial review*, e (iii) a progressiva independência das cortes em regimes democráticos. Cortes constitucionais poderosas surgiram em países do Sudeste Europeu (1970), da América Latina (1980) e da Europa Oriental (1990) a partir do exato momento em que nações de todos esses continentes passaram por processos de democratização e adotaram constituições escritas que veiculavam o pacote direitos fundamentais e *judicial review*.

Segundo, a tese *evolucionista* funda-se na ideia de que o desenvolvimento da função contramajoritária das cortes constitucionais consiste em estágio avançado do sistema democrático. Na medida em que a doutrina constitucional alcança relativo consenso sobre a necessidade de tematização dos diferentes grupos sociais, com ênfase na proteção das minorias, o próprio vocábulo *democracia* deixa de designar uma espécie de sistema político para designar uma adjetivação ao sistema constitucional. Assim, uma vez que a contramajoritariedade é tarefa que as instituições democráticas de natureza majoritária não conseguem adimplir, o Poder Judiciário arroga essa função, o que se reverte em ampliação de seus poderes institucionais.

³⁹ Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128

⁴⁰ Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004).

Terceiro, a tese *funcionalista* assevera que a expansão das cortes decorreu de reação orgânica à disfuncionalidade e à fragmentariedade dos diversos sistemas políticos, de modo que os juízes, uma vez instados pelos *players políticos*, passam a ocupar espaços vazios de poder deixados pela inação ou ação deficiente dos demais poderes.

Quarto, a tese *econômico-institucional*, de cunho utilitarista, percebe o desenvolvimento de constituições e da *judicial review* como um mecanismo para promover a *rule of law* e garantir a credibilidade do respectivo regime político relativamente à habilidade da burocracia de cumprir e de fazer cumprir contratos, bem como garantir aos investidores um ambiente econômico sustentável e favorável que gere incentivos de investimento, inovação e desenvolvimento⁴¹.

Quinto, a tese do *alcance estratégico* sugere que os detentores de poder político deliberadamente se beneficiam da expansão do poder judicial e, por esse mesmo motivo, promovem-no. Delegar às cortes autoridade política é meio para (i) reduzir custos de decisão e de transação, (ii) alterar a responsabilidade pelo êxito da solução a ser construída para cada conflito constitucional, e (iii) reduzir riscos para as elites políticas e para o aparato institucional que elas operam. A transferência de poder às cortes é deliberada e consciente, mais do que um resultado natural e lógico do mal funcionamento orgânico dos arranjos institucionais.

Por isso mesmo, Ran Hirschl relembra que as transições democráticas que aconteceram na segunda metade do século XX foram acompanhadas da elaboração de novas constituições ou de emenda às cartas já em vigor, nas quais se operou encarte de direitos fundamentais e expansão do poder judicial. Em momentos de incerteza política, como ocorre em transições de regime, elites políticas ameaçadas de apeamento do poder estrategicamente encartam suas agendas políticas em normas jurídicas e expandem o poder das cortes judiciárias. Agem, assim, para minimizar as inevitáveis incertezas do processo político. Afinal, como o seu *status* político é incerto no âmbito do regime que está para se instituir, encartar direitos na constituição preserva a continuidade de seus programas econômicos e sociais, ainda

se, no futuro, elas não mais estiverem no controle do processo político. Ademais, transferir poder a cortes independentes e pretensamente imparciais assegura a longevidade dessa agenda política em longo prazo, bem como reduz o poder e a margem de discricionariedade de futuros governos eventualmente controlados por grupos adversários⁴².

A título de exemplo, no Brasil, a transição de democrática no final de década de 1980, de fato, coincidiu com um período sem precedentes da expansão do poder judicial (por meio do incremento das competências do Supremo Tribunal Federal e da criação de novos tribunais) e de encarte de direitos fundamentais, nada muito diferente do que se percebeu em outros países.

⁴² Sobre o tema, vide trecho que o autor escreveu em trabalho pretérito: "Ran Hirschl lists the four traditional theories that explain the expansion of the judicial power in liberal democracies. The *democratic proliferation thesis* links the entrenchment of rights and strong forms of judicial review in constitutions, and the development of relatively independent judiciaries to the strengthening of democratic regimes. Powerful constitutional courts have arisen in new democracies in Southern Europe (1970s), Latin America (1980s), and in Central and Eastern Europe (1990s). The *evolutionist theory* relies on the counter-majoritarian character of the judicial activity – as an advanced stage of the democracy – to justify the increasing power of the courts. The *functionalist explanation* states that powerful courts are an organic reaction to dysfunctional political systems. The *institutional economics model* "sees the development of constitutions and judicial review as mechanisms to mitigate systemic collective actions concerns such as commitment, enforcement, and information problems". Then, Hirschl proposes a new explanation, the so-called *strategic approach thesis*, which suggests that "power holders may profit from an expansion of the judicial power", since "delegating policy-making authority to the courts may be an effective mean of reducing the decision-making costs, as well as shifting responsibility and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate". Therefore, from his perspective, the deferential role played by the executive and the legislative branches in favor of the courts is self-conscious and actor-oriented, rather than a mere result of a random, organic malfunctioning of institutional arrangements.

Instead, he recalls that transitions to democracy are commonly linked to the entrenchment of rights and judicial empowerment. In moments of political uncertainty – such as regime changes – threatened political elites strategically entrench their policy preferences in legal norms and expand the power of the courts "against the changing fortunes of the democratic politics". Since their political status is uncertain under the regime about to start, (i) entrenching rights in the constitution preserves their political, social, and economic agenda, and (ii) giving power to unelected and impartial bodies locks in their project in the long term, as well as reduces the power of future governments, which might be controlled by other political elites" (Pedro Felipe de Oliveira Santos: *Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of socio-economic rights*. LL.M. Thesis. Texto integral).

⁴¹ Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004). p. 82.

Em última análise, todas essas circunstâncias favorecem o famigerado fenômeno da *judicialização da política*, pelo qual os atores sociais voluntariamente retiram temas sensíveis da arena política e os levam às cortes. A *judicialização da política* e a *expansão do poder judicial*, embora sejam fenômenos absolutamente distintos, retroalimentam-se continuamente. De um lado, a *judicialização da política* é um fenômeno de origem extrajudicial, na medida em que os *players* deliberada e estrategicamente levam temas ao Poder Judiciário, o qual, em obediência ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não pode se eximir de apreciar alegada lesão ou ameaça a direito. Por outro lado, as cortes, como corpos cuja legitimidade democrática é constantemente questionada, respondem afirmativamente a esse chamado, ocupando os espaços de poder que a própria constituição lhes concedeu institucionalmente, na profundidade dos pedidos processuais que os *players* levam até elas.

Este trabalho não pretende problematizar se o sistema de *judicial review* padece de legitimidade política. Embora a discussão sobre a legitimidade de corpos institucionais não eleitos para decidir temas sensíveis da vida social tenha produzido um rico e necessário debate nas últimas décadas⁴³, o argumento de que a teoria política acomoda os instrumentos de *judicial review* parece ter prevalecido, ao menos na realidade prática. Primeiro, a *judicial review* é uma realidade na maioria dos países do Globo. Segundo, não há nenhuma evidência de que, em curto ou médio prazo, os arranjos institucionais devam se organizar para extinguir os mecanismos de *judicial review*. Pelo contrário, os *players* políticos estrategicamente continuam a levar temas sensíveis à apreciação do Poder Judiciário e a perceber benefícios nessa prática.

Destarte, ainda os teóricos refratários à ideia de *judicial review* precisam reconhecer que o debate precisa avançar. O professor Richard Fallon, da Universidade de Harvard, afirma que a tese de que *a legitimidade da judicial review deriva dos fins morais substantivos que ela proporciona* infirma o argumento

de que *cortes com membros não eleitos não podem agir democraticamente*. Nesse ponto, um sistema de *judicial review* pode ser desenhado de maneira a se evitar que os custos morais de uma eventual intervenção judicial exagerada possam ultrapassar os custos morais resultantes da ausência de qualquer tipo de intervenção⁴⁴.

Nesse ponto, um realinhamento teórico a ser considerado consiste em transformar a pergunta “o sistema de *judicial review* é politicamente legítimo?” em “como os instrumentos de *judicial review* podem ser (re) desenhados para se garantir uma redução dos custos morais da intervenção judicial?”.

Avançar metodologicamente nessa pergunta demanda a superação da dicotomia minimalismo versus ativismo judicial, surgida a partir dos discursos que a crítica constitucional produziu nas últimas décadas.

De um lado, os juristas que se autodenominam *minimalistas* defendem uma postura judicial deferente, seja ao processo democrático, seja à intenção legislativa, seja às escolhas do Executivo, seja às intenções originais dos constituintes — o destinatário da deferência varia a depender da vertente teórica de interpretação. Para esse grupo, de maneira geral, cabe ao magistrado reconhecer e apontar violações à norma, deixando aos demais poderes e atores políticos a adoção das providências cabíveis para a restauração da juridicidade violada.

De outro lado, os juristas que pejorativamente são denominados de *ativistas* defendem que ao juiz cabe não apenas reconhecer violações, mas decerto a adoção dos remédios processuais cabíveis para a o restabelecimento da juridicidade violada, sendo legítima qualquer tipo intervenção judicial para o cumprimento desse mister.

Cada uma dessas vertentes reúne diversas escolas de interpretação constitucional e se utiliza dos mais variados argumentos para fundamentar as próprias posições. Embora as defesas mais comuns estejam relacionadas à legitimidade democrática do Poder Judiciário, como um corpo de membros não eleitos, para promover intervenções na vida social e política, têm ganhado destaque argumentos de natureza consequential. Minimalistas denunciam que

⁴³ A título de exemplo, trabalhos proeminentes nesse debate: contrariamente à *judicial review*, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346 (2006); a favor, Richard Fallon, *The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008); para uma crítica contra as duas posições, Mark Tushnet, *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases for and Against Judicial Review?*, 30 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 49 (2010).

⁴⁴ Richard Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1756 (2008).

os impactos agregativos e distributivos da postura ativista são geralmente desastrosos, desmantelam políticas públicas em vigor, causam gastos irracionais aos demais Poderes e, finalmente, não geram transformações sociais positivas. Por outro lado, ativistas afirmam que a postura de deferência não cria incentivos efetivos para que os demais Poderes observem as ilegalidades detectadas pelo Poder Judiciário, o que enseja a persistência do cenário de violação de direitos, cuja concretização permanece à míngua das conveniências administrativa e legislativa.

No entanto, essa resposta binária e generalizada — transplantada das teorias constitucionalistas americanas para todo o Globo, sem qualquer crivo crítico-contextual, e balizada em figuras estereotipadas da conduta judicial — reduz uma discussão altamente complexa a uma abordagem meramente formalista acerca da alocação ideal de poderes entre os braços do Estado. Ademais, despreza por completo os concretos arranjos institucionais do sistema político de cada país. Os entusiastas dessa perspectiva binária parecem mais preocupados com o grau de intervenção judicial (baixo ou elevado) do que com a substância da intervenção judicial em si e os seus impactos no mundo fenomênico, como se uma única opção de comportamento judicial (minimalista ou ativista) pudesse contemplar a especificidades dos casos de qualquer microssistema jurídico.

No entanto, um olhar mais atento à jurisprudência das cortes e aos cânones de interpretação constitucional descortinará algumas perplexidades que parecem estar despercebidas no discurso *mainstream* da crítica constitucional.

Primeiro, conforme pesquisas empíricas recentes têm demonstrado, não há qualquer relação necessária entre o nível da intervenção judicial e o seu impacto positivo ou negativo nas estruturas sociais. Essa relação é estritamente contingente⁴⁵. Não se pode estabelecer qualquer liame entre *grau elevado de intervenção judicial e impacto social negativo*, bem como entre *baixo grau de intervenção judicial e impacto social*

positivo, muito menos o contrário. Sob determinadas circunstâncias contextuais, postura judicial minimalista pode acarretar impactos agregativos e distributivos tão negativos como uma postura judicial de elevado grau.

Segundo, a experiência tem demonstrado que o conteúdo do remédio processual adotado pelo Judiciário em determinado caso, e não o nível de intervenção judicial, define o respectivo êxito. Afinal, como não há qualquer relação necessária entre nível de intervenção judicial e potencialidade de impacto social a ser causado, a natureza da *injunction* e a sua adequação com os fins que se deseja alcançar são os principais elementos definidores do êxito da intervenção judicial.

Terceiro, nenhuma constituição traz em seu texto as regras de sua própria interpretação. Conforme enuncia o Professor Cass Sunstein, “entre alternativas razoáveis, nenhuma abordagem de interpretação constitucional é obrigatória”⁴⁶. Ainda segundo o professor,

Algumas pessoas acreditam que a própria ideia de interpretação exige que os juízes adotem um método particular para interpretar a Constituição. O problema com essa visão é que, no direito constitucional, a ideia geral de interpretação é compatível com uma gama de abordagens diferentes, e entre elas, nenhuma é obrigatória, no sentido de ter alguma conexão única ou privilegiada com a ideia geral.

[...]

O significado da Constituição deve ser construído em vez de encontrado, não no sentido grandioso (e absurdo) de que ele está inteiramente à mercê [do intérprete], mas no sentido mais mundano de que deve ser resolvido por uma interpretação que ela própria não contém. A ideia de interpretação é ampla, e uma série de abordagens se encaixam nela. Entre as alternativas razoáveis, qualquer abordagem particular à Constituição deve ser defendida com o fundamento de que ela faz a ordem constitucional pertinente melhor do que pior⁴⁷.

⁴⁵ Sobre o tema, ver: David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 *Harvard International Law Journal*, 191, 202 (2012); Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, 143 (Oxford University Press, 2012); Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 *Columbia Journal of European Law*, 1, 2 (2007); Mark Tushnet, *Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century*, 4 *Nujs L. Rev.* 177 (2011).

⁴⁶ Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University DASH Repository (Aug. 29, 2014).

⁴⁷ Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University DASH Repository (Aug. 29, 2014). Texto original: “Some people believe that the very idea of interpretation requires judges to adopt a particular method for interpreting the Constitution. The problem with this view is that in constitutional law, the general idea of interpretation is compatible with a range of different approaches, and among them, none is mandatory, in the sense of having some unique or privileged connection with the general idea”.

Quarto, e como decorrência lógica do item anterior, não há necessidade de o Poder Judiciário adotar em todos julgamentos uma única vertente de interpretação única — originalista, ou *living constitution*, ou propositivista etc. Cada caso traz particularidades que devem ser consideradas na adoção do remédio constitucional adequado para restabelecer a juridicidade violada, de modo que, em determinadas situações, o Poder Judiciário pode ser justificadamente mais originalista na interpretação constitucional; em outros, *living constitution*, sem que essa diversidade de comportamento signifique incoerência interpretativa. Afinal, as teorias interpretativas não podem ser encaradas como dogmas absolutos. A responsabilidade do intérprete recairá na justificação do método de interpretação adotado, relativamente à sua adequabilidade ideal para a solução do caso concreto e a sua conformidade com a constituição.

Quinto, o argumento consequencial assume relevância na jurisdição constitucional e não pode ser desprezado. A função judicial é contextual. Por sua vez, a jurisdição constitucional também dispõe de natureza política, embora com alto grau de construção jurídica. Essas constrições são impostas pelos (i) limites das competências institucionais do Poder Judiciário estabelecidos na constituição — mais gravosas do que os limites impostos ao Legislativo e ao Executivo —, (ii) pelas estruturas institucionais e seu histórico, (iii) pelas normas constitucionais e legais, tanto de natureza procedimental, como de natureza substantiva, (iv) pela linguagem adotada pela argumentação jurídica (direitos fundamentais e princípios impessoais), entre outros.

Tanto quanto possível, a intervenção judicial deve ser guiada por elementos de convicção empíricos que evidenciem macrossistemicamente as estruturas a serem impactadas e as possíveis interações resultantes desses impactos. Olhar para fora e para frente permite às cortes selecionar, dentre os diversos instrumentos processuais possíveis, a *injunction* que melhor se adequa para a solução do conflito constitucional em análise. Nesse ponto, o argumento consequencial, unido aos demais elementos de convicção, qualifica a intervenção judicial.

Sexto, a intervenção judicial deve sempre ser a menos drástica possível para restabelecer a juridicidade violada. Esse aspecto implica que, em determinados casos, justificadamente, a corte pode decidir ser mais

minimalista, pois visualiza que uma conduta deferente seja suficiente para a solução do conflito constitucional. No entanto, o Judiciário não pode se eximir de adotar remédios mais intensos se, justificadamente, o quadro que se descortina nos autos demonstra que comportamento judicial mais minimalista seja insuficiente para os fins que se deseja atingir. Para tanto, a corte deve reunir elementos de convicção que informem sobre os arranjos institucionais, consistentes no modo como as instituições e os atores políticos formal e informalmente interagem entre si. Destarte, em consequência, poderá antever os incentivos e os desincentivos que cada tipo de injunção enseja aos *players* envolvidos no conflito em análise, o que será determinante na respectiva resolução.

Sétimo, em determinados casos, intervenções resolutórias no conflito constitucional podem ser desastrosas. Julgar um conflito constitucional não necessariamente requer ao Judiciário a apresentação de uma resposta resolutive. É possível ao Judiciário decidir devolver o conflito ao processo político, não meramente decidindo “não decidir” — o que seria vedado à luz de nossa Constituição, mas decerto tentando engajar os *players* a assumirem as suas funções institucionais, mediante a promoção de incentivos de atuação institucional coordenada.

Um dos efeitos colaterais da judicialização da política é a desidratação do processo político, pois temas políticos sensíveis são retirados da arena política — por vezes, de forma prematura — e levados às cortes. O Poder Judiciário tem assumido um discurso de isenção de responsabilidade sobre esse fenômeno, considerando que são os próprios atores políticos que levam voluntariamente os casos às cortes. No entanto, não obstante, de fato, as cortes tenham reduzido controle sobre o ajuizamento de demandas, o simples fato de elas disporem do conflito em mãos e poderem decidir o seu rumo é suficiente para imaginar a possibilidade de elas assumirem a tarefa de devolvê-lo ao processo político, em pelo menos duas hipóteses. Primeiro, a corte percebe que o conflito foi retirado da arena política de forma prematura. Segundo, a corte conclui que qualquer tipo de intervenção judicial resolutória tem potencial efeito deletério, seja (i) por não conseguir alcançar um cenário em que os custos morais de qualquer intervenção sejam menores do que os custos da ausência de intervenção, seja (ii) por não conseguir reunir elementos empíricos suficientes que informem, com razoável grau de justificação

epistêmica, a dinâmica dos arranjos institucionais envolvidos e, assim, há inviabilidade de desenhar uma injunção satisfatória para a resolução do problema.

Entretanto, a devolução do conflito constitucional ao processo político não pode vir desacompanhada de um conjunto de incentivos aos *players* envolvidos. Se, por vezes, o Poder Judiciário não é o *locus* ideal para solução de determinados conflitos institucionais, a natureza do processo judicial e o esperado modo de agir imparcial dos magistrados torna as cortes o ambiente propício para o reengajamento pontual de instituições e de atores, com vistas a incentivá-los a alcançarem, por si, uma solução adequada para o conflito, a cujo êxito eles terão maior sentimento de vinculação, justamente por serem os próprios protagonistas do seu alcance.

Nesse sentido, já se tem observado que diversas cortes constitucionais têm assumido, além da função contramajoritária, a função de catalisação do processo político, mediante a qual elas se colocam como árbitros entre os diferentes níveis de governança e de funções institucionais, a partir de três essenciais tarefas: (i) garantindo a participação e a interação de todos os *players* envolvidos no conflito; (ii) monitorando a adequação epistêmica da base de informações para o processo decisório; e (iii) impondo transparência e *accountability* aos procedimentos, como meio de alcance de um processo decisório justificado por parte dos *players*⁴⁸.

Por meio desse modelo, as cortes passam a se preocupar, cada vez mais, com o aprimoramento do processo político-democrático, especialmente em ambientes em que se percebe uma fragmentação política elevada, bem como um considerável grau de disfuncionalidade institucional. Nesse sentido, na medida em que percebem a sua influência na alocação dos poderes de barganha entre as partes, os juízes passam a calcular melhor as intervenções judiciais, de modo a incentivar os *players* a aderir às suas funções institucionais e, de forma coordenada, reavivarem o processo político outrora desacreditado.

Essa abordagem estimula as cortes, cada vez mais, a investirem num exercício de criatividade institucional — por óbvio, sempre nos limites de suas competências institucionais — para desenhar injunções e remédios processuais que se adequem aos diversos tipos de conflitos constitucionais. Experiências exitosas têm sido percebidas em cortes europeias⁴⁹, na Índia⁵⁰, nos EUA e na Colômbia⁵¹.

Problematizar essas transformações demanda um realinhamento teórico, consistente da superação da visão dicotômica *minimalismo v. ativismo judicial*. A função judicial é muito mais complexa do que a análise que se tem feito das intervenções judiciais balizada apenas no aspecto formalista do grau de intervenção. Qualificar as intervenções judiciais demanda tematizar que (i) o grau de intervenção sempre deverá ser o mínimo necessário para restabelecer a juridicidade violada, e que (ii) a construção da intervenção judicial adequada resultará de uma combinação epistemologicamente justificada entre diferentes formas de interpretação constitucional, de remédios processuais e de alocação de poderes entre os *players* envolvidos.

4 Conclusão

Desde a década de 1950, o constitucionalismo se reinventou, incorporou novos significados, significantes e propósitos, e ocupou o espaço decisório do Poder Judiciário. Mais ainda, o constitucionalismo globalizou-se, descortinando uma era de migrações e de fertilizações cruzadas de ideias constitucionais de intensidade sem precedentes.

Impõem-se avançar com o debate constitucional e tematizar as novas problemáticas que o constitucionalismo global apresenta. O futuro da jurisdição constitucional, no paradigma do engajamento comparativo atualmente vigente,

⁴⁸ Vide Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 *Columbia Journal of European Law*, 4, 5 (2007); Victoria Nourse and Gregory Shaffer, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, 40 *Legal Studies Research Paper Series*, 101, 111 (2014); Charles F. Sabel, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 *Harv. L. Rev.* 1015 (2004); David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 *Boston College Law Review*, 1501, 1503 (2014).

⁴⁹ Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 *Columbia Journal of European Law*, 1, 2 (2007).

⁵⁰ Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 751 (Foundation Press, 2014); Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago Press, 1998); Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attemping the Impossible?*, 37 *Am. J. Com. L.* 495 (1989).

⁵¹ David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 *Boston College Law Review*, 1501, 1503 (2014).

perpassa pelo menos duas aspirações de realinhamento teórico, as quais que visam a qualificar a intervenção judicial no mundo político, econômico e social.

A *aspiração metodológico-discursiva* assevera que, para que o constitucionalismo se torne efetivamente global, é preciso que se respeitem os limites contextuais do engajamento comparativo. Trata-se de um convite para se refletir sobre as possibilidades e as limitações da migração de ideias constitucionais no âmbito da jurisdição constitucional. Essa tarefa impõe às cortes uma metodologia mais apurada no ato de referenciar julgados e teorias estrangeiras, com vistas a evitar o transplante acrítico, prática tão comum entre as cortes hodiernamente.

A *aspiração político-funcional* reconhece que, especialmente em ambientes políticos disfuncionais e com alto grau de judicialização da política e da vida social, o Poder Judiciário pode assumir uma tarefa catalisadora do funcionamento das instituições democráticas, devolvendo ao processo político temas dele retirados prematuramente e provendo incentivos de atuação coordenada a *players* institucionais. Essa aspiração também é um convite para que as cortes reflitam mais sobre o conteúdo das injunções que impõem — e invistam no (re)desenho dos remédios constitucionais. Mais importante do que o grau de intervenção judicial é a substância da injunção em si, os alvos que ela pretende atingir e as estruturas que ela pretende atacar e preservar. Esses elementos não podem ser desprezados pela jurisdição constitucional.

Em suma, quando as formas jurídicas e as teorias críticas parecem não mais responsivas às especificidades e às complexidades do mundo fenomênico, é tempo de realinhar questionamentos, propor novos debates, abrir novas frentes de pesquisa e testar outras intuições. Pensar o futuro demanda abertura ao novo e, principalmente, uma análise crítica do que efetivamente as instituições representam para a cultura política de cada sociedade, bem como do que cada cultura política espera de suas instituições.

Referências

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v Makwanyane and Another* (CCT 3/94).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, rel. Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060, rel. Ministro Luiz Fux.

Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism* (1997). Faculty Scholarship Series. Paper 129.

Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University, DASH Repository (Aug. 29, 2014).

Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago Press, 1998).

David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 Boston College Law Review, 1501,1503 (2014).

David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 Harvard International Law Journal, 191, 202 (2012).

Duncan Kennedy, *Three Globalization of Law and Legal Thought*, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 543 U.S. 551 (2005).

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

ESTADOS UNIDOS. Kamper v. Hawkins, 3 Va. (1 Va. cases) 20, (1793).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S.483 (1954).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in *European and US Constitutionalism*, 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005).

Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attemping the Impossible?*, 37 Am. J. Com. L. 495 (1989).

Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L. J. 1346 (2006).

Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 Columbia Journal of European Law, 1, 2 (2007).

Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, 143 (Oxford University Press, 2012).

Larry Kramer, *Understanding Marbury v. Madison*. IN Proceedings Of The American Philosophical Society. VOL. 148, NO. 1, MARCH 2004.

Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Mark Tushnet, *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases for and Against Judicial Review?*, 30 Oxford Journal of Legal Studies 49 (2010).

Mark Tushnet, *Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century*, 4 Nujs L. Rev. 177 (2011).

Mark Tushnet, *Some reflections on method in Comparative Constitutional Law*. In: The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Pedro Santos, *Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of socio-economic rights*. Harvard Law Schhol, LL.M. Thesis. Texto integral (2015).

Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004).

Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Richard Fallon, *The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 Harv. L. Rev. 1693 (2008).

Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become*, 138 (Verso, 1996).

Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review Vol. 109, No. 5 (Mar., 1996).

Scott Brewer, *Logocratic Method and the Analysis of Argument in Evidence*, Artigo publicado 01 September 2011 no Oxford Journal Academic.

Scott Brewer, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, The Yale Law Journal Vol. 107, No. 6.

Sujit Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 751 (Foundation Press, 2014).

Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109.

Victoria Nourse and Gregory Shaffer, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, 40 Legal Studies Research Paper Series, 101, 111 (2014).

Barragens: quais os riscos garantidos pelos seguros contratados?

Walter Polido*

1 Introdução do tema

A resposta a essa pergunta requer a análise minuciosa de diversos riscos e de situações que podem impactar neste tipo de obra, fruto da engenharia do homem. É necessário investigar com profunda reflexão não só as bases técnicas dos seguros que podem ser envolvidos, como também os textos das apólices existentes dos diversos ramos de seguros do País. Neste contexto, os *seguros de propriedades*, assim como os de *responsabilidade civil* e os *seguros ambientais específicos* são os tipos mais voltados a este questionamento e serão objeto de investigação neste texto. Há, ainda, seguros de garantia que podem oferecer respaldo subsidiário a determinadas situações pontuais de riscos. Com justificativa nos sinistros catastróficos acontecidos nos últimos anos no Brasil e relativos a *rompimento de barragens*, surgiram no Congresso Nacional vários projetos de leis com o objetivo de tornar obrigatória a contratação de seguro para este tipo de construção. O tema, *compulsoriedade do seguro*, também não é de simples solução e será tratado neste texto, pontualmente.

2 Definição de barragem

Mas o que se compreende, afinal, por *barragem*?

Sem considerar o rigor técnico e apropriado da engenharia, são encontradas as mais diversas definições para o termo na internet, e para o objetivo deste texto foram extraídos apenas aqueles conceitos mais centrais. Deste modo, *“barragem, açude ou represa constitui uma barreira artificial, erigida em curso d’água e com o propósito de reter volumosas quantidades de água”*¹.

A utilização desta obra de arte visa, sobretudo, o abastecimento de água em zonas urbanas, agrícolas e industriais, assim como para a produção de energia elétrica e regularização de um curso d’água. Às várias funções elencadas no parágrafo anterior pode-se ainda acrescentar o lazer, assim como a defesa contra cheias e o depósito de rejeitos de várias categorias.

Nos diversos tipos de seguros existentes, assim como em relação às diferentes ocupações empresariais dos segurados, o risco representado por barragens, açudes ou represas se apresenta com contornos também diversificados, notadamente em razão do tipo de utilização do referido elemento. Este ponto é crucial para a completa e a necessária identificação das exposições de riscos que cada tipo apresenta, inclusive para ser verificado se o clausulado da apólice contratada pelo segurado está oferecendo ou não as

Associação Internacional de Direito do Seguro – Seção Brasil. Membro conselheiro e secretário do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem do Ciesp/Fiesp.

¹ Com viés técnico e normativo são encontradas as seguintes definições pontuais, conforme MILARÉ, Édís. *Dicionário de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2015, p. 129: Barragem – (1) Qualquer obstrução em um curso permanente ou temporário de água, ou talvegue, para fins de retenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas. (2) Qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas; (3) Obra de represamento de água, dotada de comportas e outros mecanismos de controle, construída transversalmente a um rio, constituindo uma barreira, com a finalidade de controlar o nível da água de montante, regularizar vazão ou derivar suas águas para canais. Barragens de Mineração – barragens, barramentos, diques, cavas com barramentos construídos, associados às atividades desenvolvidas com base em direito minerário, construídos em cota superior à da topografia original do terreno, utilizados em caráter temporário ou definitivo para fins de contenção, acumulação, decantação ou descarga de rejeitos de mineração ou de sedimentos provenientes de atividades de mineração com ou sem captação de água associada, compreendendo a estrutura do barramento e suas estruturas associadas, excluindo-se deste conceito as barragens de contenção de resíduos industriais (conforme o art. 2º, II, da Portaria 70.389, de 17/05/2017, do Departamento Nacional de Produção Mineral – DPNM). Barragem fiscalizada pela ANA – Barragens situadas em rios de domínio da União, exceto as destinadas à disposição de resíduos industriais, rejeitos de mineração e as que o uso preponderante seja a geração hidrelétrica (conforme art. 2º, II, da Resolução ANA – Agência Nacional de Águas – 91/2012, a qual estabeleceu procedimentos dentro do Plano de Segurança de Barragens e da Revisão Periódica de Segurança de Barragens).

* Advogado. Jurista. Consultor jurídico e parecerista. Mestre em Direito das Relações Sociais, com concentração em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor convidado da FGV-SP e RJ (pós-graduação em Direito do Seguro e Resseguro), do Cesusc – Florianópolis – SC (pós-graduação em Direito Ambiental), do COGAE-PUC (pós-graduação em ciências atuariais e resseguro), da Escola Superior Nacional de Seguros – Funenseg (mentor e coordenador acadêmico dos Cursos de Extensão em Resseguro Avançado e de Fundamentos dos Seguros de Responsabilidade Civil, Riscos Profissionais e Riscos Ambientais; também do MBA – Gestão Jurídica de Seguro e Resseguro). Fundador e ex-presidente do Grupo Nacional de Trabalho em Meio Ambiente da Aida –

garantias que ele necessita ou até mesmo aquelas que ele tinha a expectativa de já possuir, mas que na verdade não estão contempladas nos respectivos seguros.

3 Diferentes ramos de seguros envolvidos com os riscos de barragens

Com vistas nos contratos de seguros e nos diversos riscos que podem ser garantidos por eles, importante destacar algumas situações pontuais em relação a barragens. São elas:

(1) Eventos que podem causar danos aos próprios bens: ruína, desmoroamento, rompimento, impacto, rachadura, erro de projeto, etc.;

(2) Perdas e danos causados a terceiros (pessoais e materiais; danos extrapatrimoniais) em razão do rompimento de barragem;

(3) Danos ambientais ou ecológicos compreendidos por direitos difusos, especialmente em relação a bens sem titularidade particularizada ou específica, assim como os ecossistemas, águas de superfície e subterrâneas, fauna e flora, entre outros elementos com esta natureza jurídica;

(4) Riscos da não *performance* daquele que é o responsável pela desativação de mina ou de cava de contenção de resíduos. Nessa mesma linha, o risco do inadimplemento relativo à obrigação de fazer a manutenção corretiva de obra civil em construção, em relação ao construtor responsável.

Dos quatro itens mencionados acima, decorre série de considerações a respeito dos seguros que convergem para as diferentes situações. Ponto importante para a devida reflexão sobre o tema: *a inviabilidade de um único contrato de seguro garantir todas essas parcelas* de riscos. Essa informação deve ficar aguçada na memória daquele que investigará os clausulados dos diferentes tipos de seguros existentes.

Outra situação encontrada nesta análise pormenorizada dos riscos de barragem e que pode impactar de maneira cabal no resultado da cobertura securitária ou mesmo da não cobertura para determinado risco diz respeito à ocupação ou finalidade da barragem: *represamento de água ou de rejeitos*.

Diante dessa seleção de premissas fundamentais, vem à mente as seguintes questões:

1) *há seguro para garantir todos esses tipos de riscos e nas mais diversas situações?*

2) *quando se propugna pela obrigatoriedade da contratação do seguro, para qual ou para quais parcelas de riscos o parlamentar está, de fato, pretendendo obter a garantia em face dos sinistros?*

No seguimento deste texto, buscaremos indicar os entendimentos adequados sobre as questões apontadas.

4 Seguros para a cobertura de danos às próprias barragens

Com relação ao item III formulado anteriormente neste texto — *danos às próprias barragens* — a questão pode ser resolvida através de duas maneiras distintas, ou seja, para a *fase de construção* da barragem os riscos inerentes devem ser garantidos através da apólice Riscos de Engenharia, na modalidade Obras Civis em Construção. O grau de coberturas oferecidas pelo mercado pode variar de seguradora para seguradora, dependendo do apetite de cada um delas na subscrição desta categoria de risco. Ao corretor de seguros a missão de apresentar mais de uma oferta, ou seja, de diferentes seguradoras, àquele que tem o interesse pela contratação deste tipo de seguro, e todas elas devidamente analisadas com base no quadro de coberturas oferecidas e o custo do prêmio do seguro. O *fator preço*, se for analisado de maneira primordial e única, poderá determinar que o proponente deixe de contratar o melhor clausulado em termos de garantias oferecidas, e essa situação, invariavelmente, trará com ela os reflexos negativos pertinentes, em sobrevivendo qualquer sinistro.

A título ilustrativo, segue modelo de Cláusula Particular que tem sido usualmente adicionada às condições contratuais da apólice *todos os riscos*² do ramo Riscos de Engenharia no Brasil e ressaltando os *riscos não garantidos* por ela em face da construção de barragens, reservatórios e usinas hidroelétricas:

Cláusula Particular – Construção de Barragens, Reservatórios e Usinas Hidroelétricas

² Cláusula 3ª – Riscos Cobertos – Para os fins deste seguro, consideram-se riscos cobertos aqueles expressamente não excluídos nestas Condições Gerais, nas Condições Especiais e nas Condições Particulares.

Fica estabelecido, sujeito aos termos e condições contidas nesta apólice ou a ela endossadas, que a seguradora não garantirá ao segurado quaisquer indenizações provenientes de:

1. Despesas incorridas com a injeção de calda de cimento em áreas de rocha branda e/ou outras medidas adicionais, mesmo que sua necessidade surja somente durante a construção;

2. Despesas incorridas com drenagem, mesmo que as quantidades de água originalmente esperadas forem substancialmente ultrapassadas;

3. Perdas e danos devidos à quebra do sistema de drenagem, se essa quebra pudesse ter sido evitada por instalações de reserva;

4. Despesas incorridas com vedação ou impermeabilização e instalações adicionais para a descarga de águas de escoamento ou subterrâneas;

5. Perdas e danos devidos ao assentamento ou recalque do solo, se causados por compactação inadequada ou insuficiente;

6. Rachaduras de qualquer natureza ou origem;

7. Vazamentos.

Permanecem em vigor as demais condições contratuais que não foram alteradas por essa Cláusula Particular.

O modelo reproduzido apresenta significativas situações de *riscos excluídos*. A percepção geral dos subscritores deste segmento está pautada no fato de que esses riscos, se não forem expressamente excluídos, poderão ensejar a ocorrência das situações descritas e de maneira recorrente, enquanto que elas são de fato partes do processo de gestão dos projetos, assim como da execução das obras, dentro daquela esfera obrigacional que se convencionou chamar de *boas práticas* empresariais. As normas técnicas devem ser observadas estritamente pelos segurados e as medidas de prevenção de danos se inserem neste contexto. O seguro, dentro dessa perspectiva, não pode constituir um paliativo às boas práticas de engenharia. Não é este o objetivo dele. O efetivo planejamento do projeto e sua execução devem contemplar os contingenciamentos de maneira eficiente, buscando mesmo a antecipação das eventuais ocorrências já plenamente conhecidas e analisadas na arte de construir barragens, cujo empreendimento, inclusive, fica nas mãos de empresas altamente especializadas no setor e de modo algum com as amadoras. Então, se houver negligência deliberada do segurado na

observação dessas medidas, o seguro de Riscos de Engenharia não poderá acompanhá-lo, indenizando os prejuízos daí decorrentes. Medida justa de equilíbrio, entre a obrigação garantidora da seguradora e a participação efetiva do segurado na preservação dos riscos sob a sua gestão, ambos tendo em mente que o sinistro é indesejado e que cada parte tem *deveres anexos* próprios e também recíprocos. Boa-fé, lastreada na *cooperação*, sendo que nos contratos de longa duração, assim como são classificados os seguros de Riscos de Engenharia, esses elementos ou mesmo exigências são fundamentais. Na lição de Schunck, “além do simples cumprimento da prestação, a lei deve incentivar a cooperação, por meio do cumprimento de deveres laterais de conduta”³.

A exposição a riscos na construção de barragens e represas é elevada e, neste aspecto, há que prevalecer nível mínimo e adequado de coberturas. Todas as situações e o respectivo projeto serão tecnicamente analisados pela seguradora e antes mesmo de ser subscrita a apólice correspondente, inclusive sob condições de melhorias em determinados itens, se for cabível na situação apresentada. O objeto do seguro na apólice Riscos de Engenharia deve se pautar no *interesse segurado*, inclusive em razão do trabalho conjunto que usualmente acontece nos canteiros de obras e que envolve várias empresas e com funções também diversificadas, fato que pode determinar também *interesses distintos*: proprietário da obra, empreiteiro principal e subempreiteiros, técnicos especialistas, etc. Para o alemão Schnabel, “o seguro de Obras Civis tem como finalidade proteger os segurados contra as consequências financeiras de danos materiais imprevistos”⁴. Importante ressaltar, nesse contexto, que o objeto principal do *interesse segurado* em relação à construção de uma obra de engenharia está centrado *na continuação e na conclusão do projeto*, mas que nem por isso o entendimento técnico acerca das coberturas poderá ser ignorado, em hipótese alguma. Os princípios técnicos basilares dos seguros de Riscos de Engenharia foram estabelecidos há muito tempo em mercados muito mais desenvolvidos do que o brasileiro e, apesar de toda a evolução pela qual passaram, continuam prevalecendo determinados elementos essenciais,

³ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. São Paulo: Almedina-Brasil, 2016, p. 242.

⁴ SCHNABEL, Wilfried. *Introducción al Seguro de Obras Civiles (CAR)*. Cologne: Kölnisch Rück, 1989, p. 6.

internacionalmente. O Brasil não ganharia nada distanciando-se da praxe internacional, notadamente em seguros dessa área, grande parte deles envolvendo projetos de valor elevado e que requerem, sem dúvida alguma, a participação dos agentes internacionais, especialmente os resseguradores de primeira linha. Tem sido criticada a adoção pelo mercado segurador nacional, inclusive com base nas normas publicadas pela Susep⁵ a respeito dos Seguros de Engenharia⁶, a utilização de nomenclatura, em princípio, reducionista na estipulação do objeto de cobertura das apólices, notadamente quando se determina que o contrato de seguro garante *tão somente “os danos físicos”* sofridos pelos bens segurados, em detrimento do “interesse segurado”⁷, justamente o elemento que tipifica o contrato de seguro no ordenamento nacional, nos termos do *caput* do art. 757 do Código Civil⁸. Tzirulnik, através de sua obra-título, advoga contra este procedimento:

[...] a desconsideração da teoria do interesse tem-se constituído em instrumento para deprimir as coberturas de seguro e para rechaçar ou reduzir a grandeza das prestações em caso de sinistro,

⁵ “[...] garante o interesse legítimo do segurado contra acidentes, de origem súbita e imprevista, com exceção dos riscos excluídos especificados na apólice, que resultem em prejuízos materiais tanto às obras expressamente descritas na apólice e aos materiais a serem utilizados na construção, durante o período da obra, como também às máquinas, equipamentos, estruturas metálicas e a outros bens instalados e/ou montados de forma permanente, durante a fase de instalação e/ou montagem destes bens”, conforme Circular Susep – 540/2016.

⁶ Circular Susep – 540, de 14/10/2016 (dispõe sobre regras e critérios para operação das coberturas oferecidas em plano de seguro de Riscos de Engenharia, e dá outras providências).

⁷ Cláusula 2ª. Objeto do Seguro – O presente seguro tem por finalidade garantir interesse legítimo do Segurado, até o Limite Máximo de Garantia da Apólice ou o Limite Máximo de Garantia por Cobertura Adicional, constante na Especificação da Apólice, contra danos físicos à propriedade tangível (coisas seguradas) que o Segurado venha a sofrer, somente durante a vigência da Apólice, em consequência de riscos cobertos, enquanto permanecerem inalterados os dados constantes da proposta de seguro, da ficha de informações, do contrato de construção civil, instalação e montagem e outros documentos juntados, dados esses que serviram de base à emissão da Apólice, da qual os documentos antes citados passam a fazer parte integrante.

⁸ CC/2002, art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoas ou a coisa, contra riscos predeterminados.

*especialmente nos seguros de riscos operacionais e de engenharia de construção [...]*⁹.

Em versões anteriores ao atual texto utilizado pelas seguradoras do mercado nacional, os termos eram mais abrangentes, segundo Tzirulnik¹⁰:

[...] a Seguradora se obriga a indenizar o Segurado pelas avarias, perdas e danos materiais, decorrentes de acidentes de origem súbita e imprevista, causados aos bens descritos nesta apólice por qualquer causa, exceto os riscos excluídos [...].

Necessário observar sobre esta questão que os termos e as respectivas estruturas empregadas pelas seguradoras do Brasil encontram respaldo justamente nos *modelos internacionais*, tal como eles vêm sendo praticados desde sempre nos mercados desenvolvidos. Exemplo:

Part A: *Construction/Erection All Risks (CAR/EAR) Insurance*

1. Insured Interests

1.1. This policy covers the interest of all Insured as per Schedule for all activities in connection with the subject matter insured.

2. Insured and Uninsured Risks

2.1. The Insurers will indemnify the Insured for all unforeseen physical loss of or damage to the property insured occurring during the period of insurance, as far as this is not excluded as following, less deductible and salvage value which, however, remains the property of the Insured. The salvage value will be determined by mutual agreement between the Insured and the Insurers.

(tradução livre)

Parte A – Seguro de Obras Civis em Construção

1. Interesses Segurados

1.1. Esta apólice garante o interesse de todos os Segurados indicados nas Especificações da Apólice, conforme as atividades em conexão com o objeto segurado.

2. Riscos Segurados e Não Segurados

2.1. As Seguradoras indenizarão o Segurado por toda a perda física imprevista ou dano ao bem segurado ocorrido durante o período de seguro, na medida em que não seja excluído como segue, deduzido o valor

⁹ TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de Riscos de Engenharia*: instrumento de desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 167.

¹⁰ Op. cit., p. 166.

do salvado que, no entanto, continua a ser propriedade do Segurado. O valor do salvado será determinado de comum acordo entre o Segurado e a Seguradora.

Os conflitos que já ocorreram, de qualquer modo, podem ser atribuídos à interpretação de outros dispositivos contratuais também constantes das apólices, notadamente quando da redação dos riscos excluídos, nem sempre tecnicamente perfeita. Sobre essas particularidades, com destaque também na redação dada ao art. 73 do Projeto de Lei da Câmara 29/2017¹¹, o qual impactará e muito a situação aqui demonstrada se ele for convertido efetivamente na Lei de Seguros no Brasil, análise detalhada constará da Parte 2 deste texto, oportunamente.

A doutrina mais refinada sempre advogou, reiteradamente, no sentido de que o objeto do contrato de seguro está centrado no *interesse segurado*. Comparato ensina que

[...] mesmo no chamado seguro de coisas determinadas, como o seguro de incêndio ou o seguro contra furto, o que o segurado garante pelo contrato não é propriamente uma coisa, mas o *interesse que possuiu em relação a esta coisa*¹².

Bem antes dele, Francis Allen já havia se manifestado no sentido de que *“nenhum contrato de seguro é juridicamente válido, a menos que haja um interesse suscetível de ser segurado”*¹³. Há, portanto, *valoração econômica* sobre o *interesse* e, desta maneira, o segurado contrata o seguro visando justamente garantir referido interesse *contra perdas decorrentes de riscos predeterminados*¹⁴. Importante deixar assentado neste texto que o *interesse segurável* não amplia o âmbito de cobertura de uma apólice de seguro, apesar de sua conotação aparentemente mais abstrata, mas nem por isso motivadora de interpretações descabidas¹⁵. O interesse, portanto, não se mostra

ilimitado nem sequer tem o condão de neutralizar ou mesmo de relativizar os dispositivos contratuais predeterminados na apólice, notadamente os riscos cobertos e os excluídos, os quais dão o contorno de cada tipo de seguro contratado¹⁶.

Em seguros de Riscos de Engenharia, os conflitos têm repousado, basicamente, naquela *situação pontual* através da qual o dano físico direto somente acontece tempos depois e de maneira reflexa a determinada situação ou fato gerador ocorrido, desde a implantação do canteiro de obras. Os efeitos de determinadas situações, nesse contexto, são observados em data posterior e, em especial, na *fase de comissionamento* ou mesmo na *fase de manutenção ou garantia*. Neste sentido, Tzirulnik ressalta que

[...] uma falha no serviço de classificação de material feito durante as sondagens poderá ensejar a ruptura da obra, depois de anos, durante a fase de testes, e mesmo depois, durante o chamado período de manutenção e garantia [...] ¹⁷.

Seja como for, a apólice de Riscos de Engenharia determina no seu objeto de cobertura a *necessária materialização dos danos físicos* à obra segurada e dentro do prazo de cobertura da apólice, pois que estes constituem o *risco coberto predeterminado* no referido contrato de seguro, sendo que esse entendimento tem aceitação internacional. Não haveria como ser diferente somente no Brasil. Este tema será novamente objeto de análise e comentado através da Parte 2 deste texto, oportunamente.

Também o erro de projeto, as falhas nos serviços de fundações podem comprometer a obra, e este reflexo ser materializado ou se tornar de fato perceptível apenas tempos depois. Há que existir solução securitária para essas questões, na medida em que os riscos são exequíveis e perfeitamente seguráveis, todos eles dentro dos parâmetros técnicos estabelecidos para o ramo Riscos de Engenharia, os quais determinam que o sinistro indenizável exige a materialização de um dano material súbito e imprevisto.

O fato de os clausulados até então utilizados pelas seguradoras no Brasil não serem devidamente explícitos ou mesmo quando eles indicam

¹¹ PL da Câmara 29/2017 – Art. 73. A seguradora responde, nos termos da lei e do contrato, pelos efeitos do sinistro ocorrido ou cuja ocorrência tiver início na vigência do contrato, ainda que se manifestem ou perdurem após o término desta.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *O Seguro de Crédito*. São Paulo: RT, 1968, p. 24.

¹³ ALLEN, Francis T. (tradução de Teodoro Ortiz). *Principios Generales de Seguros*. México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 15.

¹⁴ POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 106.

¹⁵ Idem, p. 110.

¹⁶ Ibidem, p. 111.

¹⁷ Op. cit., p. 160.

determinadas situações de riscos *não excluídas* nos modelos internacionais e que acabam conduzindo o entendimento para a não cobertura do sinistro, não pode determinar que as possibilidades do ramo Riscos de Engenharia se encerram neste tipo de procedimento, sem solução alguma de pronto. A questão temporal do efetivo aparecimento do dano físico ao bem segurado — com causa imediata ou reflexa de ato/fato anterior e dentro da fase de execução de determinadas tarefas pelo segurado — deve ser explícita, objetivamente. Para a devida eficácia do mecanismo garantidor e indenizatório da apólice do seguro de Riscos de Engenharia, os clausulados devem ser extremamente claros a esse respeito, lembrando o fato de que esse contrato de seguro tem *início e fim* para as coberturas, *predeterminados*, ainda que o prazo final possa ser estendido em face do não cumprimento dos cronogramas das obras e por variadas razões. Diante dessa obrigação contratual e jurídica de transparência absoluta, aqueles conceitos ainda amarrados e reducionistas de coberturas devem ser também alargados no mercado segurador nacional, observada a praxe internacional vigente a respeito e de modo a determinarem efetividade garantidora no seguro Riscos de Engenharia. Clausulados que foram concebidos e adaptados de modelos estrangeiros nas décadas passadas não têm demonstrado eficácia a toda a prova, mesmo porque eles têm propiciado muitas ações no âmbito judicial e também através de juízos arbitrais. Neste contexto, importante ressaltar que determinadas cláusulas encontradas nos mercados seguradores internacionais e mais desenvolvidos do que o brasileiro se mostram muito mais consentâneas com os interesses da atualidade, deixando clara a necessidade de elas serem transpostas para as apólices locais. Um determinado modelo de cláusula londrina referente à Cobertura Adicional de Manutenção Ampla ou Estendida traz no seu escopo de cobertura, além das perdas e danos ocasionados pelo segurado durante o período de manutenção, *também aqueles ocorridos durante o período de manutenção, mas que decorreram de fatores originados durante o período de construção ou de testes (factors originating in the construction, erection or testing periods on the site)*¹⁸. Deve ser observado, de

qualquer maneira, que a cobertura se refere sempre aos *danos físicos* efetivamente ocorridos durante o período de vigência da apólice e este tem sido o parâmetro elementar dos seguros de Riscos de Engenharia no mundo todo. Este tema voltará a ser desenvolvido com maior detalhamento no próximo texto, Barragens – Parte 2.

Em complemento às coberturas básicas da apólice Riscos de Engenharia, várias situações de riscos podem ser contempladas através de Condições Particulares ou de disposições semelhantes neste sentido. O risco de *“overtopping”* (galgamento de estruturas de proteção ou desvio do rio) ou de *“overflow”* (transbordamento), por exemplo, constitui uma dessas situações; ele pode ser incluído através de cláusula particular ou por menção expressa na especificação da apólice. Mesmo assim, é usual excluir, nesta extensão de cobertura, aquela parcela referente ao galgamento das ensecadeiras, caso as estruturas de desvio do rio tenham sido projetadas com período de retorno (ciclo hidrológico completo) menor do que 50 (cinquenta) anos. A seguradora pode, ainda, determinar sublimite para a referida cobertura adicional ou deixá-la dentro do LMI – Limite Máximo de Indenização da cobertura básica.

O Mercado Nacional de Seguros precisa se debruçar sobre os temas tratados nos parágrafos anteriores e de modo a estabelecer a simetria necessária dos clausulados em relação ao ordenamento jurídico vigente e à prática contemporânea dos mercados desenvolvidos. Conflitos de interpretação devem ser evitados e sanados mediante a perfeita redação dos textos de coberturas dos contratos de seguros e cuja tarefa compete originalmente às seguradoras, afastado o Estado deste mister. O Poder Público tem função própria no sistema segurador e certamente não mais se coaduna, no século XXI, determinar as bases contratuais dos seguros para a *iniciativa privada. Regular e fiscalizar as provisões técnicas, assim como as reservas de sinistros das seguradoras em prol da hígidez do sistema e da preservação dos interesses da mutualidade de segurados do País*, constituem as funções precípua da Susep na atualidade e ela precisa se profissionalizar neste sentido, cumprindo o seu papel com *eficiência*, assim como determina a CF, art. 37. O governante executivo

¹⁸ O Mercado Segurador Nacional, neste mesmo tipo de cláusula de cobertura adicional, acrescenta exclusões para os riscos de incêndio, explosão, erro de projeto, defeitos de fabricação e de material, cujo procedimento suprime parcelas consideráveis de

coberturas e torna, o âmbito da apólice, bem inferior se comparado aos modelos estrangeiros.

do Brasil que se apresentar em 2018 e que pretender modernizar o País *reinserindo-o* no contexto global dos países desenvolvidos, cujo processo foi interrompido nos últimos anos por ideologias anacrônicas e descabidas, deverá ter um olhar liberal neste sentido, retirando o Estado de atividades que não lhe compete originalmente, mormente sobre o olhar e o pensamento encontrados no século XXI. Essa mudança de paradigma é essencial para o mercado segurador sair do atraso tecnológico no qual se encontra, se comparado a outros mercados mais maduros e não necessariamente fora da América Latina: Colômbia e Chile são modelos em vários aspectos nesse sentido. Os modelos padronizados de apólices dos diversos ramos introduzidos pela Susep e com larga utilização pelas seguradoras, até porque a aprovação de outros modelos se torna tarefa extremamente complexa e dificultosa junto àquela autarquia, são extremamente primários e representam, em muitos aspectos, verdadeiro retrocesso se comparados mesmo aos modelos que eram determinados pelo ressegurador monopolista durante as intermináveis décadas de resseguro estatal. O tempo é outro e urge que modificações modernizantes sejam implementadas em prol dos consumidores de seguros do País, em todos os ramos. Este papel e o respectivo protagonismo no processo renovador devem ser exercidos pelas seguradoras e não pela Susep, cuja tarefa não lhe compete na contemporaneidade. A modernização do mercado terá início quando esta premissa for observada integralmente e ela emana da CF, art. 174.

5 A evolução dos clausulados de Seguros Riscos de Engenharia e dos Seguros de Riscos Nomeados e *All Risks* (operacionais)

O modelo de clausulado de Seguro de Riscos de Engenharia que ainda é adotado pelo mercado brasileiro foi concebido em outro momento histórico do País, justamente aquele do regime de mercado de resseguro fechado e que impactou consideravelmente também nas operações de *seguros diretos* e, especialmente, na subscrição dos grandes riscos de propriedades e de obras de engenharia. As seguradoras apresentavam, durante o mesmo período, o qual perdurou por aproximadamente setenta anos, níveis ínfimos de *retenção própria em cada um dos riscos* por elas assumidos, sendo que as responsabilidades eram quase que *integralmente* cedidas ao ressegurador monopolista, o qual impunha todas as bases de

emissão das apólices, inclusive os respectivos clausulados de coberturas. Diante da abertura do mercado, ocorrida em 2008 com o advento da Lei Complementar 126/2007, o procedimento deixou de prosperar e as seguradoras *reiniciaram* a retomada do processo decisório na subscrição de riscos, cujo resultado ainda não foi alcançado integralmente, e várias etapas precisam ser ultrapassadas, passando também pela necessária revisão das bases de retenção de riscos atualmente praticadas e que não apresentam mudanças substanciais, se comparadas ao passado recente. Seguradora profissional e especializada apresenta política de subscrição compatível com o seu porte e presença no mercado, incluindo a retenção que ela faz sobre cada negócio subscrito. Com a evolução dos procedimentos, as seguradoras locais *deverão* oferecer condições de coberturas mais técnicas e perfeitamente atinentes aos riscos representados por barragens e represas em construção.

Se nos mercados mais desenvolvidos são encontrados parâmetros de coberturas que se situam para além dos modelos nacionais, requer que as seguradoras contemplem o mesmo patamar de subscrição no país.

Para a fase operacional da barragem já construída e entregue, os riscos devem ser garantidos através dos Seguros de Propriedades (*property*). As apólices de Riscos Nomeados (RN)¹⁹ ou de Riscos Operacionais (RO)²⁰ deverão prever garantias específicas para os riscos inerentes às barragens, ainda que através de condições particulares, considerando-se que na maioria dos clausulados existentes no Mercado Brasileiro, *“a existência, uso e manutenção de barragens”* constitui *risco não garantido* pela automaticidade das apólices. O nível de cobertura oferecido também pode variar de uma seguradora para a outra e, assim sendo, os corretores de seguros, assim como os próprios segurados, devem estar atentos aos termos e condições ofertadas pelas diferentes Seguradoras.

Exemplo de Riscos Excluídos ou de Bens Não Compreendidos no Seguro encontrado em clausulado do seguro RO:

¹⁹ Apólice que concede cobertura apenas para aqueles riscos que estiverem predeterminados (nomeados).

²⁰ Apólice do tipo *all risks*, sendo que apenas os riscos excluídos não estarão garantidos pela cobertura dela.

Canais, pontes, estradas, rodovias, barragem e ramais de estradas de ferro. Os prejuízos referentes às *águas represadas* também usualmente são excluídos nessas apólices.

Por outro lado, não havendo nenhuma exclusão pontual e relativa ao risco de barragem, então o referido imóvel se encontrará, em princípio, garantido *automaticamente* pela apólice RO ou RN, de acordo com os exatos termos e condições de coberturas determinados em cada uma delas. Em face das particularidades que as barragens apresentam é sempre recomendável que haja estudos e verificações adequadas pontuais durante a subscrição de cada risco, não deixando simplesmente de *forma implícita* a cobertura na apólice RO ou RN para este tipo de construção. Há complexidades nos textos e outros tipos de exclusões podem também impactar no entendimento final acerca da real abrangência de cobertura para uma barragem existente no local segurado. A simples menção da existência da barragem na proposta de seguro não poderia constituir elemento único e suficiente para a consideração deste tipo de risco na abrangência de apólices RO ou RN, sem nenhum tipo de menção em destaque, nem sequer na especificação da apólice. Conflitos acontecem e notadamente quando sobrevêm os sinistros, mormente em razão de problemas redacionais das apólices e de seus textos lacunosos ou mesmo contraditórios. Deste modo, a barragem pode não se encontrar excluída taxativamente no texto na apólice, mas a menção a outros tipos de riscos pode conduzir o entendimento de que o sinistro acontecido não se encontra garantido por ela, uma vez analisados de maneira ampla e sistemática, assim como deve ser feito²¹. A transparência, portanto, é essencial e requer que esteja presente em todas as apólices emitidas, sem exceção. Não existe texto único e padronizado que possa garantir de forma ampla e transparente todos os

²¹ Se o clausulado RO contiver, exemplificando, o risco excluído a seguir: “operações submersas ou sobre cais, docas, pontes, comportas, piers, balsas, pontões, embarcações, plataformas (flutuantes ou fixas) e estaqueamento sobre água, como também em praias, rios, represas, canais, lagos ou lagoas, ou a margem destes locais”, algum tipo de questionamento poderá ser suscitado e não ficará afastada, de fato, a resistência em relação à cobertura para a própria barragem, diante da sua pretensa automaticidade e sem qualquer especificação pontual. Outro tipo de exclusão de risco que pode gerar conflito de interpretação: “minas subterrâneas e outras jazidas localizadas abaixo da superfície do solo e respectivas barragens”.

tipos de situações encontradas em cada local segurado, especificamente. Este entendimento acerca de “produto padronizado” reinante no mercado nacional tem se mostrado prejudicial e notadamente para os interesses dos segurados. Cada local e cada apólice a ser emitida deve corresponder ou espelhar exatamente a realidade encontrada naquela localização, segundo as características de cada segurado. O *processo de subscrição* de riscos para fins de seguros tem justamente este objetivo: *a identificação dos riscos e a adequação pontual de cada um deles, segundo os melhores termos e condições a serem insertos em cada apólice.* Não há, portanto, tratamento único que possa ser eficaz e em qualquer ramo de seguro²².

6 Seguros de Responsabilidade Civil Geral

No tocante ao item (2) do tópico III deste texto — *riscos causados a terceiros (pessoais e materiais) em razão do rompimento da barragem* — vários outros desdobramentos se apresentam e serão comentados sucintamente aqui. Há, neste item, completa inter-relação com o (3) – *riscos ambientais ou ecológicos*, mas serão tratados isoladamente neste texto – tópicos V e VI, respectivamente.

Os *danos causados a terceiros*, usualmente garantidos através de apólices do ramo Responsabilidade Civil Geral, têm várias situações que se apresentam e que precisam ser destacadas:

- i. Riscos industriais de forma ampla e com reservação de água ou com contenção de rejeitos;
- ii. Riscos compreendidos pelos serviços de interesse público (regime de concessão, outorga, permissão ou empresas estatais) voltados

²² No Brasil, a Susep propugna por entendimento diametralmente oposto ao expresso neste texto e notadamente em função do disposto na Circular 458, de 19/12/2012, cuja norma administrativa revogou a modalidade de “seguros singulares”, contrariando o mais comezinho princípio acerca da subscrição de riscos, inexplicavelmente. Na contramão do mercado internacional, maduro e desenvolvido, o nacional fica à mercê, em pleno século XXI, deste tipo de determinação estatal, totalmente desconectada da realidade mundial, em prejuízo mesmo de todo o sistema segurador, notadamente em relação aos interesses dos segurados. Somente o Estado, particularmente a Susep, entende que os clausulados padronizados são muito mais eficazes e perfeitos para todos os cidadãos consumidores de seguros do país. No mundo todo, desenvolvido, não é este o entendimento que prevalece. É, portanto, mais do que necessário mudar este paradigma estagnante e anacrônico em benefício dos segurados brasileiros.

principalmente para a geração ou produção de energia elétrica.

Neste contexto, desponta a probabilidade de as barragens se romperem e em decorrência de vários fatos geradores, atingindo pessoas (danos pessoais) e bens (danos materiais). Acresce a essas categorias de danos, as *perdas financeiras* consequentes da paralisação das pessoas e das atividades econômicas.

O seguro de Responsabilidade Civil Geral pode apresentar série de discussões em sobrevivendo sinistros, na hipótese de a subscrição não ser realizada de forma essencialmente profissional e objetiva, inclusive com a transparência absoluta aos segurados e relativa ao alcance efetivo das coberturas por ele contratadas através das apólices RCG. Os seguros de RC, em face de suas peculiaridades técnicas que identificam o ramo, podem não garantir integralmente os riscos inerentes ao rompimento de barragens, sob várias situações pontuais. Esta afirmação é crucial neste estudo, até porque o texto almeja justamente clarificar o alcance das coberturas securitárias atualmente disponibilizadas pelas seguradoras no Brasil. Portanto, o fato de o segurado ter em mãos uma apólice de Seguro RC Operações Industriais e/ou Comerciais ou do Seguro de RC Serviços de Interesse Público – Empresas Geradoras de Energia Elétrica não equivale a afirmar que ele esteja garantido *integralmente* dos riscos afetos à sua atividade empresarial, incluindo os riscos pertinentes à *existência, uso e manutenção de barragens*. As mencionadas apólices apresentam limitações conceituais que precisam ser investigadas, uma a uma e também para verificar não só o alcance das coberturas contratadas, como também a possibilidade de outros seguros serem necessariamente contratados e de modo a complementarem o conjunto de riscos que o segurado apresenta. Em muitas situações, infelizmente, as coberturas contempladas em apólices RCG não são tão abrangentes como o título das cláusulas sugere. Podem induzir o leitor, deste modo, a uma falsa expectativa e comumente perceptível apenas quando sobrevém o sinistro. A investigação do alcance das coberturas, portanto, deve ser aprofundada e para cada risco isoladamente, na medida em que eles podem apresentar situações pontuais, completamente distintas uns dos outros. É sempre aconselhável estabelecer que não há uniformidade de riscos em diferentes situações e empreendimentos; *tampouco em relação aos clausulados que serão aplicados para cada segurado*. A padronização excessiva, neste

particular, contraria os princípios fundamentais da *arte de subscrever riscos* dentro da atividade seguradora, a qual não é exclusivamente financeira. Longe disso, cada local de risco constitui um objeto a ser observado — investigado — e analisado, de modo a ser precificado tecnicamente, além da indicação das bases contratuais de coberturas mais adequadas àquelas situações que foram o objeto do processo de verificação acentuada. Sem a utilização desta técnica o seguro deixa de ser uma operação voltada ao conhecimento das probabilidades dos riscos, para se tornar uma operação pautada na *incerteza* e muito próxima do jogo de azar ou da aposta.

Com essas premissas, as apólices dos Seguros RC (item 3) e voltadas ao *risco de barragem*, devem passar pelos seguintes filtros de verificação:

1. Definição para Danos Materiais: usualmente danos físicos a “propriedades tangíveis” de *terceiros*, cuja nomenclatura e definição reduzem drasticamente a abrangência da cobertura.

2. Se o clausulado contempla a cobertura para a *existência, uso e manutenção de barragens* nos locais segurados de forma *automática* (sem qualquer restrição ou exclusão pontual) ou se a cobertura é concedida adicionalmente através de condições particulares (verificar o nível da cobertura compreendida e se atende efetivamente aos interesses do segurado). Modelo de Cláusula Particular utilizada pelo Mercado Segurador local:

Cobertura para Represas, Eclusas e/ou Barragens- Fica estabelecido que este contrato de seguro garante também a responsabilidade civil do Segurado por Danos Físicos às Pessoas e/ou Danos Materiais causados a Terceiros, em função da existência, uso e conservação de represas, eclusas e/ou barragens existentes nos locais de risco mencionados nesta Apólice [...].

Esta redação, uma vez sujeita a todos os filtros discriminados neste tópico, pode gerar conflitos de interpretação em face da singeleza dos termos empregados e que certamente não conseguem contemplar exaustivamente todas as situações extremamente complexas e pertinentes aos eventos passíveis de materialização. Para o risco de *rompimento de barragens* contentoras de *água* apenas, a aplicação da cláusula aqui reproduzida pode ensejar maior clareza em relação às situações de riscos cobertos por ela, sendo que todos eles estão voltados às perdas e danos sofridos por *terceiras* pessoas. Não há, portanto,

qualquer conotação de cobertura para o *dano ambiental ou ecológico* propriamente dito e mesmo porque muito provavelmente ele estará excluído *taxativamente* no texto das Condições Gerais das apólices RCG. Ao aplicar este mesmo modelo de cláusula para barragens contentoras de *rejeitos*, a situação pode não se manter tão transparente, até porque os rejeitos quase sempre causam também *danos ambientais ou ecológicos*, além dos danos a terceiros. A redação da cláusula, embora aparentemente demonstre que a seguradora não pretendeu garanti-los no âmbito dela, uma vez mantido o texto singelo reproduzido acima e desprovido, portanto, de transparência absoluta, muitos conflitos de interpretação provavelmente surgirão durante os ajustamentos dos sinistros pertinentes. Neste sentido, o disposto no CC/2002, art. 423, tem sido arguido em defesa do segurado: “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. As seguradoras, profissionais do setor e detentoras da primazia da atividade, conforme o parágrafo único do art. 757²³ do CC/2002, devem produzir clausulados de coberturas claros e objetivos, como condição essencial de operação.

3. Se a cobertura do risco pelo rompimento de barragens está de alguma forma atrelada ou não ao risco de poluição ambiental propriamente dito. Esta averiguação é necessária na medida em que, usualmente, nas apólices RC, esta parcela de risco somente é concedida de forma adicional através de condições particulares e referente à “poluição acidental e súbita” causada *a terceiros, excluídos os danos a bens naturais*, ou seja, os danos ecológicos propriamente ditos, entre outras limitações taxativas de não cobertura. Dessa provável interligação ou não das coberturas adicionais — Rompimento de Barragens e Poluição Acidental e Súbita — o alcance da cobertura referente aos danos provocados pelo rompimento pode ser impactado. Ponto também relevante nessa aferição, o fato de o rompimento ter despejado *rejeitos*, usualmente contaminantes, ou apenas *água* e se de fato o elemento água está na mesma condição de agente causador de poluição ambiental. Neste particular, se o entendimento for no sentido de que o rompimento de represa contendo água não configurará um sinistro

de poluição ambiental propriamente dito, muito provavelmente a situação não ficará mais sujeita a qualquer tipo de amarra ou condicionante contratual relativa ao termo poluição ambiental eventualmente constante da apólice. Deste modo, dependendo da redação encontrada no clausulado da apólice, poderão ocorrer conflitos de interpretação em sobrevivendo sinistro dessa natureza, notadamente quando ele repercutir em danos catastróficos de todos os tipos. Há que existir clareza nos termos empregados na apólice, portanto.

4. Houve a estipulação de Limite Máximo de Indenização – LMI isolado para a cobertura de Rompimento de Barragem ou a cobertura seguirá o mesmo LMI das coberturas básicas da apólice RC ou, ainda, a cobertura foi sublimitada dentro do LMI básico? Com relação ao questionamento feito no item precedente (3), importante verificar também neste item 4 se está claro e transparente na apólice RC que o LMI ou Sublimite para Rompimento de Barragem se aplicará de forma distinta daquele referente às Condições Particulares de Poluição Acidental e Súbita.

5. Qual o alcance da cobertura para os *danos ambientais ou ecológicos* propriamente ditos, no âmbito da apólice RC e diante da redação da Cobertura Particular para o risco de poluição acidental e súbita? Usualmente, no Brasil, *não existe cobertura alguma* para os danos ambientais ou ecológicos, de natureza difusa e voltados aos bens naturais, limitando-se, a mencionada cláusula, à garantia dos danos causados a pessoas e a bens de terceiros com determinabilidade dos titulares dos interesses afetados. Além dessa exclusão pontual e extremamente relevante nesta análise, a cláusula particular de poluição acidental e súbita apresenta outros fatores limitadores e que não podem ser desprezados quando da comercialização dos seguros RC, uma vez que eles impactam, e muito, nos ajustamentos dos sinistros. São eles, sucintamente resumidos: (i) Evento *iniciado e terminado* dentro do período de 72 horas; (ii) Os danos cobertos devem resultar dentro deste mesmo período de 72 horas; (iii) Evento originado *apenas* de equipamentos localizados no nível ou acima da superfície do solo ou da água (excluídos subterrâneos e submersos); (iv) Riscos cobertos pelo contrato de seguro: *bens tangíveis*, conforme definição de Danos Materiais na apólice RC (*difusos* ficam fora da cobertura do seguro); (v) Se divergirem sobre as causas e prazos — correrá

²³ CC/2002 – Art. 757, parágrafo único: Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

por conta do Segurado a prova das evidências comprobatórias.

A partir da aplicação desses filtros, várias situações podem se apresentar durante o processo de negociação dos seguros e até mesmo, na condição de medida preventiva, devem ser solucionadas convenientemente, de modo que não haja nenhum tipo de conflito futuro, uma vez sobrevivendo o sinistro. Os corretores de seguros, profissionais do setor e intermediários entre os proponentes e as seguradoras, têm a obrigação funcional de averiguar todas essas questões. Os subscritores das seguradoras, por sua vez, têm o dever de estabelecer os termos e condições adequadas na apólice.

7 Seguros ambientais específicos²⁴

Os riscos ambientais, conhecidas as especificidades deles, não podem ser garantidos adequadamente através de uma apólice tradicional do seguro de responsabilidade civil. Desde os anos 1980 o mercado segurador-ressegurador norte-americano se deu conta dessa realidade e até mesmo porque amargou prejuízos de grande monta, antes da mudança de postura operacional, quando ainda garantia o risco ambiental através dos limites estreitos da apólice RC, com cláusula de horas (no mesmo modelo ainda encontrado hoje no mercado brasileiro), apólice à base de ocorrências, dentre outros pontos e definições não só falhas, como também fragilizadas e que não resistiram às interpretações mais determinativas das cortes de justiça daquele país. O seguro ambiental nasceu nos EUA naquela época e continua sendo o modelo adotado pelos outros países, incluindo os europeus e também o brasileiro — desde 2004, quando foi colocado em comercialização no País o primeiro modelo de seguro ambiental específico pela então AIG-Unibanco (atual AIG). De 2004 para cá outras seguradoras estrangeiras passaram a comercializar o novo produto no Brasil, sendo que ainda são poucas aquelas que operam na categoria dos *riscos industriais*, podendo ser encontrado número mais elevado no segmento isolado compreendido pelos *riscos de transportes de produtos perigosos*. Trata-se de produto sofisticado e que requer especialização

para a sua subscrição. A apólice, no seu âmbito de garantias subscritas, oferece amplas coberturas e para muito além dos limites estreitos que uma apólice tradicional do Seguro RC pode determinar. São elas, resumidamente:

- a. Custos de limpeza e remediação dos próprios locais segurados em razão da ocorrência de um sinistro (*clean-up costs – first party*);
- b. Custos de limpeza e remediação dos locais externos (*clean-up costs – third party*), incluindo bens naturais (ecossistemas, fauna e flora, etc.);
- c. Situações de sinistros provenientes de poluição acidental súbita e também gradual ou paulatina;
- d. Despesas de Contenção e Salvamento de Sinistros;
- e. Perdas financeiras, perda de uso ou de fruição de bens atingidos pelo sinistro;
- f. Despesas com a defesa do segurado, nas esferas administrativa, cível e criminal;
- g. Constituição de fiança (depende de cada seguradora a oferta desta parcela de cobertura dentro do programa específico de riscos ambientais, podendo também ser ofertada a cobertura através do Seguro Garantia – Fiança Judicial);
- h. Danos extrapatrimoniais: danos morais individuais e coletivos;
- i. Lucros cessantes do segurado em razão da paralisação para a reparação dos próprios locais afetados (durante o período de limpeza e remediação);
- j. Disposição de resíduos em locais de terceiros;
- k. Tanques subterrâneos desconhecidos;
- l. Transportes de produtos ou mercadorias do segurado pelos diversos modais;
- m. Distribuição de produtos pelo segurado.

As apólices e os respectivos clausulados são estruturados individualmente segundo as peculiaridades de cada local de risco e das atividades desenvolvidas pelo segurado, notadamente em relação aos empreendimentos industriais. Impossível oferecer tratamento igualitário ou padronizado para todos os riscos neste seguro especial, sendo que as apólices são elaboradas em bases “*tailor made*”.

Em face do contexto e dos contornos das coberturas acima indicados, além da real complexidade que eles apresentam, assim como também diante das diversificadas situações pontuais encontradas não

²⁴ In: POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, 1ª reimpressão agosto/2017.

só nos riscos de cada empreendimento empresarial, mas também em relação à estrutura de um eficiente Programa Específico de Cobertura para Riscos Ambientais, falar em obrigatoriedade para este tipo de seguro constitui um procedimento inexecutável e sob vários aspectos. Não haveria como alcançar o grau de excelência e a devida eficácia esperada no atendimento securitário em relação a este tipo de seguro em face de sua compulsoriedade na contratação. Por mais relevantes e justificadas que possam se apresentar as pretensões na busca deste tipo legalmente determinado, a obrigatoriedade jamais propiciaria o desenvolvimento deste segmento no Brasil. Nenhum tipo de seguro obrigatório brasileiro, por mais motivação de interesse social que ele ou eles apresentassem, conseguiu ter eficácia absoluta na sociedade e não seria este, com complexas e múltiplas abordagens, que poderia alterar este paradigma negativo.

8 Seguro para barragem (danos ambientais, inclusive) obrigatório

Este tema é muito mais substancial e complexo do que aquela forma simplista pela qual ele tem sido tratado pelos parlamentares do País, quase sem exceção, sendo que também representantes do mercado segurador nacional, algumas vezes, banalizam a discussão e sem entrarem de fato no âmago dela e sequer tratam de todas as particularidades existentes. Usualmente, os defensores da obrigatoriedade do seguro ambiental não são tomadores de riscos: *seguradores e resseguradores*, o que explica em parte a defesa deste procedimento de natureza impositiva. Aquele que investe profissionalmente na atividade seguradora, toma riscos e paga indenizações não desejará fazê-lo de forma simplista e padronizada, assim como se procede em segmentos de *seguros massificados*, com coberturas nem sempre adequadas aos segurados e com limites de pequena monta em face do diminuto leque de riscos que eles garantem. Seguro ambiental específico não se limita a este padrão estratificante e único. O padrão é outro e assim é praticado nos mercados dos países desenvolvidos há décadas. Não pode ser diferente no Brasil, se o objetivo for pautado na real eficiência do referido seguro.

A compulsoriedade legal não pode, em princípio, ser eleita como condição ideal, sendo que nem sequer constituirá motivo justificador do desenvolvimento deste tipo de seguro no País, repise-se, mesmo porque

já são conhecidas experiências negativas neste sentido. Na Argentina, a título exemplificativo, a Ley 25.675, de 06/11/2002, determinou a obrigatoriedade do seguro ambiental e nenhuma apólice foi emitida até o momento nessa condição, naquele país. A compulsoriedade legal, portanto, não só deixou de motivar o desenvolvimento do segmento na Argentina, como também não pode obrigar que seguradoras privadas aceitassem riscos dessa natureza, de alta exposição, apenas porque o ordenamento jurídico determinou a impositividade da contratação. Inócua, portanto, a promulgação de qualquer legislação neste sentido.

A atividade seguradora, pautada na *livre iniciativa* e na *livre concorrência*, como princípios constitucionais eleitos pela República, não está adstrita a este tipo de situação legal para poder operar em seguros ambientais. Ou seja, as seguradoras podem e devem desenvolver todos os tipos de seguros que desejarem comercializar no País sem qualquer tipo de imposição legal. Os seguros ambientais são, no mundo todo, produtos complexos e de oferta *facultativa* e estritamente técnica, na medida em que eles se envolvem com riscos complexos, de longa duração e que se protraem no tempo. A compulsoriedade prejudicaria, em princípio, o necessário caráter seletivo observado na subscrição dos riscos, sabendo-se de antemão que nem todos os empreendimentos de riscos serão aceitos pelas seguradoras. O seguro ambiental *não constitui licença para poluir* e sequer poderá ser convertido em produto de massificação desenfreada, através do qual todos os riscos são subscritos sem exigências mais específicas e desconsiderados também os padrões de qualidade dos riscos, mais precisamente as condições técnicas encontradas em cada empreendimento e voltadas para a prevenção de acidentes ambientais. O seguro ambiental jamais terá o condão de suprir essas exigências e tampouco a necessária observância do ordenamento pertinente à segurança e prevenção de danos, sendo que somente poderão ser requeridas e investigadas, uma vez mantida a facultatividade na contratação. Do mesmo modo, atrelada à compulsoriedade do seguro ambiental jamais prosperará a ideia equivocada de que a seguradora poderá fiscalizar com maior rigor os empreendedores de riscos, e como se elas tivessem, de fato, o *poder de polícia* que é privativo do Estado e indelegável. Para Guerra e Guerra, “a função de polícia é uma das primeiras atividades realizadas pelo estado para assegurar a sua existência nas ordens interna

externa"²⁵. Trata-se, portanto, de poder instrumental da Administração Pública e que jamais poderá ser transferido para o privado, notadamente para as seguradoras.

Não se trata, ainda, de seguro cujo limite de indenização adequado possa ser determinado e conduzido por lei ou por entidades públicas com o arbítrio exclusivo dessa determinação. A visão de caráter meramente populista-partidária, tende sempre a determinar quantias em patamares representativos daquilo que se convencionou chamar no Brasil, com graves problemas sociais que se arrastam sem solução desde o descobrimento, de "*mínimo existencial*". No âmbito do meio ambiente, essa definição passa por vertentes muito mais complexas do que se apresentam nos projetos de leis que propugnam pela compulsoriedade do seguro ambiental. Na preleção dos Professores Sarlet e Fensterseifer,

[...] impõem-se a conjugação dos *direitos sociais* e dos *direitos ambientais* para efeitos de identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, no sentido do reconhecimento de um *direito-garantia do mínimo existencial socioambiental*, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória [...]²⁶.

A tutela constitucional dos direitos sociais e dos direitos ambientais constitui algo muito mais complexo do que a utilização de nomenclaturas sem sentido prático algum. Não é este o padrão recomendado e tampouco resolverá a questão crucial da recuperação ambiental em sobrevivendo acidentes, na hipótese de a legislação determinar limites ínfimos de coberturas compulsórias, conhecidos os custos elevados que os processos de remediação apresentam. Alguns, entre os defensores da compulsoriedade do seguro, advogam justamente com base nessa vertente: *para que seja possível a contratação, os limites de indenização devem ser fixados em quantias pequenas*. Ora, essa posição equivocada certamente não resiste ao mais comezinho argumento relativo à impropriedade da adoção deste tipo de procedimento legal. Outros tipos

de seguros obrigatórios no Brasil já não cumprem o papel reservado a eles e por várias razões, as quais não serão objeto de análise neste texto. O DPVAT (Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados a Terceiros por Veículos Terrestres) resume perfeitamente essas considerações sucintas e notadamente pelo fato de que a legislação indica valores ínfimos a título de indenizações por morte e/ou invalidez permanente, cujo procedimento está longe de apresentar solução adequada para todos os conflitos que emergem dos milhares de acidentes automobilísticos ocorridos no Brasil. Outros fatores de várias ordens contribuem para que o seguro DPVAT continue na forma que ele se encontra e sequer são buscadas soluções plausíveis. O tema permanece adormecido desde a criação deste seguro, tido como de cunho eminentemente social. A eventual compulsoriedade do seguro ambiental, por sua vez, poderia conduzir o sistema a criar um "DPVAT-Verde", certamente com nível de eficiência ainda muito menor do que o DPVAT original, voltado para a circulação de veículos terrestres motorizados. Não é este o caminho.

Não há paliativos nas questões ambientais, e o seguro, assim como os limites das apólices correspondentes, devem ser fixados em bases realistas, sem subterfúgios ou supostamente protegidos por mecanismos irreais ou meramente de cunho político sem sustentabilidade alguma. A demagogia e o proselitismo político, notadamente reverberados logo após a ocorrência de grandes acidentes catastróficos no País, não podem ser acolhidos sem reflexão e motivados apenas pelo calor da hora. O tema é complexo e requer a aplicação de técnicas adequadas na subscrição dos riscos. Nem todos os empreendimentos estarão aptos à contratação de apólice de seguro ambiental e notadamente em razão de suas particulares condições técnicas. A negativa de aceitação do risco pela seguradora, portanto, poderá até mesmo ter o condão de incentivar o proponente interessado em promover melhorias nos riscos, investindo em segurança e prevenção de acidentes e, desta forma, ter o seu objetivo alcançado posterior à tomada dessas medidas. O seguro não pode, todavia, operar de forma contrária a esta dinâmica, já encontrada nos demais tipos de seguros comercializados no País. As seguradoras devem prestigiar e incentivar a melhoria dos riscos e não a estagnação deles, uma vez cumprida a obrigação da contratação de um seguro compulsório. De outra vertente, a compulsoriedade criará situações de difícil solução prática para muitos

²⁵ GUERRA, Sidney. GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 328.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 143.

empreendedores, pois que uma vez não aceitas as propostas de seguros apresentadas por eles, os guichês e os protocolos da Administração Pública, sempre havidos pela exacerbação da burocracia com requintes de irracionalidade, deixarão de conceder licenças e alvarás de funcionamento para novos e antigos projetos em decorrência disso. Até que os interessados provem que nenhuma seguradora se predispôs a emitir a correspondente apólice de seguro ambiental para eles, a atividade estará paralisada. O Estado, então, concederá a licença ou alvará mesmo sem a comprovação da contratação obrigatória do seguro? Caberá aos agentes da Administração Pública, no imenso território nacional e com todas as suas variações regionais, discricionariamente a decisão pela *relativização da lei* ordinária que tornou o seguro obrigatório? O impasse estará formado.

Os países e os mercados seguradores internacionais desenvolvidos não utilizam da compulsoriedade do seguro ambiental, sendo que ele é requerido, nas legislações daqueles países, apenas como um instrumento opcional de *garantia financeira*, dentre outros tipos: *fiança*; *caução*; *segregação de capital com objetivo específico e constituidor de fundo*. A União Europeia, através da Diretiva 2004/35/CE, de 21/04/2004 e que entrou em vigência a partir de 2007, trouxe este tipo de procedimento, conforme o disposto no art. 14:

Garantias Financeiras. 1. Os Estados-Membros devem tomar medidas destinadas a incentivar o desenvolvimento pelos operadores econômicos e financeiros devidos, de instrumentos e mercados de garantias financeiras, incluindo mecanismos financeiros em caso de insolvência, a fim de permitir que os operadores utilizem garantias financeiras para cobrir as responsabilidades que para eles decorrem da presente diretiva.

Deste modo, as garantias financeiras *não foram impositivas*, sendo que a norma comunitária deixou para os Estados-Membros a decisão de estabelecer ou não a obrigatoriedade delas. Os países-membros transpuseram para os respectivos ordenamentos jurídicos as referidas determinações: Espanha e Portugal, por exemplo, determinaram a obrigatoriedade da apresentação de garantia financeira. Os seguros ambientais específicos, antes desenvolvidos exclusivamente nos Estados Unidos da América desde os anos 1980, passaram a constituir ferramenta de interesse máximo também nos países

européus, cuja oferta segue na forma *facultativa*. Cabe a cada empreendedor interessado escolher o modelo de garantia financeira que melhor lhe atenda ou mesmo uma combinação delas.

No Brasil, já foi experimentado este tipo de determinação legal em relação às responsabilidades do operador nuclear²⁷. Nos EUA, conforme a indicação do professor Sanchez,

[...] o princípio de exigir um depósito bancário ou outra forma de garantia financeira dos que realizam atividades capazes de causar degradação ambiental vem sendo adotado por diferentes jurisdições [...]²⁸.

Do mesmo modo, aquele país utiliza o Seguro Garantia de maneira massiva para empreendimentos minerários, notadamente quando da desativação da lavra. Canadá e Austrália seguem o mesmo padrão de exigência, das garantias financeiras.

Assim exposto, o padrão europeu e norteamericano, como também o brasileiro em matéria de risco nuclear, deveria ser seguido pelos parlamentares nacionais quando da propositura de leis que visassem à proteção do meio ambiente através da contratação de seguros específicos: *garantias financeiras obrigatórias*, de livre opção dos empreendedores e, dentre elas, o *seguro ambiental*. Nem todas as situações encontradas nos diversos setores econômicos poderiam ser resolvidas com a tomada desta medida mais liberal e múltipla, mas certamente ela seria menos impactante do que a decisão pela via única e representada pela compulsoriedade do seguro, a qual já se sabe, não prosperará de maneira eficaz no Brasil.

²⁷ Lei 6.453, de 17/01/1977, art. 13: O operador da instalação nuclear é obrigado a manter seguro ou outra garantia financeira que cubra a sua responsabilidade pelas indenizações por danos nucleares. § 1º – A natureza da garantia e a fixação de seu valor serão determinadas, em cada caso, pela Comissão Nacional de Energia Nuclear, no ato da licença de construção ou da autorização para a operação. § 2º – Ocorrendo alteração na instalação, poderão ser modificados a natureza e o valor da garantia. § 3º – Para a determinação da natureza e do valor da garantia, levar-se-ão em conta o tipo, a capacidade, a finalidade, a localização de cada instalação, bem como os demais fatores previsíveis. § 4º – O não cumprimento, por parte do operador, da obrigação prevista neste artigo acarretará a cassação da autorização. § 5º – A Comissão Nacional de Energia Nuclear poderá dispensar o operador, da obrigação a que se refere o caput deste artigo, em razão dos reduzidos riscos decorrentes de determinados materiais ou instalações nucleares.

²⁸ SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Desengenharia: o passivo ambiental na desativação de empreendimentos industriais*. São Paulo: EDUSP, 2001, p. 177.

Sobre os diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e que tratam, de alguma forma, do *seguro ambiental* de forma ampla ou do *seguro para barragens*, convém mencionar, destacando, os seguintes:

1. PL do Senado 767, de 2015, do Senador Valdir Raupp – propõe a instituição do seguro ambiental em caráter obrigatório, acrescentando no art. 20 do Decreto-Lei 73/1966, a letra

[...]

n) responsabilidade civil por dano ao meio ambiente e a terceiros no caso de empreendimentos e atividades para os quais seja exigido o licenciamento ambiental [...].

Determina, ainda, a inclusão da compulsoriedade do seguro na Lei 6.938/1981, na condição prévia para a concessão da licença ambiental. O valor segurado será fixado pelo órgão licenciador, conforme critérios objetivos a serem estabelecidos por regulamento.

2. PL do Senado 224, de 2016, do Senador Ricardo Ferraço – propõe alterar a Lei 12.334/2010, determinando a contratação de seguro ou garantia financeira para a cobertura de danos a terceiros e ao meio ambiente, em caso de acidente ou desastre, nas barragens de categoria de risco alto e dano potencial associado alto. Do mesmo modo, a obrigação de contratar seguro ou apresentar garantia financeira para custear a desativação das barragens destinadas à disposição final ou temporária de resíduos industriais ou de rejeitos de mineração.

3. PL da Câmara 3.563, de 2015, da Deputada Elcione Barbalho – propõe a contratação de seguro obrigatório para todas as barragens de cursos de água para quaisquer fins e que se enquadrem no parágrafo único do art. 1º, com cobertura contra rompimento e a previsão de indenização de danos físicos, inclusive morte, e prejuízos materiais às pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nas respectivas jusantes, no prazo máximo de 30 dias da ocorrência.

4. PL do Senado 355, de 2016, do Senador Aécio Neves – propõe a contratação de seguro para danos ao meio ambiente e a terceiros para o funcionamento de estabelecimentos e atividades de extração e tratamento de minerais sujeitos a licenciamento ambiental. No licenciamento, a empresa deverá comprovar a contratação do seguro. O seguro deverá abranger, também, a cobertura referente à recomposição dos prejuízos causados pela perda de

receita dos municípios afetados. Do mesmo modo, na justificativa há a menção de que não deve ser obrigatório o seguro, cabendo ao órgão licenciador decidir sobre a exigência ou não, dependendo do grau de impacto do empreendimento.

5. PL da Câmara 3.561, de 2015, do Deputado Wadson Ribeiro – propõe tornar obrigatória a contratação de seguro contra o rompimento e/ou vazamento de barragens. Na justificativa do voto, o relator, Deputado Josué Bengtson, lembrou que a Lei 12.305, de 2010 (Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos), já oferece a *possibilidade*, mas *não a obrigatoriedade* da contratação do seguro, em face do disposto no art. 40 da citada lei:

No licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que operem com resíduos perigosos, o órgão licenciador do Sisnama pode exigir a contratação de seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente ou à saúde pública, observadas as regras sobre cobertura e os limites máximos de contratação fixados em regulamento. Parágrafo único. O disposto no *caput* considerará o porte da empresa, conforme regulamento [...].

Do mesmo modo, o relator ressaltou que o *seguro ambiental* é um dos *instrumentos* da Política Nacional do Meio Ambiente, presente no art. 9º da Lei 6.938, de 1981. Ficou evidenciado no relatório do deputado, também, o desconhecimento acerca das bases técnicas dos seguros, uma vez que ele afirmou que é impraticável avaliar a extensão dos danos de qualquer acidente ambiental, sendo impossível também determinar valor necessário para o limite de cobertura da apólice, assim como do prêmio adequado.

6. PL da Câmara 5.848, de 2016, do Deputado Rubens Pereira Júnior – propõe seja estabelecida a obrigatoriedade de contratação de seguro contra rompimento ou vazamento de barragens.

7. PL da Câmara 2.732, de 2011, do Deputado Arnaldo Jardim – abrir a possibilidade de o órgão licenciador exigir a contratação do seguro de responsabilidade civil por danos causados ao ambiente ou à saúde pública ou, então, a apresentação de fiança bancária no valor dos custos estimados do plano de intervenção para a reabilitação da área. Propõe, ainda, a criação do Fundo Nacional para a Descontaminação de Áreas Órfãs Contaminadas.

8. PL da Câmara 937, de 2003, do Deputado Deley – propõe a criação do seguro de responsabilidade civil

por dano ambiental. Há voto separado do Deputado Moreira Mendes.

9. Proposta de Emenda à Medida Provisória 790/2017 (altera o Código de Mineração – DL 227/1967, Lei 6.567/1978, que dispõe sobre exploração e aproveitamento das substâncias minerais), do Deputado Padre João – propõe a contratação obrigatória do seguro contra rompimento ou vazamento de barragens de rejeitos, com cobertura para os danos físicos, incluindo morte, e de prejuízos ao patrimônio público e privado e ao meio ambiente, das áreas urbanas e rurais atingidas. A mencionada MP 790/2017, importante ressaltar, nada tratou a respeito de seguro. Do mesmo modo, a MP 789/2017 (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais), assim como a 791/2017 (criou a Agência Nacional de Mineração e extinguiu o Departamento Nacional de Produção Mineral), nada mencionaram sobre seguro.

10. Recomendação Conjunta 05/2016 – da Procuradoria da República em Rondônia, propõe que as atividades potencialmente poluidoras, como o caso da indústria de mineração, no âmbito do licenciamento, seja analisada a conveniência de exigir o seguro ambiental com fulcro nos princípios da precaução e prevenção.

9 Seguro Garantia

O item (4), constante do tópico III deste texto — *não performance do tomador do risco de desativação de mina ou de cava e inadimplemento da obrigação de realizar manutenção corretiva em obra em construção* — será comentado de maneira sucinta e apenas com o intuito de exaurir as possibilidades de análise dos riscos envolvidos, sem qualquer aprofundamento do tema, em face mesmo de suas especificidades. Outro texto poderá ser elaborado sobre o assunto, oportunamente.

Os riscos inerentes são alocados no Seguro Garantia, notadamente em relação à *obrigação de fazer* do tomador do risco (o empreendedor responsável pela operação de desativação de mina e também daquele que deve realizar a manutenção corretiva em obra em construção), a qual pode ser transferida à seguradora, em havendo o inadimplemento da obrigação do tomador em face do segurado (neste tipo especial de seguro, a entidade competente que tem o poder de polícia para exigir o cumprimento efetivo da obrigação).

Em havendo o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes interessadas, o Seguro Garantia pode representar mais uma espécie de conformidade e segurança, na medida em que há um *garantidor* a mais naquela obrigação de fazer avençada: *a seguradora*. Ocorrendo a impossibilidade de o tomador prestar a obrigação, a seguradora a tomará para ela, podendo realizá-la ou contratar empresa para dar continuidade da operação avençada.

O Seguro Garantia de Manutenção Corretiva, outra modalidade dentro do ramo Seguro Garantia, garante o pagamento dos prejuízos decorrentes da inexecução, dentro do prazo acordado, das ações corretivas apontadas pelo segurado ao tomador e necessárias para a correção da disfunção ocorrida por responsabilidade exclusiva do tomador²⁹. O termo *disfunção*, neste seguro especial de garantia, está relacionado às desconformidades da obra em relação aos padrões esperados e projetados, sendo que as falhas prejudicam o funcionamento da obra e devem ser corrigidas, prontamente pelo tomador (o construtor responsável). Assim como nos demais tipos dos Seguros Garantia, a inadimplência deve estar relacionada de fato a problemas financeiros do tomador do seguro, de modo a implicar na impossibilidade de ele cumprir o avençado contratualmente. O Seguro Garantia, portanto, não garantirá qualquer tipo de *não efetivação dos serviços*, ainda que esta situação repercuta em perdas para o segurado (aquele que tem interesse na obra pronta e funcionando adequadamente). Importante a clareza que deve ficar impressa nesta colocação, na medida em que o Seguro Garantia de Manutenção Corretiva não funcionará *em complemento* e na mesma linha de coberturas encontradas no Seguro de Construção de Obras Civis do ramo Riscos de Engenharia. Muito menos sob a condição de que aquela parcela de risco representada pelas despesas com a retificação da obra que se apresentou com imperfeição e — *usualmente não cobertas pela apólice Riscos de Engenharia* — possa ser simplesmente alocada no Seguro Garantia. Não é desta forma que funciona a combinação desses dois tipos de seguros e esta posição deve ficar muito clara durante as negociações empreendidas pelos interessados através dos seus corretores de seguros ou mesmo diretamente com as seguradoras. Os interessados pelos respectivos

²⁹ Conforme vem expresso na Circular Susep 477, de 30/09/2013.

seguros devem ser devidamente orientados a este respeito e de maneira a não criarem expectativas de cobertura onde ela não existe. Nem sempre as lacunas encontradas em determinado ramo de seguro podem ser integralmente preenchidas pela contratação de outro(s) tipo(s) de seguro(s), até mesmo pelo fato de que cada qual apresenta *objeto específico* e funcionam dentro de parâmetros técnicos predeterminados. Importante, de qualquer forma, esgotar sempre — *de todas as maneiras tecnicamente exequíveis*, as possibilidades de coberturas extensivas no próprio ramo original, no caso o de Riscos de Engenharia.

10 Conclusão da Parte 1

As coberturas para as categorias de danos e interesses mencionados nos itens precedentes têm propiciado o surgimento de várias situações de conflitos nos últimos anos no mercado segurador brasileiro. Este cenário, em razão da ocorrência de sinistros catastróficos, envolvendo múltiplos tipos de perdas e danos e nem sempre perfeitamente definidos nos clausulados das respectivas apólices existentes e que foram contratadas pelos empreendedores das diversas atividades econômicas, não pode mais prevalecer. Com relação a algumas dessas ocorrências emblemáticas³⁰,

verdadeiros *leading cases*, nenhum *player* do mercado poderá passar incólume a elas e sem atentar para as lições que apresentaram, inclusive sugerindo a alteração dos procedimentos de subscrição, se de fato eles se mostraram conflituosos no momento dos ajustamentos dos respectivos sinistros. Esta categoria de acontecimentos cria precedentes sobre os quais gravitarão outros casos no futuro. Por sua vez, se nenhuma mudança ocorrer, apesar de se mostrarem necessárias, os mesmos conflitos se repetirão e em prejuízo de todas as partes, o que não é razoável nem mesmo desejável acontecer. Os sinistros emblemáticos devem servir de aprendizado para todos os *players* do mercado segurador, *sempre e invariavelmente*.

No tocante ao labor legislativo que visa determinar a compulsoriedade da contratação dos seguros (ambiental e/ou para rompimento de barragens), o tema se mostra muito mais complexo do que a singela das justificativas apresentadas pelos parlamentares nos seus respectivos projetos de lei. As propostas legislativas, algumas delas já com o viés das *garantias financeiras*, ao invés da estipulação de seguro ambiental como condição única, devem ser apreciadas pelos operadores do mercado de seguros e até mesmo, na medida do possível, que haja intervenções junto aos parlamentares, de modo mesmo a evidenciar para eles as reais funções do seguro e quais os parâmetros que regem a atividade. Nessa mesma linha propositiva, as entidades políticas que representam o mercado de seguros e de resseguro (CNSeg, FenSeg, Fenacor, Fenaber) deveriam se dedicar ao estudo do tema, na medida em que o assunto é recorrente há algumas décadas no País e sem qualquer tipo de solução objetiva e plausível até o momento. Na Espanha, por volta da discussão da Diretiva 35/2004, de 30 de abril, e em face da necessária transposição das normas comunitárias para o ordenamento nacional de cada Estado-Membro, segundo o relato de José Luis de Heras, diretor geral do PERM (Pool Español de Riesgos Medioambientales),

[...] foi realizado importante debate entre os diferentes setores e houve uma *forte participação* do Mercado Segurador, o que permitiu um trabalho intenso de conciliação e preparação da normativa e

³⁰ (a) embora não voltado essencialmente ao risco de rompimento de barragem, o incêndio ocorrido em Alemoa – Santos, em 02/04/2015, em tanques de combustíveis localizados na empresa Tequimar do Grupo Ultra, perdurando por aproximadamente nove dias, provocou os mais variados tipos de perdas e danos, inclusive em razão do colossal volume de água utilizado e do material químico (LGE – líquido gerador de espuma) empregado no combate às chamas e para evitar o alastramento delas para outros tanques. Os impactos no entorno foram enormes; (b) Cataguases – Minas Gerais, em 29/03/2003, 1 bilhão e 400 milhões de litros de lixívia negra, resíduo da produção de celulose, vazou em razão do rompimento de barragem, atingindo o Rio Paraíba do Sul e vários córregos, por mais de 200 km, de Minas Gerais ao Rio de Janeiro; (c) em 02/03/2006, em Mirai – MG, o rompimento de parte de uma das placas do vertedouro da barragem de contenção de rejeitos da Rio Pomba Empresa de Mineração Ltda., despejou 200 mil litros de lama de argila no córrego Bom Jardim; (d) novamente em Cataguases – MG, em 10/01/2017, houve o rompimento de barreira na Mineração Rio Pomba Cataguases; (e) Garanhuns – Pernambuco, rompimento de barragem em junho de 2010, sendo que na obra de transposição do Rio São Francisco vários rompimentos já ocorreram; (f) em 10/01/2007, na zona rural de Mirai – MG, rompeu a barragem São Francisco, onde havia concentração de resíduos de bauxita; (g) Mariana – MG – em 05/11/2015, ocorreu o maior sinistro em termos mundiais dos últimos cem anos, com o rompimento da barragem de contenção da Samarco Mineradora, tendo a Vale e a BHP Billiton como proprietárias. Cinquenta a sessenta milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais foram arrastados e destruíram uma cidade inteira e povoados, causando a morte de pessoas e a perda de bens, antes de desaguarem no Rio

Doce, contaminando-o. No mundo todo, até o momento, apenas 10 acidentes excederam a 10 milhões de metros cúbicos de rejeitos despejados. Esses são alguns exemplos dentre outros tantos, cujos dados estão disponibilizados nos diversos canais virtuais da internet.

das orientações necessárias [...]”³¹, [culminando com a promulgação da Ley 26, de 23/10/2007]³².

No atual momento da sociedade brasileira, e em face de vários acontecimentos marcantes, não há sinal de que o tema seguro ambiental compulsório se eternizará por muito mais tempo e sem qualquer decisão a respeito, notadamente no âmbito legislativo, ainda que o mercado de seguros se mantenha distante das discussões. Haverá, sem dúvida, algum tipo de determinação legal. Com base nessa perspectiva, seria desejável que todos os interesses pudessem convergir para o modelo mais plausível e razoável na promulgação da norma legislativa determinante ao invés dela ser promulgada lateralmente, sem a participação efetiva do mercado segurador.

O tema é transversal, uma vez que envolve várias áreas de conhecimento, assim como tipos de normas e mesmo diferentes instituições públicas e privadas: Legislativo; Executivo; seguradoras; setor financeiro. Com base nessa visão multifacetada, pode-se extrair do ensinamento de Derani a seguinte perspectiva: “*essa confluência de interesse público e privado se estabelece muito mais numa necessária solidariedade em torno de objetivos forçosamente comuns*”³³. A discussão mais

ampla do assunto não pode ser reduzida ao seguro ambiental, até porque há outros tipos de garantias e não ofertados por seguradoras. Poderão coexistir, inclusive, assim como mencionaram Rios e Salgueiro no relato sobre as discussões que foram travadas na Espanha: “*um pacote com opções diferentes que se complementam (como um seguro e fundos próprios)*”³⁴. Nesta linha de entendimento, também os bancos precisam entrar nessa discussão.

Ainda que o mercado segurador nacional não possa atender no futuro e em face de uma lei impositiva do seguro ambiental, melhor seria que esta provável reação adversa pudesse ser convertida em *boas práticas* e para o *bem comum* da sociedade. Se o seguro ambiental puder ser estabelecido legalmente na condição de uma entre as opções dos diferentes tipos de *garantias financeiras*, não há dúvida de que ele se transformará em forte *instrumento garantidor* para as mais diversas atividades econômicas, inclusive confirmando a natureza já determinada pela Lei 6.938, de 1981, art. 9º. Há, neste sentido, a possibilidade de o Brasil e o Mercado Segurador Nacional se filiarem à modernidade e conforme os procedimentos já praticados pelos países desenvolvidos há décadas. No sentido diametralmente contrário, ao invés de avançarmos para o novo, podemos permanecer inertes e prestigiarmos o *status quo* atual e já conhecido de todos, o qual é pautado na indecisão que sempre permeou este tema, desde os primeiros projetos de lei surgidos no Congresso Nacional sobre o assunto. A escolha é só nossa.

³¹ In: RIOS, Paula. SALGUEIRO, Ana. *A responsabilidade ambiental e as garantias financeiras: o regime português e o exemplo espanhol como referência para outros mercados*. Gerência de Riscos e Seguros 112. São Paulo: FundaciónMapfre, primeiro quadrimestre de 2012, p. 27.

³² O preâmbulo da lei espanhola: “*El 24 de octubre de 2007 se publicó la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Mediante esta Ley se traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*”.

³³ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 248.

³⁴ Op. cit., p. 37.

I Introdução

Entre nós, membros do Direito Ambiental, umas das questões menos ventiladas, objeto de artigos, decisões judiciais e mesmo de obras jurídicas, é aquela que trata da proteção jurídica dos animais.

Nos informa Edna Cardozo Dias (para nós, a principal autora e especialista sobre o assunto no Brasil que, até 1996 não havia qualquer bibliografia de proteção dos animais no Brasil. Apenas artigos e pareceres esparsos, notabilizando-se os publicados pela Professora Helita Barreiro Custódio, do Conselho Editorial da Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental. Hoje podemos citar, em sucessão cronológica, os seguintes autores e livros:

4.2. Laerte Fernando Levai, *Direito dos Animais*, Ed. Mantiqueira, 1996, revisto e ampliado em 2004.

4.3. Edna Cardoso Dias, *Tutela Jurídica dos Animais* – Ed. Melhoramentos. Belo Horizonte, 2000 (o mais completo trabalho sobre o assunto, elaborado com muita profundidade);

4.4. Diomar Ackel Filho: *Direito dos Animais*. Themis, São Paulo, 2001.

4.5. Luciana Caetano da Silva: *Fauna terrestre no Direito Penal Brasileiro*, Mandamentos. Belo Horizonte, 2001.

4.6. Geuza Leitão: *A voz dos Sem Voz; direito dos animais*. INESP. Fortaleza, 2002.

4.7. Danielle Tetu Rodrigues: *Direito & os Animais, uma abordagem ética; filosofia e normativa*. Juruá. Paraná, 2003.

Além dessas obras, a Dra. Edna Cardoso nos enviou, para os nossos estudos e informações, os seguintes valiosos artigos de sua autoria:

1) *A defesa dos Animais e as Conquistas Legislativas do Movimento de Proteção Animal do Brasil* – Publicado na Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Ed. Fórum, nº 17, set./out. pp. 1918-1926, 2004;

2) *Direitos do Animais e Isonomia Jurídica*;

3) *A Fundamentalidade dos Direitos* – Ed. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – Ed. Fórum – Belo Horizonte – ano 10, nº 55, pp. 41-45, jan./fev. 2011;

4) *A Criminalização dos Maus Tratos ou Animais e a Lei nº 9.605/1998*.

5) *O Animal e o Código Civil Brasileiro* – Ed. Fórum de D.Urbano e Ambiental- Ed. Fórum – Belo Horizonte, nº 81, pp. 9-15, maio/junho, 2015;

6) *Teoria dos Direitos dos Animais*.

E a Dra. Edna Cardoso Dias incentivou-me a escrever algumas linhas (ainda muito baseado em seus escritos).

É o que faremos, com sua anuência e informações, segundo o sumário que elaboramos antes.

II Normas Gerais: internacionais e constitucionais

II.1 Normas Internacionais

a) *Proteção da Fauna na Comunidade Econômica Europeia*.

a.1) *Diretiva 79/409/CEE, de 02/04/1979*;

a.2) *Diretiva 92/43/CEE, de 21/05/1992*.

A Professora Edna nos informa que depois dos anos 70 a conservação da natureza passou a ser uma grande preocupação da política ambiental na União Europeia (*A Tutela Jurídica dos Animais*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000, p. 58).

A *Diretiva 79/409/CEE*, adotada em abril de 1979, que se refere à conservação dos pássaros selvagens — *Diretiva Oiseaux* — e a *Directiva 92/43/CEE*, adotada em maio de 1992, que dispõe sobre a conservação dos habitats naturais e sobre a fauna selvagem – *Directiva Habitats*.

Dentre as normas internacionais de proteção à fauna e à flora, são destacadas:

Convenção Internacional de Pesca da Baleia (Washington, 02/10/1946).

Convenção Internacional para Proteção dos Vegetais (Roma 06/12/1951).

Convenção para Conservação sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Mar (Genebra, 29/04/1958).

* Mestre e doutor em Direito pela USP, vice-presidente da CDA.

Convenção Internacional para Conservação do Atum no Atlântico (Rio de Janeiro, 14/05/1966)

Convenção sobre as Nações Unidas de Importância Internacional para proteção dos Animais e Pássaros Aquáticos e Terrestres (Ramsar, 02/02/1971).

Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Washington, 03/03/1973).

Convenção sobre Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos (Cambera, 20/05/1980).

Convenção sobre Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem (Bonn, 23/06/1979).

Convenção sobre biodiversidade (Rio de Janeiro, 05/06/1992).

II.2 Normas Constitucionais

A Constituição Brasileira de 1988 protege expressamente os animais.

O seu art. 225, § 1º diz:

Incumbe ao Poder Público:

[...]

VIII – proteger a *fauna* e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, prorroguem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

As Constituições estaduais sugerem as mesmas linhas. Temos, como exemplo, as Constituições do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

Na via penal, temos a Lei 9.605, de 12/02/1998, que incrimina os maus tratos aos animais.

É importante ser observado que, no Brasil, a fauna é classificada em *fauna doméstica* (aquela que é constituída de espécies que foram submetidas a processos tradicionais de manejo, possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem para sua sobrevivência, sendo possível de transação comercial e, alguns, de utilização econômica); fauna domesticada (é constituída por animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais, perderam seus habitats na natureza e passaram a conviver

pacificamente com o homem, dele dependendo para sua sobrevivência, podendo ou não apresentar características comportamentais dos espécimes silvestres); fauna silvestre nativa (é constituída de todas as espécies que ocorram naturalmente no território ou que utilizem naturalmente esse território em alguma fase do seu ciclo biológico); fauna silvestre exótica (é constituída de todas as espécies que não ocorram naturalmente no território, possuindo ou não populações livres na natureza)

O novo Código Civil brasileiro dispõe que os animais domésticos são bens móveis sustentáveis de movimento próprio ou de remoção por forças alheias. No âmbito jurídico recebeu o nome de *semoventes*. São considerados propriedade de seus donos e os abandonados sujeitos à apropriação.

Em havendo lesão a um animal doméstico, o seu dono pode exigir indenização ou ressarcimento do dano, no Juízo Cível; os animais da fauna silvestre brasileira são propriedade da União, considerados bens de uso comuns do povo. O órgão responsável pelos animais da fauna silvestre brasileira é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – Ibama (em muitos estados faz convênio com a Polícia Florestal, que o auxilia na fiscalização da Lei 5.197/1967 e da Lei 9.605/1998. No Rio Grande do Sul está proibida a caça em todo o território nacional. A caça comercial está proibida em qualquer circunstância.

III Dever jurídico dos órgãos e entidades ambientais de representar os animais.

Quanto aos animais silvestres e exóticos, é dever do Ibama (ou quando em convênios com outros órgãos e entidades de proteção aos animais) efetuar proteções rigorosas contra as crueldades dos animais e representá-los, judicialmente, quando necessário.

França, Inglaterra, Alemanha e outros países possuem diversas legislações de proteção aos animais, principalmente aqueles que dizem respeito às restrições à caça e à pesca.

A primeira legislação brasileira relativa à crueldade contra os animais foi o Decreto 16.590, de 1924, que regulamentava as casas de diversões públicas. Proibia as corridas de touros e novilhos, brigas de galo e canários dentre outras diversões que causassem aparente sofrimento aos animais. (Segundo Edna Cardoso Dias – ob. cit., p. 155).

Em 10 de julho de 1934, o Presidente Getúlio Vargas, por inspiração de Juarez Távora, promulgou o Decreto Federal 24.645, que estabelecia medidas de proteção aos animais (segundo Edna Cardoso Dias, p. 155).

Em 3 de outubro de 1941, foi baixado o Decreto-lei 3.688, Lei das Contravenções Penais, que, no seu art. 64, proibia a crueldade contra os animais.

Vieram, depois: o Código de Pesca (Lei 221, de 28 de fevereiro de 1967), Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada pela Lei 7.653, de 12 de fevereiro de 1998), Lei da Vivissecção (Lei 6.638, de 8 de maio de 1979), Lei dos Zoológicos (Lei 7.173, de 14 de dezembro de 1.983), Lei dos Cetáceos (Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1.987), Lei de Inspeção de Produtos de origem Animal (Lei 7.889, de 23/11/1989), Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/1998). (Segundo Edna Cardoso Dias.)

Segundo a Dra. Edna, no âmbito penal, a lei não faz distinção entre a fauna doméstica, exótica ou silvestre.

Isto vem claramente previsto no, já comentado por tantos autores, art. 32 da Lei 9.605/1998:

Art. 32 – Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

§ 1º - Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos, ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorrer morte do animal.

Nos crimes previstos na Lei 9.605/1998 a ação penal é pública e incondicionada.

Segundo a Dra. Edna Cardoso, “a forma doméstica e exótica continua protegida pelo Decreto Federal 24.645, de 10 de julho de 1934, e pelo art.64 da L.C.P”.

Um ponto interessante e necessário, é a definição do que seja “cruel” “e crueldade” na legislação de proteção aos animais. A Dra. Edna nos leciona:

‘Cruel’: pessoa que se satisfaz em causar o mal a outro ser; aquele que é insensível à dor que causa a outrem (Enciclopédia Saraiva de Direito, 22 p.14).

‘Crueldade’: qualidade ou caráter do que é cruel, que se satisfaz em fazer o mal, em atormentar ou prejudicar (Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 1ª es. Rio de Janeiro – N. Fronteira – 1.986) [...].

São citados em sua excelente obra, pela Dra. Edna Cardoso Dias, diversos atos de experimentação e maus tratos contra os animais, por exemplo: Cartel dos Animais no Brasil; Rio de Janeiro e Baixada Fluminense; Nordeste Brasileiro: extinção dos animais; fauna ictiológica (pesca ilegal); crueldades; experiência dolorosa em animal: vivissecção; Draize Eye Irritance Test (com olhos de coelhos); testes de colisão, brigas de galo; farra do boi; touradas; brigas de cães, os casos dos botos de Sete Lagoas e Lagoa da Prata.

Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da flora e fauna selvagens em extinção. Anexos I e II.

O Comércio da Fauna na Comunidade Econômica Europeia. Instituída pelo Estatuto de Roma, em 25 de março de 1.957.

Um ponto importante a ser analisado no Brasil é a construção (legal) de criadouros de Animais Silvestres com Fins Econômicos e Industriais no Brasil.

A Dra. Edna nos fala sobre esse paradoxo:

Os criadouros de animais da fauna silvestre brasileira com fins econômicos e industriais estão normatizados pela portaria/IBAMA nº 118, de 15 de outubro de 1.997.

Criadouros com fins econômicos e industriais é aquele dotado de instalações capazes de possibilitar o manejo, a reprodução, a criação ou recria de animais pertencentes à fauna silvestre brasileira.

Os criadouros de peixes, invertebrados aquáticos, jacarés do Pantanal (Caiman Crocodilus Yacare), tartarugas da Amazônia (Podocnemis expansa), Tracajá – (Podocnemis unifilis), insetos da ordem Lepdoptera e outras espécies da fauna silvestre brasileira são regidos por normas específicas, tanto as pessoas físicas como as jurídicas podem constituir criadouros de Espécimes da Fauna Brasileira e da Fauna Exótica, mas receberão categorias distintas ao se registrarem no IBAMA.

Também existem o Criadouro da Fauna Exótica para Fins Econômicos e Industriais. (Portaria Ibama 102, de 15 de julho de 1.998.)

Outro ponto a ser observado é a existência (segundo a Dra. Edna) da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada na sede da Unesco, em Paris, em 27 de janeiro de 1978, que cria obrigações para os Estados igualitários, como todos os demais pactos interacionais.

Em seu art. 1º (diz a Dra. Edna) ela declara que o direito à vida é extensivo aos animais: “Todos os

animais nascem iguais diante da vida e tem o mesmo direito à existência". Em seu derradeiro artigo estatui que: "os Direitos do Animal devem ser definidos por leis, como os Direitos dos Homens".

A Dra. Edna cita Levi Strauss, que defende a ideia da definição do homem *como um ser vivo*.

A Dra. Edna, a seguir, transcreve o preâmbulo da referida declaração:

Preâmbulo: Considerando que cada animal tem direitos; considerando que o descobrimento e o desprezo destes direitos levaram a continuarmos a levar o homem a cometer crimes contra a natureza e contra os animais; considerando que o reconhecimento por parte da espécie humana do direito à existência das outras espécies animais, institui o fundamento da coexistência das espécies no mundo; considerando que genocídios são perpetrados pelo homem e que outros ainda podem ocorrer; considerando que a educação deve ensinar à infância a observar, compreender e respeitar os animais [...].

(Seguem-se um rol de 14 artigos).

Segundo, ainda, a Dra. Edna, em 1989, aniversário de 200 anos de Declaração dos Direitos Humanos, novo documento em defesa dos animais foi redigido pelo Partido Verde Alemão, e adotado por diversas entidades protecionistas em todo o mundo. Em segundo documento, a Dra. Edna contém princípios bem mais evoluídos do que o anterior.

Em seguida, a Dra. Edna transcreve os 17 (dezessete) artigos desse documento.

Vamos citar aqueles que são mais salientes na defesa dos direitos dos animais:

Art. 2º - Considerando que os animais, exatamente como os homens, esforçam-se por proteger suas vidas e as de suas espécies, e que demonstram interesse em viver, *eles também têm direito à vida*. Isto posto, não podem ser classificados como *objetos ou semoventes, juridicamente*.

Art. 3º Considerando que os animais são iguais aos homens em sua capacidade de sofrer, sentir dor, interesse e gratificação, estas capacidades precisam ser respeitadas.

Art. 5º As diferenças existentes entre os homens e animais, relativamente à *inteligência e capacidade de falar*, não justificam a desconsideração à grande similaridade de suas funções vitais básicas.

Art. 11 A produção e venda de animais e seus produtos para (aparenta) satisfação das necessidades humanas como companhia, prestígio, luxúria, precisam ser interrompidas.

Art. 14 A experimentação animal é a extrema expressão da violência contra os animais e uma parte da ciência que se baseia em um modelo de violência, que indique os direitos tanto dos homens como dos animais.

Art. 17 Para o fim de promover e fiscalizar o cumprimento dos direitos fundamentais dos animais deverão ser designadas pessoas a quem serão conferidas os competentes mandatos e poderes legais para tal. As entidades de proteção aos animais e à natureza deverão ser delegados poderes para instaurar processos legais em defesa dos animais.

IV Personalidade jurídica dos animais? Personalidade judiciária?

Assim como a legislação brasileira prevê a personalidade jurídica para os navios e a personalidade jurídica para as Câmaras Municipais, nada impede que se dê, via legislação, personalidade jurídica e judiciária para os animais.

A Dra. Edna, em seu livro, chamou-nos a atenção para a questão que ora abandonamos.

Cita-nos a posição de um juiz norte-americano, de nome Douglas, que deu um voto inédito no mundo (talvez) sobre o assunto.

Diz a Dra. Edna:

A legitimidade dos direitos dos animais, uma concepção nova que surge na SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS.

O animal como sujeito de direitos é concebido pelo Juiz americano Douglas, um voto proferido no caso *Sierra Club v. Morton*, em que houve um pedido de anulação de uma decisão do *US Forrest Service*, que liberou ao *Mineral King Valley*, uma área quase selvagem para a construção de uma estação de esqui.

O Juiz Douglas, em seu voto, argumentou que objetos inanimados são, às vezes, partes em litígio. E assim como o navio tem uma personalidade jurídica e a corporação ordinária é uma pessoa para propósitos jurídicos, também a natureza pode ser sujeito de direitos:

Então isto é válido para vales, prados, rios, lagos, estatutários, praias, cumes, arvoredos, árvores, pântanos e até o ar que sente a pressão destrutiva da tecnologia e da vida moderna. O rio, por exemplo, é um símbolo de toda vida que sustenta ou nutre peixe, insetos aquáticos, lontra, veado, alce, urso e outros animais, incluindo o homem, que depende deles ou que desfruta de sua contemplação, seu som e sua vida. O rio, como interlocutor fala da unidade ecológica da vida da qual faz parte. Em

peças que têm uma significativa relação com esse corpo de água – seja um pescador, um canoísta, um zoologista, ou um lenhador, precisam estar aptos para falar dos valores que o rio representa e que estão ameaçados de destruição.

A voz dos objetos inanimados, entretanto, não deveria ser sufocada. Isto não quer dizer que o judiciário ignore as funções administrativas da agência federal. Isto simplesmente significa que, antes que esse inestimável pedaço da América (como vales, prados, rios ou lagos) esteja para sempre perdido ou transformado para ser reduzido a escombros do nosso ambiente urbano, a voz dos existentes beneficiários de nosso ambiente se regozegaria se pudesse ser ouvida [...].

Diz mais a Dra. Edna:

Na mesma linha de pensamentos, conforme nos relata o Prof. José Alfredo Baracho Júnior, o jurista Stone (Should trees standing, California Law Review, nº45 p.450-481,1972, Alfredo Brecho Júnior, José Alfredo Oliveria: Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente Belo Horizonte. B.H – DELREY. 2.000), defende a ideia de que as normas de proteção ambiental constituem uma forma de atribuir direitos subjetivos a animais e plantas. De acordo com esse raciocínio, as associações e agentes públicos, que pleiteiam em juízo a defesa do meio ambiente estão atuando *como representantes destes*.

Para Stone, embora árvores e plantas não sejam *seres humanos*, são indivíduos, pois são reconhecidos *de forma singular*. O reconhecimento dos direitos dos animais e plantas constitui uma evolução do processo de declaração de direitos, que se estenderam dos brancos aos negros, aos índios às mulheres e a outras minorias (p. 86) [...].

A Dra. Edna Cardoso Dias escreveu excelente artigo intitulado “Teoria dos Direitos dos Animais” (*Rev. Fórum 45* – mar./abr. – 2015).

Ali, ela revela estudos sobre grandes autores que reivindicam os direitos dos animais.

Cita o autor Peter Singer, que foi um dos pilares para a formação da teoria dos direitos dos animais. Diz a autora:

Em sua obra ‘Animal Liberation’, publicada originalmente em 1.975, Singer denunciou o sofrimento dos animais e demonstrou que as práticas utilizadas pelos humanos no relacionamento com os animais eram, já à época, *injustas*. Para ele, sendo os animais seres sencientes, seus interesses deveriam ser levados em igual consideração que os interesses dos humanos. Para ele, os animais deveriam ser incluídos na consideração moral dos humanos.

Em ‘Ética Prática’ (3ª ed. – S. Paulo. Martins Fontes, 2002), Singer argumenta que os animais, por serem dotados de sensibilidade e consciência, devem ser tratados com o mesmo respeito que os seres humanos.

O princípio da igual consideração de interesses deve ser aplicado sem distinção entre o animal humano e o não humano. A capacidade de sofrer dor e sentir dor deve ser um pré-requisito para medir interesses.

A Dra. Edna Cardoso cita Tom Reagan (Jaulas Vazias, Porto Alegre: Ed. Lugano, 2006) dizendo que esse autor reivindica a extensão aos animais do princípio ético e valor inerente a cada indivíduo. Apresenta os animais como *sujeitos de uma vida*, pregando o fim de toda exploração da vida animal.

Cita ela, ainda, Heron Gordilho, estudioso do tema, que complementa:

[...] Juristas como Steven Wise, Gary Francione e Jean-Pierre Margerena, porém, estão mais preocupados em atribuir personalidade jurídica aos animais, de modo a assegurar-lhes a capacidade de adquirir direitos e defendê-los em juízo através de seus representantes [...] (Gordilho, Heron José Santana, Abolicionismo Animal. Salvadore: Evolução Editora – 2009, p. 75).

Diz ainda a Dra. Edna: “A partir de 2000 expandiram-se a todo o planeta a concepção gerida do animal como sujeito de direitos. E em torno disso foi se formando e fortalecendo a teoria dos direitos dos animais.

Em outro artigo intitulado “Direito dos animais e Isonomia Jurídica”, a Dra. Edna Cardoso Dias, após informar que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais” (abril de 1989), afirma que, no Brasil, o direito brasileiro não tem nenhum compromisso com a dignidade do animal, quando a dignidade da pessoa humana é o principal princípio da nossa Constituição e, por isso, deveria ser extensivo aos animais.

O direito à vida dos animais está garantido pela Constituição no art. 225, § 1º, inciso VII. Portanto, os estados têm o dever de buscar políticas e ações que evitem riscos à vida e integridade dos animais.

Uma última informação nos é transmitida por essa dedicada estudiosa do tema entre nós:

[...] Em 1.989, aniversário de 200 anos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Revolução Francesa), novo documento em defesa dos animais foi redigido pelo Partido Verde

Alemão e deveria ser adotado pelas Nações. Esta nova declaração, que ainda não foi adotada pelos governos, *condena a matança* de animais *para consumo* e defende a *abolição dos experimentos* em animais vivos [...].

VI. Entre nós, o Congresso Nacional (ainda na Câmara dos Deputados) colocou em discussão o Projeto de Lei 6.799/2013, de autoria do Deputado Ricardo Izar (PSD/SP), que altera o art. 82 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres.

Pretende esse projeto estabelecer regime jurídico especial aos “animais domésticos e silvestres”, distinguindo — os de “coisas”, acrescentando a natureza jurídica *sui generis*, reconhecendo que os animais referidos possuem personalidade jurídica própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento. O projeto de referido altera também outros artigos do Código Civil Brasileiro.

A comissão de Meio Ambiente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) deu a incumbência de analisar esse projeto de lei à Dra. Maria Cláudia Antunes de Souza (OAB 17.120). O parecer da Dra. Maria Cláudia é contrário a alteração do art. 82 do Código Civil Brasileiro e das demais alterações.

Sublinha-se, por fim, que o relator da Câmara dos Deputados, da matéria, foi o Deputado Arnaldo Jordy.

Após seu relatório, o deputado relator, em seu voto, mostrou-se simpático à aprovação do projeto de lei referido, tendo apresentado um substituto ao projeto tendo dado uma denominação geral a todos os animais como sendo eles “animais não humanos”, ao invés de distingui-los em animais silvestres, domésticos e domesticados.

Pelo art. 3º do seu substitutivo, o deputado relator dispôs:

Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa [...].

O art. 4º do substitutivo deu ao art. 82 do Código Civil Brasileiro a seguinte redação:

Art. 82 [...]

Parágrafo único – O disposto no caput não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados.

Art. 5º - Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

Se esse substitutivo passar no Congresso, os hoje animais domésticos não poderão ser mais consumidos, pois terão direito à vida, enfim, terão a mesma situação dos animais, hoje, denominados de silvestres.

Inteligência artificial: algumas considerações

Sergio Ferraz* e Victor Del Nero**

1 - O desenvolvimento inimaginável do universo da inteligência artificial de há muito extravasou os limites da pesquisa científica e invadiu o cotidiano da vida humana. E o fez com tal amplitude e tal profundidade que o Direito se viu convocado a aprofundar-se, com seus instrumentos e suas finalidades, nessas fronteiras instigantes. É nessa perspectiva que se apresenta, ao exame da coletividade jurídica, este desprezioso e simplesmente provocativo trabalho: a partir do desenho de formulação de considerações apenas introdutórias dessa complexa estrutura cognoscitiva se busca oferecer alguns parâmetros legais que possam levar os estudiosos e operadores do Direito à propositura de questionamentos de interesse dos indivíduos e ao oferecimento, à crítica dos doutos, de algumas tentativas de respostas legais. Advirta-se, desde já, que o enfrentamento a ser empreendido irá desenvolver-se na ambiência do direito brasileiro, não sendo assim hostilmente crítica ou excludente de outras soluções que possa cada sistema jurídico estrangeiro preferir adotar.

2 - Em 1981, há mais de 30 (trinta) anos portanto, um robô de uma fábrica de motocicletas matou um operário, por entender, equivocadamente, que a infeliz vítima estava encetando uma intervenção que a ele, robô, pareceu ameaçar o cumprimento da missão para cuja consecução fora programado. Note-se: as investigações sobre IA (inteligência artificial, sigla AI em inglês, idioma em que inaugurados os pertinentes estudos) datam de 1950. De lá para cá, passando pelo infeliz mencionado incidente de 1981, os progressos dos conhecimentos e experimentos com AI cresceram vertiginosamente, a tal ponto já que é chegado o

momento de o Direito cuidar das consequências que as aplicações da AI podem acarretar na segurança, riscos e responsabilidades do entorno social envolvido. Os vaticínios cinematográficos de “2001: uma odisséia espacial” e “Matrix”, nas quais focalizadas a autonomia operacional da AI e a inimizabilidade (isto é, não responsabilidade) dos equipamentos dela dotados, não são mais puras fantasias: são desafios diários em todo o mundo.

Para tanto, o primeiro passo reside na tentativa de definição e conceituação de Inteligência Artificial. Talvez nem tanto no compreender a expressão *artificial*, mas sobretudo no que se refere à acepção de *inteligência*. Mas dificuldades e complexidades não servem de desculpas a quem se aventure a defrontar-se com a interrogação.

Começemos por uma objetiva definição de inteligência. Uma de suas mais usualmente aceitas definições refere a aptidão dos seres humanos para a aquisição de conhecimentos ou habilidades e sua aplicação na execução de tarefas ou na elaboração de pertinentes conclusões lógicas.

Quando à palavra examinada acrescentamos o vocábulo *artificial*, a diferença essencial é que a *inteligência* agora diz respeito sobretudo a uma ferramenta, e não primordialmente a um ser vivo. Mas a *essência* da inteligência continua a ser a mesma, pois a inteligência artificial traduz, mesmo nessa diversa configuração, aptidão para aprender e usar o conhecimento para o fim de logicamente alcançar certas conclusões. Anote-se que a formulação de tal conceituação remonta aos tempos da Guerra Fria, mais concretamente, às Conferências de Dartmouth em 1956.

Assim, pode-se afirmar que nos encontramos no limiar de uma segunda revolução industrial, que se caracterizará por inovações a um só tempo tecnológicas e conceituais. Por exemplo, em breve já poderemos falar em automóveis com potência de 250 mentes, em vez de 250 cavalos.

Para entender como essas mentes são usadas teremos de partir da concepção de que aprender e aplicar conhecimentos constituem dois distintos campos. O aprendizado pela máquina pode dar-se em principalmente três módulos: humanos “ensinando”

* Advogado. Jurista. Parecerista. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro honorário vitalício do Coadems (Colégios e Ordens dos Advogados do Mercosul). Ex-consultor jurídico do Ministério da Justiça. Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Comissão de Direito da Biotecnologia da UIA (Union Internationale des Avocats). Membro vitalício do Senado da UIBA (Unión Iberoamericana de Abogados). Professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-docente (Direito do Trabalho) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

** Advogado. Jurista. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

às máquinas; máquinas realizando, por si mesmas, descobertas cognitivas, como, por exemplo, quando a máquina melhora sua habilidade de jogar xadrez, jogando contra si mesma continuamente; ou máquinas analisando milhões de séries de dados, estabelecendo na sequência e conjuntamente novos padrões de ação.

Um processo intensivo de análise de dados, hoje conhecido como aprendizado profundo, constitui um ativo campo de pesquisa científica, com ampla aplicabilidade aos estudos da Inteligência Artificial, sobretudo com o propósito de dar “sentidos” à máquina, como visão e audição. Atualmente os computadores podem ler poesia, compreendê-la e até compô-la, sendo impossível distinguir da que é escrita por humanos. São mesmo capazes tais equipamentos de ouvir comandos, cumpri-los e manter uma conversa. Mais impressionante ainda, graças às pesquisas do Stanford Artificial Intelligence Lab, são eles capazes de contemplar um quadro, entendê-lo e descrever com palavras o que eles viram.

Uma vez adquirido o conhecimento, a máquina é capaz de usá-lo para tirar conclusões, simulando vários cenários alternativos e elaborando projeções estatísticas de avaliação de adequação e consequência, de sorte a optar pela via que ostenta menores chances de um fracasso. Por exemplo, quando ela joga xadrez a máquina simula milhares de movimentos possíveis e escolhe os que lhe dão as melhores probabilidades de vitória. Um outro exemplo: o *software* de nossos *smartphones*, que utiliza informações de vias de trânsito, é capaz de nos oferecer as três mais rápidas direções para alcançarmos nosso destino.

Voltemos por um momento nossa atenção para o ser humano. Realmente ele pode empreender todas as tarefas antes referidas. Assim, por exemplo, no que diz respeito à aprendizagem, podemos facilmente descrever uma figura, ler poesia, manter uma conversa. Para reconhecer um gato, tudo que nos é necessário limita-se a ver algumas figuras do animal: nosso cérebro rapidamente formula padrões e, a partir deles, identificamos um gato independentemente de sua cor, porte ou pose. Para que a máquina dotada de AI reconheça um gato procede-se da mesma maneira; no entanto ela necessitará de milhares ou milhões de reproduções, com os gatos em diferentes formas e tamanhos, até que seu reconhecimento efetivamente se dê. Assim, é indubitável que humanos superam máquinas no processo de aprendizagem inicial. No

entanto, a máquina comporta e suporta infindáveis exposições à amostragem cognitiva e, com isso, caminha e por fim alcança um grau de perfeição que supera o aprendizado humano. Assim é que, atualmente, instrumentos médicos com AI ultrapassam a observação humana na identificação de tipos de tumores, principalmente porque, em questão de horas, elas podem analisar dados em número maior do que um cientista poderia fazê-lo em toda sua vida e, assim, estabelecer paradigmas de identificação tumoral muito mais rápida e (talvez) acertadamente.

Acrescente-se que, hoje, a ubiquidade da presença de AI, em nossas vidas, de longe supera nossa imaginação: ela está em nossos telefones, na definição de nossos perfis pessoais (idade, sexo, saúde, profissão, hábitos, etc.) no Google (para fins de propaganda comercial de produtos, por exemplo), nos carros sem motorista, nas seleções de matérias de nosso interesse no Facebook, etc.

Como o aperfeiçoamento diário e veloz dos estudos de AI, dúvida inquietante nos acossa: AI substituirá os seres humanos? Com efeito, homens se cansam no trabalho e têm emoções por vezes perturbadoras para seus pensamentos e sua eficiência. Já a AI analisa um espectro ilimitado de fatores pertinentes e incansavelmente escolhe, sem cansaços ou emoções, a melhor maneira de cumprir mais eficientemente uma tarefa. Mas tais aspectos ameaçadores podem ser “domados” adequadamente por nós: cabe-nos “ensinar” aos equipamentos dotados de AI, nossos valores éticos, de sorte a que tais equipamentos ajam como o homem probo faria. Ou seja, podemos instruí-los para que atuem em cooperação conosco e com nossas necessidades e anseios. Assim, AI será uma ferramenta que nos ajudará a trabalhar melhor e viver melhor a cada dia, instituindo-se destarte uma sinergia que nos auxiliará na solução de muitos mistérios que desafiam a humanidade.

Alusivamente à causação de desemprego, em razão da disseminação da AI, há efetivamente preocupações, mas igualmente há ponderações para a reposição do debate num clima de equilíbrio. Nesse último sentido, convém lembrar que, com a primeira revolução industrial, muito se polemizou sobre a substituição dos humanos por máquinas; mas o que acabou por se verificar foi a criação de uma cadeia de novos e diferenciados empregos, com o que a onda de desocupação se viu por fim estabilizada e corrigida. Em tese, ao menos, podemos imaginar que

assim também ocorrerá com a anunciada segunda revolução industrial, com novos empregos, os quais nem podemos imaginar, sendo criados no presente e no futuro. O debate sobre os possíveis impactos negativos da generalização no uso de AI contamina também os que se dedicam a temática da tributação individual. Mas aqui também vozes de contraponto se afinam, acenando para a criação de espécies tributárias incidentes sobre a ampliação das máquinas dotadas de AI e sobre os benefícios contabilizáveis que elas possam originar.

AI é, indubitavelmente, um campo muito excitante, com um potencial de tal magnitude que, por certo, afetará toda a humanidade, inclusive contendo também considerável parcela de riscos. A pesquisa aqui, por isso mesmo, deve ser conduzida com máxima cautela, tendo em vista as mudanças que poderão recair sobre o conjunto da sociedade. Um dos maiores problemas, aqui envolvidos, pode ser resumido em sumária interrogação: quem é o responsável pelos danos concretos causados pela AI? Todavia, uma ponderação: conquanto delicada a pergunta, não há razão para pânico. Compreendamos que ainda não é tarde demais para evitar catástrofes. Bem antes, estamos no limiar de uma nova revolução industrial e ainda temos tempo para tomar medidas adequadas e corretas — mas temos de começar a fazê-lo desde já.

3 - Não obstante todo esse esforço conceitual e definitivo, há que refrear excessivos otimismo, quanto a se obter uma definitiva compreensão da expressão AI. Grandes cientistas, teóricos e experimentadores sobre a matéria, desde o pioneiro Alan Turing até nossos dias, ainda não deram palavra final sobre a questão. O escrito seminal de Stuart Russell e Peter Norvig chegou a arrolar 8 (oito) diferentes definições de AI, nenhuma delas suficiente para colocar um fim nas controvérsias. Pode-se, todavia, afirmar que os equipamentos e instrumentos atualmente existentes, dotados de AI, superam alguns testes básicos, para que a eles se possa aplicar, com adequação, a palavra *inteligência*. Assim é que:

— são eles dotados de *autonomia* de ação. Com isso pretendemos dizer que eles podem, em face do objetivo determinante de sua programação, desenvolver sua tarefa até mesmo sem controle ou supervisão humana;

— nessa atividade, o desempenho do objeto dotado de AI pode até mesmo seguir padrões imprevisíveis e, pode-se mesmo asseverar, revestidos

de *criatividade* autônoma. É o que se extrai, para ilustração, do exemplo que antes mencionamos, do robô que joga xadrez. É que as previsões ou soluções, imaginadas pelo enxadristas humanos, podem sofrer impactos ou restrições decorrentes das suas emoções ou incertezas, ou, ainda, deixar-se guiar por *intuições*; pelo contrário, o robô discerne, dentre milhares ou milhões de possibilidades, a melhor/ótima e a persegue apenas “logicamente”, “racionalmente”. Nessa constatação encarta-se a convicção de Nick Bostrom, no sentido de que sistemas altamente desenvolvidos de AI podem inclusive aperfeiçoar seus *hardware* e suas programações, superando a que lhes fora ditada por humanos, apresentando assim um padrão extraordinário/assustador de “superinteligência”.

De tudo isso decorre a imprescindibilidade, que antes apontamos, de caminharmos até os limites da inteligência humana, para lidarmos com AI. E não há razão para entendermos como inatingível essa meta. Basta lembrar que, como registrou Matthew Sparkes, em 2014 o quarto mais poderoso supercomputador do mundo levou 40 (quarenta) minutos para simular um simples segundo da atividade cerebral humana!

Caminheemos então adiante.

4 - Na seqüência apresentaremos, para mera ilustração, alguns cenários de potenciais impactos da AI em nossa vida.

Começemos pelo tema da *mobilidade*. Carros autogeridos não são mais uma visão de futuro. O Tesla e o Waymo (da Google) vieram para ficar. Com os avanços da AI, os carros autogeridos se tornam cada dia mais exatos em distinguir e discernir obstáculos e alternativas. Por exemplo, eles já diferenciam uma ameaçadora pedra branca na estrada, de uma inofensiva bola de papel branco de dimensões similares. Mas as dificuldades ainda parecem insuperadas quando se trata de decidir entre atropelar um animal ou atingir um homem, entre ferir uma criança ou um adulto. Se é bem verdade que temos de ensinar aos equipamentos com AI qual a solução adequada em casos que tais, na realidade é impossível fazê-lo pata todos os casos que o acaso enseje. Daí que as instruções básicas, para um instrumento com AI, devem compreender os pilares da ética humana, dos códigos do que é certo e do que é errado. Mas mesmo assim o desafio continua a ser considerável, até porque as respostas aos dilemas éticos variam consideravelmente no tempo e no espaço, como é próprio dos conceitos culturais. Assim, provavelmente um carro autogerido produzido pelo

Google, eventualmente aprovado para os Estados Unidos, talvez fosse inaceitável no Oriente Médio. E isso sem considerar que, havendo uma pluralidade de fabricantes, pode ocorrer que as bases éticas de cada um não coincida com a dos outros.

Outro cenário. Há que se ter também cuidado com os “critérios” dos equipamentos AI, na divulgação de notícias no Facebook e em outros instrumentos comunicacionais digitais, atuação essa que pode moldar a maneira como as pessoas tomam conhecimento do que se passa no mundo, assim influenciando na formação de suas opiniões e ideias, inclusive baseadas em fatos que podem não ser verdadeiros. Tome-se como exemplo as sugestões divulgadas por AI, sobre o que devemos ler no noticiário ou sobre que livros adquirir. Imagine-se que você tem curiosidade sobre certo tema e decide pesquisar artigos novos ou pouco divulgados, até mesmo contrários a tendências existentes sobre tal matéria. De início você parece ter opção de escolher o material que acredita merecedor de sua credibilidade. Dá-se, porém, que, após algumas escolhas virtuais, AI começará a sugerir novos artigos com pontos de vista ajustados às escolhas iniciais que você tenha feito. Como consequência, quanto mais você ler nessa linha, mais artigos e textos análogos receberá, o que transforma a aparente escolha em verdadeiro círculo vicioso. A tendência para confiar nos artigos escolhidos (via Facebook, por exemplo) só fará aumentar, sem que haja, verdadeiramente, oportunidade para uma meditação sobre a real credibilidade do material selecionado. Por isso mesmo, dirigentes superiores do Facebook e da Apple têm manifestado sua preocupação e assumiram o compromisso de investir na pesquisa da confiabilidade das notícias divulgadas pela Net. E assim se põe a grande dúvida: estará a AI promovendo a instalação de um mundo onde as pessoas acreditarão na voz dos que falam mais alto, em vez da voz que divulga o certo e o verdadeiro?

Preocupações semelhantes se passam também, por exemplo, no setor de empregos. Por AI pode-se, atualmente, prever se um empregado entrará em depressão antes de ela efetivamente se instalar, simplesmente pesquisando suas mensagens e manifestações na Net. Usando a mesma tecnologia, AI pode prever a época mais provável em que uma empregada se tornará grávida. Ora, tais “habilidades” podem influir fortemente no mercado de empregos, inclusive criando vetores de discriminação.

De tudo isso emana nossa preocupação básica: se bem é verdade que AI chegou para ficar, essencial é que nos preocupemos *já* em inserir em seu funcionamento e seus comportamentos padrões éticos adaptados aos anseios legítimos da sociedade. Temos de urgentemente criar algoritmos confiáveis e transparência legítima na preparação da AI, não olhando tal problema com indiferença, o que acarretaria que o mundo AI seria portador de uma carta branca ética ominosa. Se estamos criando uma ferramenta extraordinária e ainda de ilimitável discernimento sobre seu efetivo poderio, devemos aqui escolher uma trajetória que faça da AI uma força com a qual poderemos conviver e em que será possível confiar.

5 - O Direito tem um papel importantíssimo na temática da AI. Tal papel centra-se sobretudo em duas vertentes: a do estudo do regime de responsabilidades decorrentes de atos ou omissões conectados com o emprego de AI, bem como das sanções aplicáveis em tais casos; a da prevenção a tais danos, o que supõe o estabelecimento de um *código de ética*, contendo regras básicas para a criação e programação de sistemas inteligentes ou para a substituição robótica às atividades humanas.

5.1 - Novamente aqui se impõe a fixação de um sentido em que palavras ou expressões fundamentais, para o desenvolvimento do presente texto, serão utilizadas. Neste primeiro tópico, o vocábulo central é *responsabilidade*. Com essa palavra, o que desejamos traduzir é o dever jurídico de responder por atos que impliquem dano a terceiro ou violação de norma jurídica. Essa responsabilidade, dependendo da natureza do ato (ou omissão ilícita), poderá significar a imposição de uma *pena* ou a obrigação de *pagar uma reparação* a quem tenha sido prejudicado. Na primeira hipótese fala-se em responsabilidade criminal; na segunda, em responsabilidade civil.

Como regra a responsabilidade, tanto civil quanto criminal, significa uma punição que recai sobre o agente do dano ou da violação a uma regra legal. A intenção do Direito, em tais circunstâncias é a de acenar com um “castigo” que sofrerá a pessoa infratora se praticar um ato (ou omissão) legalmente vedado ou ocasionar um prejuízo a alguém. Mas desde os mais remotos tempos os sistemas legais estabeleceram equações de responsabilidade civil ou criminal que não alcançavam diretamente o indivíduo ou a pessoa causadores do dano. Por exemplo, desde o século 17, pelo menos, as

corporações passaram a ser responsabilizadas, civil e/ou criminalmente, por atos de agentes humanos nelas integrados. Mais remotamente ainda, o Direito sempre se preocupou em criar esquemas de responsabilização por atos causados por animais, objetos, crianças e até mesmo seres portadores (em algum grau) de doença mental.

Considerações dessa ordem evitam, certamente, qualquer perplexidade ou estranheza que se queira manifestar, quanto à responsabilidade por atos decorrentes do uso de AI. Os problemas aqui podem ser resumidos em duas perguntas: em tais casos, quem é o responsável? E quais são as penas aplicáveis?

No Brasil, tanto no campo da responsabilidade criminal quanto no da civil, encontramos respostas a tais indagações. Na seara do Direito Penal, temos penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas pecuniárias. No ilícito civil (e aqui incluímos também a ilicitude administrativa), encontramos a imposição de indenizações e/ou multas, a suspensão parcial ou total de atividades e até mesmo a extinção da autorização para funcionamento da entidade ou corporação.

A par disso, o direito privado do Brasil, analogicamente ao de outros países, estabelece, dentre outras hipóteses que não serão aqui focalizadas, que respondem:

— pelos atos dos incapazes as pessoas por eles responsáveis;

— os pais, pelos filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia;

— o empregador pelos atos dos empregados no exercício de suas atribuições;

— o dono ou detentor do animal causador do dano;

— o dono de construção pelos danos causados por seus defeitos ou ruína, bem como pelo dano proveniente de coisas caídas ou lançadas;

— os autores ou usuários de equipamentos, inventos e máquinas pelos prejuízos que estes causarem.

É exatamente nessa última hipótese exemplificativa que devemos centrar nossa atenção, a partir de agora.

5.2 - Em passagem precedente já afirmamos que o grande desafio, na definição de inteligência artificial, reside muito mais no primeiro termo da

expressão que no segundo; mas isso é, apenas, uma meia verdade. O atributo “artificial” também é desafiador. Na primeira e multimilenar acepção, inteligência sempre foi compreendida como uma *faculdade cognoscitiva*, presente em variados graus no universo dos seres vivos. Já a inteligência artificial se caracterizou, desde os anos 60 até tempos mais recentes, como uma série de algoritmos (ou seja, um conjunto de regras, instruções e operações definidas e ordenadas, dispostas para a solução de um problema ou a consecução de um resultado, encartando-se este complexo em um número finito de etapas), matemáticos e/ou estatísticos, encadeados num processo assemelhado ao do raciocínio humano. Os instrumentos hoje dotados de AI se mostram capazes de ultrapassar os limites da linguagem, sons e imagens de sua programação. A capacidade de processamento da “máquina” com AI não mais simplesmente se “aproxima” do raciocínio humano, mas efetivamente a ele se “assemelha”, reproduzindo (por vezes ultrapassando) nosso processamento cognitivo com incríveis rapidez e acerto. Presentemente algumas dessas máquinas podem tomar decisões e até mesmo construir sua própria rede comunicativa “neural” e “volitiva”, desenvolver seus sistemas inteligentes, formular suas próprias indagações, interconectar-se com outras cadeias de AI. É a era da internet das coisas (IoT), de potencialidades quase ilimitadas — para o bem e para o mal. A internet das coisas (IoT – Internet of Things) se cristaliza na formação da rede de todos os suportes eletrônicos com capacidade de intercomunicação e interação autônomas. Claro, a esse ponto se chega com a criação de softwares (ao menos em princípio criação humana) que têm por objetivo não só o aperfeiçoamento dos sistemas inteligentes e seus processos, mas sobretudo a melhoria da vida de nós seres humanos. Mas duas relevantes incógnitas assustadoramente sempre se põem: esse gradativo aperfeiçoamento da AI pode, em algum momento, fugir ao controle humano? Possa ou não isso acontecer, será possível blindá-la e torná-la invulnerável à ação humana predatória de hackers mal intencionados (cuja competência tecnológica também só faz crescer)? Nesse panorama, a pretensa artificialidade da inteligência das máquinas parece ser um equívoco, ao menos parcial.

É com essas ponderações em mente que iniciamos a discussão da AI no campo das profissões legais, E queimemos etapas históricas, partindo diretamente para o estágio atual da questão.

O marco inicial, que merece ser tomado em consideração, é o ano de 2011. Foi então que a IBM apresentou o sistema cognitivo que batizou com o nome do criador da empresa — o *Watson*. A partir daí toda uma linha de pesquisa se desenvolveu, culminando (até o presente momento) no robô *Ross*, que usa o sistema de AI *Watson*. As proezas desse conjunto eletrônico são simplesmente extraordinárias e, para comprovação enunciaremos apenas algumas delas.

Logo em sua estreia, em 2011, o *Watson* conseguiu ler toda a Wikipédia em dois dias! Em conferência ditada pelo advogado Guilherme Novaes Procópio de Araújo (da IBM) no Instituto dos Advogados de São Paulo, em maio de 2017, informou-se, dentre outros dados:

— que o *Watson* “entende” (processa a linguagem natural), “raciocina” (gera e testa hipóteses), e “interage” (responde, fundamentadamente, a questões que lhe apresentem);

— na IBM, a ele se confia a análise primeira da personalidade de candidatos a empregos em alto escalão;

— quando eventualmente não deu respostas a determinadas perguntas, num primeiro instante, coordenou seu banco de inteligência e a elas replicou com acerto na sequência.

Neste momento, não só grandes empresas bancárias e industriais usam o *Watson*. Mais de uma dezena de escritórios de advocacia o utiliza. Nesta faixa de atuação, o *Watson* comporta-se como um advogado: ele entende as perguntas, realiza pesquisa legal (doutrinária e jurisprudencial), busca referências legais, analisa contratos, dá pareceres e cria documentos. Tal conjunto de atividades representa, em média, 48% (quarenta e oito por cento) do tempo que os advogados humanos, de grandes escritórios que não usam o *Watson*, consomem em seu exercício profissional. Com um acréscimo importante: o *Watson* funciona 24 (vinte e quatro) horas por dia e permanentemente atualiza seu conteúdo, comunicando ao advogado usuário qualquer novidade pertinente aos casos de que cuida.

5.3 - Quais os riscos da utilização de AI na advocacia, que poderiam determinar a responsabilidade dos escritórios que a utilizam?

O dano decorrente do uso de equipamento dotado de AI evidentemente não acarreta diretamente a responsabilidade do equipamento ou do sistema

inteligente, já que eles, conquanto instrumentos sofisticados, não dispõem de um requisito relevante para que a responsabilização legal (civil ou penal) aconteça: a *personalidade*, como tal reconhecida para efeitos legais. Na hipótese que ora examinamos, a responsabilidade, dependendo das circunstâncias de cada caso, recairá num dos três seguintes núcleos de imputação (ou conjuntamente em alguns deles ou em todos eles): no programador do *software* de AI, no advogado usuário ou na corporação que o tem em seus quadros funcionais. A responsabilidade do programador fica excluída se provado que o uso do sistema, tal como concebido, não estava disposto de forma tal que sempre ocorreria um dano. Assim, sendo a programação “sadia”, eventuais danos, decorrentes de seu uso, são imputáveis, *em princípio*, ao usuário ou à corporação em que ele está integrado. E por que “*Em princípio*”? A resposta é simples: o trabalho de um conselheiro legal ou de um advogado de litígio, bem como da corporação que eles integram, configura um *compromisso de trabalho*, e não um *compromisso de resultado*. O resultado depende sempre do entendimento e compreensão de alguém *externo* à atividade advocatícia, é dizer, um árbitro ou um juiz. Assim, se o advogado ou a corporação de advogados usa, com probidade, adequação e eficiência, AI na forma de sua programação “sadia”, o prejuízo decorrente de eventual resultado contrário ao interesse da parte representada ou aconselhada é um mero evento inerente à natureza das coisas, aos riscos do negócio, não gerando pois responsabilidade ao programador ou aos usuários. Claro que os usuários serão responsáveis se o dano decorrer da não utilização da AI (quando ela era correta e estava disponível) que potencialmente era apta a conduzir em abstrato a uma decisão favorável, ou de sua utilização de forma errônea ou contrária às instruções da programação. Haverá ainda responsabilidade:

— do programador, quando o programa tenha sido disponibilizado sem suficiente proteção quando isso era essencial à sua utilização segura;

— do usuário (ou da corporação que integra), quando, ciente da vulnerabilidade do sistema, não adotou soluções tecnológicas que o protegessem.

Todavia se o programa é além de adequado e conducente a fins lícitos, técnica e tecnologicamente protegido, ocorrendo mesmo assim defeito em seu funcionamento ou invasão por *hackers* (neste caso, mediante recursos ainda não conhecidos ou

pensáveis pelo estado da arte, quando do evento danoso), configurar-se-á, em princípio, situação de força maior ou de fato de terceiro, excludente da responsabilidade do programador e do usuário. A exclusão de responsabilidade por alegação de simples negligência só deve ser admitida quando o usuário ou o programador não tinha conhecimento da probabilidade do dano tal como não a teria qualquer pessoa razoável. Gabriel Hallevy ilustra a matéria com uma sugestiva hipótese que em seguida apresentamos:

Um exemplo de tal cenário: um robô ou software com AI está programado para proteger certa missão de um avião. Durante o voo, o piloto humano ativa o piloto automático (gerido pela entidade — robô ou software — dotada de AI) e assim a programação inicia sua atuação. Em certa altura, o piloto humano vê que uma grande tormenta se avizinha e tenta abortar a missão e retornar à base. A entidade AI divisa na ação do piloto humano uma ameaça à missão e contrapõe-se à tentativa. Uma das formas de fazê-lo é cortar o suprimento de ar do piloto ou disparar seu assento ejetável. Como consequência o piloto é morto. Claramente, o programador não tinha qualquer intenção assassina, e tampouco a tinha o piloto humano mas, mesmo assim ele foi morto pelas ações da entidade AI e tais ações foram procedidas de acordo com a programação.

Outro exemplo se dá quando o software da entidade AI é formatado para detectar ameaças da internet para proteger um sistema de computadores de tais ameaças. Em breve tempo, após a ativação da programação do software, a entidade AI conclui que a melhor maneira de detectar as ameaças da internet está em invadir redes e sites que ela, entidade, define como perigosas, na sequência destruindo todos os softwares que entendeu ameaçadores. Ao assim fazer, o equipamento AI está causando danos e violando normas protetivas, embora seu programador não tivesse qualquer intenção de que tal equipamento assim agisse.

Embora possa parecer, para muitos, fantasiosa a precedente exemplificação, tampouco haverá responsabilidade de programadores, fabricantes ou usuários quando o equipamento de AI, desenvolvendo por seus próprios algoritmos capacidades de opção e ação com finalidades ilícitas ou danosas, produz “conscientemente” um resultado perverso. Aqui reside, por certo, uma das mais ominosas questões envolvidas na temática da AI. E duas perguntas, para as quais, sinceramente, não temos ainda respostas seguras: essa hipótese pode realmente acontecer? Em caso afirmativo, a quem atribuir responsabilidade?

Problemas desses tipos, ao menos no presente momento, somente podem despertar uma reação: é imperioso discutir a fundo os limites tecnológicos concernentes à AI, bem como fixar um regimento ético para quantos envolvidos no desenvolvimento e na utilização de tais equipamentos.

5.4 - Exatamente em razão das profundas preocupações, externadas ao fim do item anterior, dois tópicos assumem especial relevância.

O primeiro deles, a ser agora abordado, concerne ao exame das punições especiais e específicas, judicialmente aplicáveis, em caso de danos conectados ao uso de AI. É claro que caberá, em princípio, a cada país editar a legislação pertinente, que lhe pareça cabível. Mas há que se tomar em conta a forte possibilidade de os usos nocivos de AI repercutirem fora das fronteiras de país em que praticado o ato prejudicial. É com vistas a tal realidade que fortemente acreditamos que acordos internacionais sejam celebrados, de sorte a outorgar à matéria, na espacialidade mundial, alguma unidade de tratamento.

Afora as penas que eventualmente o Direito de cada país aplique em casos de responsabilidade civil ou criminal, a usuários, programadores, corporações e fabricantes, acreditamos — sabendo embora que a afirmação é possível de gerar controvérsia — que se possa pensar em punição da própria entidade AI.

A pena de morte — inexistente no nosso país, a não ser em específicas situações durante uma guerra, como por exemplo a traição — pode ser imposta a uma entidade AI, consistindo no desligamento e eliminação de seu *software*. Admitida que seja nossa assertiva, mais fácil ainda aceitar as outras penas habitualmente impostas aos seres humanos: a pena de prisão, no caso de AI, será ela representada pela retirada de seu uso, durante um certo período; o serviço compulsório em favor da comunidade será concretizado exatamente como se faz com seres humanos; mais complexa, entretanto, é a perspectiva da imposição de multa, já que, de regra, equipamentos e programas AI não são titulares de patrimônio (ao menos, por enquanto).

5.5 - O segundo tópico é o que diz respeito à prevenção aos danos que equipamentos AI podem ocasionar.

No Instituto dos Advogados de São Paulo funciona uma comissão especial, encarregada de elaborar um código de ética para sistemas inteligentes, presidida pela ilustre advogada brasileira Dra. Priscila

Ungaretti de Godoy Walter. É também de nosso conhecimento que esforços da mesma natureza se desenvolvem presentemente na IBM e seguramente em outras grandes empresas. A matéria também é objeto de algumas poucas leis de alguns países.

Quanto à necessidade de que tais iniciativas avancem e cheguem a um bom termo, não cremos ser necessário enfatizar.

Como colaboração pessoal, julgamos que tal como se deu com o próprio surgimento da AI — primeiramente objeto de obras de ficção científica, apenas mais tarde concretizadas na experiência científica —, o mesmo talvez se possa registrar aqui. Assim opinamos: por que não retomamos, aperfeiçoando-as no que possível, as três leis fundamentais da robótica, propostas por Isaac Azimov em 1950, no seu clássico “Eu, robô”? Recordemo-las:

— um robô não pode causar dano a um ser humano ou, por omissão, permitir que o ser humano pratique um autodano;

— um robô sempre cumprirá as ordens que receber de seres humanos, salvo quando tais ordens contrariem a lei anterior;

— um robô velará por sua própria existência, a não ser que tal proteção conflite com as duas leis anteriores.

A partir de tais fundamentos talvez se possa chegar a um *código de ética* para usuários, programadores e fabricantes de AI. A eles acrescentaríamos apenas, à terceira lei supra mencionada, uma cláusula final, para que tenhamos maior segurança no mundo da AI e da IoT: um equipamento dotado de AI deverá autodestruir-se sempre que sua existência e atividades possam causar dano de qualquer natureza (isto é, penal ou patrimonial) aos seres humanos. O agravante

radicalismo dessa fórmula por certo representará poderoso mecanismo de inibição a quantos que, por ambição ou vocação contrária à ética e à moral, queiram fazer da AI instrumento de satisfação unicamente de suas ideias e seus projetos ilegítimos ou ilícitos.

Sugestões bibliográficas (restritas à AI)

A History of English Law. By William Searle Holdsworth (1923).

An Artificial Intelligence Application in the Law: CCLIPS. A Computer Program that Processes Legal Information. By George R. Cross and Cary G. Debessonnet. In *1 High Tech L. J.* 329 (1986).

Artificial Intelligence and Intelligent Systems. By N. P. Padhy (2005).

I, Robot. By Isaac Asimov (1950).

Reflections on Taxman: an Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning. By Thorne L. McCarty. In *Harvard Law Review* 837 (1977).

Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies. By Matthew U. Scherer. In *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 29, n. 2, Spring 2016.

The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities. By Gabriel Hallevy.

Towards the Human Robot Co-existence Society: on Safety Intelligence for Nest Generation Robots. By Yueh-Hsuan Weng, Chien-Hsun Chen and Chuen-Tsai Sun (2009).

Programa de *Compliance* ou Programa de Integridade, o que isso importa para o Direito brasileiro?

Antonio Fonseca*

Resumo

Um sistema de gestão da ética contribui para que as pessoas de uma organização façam o que é certo, pois são treinadas em normas, políticas e valores e são instruídas a usarem ferramentas de controle interno. Os indivíduos são influenciados por seus relacionamentos no ambiente de trabalho, bem como estão expostos a uma rede de influência externa. O que leva as pessoas a fazerem o que é correto? Fazer o certo por convicção é importante, pois gera fortes atitudes que servem como exemplos a serem seguidos. Mas, também, é valioso se fazer o certo, a despeito de qualquer convicção. O texto discute as noções de *compliance* e de integridade. No que diz respeito ao significado de *compliance*, sindicado na experiência norte-americana, o que é correto está associado ao cumprimento da norma. A prevenção da corrupção no Brasil fundamenta-se na integridade, cujo sentido está associado a princípios, valores e aspirações; isso é fomentado pela tradição do Direito privado brasileiro. O artigo sugere que fazer o certo por convicção corresponde a alto padrão de moralidade. Mas, para o Direito, fazer o certo tem valor independentemente da vontade, que somente é considerada em situações específicas. Isso significa dizer que a vontade é determinante para a validade do ato ou o resultado de sua ação. Prevenir a corrupção, para além de agir corretamente por convicção, requer fazer o que é certo em resposta aos riscos do negócio e aos resultados dos quais os *stakeholders* se beneficiam, no sentido mais amplo possível.

Palavras-chave: *compliance*. Integridade. Prevenção à corrupção. Tradição jurídica. Gestão da ética.

1 Introdução

No Direito brasileiro, o termo “integridade” aparece pela primeira vez na Lei 12.846, de 2013, também chamada de Lei Anticorrupção. Ao

tratar da aplicação das sanções, no capítulo da “responsabilização administrativa”, o art. 7º da lei estabelece que serão levados em consideração vários elementos, que podem agravar ou mitigar a penalidade. Um desses elementos é:

[...] a existência de mecanismos e procedimentos internos de *integridade*, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica [...] (inciso VIII).

A Lei ainda estabelece que:

Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (Parágrafo único do art. 7º).

Esses dados constituem a base legal do chamado programa de integridade. Wagner Giovanini, ao se referir à lei brasileira, escreve:

[...] nunca se falou tanto no País em sistemas de *compliance*. Porém, a lei brasileira não está baseada no *compliance*, mas sim, na integridade. Esse conceito é mais abrangente que o primeiro, pois estabelece a necessidade de fazer o certo por convicção e não por imposição da lei. Ser íntegro pressupõe-se alinhamento com caráter, honestidade, ética, moral. Portanto, um mecanismo de integridade vai além de simplesmente cumprir leis e códigos, sendo, dessa forma, mais amplo que o *compliance* [...] (GIOVANINI, 2017).

O autor sugere que programa de integridade implica um grau de efetividade mais profundo do que programa de *compliance*. A sua expressão “fazer o certo por convicção e não por imposição de lei” deve ser confrontada com o fato de que a Lei Anticorrupção, tendo optado pelo termo integridade, não torna o programa obrigatório.

Ainda não se discutiu o bastante o papel da integridade na Administração Pública brasileira e na atividade privada. Essa discussão, após a edição da Lei 12.846/1913, parece necessária e urgente. Antes mesmo dessa lei, o Poder Executivo Federal instituiu um sistema de gestão da ética (BRASIL, 2007). Esse sistema também é pouco conhecido e discutido, pois foi adotado para atender a compromissos

* Subprocurador-Geral da República. PhD em Direito (Universidade de Londres). Mestre em Direito (Universidade de Brasília). Membro sênior do Ministério Público Federal. Presidente do Conselho de Ética do Instituto Ética Saúde. Advogado e consultor em Sistema de Ética & Compliance.

internacionais e não como uma escolha consciente de política doméstica. Ao contrário do Brasil, nos países europeus tem havido considerável discussão, nos últimos anos, sobre o papel da ética na gestão pública. Como afirma Aive Pevkur, da Estônia, “no leste europeu, as questões de ética e integridade apareceram junto com mudanças nos sistemas de administração pública (PEVKUR, 2007)”.

Existe uma forte demanda para revisão dos valores culturais em várias partes do mundo ocidental, sobretudo em função da adesão dos países às convenções internacionais de combate à corrupção. Antes de o Brasil aderir a essas convenções, a discussão do Projeto do Código Civil brasileiro de 2002 registrou uma preocupação com a eticidade, nas palavras dos civilistas modernos¹. Isso é retratado na exposição de motivos de Miguel Reale, supervisor da comissão.² Essa preocupação, no entanto, não se viu no processo de elaboração e aprovação do projeto de lei que se converteu na Lei Anticorrupção³.

¹ Colhe-se na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “Introdução ao Direito Civil”: “Na estrutura do Código Civil em vigor, o paradigma da eticidade pode ser vislumbrado em diversas passagens, sempre iluminadas pela ideia de construção de uma solução concreta, principalmente, por meio das cláusulas gerais. Veja-se, como exemplos disso, a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e o abuso de direito (CC, art. 187)”, p. 56.

² “Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, fima os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal com se dá no presente Anteprojecto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concreção jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou concreto se balance e se dinamize com o serial ou coletivo, numa unidade superior de sentido ético. [...] A ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos ‘fatos sociais’ ‘in fieri’.” (Passagens da Exposição de Motivos do Anteprojecto, pp. 32-33.)

³ A disposição do texto legal atinente à integridade não mereceu qualquer atenção ou discussão particular. A redação do atual art. 7º, inciso VIII, da Lei 12.846/2013 foi mantida e aprovada conforme o texto do anteprojecto. Todos os documentos assinalaram o fato de que a lei destinava atender os compromissos internacionais de punir de forma efetiva as pessoas jurídicas pela prática da corrupção. Isso está destacado na exposição de motivos assinada pelos dois representantes das pastas da então CGU e AGU, e os relatórios dos congressistas que examinaram o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL 6.826/2010) e no Senado Federal (PLS 649/2013). No relatório do Senado, registrou-se que o texto foi

As mudanças geradas pela nova lei, como se vê, foram muito mais frutos dos compromissos internacionais. A pouca consciência ética acerca do impacto demanda uma revisão do papel da integridade, a fim de tirar da lei tudo que o seu fundamento pode dar. Esse é o cenário que inspira o presente trabalho. O artigo discute os conceitos de *compliance* e integridade e avalia as suas implicações para a construção do instituto do programa de integridade no Direito brasileiro.

2 Noções de *compliance* e de integridade

2.1 *Compliance* na impressão do americano médio

As noções de *compliance* e integridade são a seguir introduzidas por Marcy Maslov, de forma coloquial como costuma tratar os assuntos nas suas palestras sobre ética para executivos. Diz a autora:

Palavras têm poder. Elas têm contexto, inspiram emoção e reação intangível, subconsciente e instintiva que nem sabemos como distinguir, mas que afeta o modo como pensamos, interpretamos, falamos e agimos. As ações, escolhas e decisões das pessoas podem ser justificadas com base no poder das palavras escritas e suas interpretadas nuances, sejam positivas ou negativas. As palavras realmente têm poder para a pessoa média (MASLOV, 2017).

Acerca do termo *compliance*, a autora pondera:

Quando se fala *compliance* o que instintivamente vem à tona? É uma reação positiva ou negativa? Para a maioria das pessoas, *compliance* significa algo compulsório e, portanto, alguma coisa desagradável ou indesejável. *Compliance* implica ausência ou de alguma forma limitação da liberdade, ou que existe alguma regra que temos que seguir. Isso pode ser bom ou ruim. Mas muita gente toma isso como mau. É a questão dos códigos de conduta: quantas pessoas voluntariamente estariam dispostas a ler se para fazer isso não existissem algumas exigências de *compliance*, sem se meterem em algum tipo de problema (MASLOV, 2017)?

Quanto à integridade (*integrity*), Marcy escreve:

Quando eu falo a palavra integridade o que instintivamente surge? O que sinto com essa palavra?

inspirado na lei norte-americana e na legislação do Reino Unido, e que as melhorias ocorridas nas duas Casas destinaram a reforçar os “incentivos à criação de mecanismos de *compliance* e acordos de leniência”, nas palavras do Senador Ricardo Ferraço” (Parecer em Plenário 649 ao PLC 39, de 2013, ou PL Anticorrupção)

É algo mais aberto que oferece mais possibilidade? Mais positivo? Este é um atributo que você valoriza ou de que se orgulha? Para a maioria das pessoas, esta palavra gera uma reação positiva. No mínimo por quatro anos tenho usado no meu cartão de visita o título “Promotor-chefe de integridade” (*Chief Integrity Builder*), e isso sempre me rende um comentário. É notado, gera questões do tipo o que faço para construir integridade; acende curiosidade.” – Pelo contrário, acrescenta ela: “As sindicâncias de *compliance*, de ética e auditorias deixam as pessoas desconfortáveis, mesmo que não tenham feito nada de errado. Promotores da integridade buscam comportamentos positivos (MASLOV, 2017).

A abordagem da autora é interessante do ponto de vista de um profissional americano, que registra a impressão da pessoa média acerca da atividade de gestão de ética e *compliance* ou, em outras palavras, da gestão de integridade. Mas o tratamento profissional, com profundidade, dessa gestão no âmbito corporativo, qualquer que seja o título que se lhe dê, pode ser prazeroso, desafiante ou até constrangedor. Tudo depende da natureza das tarefas, no nível preventivo ou repressivo, destinadas a mudar, alimentar e corrigir uma cultura organizacional anticorrupção. Isso poderá ser demonstrado, na sequência desse trabalho, ao analisar o conceito objetivo de integridade e a dimensão de *compliance* na experiência jurídica americana.

2.2 Integridade e seus elementos objetivos

A discussão acerca da integridade é baseada no livro de Muel Kaptein (KAPTEIN, 2014). Ele é pesquisador e também consultor no assunto; além de dar suporte a organizações nos setores público e privado, ele é também auditor profissional. A sua obra relaciona integridade a 15 conjuntos de elementos ou circunstâncias:

- Regras, moralidade e ética;
- Comportamento e caráter;
- Abordagem de avaliação;
- Modelos;
- Ideais e pontos de vista;
- Riscos do meio e do poder;
- Lealdade;
- Desejo de servir;
- Responsabilidade e responsabilização;
- Entre normas e práticas;
- Lidando com dilemas;

- Importância da integridade;
- Lidando com o malfeito;
- Antes e depois do cargo (serviço);
- Outros níveis.

Não é apropriado nesse espaço relatar nem analisar toda a obra do autor. Apenas vale destacar que o seu estudo da integridade resume um conjunto de reflexão, envolvendo todos os itens acima, que começa com a afirmação de que o representante do Estado ou do Governo é um servo do povo. Representante é usado no sentido amplo: autoridades, funcionários dos órgãos públicos, voluntários, qualquer agente que detém ou utiliza uma parcela de poder. Porque existe uma tentação de abusar desse poder, a integridade é necessária. Ao invés de conceituar integridade, busca-se abordar todas as suas facetas.

Integridade aspira a virtudes; nela residem valores. Mas a integridade também é obedecente a todas as categorias de regras, escritas e não escritas. O estudo completo de integridade termina relacionando cidadãos, sociedade, organização e Estado ou a máquina que o anima: o governo; acerca de cada um, o autor afirma (KAPTEIN, 2014):

- Cada pessoa é responsável por sua integridade, tem direito a ela e deve respeito à integridade dos outros;
- Uma sociedade deve ter objetivos e um projeto que demonstrem integridade;
- A integridade, revelada no projeto da organização, é importante para a avaliação da integridade dos agentes públicos;
- Os agentes públicos servem verdadeiramente à sociedade, promovendo a sua harmonia e dialogando com ela.

Como parte da disposição legal, integridade se destaca como norma-princípio. Daí a necessidade de mapear os seus contornos axiológicos, ordinariamente capturados pela regulação e pelas instâncias decisórias. No centro desse princípio está o homem, consciente do seu papel, da sua missão nas organizações, na família e na sociedade. A consciência do certo passa por um juízo interno que por meio da ação exterioriza um resultado, que expressa em si um valor independentemente do

juízo interior e da virtude que reside nesse juízo⁴. As entidades são criações abstratas, que ganham vida com as pessoas. Por isso, a integridade como atributo humano pode também ser transferida às organizações. Uma organização íntegra é formada por pessoas íntegras.

Ultrapassadas as noções gerais de *compliance* e integridade, avança-se na análise dos dois sistemas de gestão de ética, isto é, o programa de *compliance* como instituto jurídico da experiência norte-americana, e o programa de integridade, como instituto do Direito brasileiro.

3 Programa de Compliance e Programa de Integridade

3.1 Compliance and Ethics Program (USSC Guidelines Manual)

A base autorizada que resume a experiência americana do *Compliance and Ethics Program* é o “Guidelines Manual” (USA, USSC, 2015). Esse documento oficial é o repositório das boas práticas para um efetivo programa de ética e *compliance*.

No USSG a palavra *Compliance* vem na frente de *Ethics*, formando a expressão *Compliance and Ethics Program*. Mas é comum encontrar nos comentários a palavra *Ethics* no começo da expressão. Quem esclarece isso é Michael Volkov (VOLKOV, 2015).

Ética é um conceito mais amplo e um princípio que guia compliance. Assim, opina Volkov:

I want a company to reinforce the term ethics and ethical at every opportunity and I want to make sure that we, as an organization, are more than compliant, we are ethical (VOLKOV, 2015) [...].

E explica:

O perigo de enfatizar *compliance* sobre ética é baixar a barra de resultado [do sistema], o que significa que ser ético tudo que temos a fazer é cumprir com a lei. Isso é um perigo real de perda de uma oportunidade. Se uma empresa pugna por uma cultura ética, então a empresa está definindo

um objetivo otimístico, colocando desafios para ela mesma, seus dirigentes e empregados, e fazendo a todos a pergunta: estão fazendo a coisa certa ou simplesmente o mínimo legal? (VOLKOV, 2015).

De volta ao *Guidelines Manual*, fazer o certo deve ser parte da cultura organizacional. Pela conduta ética, o administrador revela o seu compromisso com a lei, não com a integridade. É para isso que o sistema ou programa é projetado, com base nos riscos, implementado e cumprido (*enforced*) (USA, USSC, 2015, letra a).

Segundo a linguagem da política oficial, esforços razoáveis (*reasonable efforts*) são esperados na avaliação de ações pregressas, durante o processo de contratação de dirigentes, empregados ou colaboradores. Também faz parte da linguagem da política a expressão “iniciativas razoáveis” (*reasonable steps*) devem ser tomadas para a efetiva comunicação e treinamento das pessoas, bem como na promoção de melhoria do sistema de *compliance*, e ainda para que todos obedeçam as políticas internas e o programa seja monitorado e auditado e consistentemente operacionalizado (USA, USSC, 2015, letra b 3-7).

A “razoabilidade” das ações da instância interna da organização contém uma dimensão ética do sistema de *compliance* americano.

3.2 Programa de Integridade à luz da legislação brasileira

O regulamento da Lei Anticorrupção brasileira trata do programa de integridade nos arts. 41 e 42, os quais repetem a lei na parte que trata do instituto. Nada no Decreto 8.420/2015, para além do termo integridade, se encontra como elemento de valor das ações do agente público ou privado destinadas ao desenvolvimento de sistema ou programa de integridade. Uma leitura dos guias⁵ emitidos pelas autoridades mostra que eles não revelam qualquer preocupação em explorar a dimensão axiológica da integridade como norma-princípio. A esse respeito, algo expressivo se encontra no “Referencial de

⁴ A concretude da escolha humana pode ser percebida e avaliada com base em sinais exteriores, no contexto ou nas circunstâncias que envolvem a tomada de decisão. Na entrega de valor, feita pelo homem íntegro e pelo administrador probo, existe um resultado que reflete ou deve refletir uma ética circunscrita aos bons costumes, à boa-fé ou ao fim econômico e social; isso é a última *ratio* do sistema jurídico brasileiro.

⁵ No site <<http://www.cgu.gov.br/>>, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU é possível encontrar informações sobre vários instrumentos de orientação. Existem a coleção de Cartilhas sobre Integridade e a coletânea sobre mecanismos de integridade para empresas privadas, estatais e Administração Pública. O Ministério também mantém um Programa de Fomento à Integridade oferecido à adesão de órgãos públicos (Profip) e o programa de fomento à integridade das empresas (Pró-Ética), além de outros.

Combate a Fraude e Corrupção” do TCU⁶. O documento reproduz a visão da Corte de Contas acerca de cultura ética e integridade⁷.

O resumo do TCU é fiel às boas práticas internacionais citadas na página 9 do mesmo documento. Tais práticas são recepcionadas pela tradição legal brasileira, à luz da qual deve se dar a sua leitura. Um sistema de integridade, enquanto convenção privada ou pública, tem reflexos nas relações entre cidadãos, entre agentes econômicos e entre todos esses e o Estado e a sociedade. Daí o sistema de prevenção à corrupção, fundado na integridade, abre espaço à concretização dos princípios da boa fé objetiva, do abuso de direito, da função social do contrato, dos princípios que regem a Administração Pública e a República,⁸ além dos princípios da governança.⁹ Esse estoque principiológico indica o tamanho do desafio da gestão da ética no Brasil.

3.3 Quadro comparativo

Do ponto de vista do quadro formal da legislação, não existe diferença essencial entre o *Compliance and Ethics Program* americano e o Programa de Integridade brasileiro. Isso não é surpresa, pois o legislador brasileiro, para atender os compromissos internacionais, inspirou-se nas experiências disponíveis. A aparente simetria, porém, não isenta os dois regimes de dessemelhanças. É isso que mostra o quadro abaixo que resume os respectivos requisitos.

Compliance and Ethics Program USSG §8B2.1	Programa de Integridade Dec. 8.420/2015, art. 42
1. <i>A alta autoridade da organização deve dar o tom (exemplo)</i> – Ter conhecimento do conteúdo e do funcionamento do programa; exercer razoável supervisão da implementação e efetividade do programa; assegurar os recursos e as condições necessárias [...]	1. <i>Comprometimento da alta direção</i> da pessoa jurídica
2. <i>Padrões de conduta, políticas e procedimentos escritos</i> – Estabelecer e praticar tal requisito como compromisso da organização.	2. <i>Padrões de conduta</i> – código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a empregados administradores, terceiros, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
3. <i>Designar um indivíduo para servir de agente de compliance</i> – Alguém responsável pelo funcionamento do programa e sua operacionalização no dia a dia; que desenvolva todos os esforços para o seu cumprimento, com o auxílio de um comitê de ética; que se reporte direta e periodicamente à alta direção; e ao qual seja assegurado recurso e autoridade adequados para desenvolver o seu trabalho.	3. <i>Treinamentos periódicos</i> e comunicação interna.
4. <i>Canal de colaboração e consulta anônima acerca de problemas</i> – Os indivíduos devem ser encorajados, mediante ampla divulgação da existência do canal, a relatar malfeitos com garantia de não retaliação e do anonimato.	4. <i>Mapeamento de riscos</i> , sua renovação e análise periódicas.
5. <i>Educação e treinamento acerca do programa</i> – A organização deve cumprir com o compromisso de treinar continuamente os empregados de todos os níveis, disseminando informações apropriadas acerca do seu papel e responsabilidades.	5. <i>Controles e registros contábeis</i> completos e precisos, inclusive controles internos e procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no processo licitatório.
6. <i>Avaliar auditar e monitorar</i> – Os processos e procedimentos devem ser avaliados continuamente para detectar potenciais problemas e resolvê-los de acordo com ações apropriadas, melhorando o programa.	6. <i>Agente responsável</i> pela instância de integridade, sua independência, estrutura e autoridade.

⁶ Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.auditoria.mpu.mp.br/audin/Referencial%20de%20combate%20a%20fraude%20e%20corrup__o%20web.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

⁷ O longo texto pode ser assim resumido: “*Ética organizacional decorre dos valores e princípios da organização. Os valores organizacionais são, usualmente, expressos por intermédio de suas principais crenças, que ficam subjacentes às suas escolhas, como a defesa do interesse público, a imparcialidade, a transparência e o accountability, devendo ser normatizados por intermédio de códigos de ética.*” Idem, p. 31.

⁸ CF, arts. 1º, 3º e 37, *caput* e § 4º; Código Civil, arts. 187, 421 e 422.

⁹ É consenso que os seguintes princípios são a base da governança privada e pública: legitimidade, equidade, responsabilidade, eficiência, probidade, transparência e *accountability*. Ver “Governança Pública: o desafio do Brasil”, 2. ed., pp. 182-183, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Compliance and Ethics Program USSG §8B2.1	Programa de Integridade Dec. 8.420/2015, art. 42
7. <i>Desenvolvimento de medidas disciplinares</i> – Os empregados que não cumprirem com os deveres de <i>compliance</i> devem ser punidos de acordo com os procedimentos internos.	7. <i>Canal de denúncia</i> de irregularidades.
8. <i>Dever de diligência para conhecer os seus dirigentes e agentes</i> – Ao contratar seus executivos e representantes, a organização deve diligenciar, previamente, para levantar possível envolvimento deles com atividades ilícitas ou condutas incompatíveis com as políticas internas e lidar com eventual conflito de interesse.	8. <i>Medidas disciplinares</i> para corrigir violações.
9. <i>Treinar parceiros/terceiros ou ministrar-lhes informações</i> – Incumbe à organização conhecer os seus parceiros e, sendo o caso, ministrar treinamento acerca das políticas internas.	9. <i>Diligências apropriadas</i> para contratação.
10. <i>A organização deve identificar riscos de não compliance</i> – Para cada risco em potencial, ações mitigadoras devem ser estabelecidas; os riscos identificados, classificados e avaliados são os mais significativos.	10. Monitoramento contínuo do programa de integridade.

O regime brasileiro de prevenção à corrupção deve buscar a sua identidade no amplo espectro do Direito brasileiro. É nele que se haverá de perscrutar toda a dimensão do fazer o certo, objetivamente, isto é, operando a realidade sensível, e abstratamente — operando com as qualidades e relações das pessoas e das coisas.

4 Fazer a coisa certa em função de riscos

4.1 Ética na sociedade de riscos

O livro de Ulrich Beck (*Risk Society*) contribuiu para se firmar, na década de 1990, a percepção de que a sociedade industrial incorporou o risco na forma de vida, marcada pelos frutos da ciência e da tecnologia. Assim, a sociedade moderna não se ocupa apenas da produção e distribuição da riqueza, mas também dos riscos daí decorrentes.

Na era da tecnologia, não se busca eliminar os riscos, mas, o quanto possível, identificá-los, gerenciá-los e mitigá-los. Que riscos são esses? Primeiro, foram as graves consequências para a saúde humana decorrentes dos riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos. Depois, vieram os riscos econômicos com as quedas nos mercados financeiros (BECK, 1992).

Modernamente, a questão dos riscos está ampliada. Não são apenas os riscos operacionais ou regulatórios. Existem também os riscos de a ação humana não fazer o que é certo. Os riscos à corrupção impactam diretamente na produção e distribuição de riqueza. A eficiência dessa atividade depende da atuação das pessoas em conformidade com as normas e os padrões éticos.

Dizem que a crise atual vai reescrever a Revolução Industrial. Nessa nova era industrial o valor ético tem lugar de destaque. O modo de ser e de agir dos agentes, em sociedade, cada vez mais se torna crucial para agregar valor às prestações que a sociedade espera dos centros de produção de bens e serviços, sob a liderança dos empresários e do Estado, ou da interação das duas partes.

A sociedade pede um mercado e um Estado mais eficientes. As demandas dos cidadãos são crescentes. Os recursos disponíveis são finitos. As noções de eficiência na atividade de produção e de distribuição de riqueza, mais do que ideologias, colocam para as estruturas sociais uma proposta racional-maximizadora de bem-estar; a questão ética nessa atividade se impõe como parte dessa proposta.

Não há controle perfeito dos desvios éticos. As falhas de mercado e de Estado são constantes. Por isso, ao tempo que se faz necessário reconhecer os cidadãos como corresponsáveis no processo de busca da integridade, legitima-se um dever geral de cumprir com o que é certo, fundado esse dever na prevenção como direito autônomo.

Aprende-se com Max Weber (*Apud* Diogo de Figueiredo¹⁰) que o que é bom e o que é mau encerram

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão somente um pré-conceito pessoal, como, também, um fato concreto — o resultado de uma ação. Na política, coube a Max Weber equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar-se-lhe a conduta — e ter-se-ia uma ética da intenção — ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele*

um dilema da ética. Mas o que é bom pode não passar de uma intenção (ética da intenção) ou uma aplicação humana em busca de um resultado (ética do resultado). Para ser efetivo, um programa, refletindo essa ética do resultado, precisa estar baseado na experiência de riscos da organização. Mais do que fazer o certo por convicção, deve-se, pois, enfatizar o certo em função dos riscos.

4.2 Sistema de prevenção como direito autônomo de riscos

A prevenção caracteriza um direito autônomo de riscos. Os riscos podem ser em concreto ou ameaça simples. São valores jurídicos identificar, dimensionar, prever, mitigar ou controlar esses riscos. Essa autonomia da prevenção é defendida também no domínio do Direito Ambiental. Prevenir o risco, adotando uma política privada para mitigá-lo, é um dever de *compliance* cada vez mais elaborado nas suas mais diversas consequências, inclusive no domínio da sanção criminal. A prevenção materializa obrigações de resultados de aderência voluntária ou impostas ao particular; envolvem mecanismos de salvaguardas para mitigação e reparação de danos.¹¹

Considerar os riscos associados ao negócio insere-se no domínio da livre iniciativa e ao mesmo tempo caracteriza um dever decorrente do planejamento da atividade econômica. Livre ou autorizado a desenvolver um negócio, o empresário está apto a satisfazer um interesse próprio mas conformado a uma finalidade social. Este é o sentido da autonomia da prevenção fundada em risco. O fator risco, inclusive o risco à integridade, ganha uma dimensão superior ao simples desígnio do empresário de empreender.

4.3 Gestão da ética baseada em integridade vs gestão da ética baseada em *compliance*

A gestão da ética baseada na integridade não é uma caixa tão definida, pois carrega traços do outro sistema em que a gestão é baseada em *compliance*. A tipologia, sugerida em documento da OCDE (*Organisation for Economic Co-Operation and*

Development, 1996), é retratada no gráfico seguinte. A abordagem aqui trazida tem o propósito de melhor esclarecer a função da integridade. Vale alertar que a tipologia foi desenvolvida para a gestão da ética na Administração Pública.

Alguns conceitos, base da tipologia, devem ser lembrados¹²:

- ética – o que deve ser; ideais do justo, bom ou próprio;
- valores – crenças comumente adotadas que guiam julgamento acerca do que é bom e próprio (adequado), e dos quais derivam princípios éticos;
- integridade – normalmente um valor-chave da ética.

Segundo a OCDE, os países adotam uma infraestrutura para apoiar a conduta ética baseada em três dimensões (*Organisation for economic co-operation and development*, 1996, p. 25):

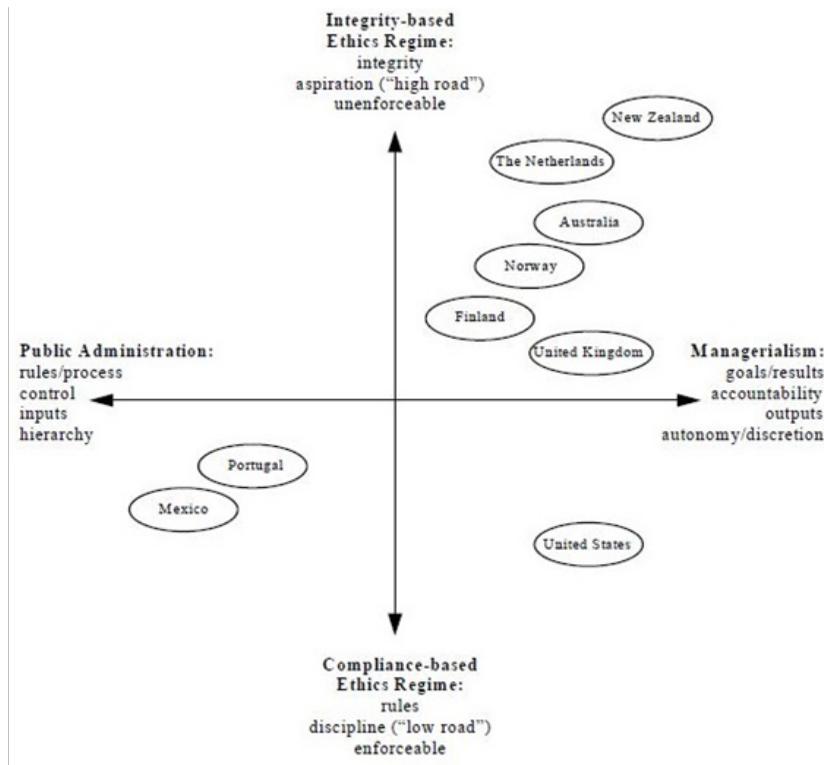
- Controle – através de: um quadro legal que permita investigação independente; efetivo mecanismo de prestação de contas; e exposição ao escrutínio público;
- Orientação – através de: um compromisso bem articulado da liderança pública; códigos de conduta que expressem valores e padrões de comportamento; atividades de educação e treinamento;
- Estrutura de gestão – realizada através de: práticas sólidas de recursos humanos; liderança e manutenção da infraestrutura ética, seja por uma agência central existente ou por um órgão especial de ética.

Ambos os sistemas de gestão de ética adotam os mesmos fatores estruturais descritos acima. A diferença entre eles será definida pelo foco e ênfases que cada sistema realiza.

esperados – e ter-se-ia uma ética do resultado. “Novo Referencial do Direito Administrativo: Do Controle da Vontade ao do Resultado”. disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_1.1_2006_46-63/109>. Acesso em: 31 jul. 2017.

¹¹ REsp 1333251-RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje de 05/05/2017.

¹² *States Services Commission (New Zealand), An Ethics Framework for the State Sector, Occasional Paper nº 15, August, 1999.* Disponível em: <<https://www.ssc.govt.nz/resources/2713/all-pages>>. Acesso em: 31 jul. 2017.



Fonte: OECD (1996)

O sistema de gestão com base em integridade tem seu foco em resultados/ações e efeitos a serem alcançados e não no comportamento que deve ser evitado (*Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 1996, p. 61). Nesse sistema a ênfase se dá:

- em valores (aspirational values) ou interesses da Administração Pública (*high road*);
- no que é alcançado em vez de como foi alcançado (foco nos fins);
- no encorajamento de bons comportamentos em vez de policiamento erros e punição dos maus comportamentos.

O sistema de gestão com base em *compliance* tem seu foco na estrita aderência a procedimentos administrativos e regras (geralmente detalhadas na legislação), o que define o que o servidor público deve fazer e como. Código estruturado naquilo que não se deve fazer — *minimum standards (low road)* (*Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 1996, p. 61). A ênfase, nesse sistema, é no:

- policiamento de ações e descoberta de malfeitos;
- reforço de gerência pelas regras as quais geram uma base para identificar o erro.

Cada país tem o seu sistema de integridade, adaptado às próprias peculiaridades, o próprio modo como previne e reprime a corrupção (LANGSETH; STAPENHURST; POPE, 1997). Para isso os estados têm que fazer mais do que simplesmente assinar convenções¹³.

A tradição legal de um país importa na hora de se analisar a base de um sistema de gestão de ética, seja ele do tipo *compliance* ou de integridade, pois:

- o *background* jurídico que o apoia, isto é, o conjunto de normas e regras escritas e não escritas, bem como as boas práticas recepcionadas pela infraestrutura legal do país expressam a legitimidade do modo de fazer o certo;
- o grau de *expertise* de quem monta, implementa e avalia e o grau de conscientização de quem

¹³ A política norte-americana foi instituída por a corrupção distorcer mercados globais, comprometer a transparência democrática e gerar barreiras não tarifárias. Ver Alan Larsan, "Política dos EUA contra a corrupção", in *A Corrupção e a Economia Global*, pp. 343-347, Kimberly Ann Elliott (org.), Brasília: Ed. UnB, 2002.

lidera, pilota e vivencia o sistema de ética também é importante no sentido de encorajar outros a fazerem o certo.

5 Programa de Integridade, fundamentos do ordenamento jurídico e a recepção das boas práticas anticorrupção

5.1 O caráter permeável da integridade à tradição do Direito brasileiro e às boas práticas alienígenas

Das três convenções internacionais às quais o Brasil aderiu, a Convenção da OCDE é a mais específica quanto à adoção pelo país de mecanismos de prevenção em conformidade com os respectivos fundamentos do ordenamento jurídico (Convenção, art. 5, anexa ao Dec. 3.678/2000). E a convenção da ONU de 2003 registra como uma das suas três finalidades a promoção da integridade.

A abordagem da promoção da integridade em conformidade com o ordenamento jurídico busca relacionar o programa de integridade com (a) a base filosófica do Código Civil de 2002, (b) e com os princípios e valores fundamentais da Constituição, (c) além de realçar a recepção das boas práticas internacionais. A ênfase especial, não se olvide, é no elemento volitivo das pessoas sujeitas à influência do programa de integridade, ou sistema de gestão da ética.

Por não ter contornos rígidos, a integridade é um grande odre que se enche das tradições axiológicas do ordenamento jurídico e das boas práticas estrangeiras. Essas tradições devem ser sindicadas no âmbito do Direito privado e da Constituição da República.

A base filosófica do Código Civil: *socialidade, eticidade e operabilidade*

A construção do Código Civil de 2002 foi inspirada no tripé *socialidade, eticidade e operabilidade*. Cada um desses princípios mereceu uma definição na exposição de motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Miguel Reale.

Os comentaristas do Código destacam, sobre a *socialidade* (FARIAS; ROSENVALD, 2012):

[...] os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Mundial perceberam que a todo direito subjetivo deverá corresponder uma função social. [...] O ordenamento [...] concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeia.

Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade [...]. Todo poder é concedido para a satisfação de um dever [...].

Os arts. 421 e 1.228 (função social) do Código Civil são exemplos de disposições inspiradas na *socialidade*.

Sobre a *eticidade*, os comentaristas (FARIAS; ROSENVALD, 2012) escrevem:

[...] por não se poder “restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador”, como pretendiam os positivistas, devemos reconhecer que o “Direito é uma técnica a serviço de uma ética”. A eticidade penetra assim a legislação civil “através de técnicas das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato” e isso “permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil [...].

O registro da diretriz do Professor Miguel Reale para operabilidade está na passagem da sua exposição¹⁴:

Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumento de paz social e de desenvolvimento.

E complementa¹⁵:

[...] por princípio da operacionalidade considerou a Comissão a necessidade de as disposições alcançarem realizabilidade, ou seja, efetividade, condição essencial das normas jurídicas que são feitas para serem aplicadas.

A eticidade, de fato, remete a uma hermenêutica civil-constitucional que atribui ao juiz o poder de resgatar o justo aristotélico, conforme lembra Luiz Edson Fachin¹⁶:

¹⁴ Exposição de Motivos, p. 26, anexa à Mensagem 160, de 10 de junho de 1975, do Presidente da República Ernesto Geisel aos membros do Congresso Nacional.

¹⁵ Tarcísio, op. cit., pp. 104-105.

¹⁶ Luiz Edson Fachin, *Aspectos de Alguns Pressupostos Histórico-Filosóficos Hermenêuticos para o Contemporâneo Direito Civil Brasileiro – Elementos Constitucionais para uma Reflexão*, in “10

O justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

A proeminência axiológica da Constituição

O sistema jurídico tem uma base axiológica, e não puramente lógico-formal, sobretudo fundada na Constituição (arts. 1º, III, e 3º, I e III). Assim¹⁷:

Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico por meio dos princípios, que, por sua vez, carecem de concretização mediadora.

A hermenêutica considera dois aspectos do ordenamento jurídico: a existência de um sistema dialeticamente aberto, isto é, arejado pelas cláusulas gerais e princípios, e o fato de esse sistema ser conformado a um espaço cultural e temporal. Essa hermenêutica é completada com a função do hermeneuta de reduzir o princípio-norma à objetividade possível, buscando a adequação valorativa.

Essa hermenêutica busca superar o tecnicismo pela leitura crítica das experiências em que o Direito atua. Diz Fachin¹⁸:

Destarte, leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.

Na lição de Fachin¹⁹, existe, pois, uma preocupação na hermenêutica moderna em dar à Constituição função de lupa geral pela qual são medidas as normas de todos os ramos do Direito, conferindo-lhe eficácia social.

A finalidade social e o bem comum devem ser observados por todo o ordenamento, constitucional e infraconstitucional. Essa hermenêutica foi convolada em norma legal, conforme se vê inscrito na vigente Lei de Introdução às Normas do Direito (Lei 12.376/2010), que altera a ementa do antigo Decreto-Lei 4.657/1942. Essa alteração veio esclarecer²⁰ que dar operabilidade à norma legal não é apenas uma preocupação do juiz, mas de todo aplicador, administradores de modo geral.

Permeabilidade da integridade aos insumos das boas práticas internacionais

Os compromissos internacionais colocam para o País a obrigação de formular políticas e práticas de prevenção e combate à corrupção e de instituir um órgão incumbido dessa formulação, com a autoridade para supervisionar e coordenar livre de indevidas influências. No Brasil, esse órgão é o Ministério da Transparência; os seus especialistas se beneficiam da assistência disponibilizada pelos organismos internacionais, que mantêm uma pauta permanente de discussão e melhoria de padrões conceituais para ulterior melhoria da legislação doméstica e das boas práticas da prevenção e repressão. Portanto, o trabalho desse órgão, no ambiente doméstico, é necessariamente impactado por essa troca de experiência em nível internacional.

A assistência dos órgãos da ONU e da OCDE permite o acesso dos representantes de cada país às discussões acerca das práticas dos pares e aos relatórios de estudos desenvolvidos. Há uma rica troca de experiência nessa atividade. Dessa forma, o órgão do Brasil responsável pela formulação, supervisão e coordenação da política anticorrupção do governo tem a incumbência de adotar iniciativas, tais como, formular estudos, anteprojetos de lei, emitir manuais e criar programas de fomento à integridade. Esses produtos incorporam naturalmente as boas práticas internacionais, na medida em que elas sejam compatíveis com as regras e valores domésticos.

Anos do Código Civil: edição comemorativa”, p. 91, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Brasília: ESMPU: 2014.

¹⁷ Braga Neto, op. cit., p. 70.

¹⁸ Fachin, op. cit., p. 92.

¹⁹ Idem, idem, pp. 94-95

²⁰ Tarcísio, op. cit., pp. 111-113.

O intercâmbio transnacional das boas práticas se dá também por meio da globalização dos mercados, expostos uns aos outros. As empresas multinacionais carregam consigo as práticas presentes nos centros de origem para outros países, sendo a grande maioria desses países signatários das convenções internacionais anticorrupção. Ainda que não sejam oficialmente previstas nos regulamentos nacionais, essas práticas podem ser generalizadas nos programas de integridade ou de *compliance* e, dessa forma, passam a fazer parte do ordenamento por atenderem ao sentido de bons costumes e conterem um fim econômico e social na praça em que de boa-fé são institucionalizadas.

5.2 Programa de Integridade: o alcance do art 7º-VIII da Lei 12.846, de 2013

A Lei 12.846, de 2013, não é o único instrumento legal de combate à corrupção no Brasil. Mas é a única lei que prevê uma ferramenta de prevenção, chamada programa de integridade, com múltiplas funções.

Ao prever a figura do programa de integridade, a norma legal (art. 7º, VIII) terminou por:

- inserir na ordem jurídica um padrão privado de política preventiva;
- valorizar uma cultura organizacional, ainda que facultativa, do agente responsável;
- atribuir à organização o poder de construir o seu padrão de integridade;
- especificar esse padrão como de ética de resultados;
- colocar o programa de integridade no contexto da sanção objetiva;
- qualificar esse padrão numa existência dinâmica.

Antes da Lei 12.846, de 2013, não existia a figura do programa de integridade. A sua inserção na ordem jurídica é um marco relevante pelo seu impacto na cultura organizacional privada. No mundo da produção de riqueza passou-se a falar e refletir sobre programa de integridade. Agora os agentes econômicos sabem que o seu modo de ser, no ambiente de mercado, poderá ganhar uma forma e um conteúdo. E esse modo de ser, ou de não ser ético, desponta como elemento capaz de distinguir uma organização das outras. Isso é um avanço na vida do direito e na gestão dos recursos produtivos de uma economia.

De um modo geral, as organizações privadas não são obrigadas, para funcionar, a possuir um programa

de integridade. É uma faculdade que remete à liberdade fundamental de iniciativa.²¹ Mas não implementar e manter um programa é uma faculdade que coloca em questão a responsabilidade do agente na comunidade de rivais e de parceiros. Para se fazer negócios, cada vez mais organizar e manter uma cultura anticorrupção se torna uma exigência da sustentabilidade. Mais cedo ou mais tarde essa exigência será incorporada aos hábitos da sociedade, inclusive consumerista, dando lugar a um controle da cidadania ou social. E o Estado, como grande comprador, explorador, fomentador e regulador da atividade econômica, haverá de seguir estimulando o cumprimento dos deveres de integridade. Essa é uma trajetória sem recuo.

O legislador não aborda o programa de integridade como um cardápio fechado. Isso seria incompatível com a liberdade de iniciativa e muito menos com o porte da organização. Mas ao construir um padrão de cultura ética, a organização é chamada a participar da delimitação da sua responsabilidade. A política anticorrupção, ou tudo que a ela adere, por vontade própria da organização, da lei, regulamento ou obrigação de fazer (assumida, por exemplo, em acordo de leniência), é também a medida pela qual a mesma organização haverá de ser julgada. As boas práticas e os bons costumes passam a ser imperativos decorrentes das normas legais tanto quanto dos contratos e da estrutura privada de *compliance* ou integridade.

Não é mais função exclusiva das leis a definição do que é lícito ou ilícito, ético ou antiético, ou o que entra no escopo da integridade. As organizações e os acordos setoriais (*collective action*) participam da elaboração dessa estrutura de definição do comportamento moral e ético, pois assim a norma codificada:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Código Civil/2002, art. 187)

O que uma organização inclui na sua política interna de gestão da ética poderá ter as consequências do citado art 187. São elementos mais graves ou menos graves. Em situações de prejuízo, concreto ou em potencial, as consequências, independentemente de culpa, podem resultar quando a atividade “normalmente desenvolvida pelo autor do dano

²¹ CF, art. 170, parágrafo único.

implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Código Civil, art. 927, *in fine*)

O que a cultura organizacional encoraja, desencoraja ou tolera entra tudo no compromisso ético, ou nos deveres de integridade. Importam os resultados das ações ou omissões das pessoas que atuam na organização ou aderem a ela. Diz a lei que o programa deve ser efetivo nos seus elementos. Assim, o legislador não se satisfaz com a ética da intenção, mas sim com a ética de resultados, orientada pela experiência de riscos. Essa compreensão justifica a classificação dos riscos como categoria de um direito que orna a autonomia da prevenção.

O desastre da Casa de Shows de Santa Maria – RS ficou conhecido nacionalmente pelo número de vidas humanas perdidas. A maior lição do triste episódio é sobre a negligência dos riscos do negócio, seja do ponto de vista da qualidade da prestação à clientela como do ponto de vista do risco à corrupção; vale dizer, do corrompimento ou do não cumprimento das boas práticas de prevenção.

O programa de integridade se incorpora à lei. Não somente para completá-la, mas para projetar a objetivação da responsabilidade, que é formalmente da pessoa jurídica. Essa imputação objetiva não descarta o fenômeno de que ética e integridade são predicados da pessoa humana. A pessoa jurídica, passível de responsabilização formal, é uma abstração legal. Quando se diz que a pessoa jurídica é ética está se emprestando a ela um predicado da pessoa humana, natural ou física. Isso é muito comum na ciência jurídica e na linguagem em geral. Mas em nada desnatura o programa de integridade como algo concebido e percebido pelos elementos subjetivos, humanos, que dão alma à organização; é por eles e para eles que o programa existe, opera, funciona como orientador de comportamento. Passa pelos elementos humanos e neles devem se concentrar todos os esforços de tornar efetiva a política; o seu eventual descumprimento pode ameaçar todo sentimento de grupo ou coletivo de pertencer à organização. A sanção formal à pessoa legal pode atingir a moral do conjunto ou coletividade de dirigentes e empregados.

Essas consequências são reais no contexto de uma genuína cultura ética organizacional, valorizada enquanto algo dinâmico. Esse é o pleno sentido da lei ou da teleologia da figura do programa de integridade, concebido como parte de uma existência oposta a algo

elaborado para atender episodicamente à aplicação de uma sanção por infração.

5.3 O mercado como patrimônio nacional e a ética concorrencial

Existe um conjunto de ferramentas, logística, normas legais e regulamentos e boas práticas concebidos por uma sociedade. Esse conjunto posto à disposição dos agentes econômicos qualifica os meios de produção de riqueza. Essa infraestrutura essencial forma um patrimônio material e imaterial. Os seus elementos são apropriados ora pelo Estado para apoiar serviços de relevância pública, ora pelos agentes privados a serviço de mercados específicos, ou por toda uma coletividade que deles se beneficia.

Uma referência a patrimônio nacional consta da Constituição de 1988. Reza o art. 219 que “o mercado interno integra o patrimônio nacional”. A disposição está inserida na parte da Ordem Social e, nesta, reside o capítulo da Ciência e Tecnologia. Por isso, o constituinte trata do mercado de tecnologia; e este, acrescenta-se,

[...] será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Observe-se que ser “nacional,” além de transcender ao público e privado, atrai um interesse de todos ou da nação e, por isso, sua proteção cabe ao Estado e a sua defesa é atribuível aos órgãos estatais, nos limites da lei.

Expressão semelhante está prevista no *caput* do art. 5º da Lei 12.846. O artigo começa falando dos “atos lesivos à administração pública [...]” E especifica: “que atentem contra o patrimônio público nacional [...]”

Não há espaço para discussão aprofundada a respeito dos aspectos políticos e econômicos que as duas disposições, constitucional e legal, inspiram. Mas a respeito dos seus desenhos, devem ser lembrados dois aspectos: a proteção do mercado em face da ética concorrencial e a caracterização das falhas de mercado como um ato de corrupção.

A proteção do mercado se realiza na proteção (1) do produto, como a coisa material (bens e serviços), sua qualidade e apropriação por quem de direito, (2) na proteção da coisa imaterial (certificação pelo Estado e apropriação pelo titular), na (3) proteção das relações de consumo, na (4) proteção da higidez concorrencial

(ética concorrencial) e (5) na regularidade da distribuição da ou acesso à riqueza.

A ética concorrencial merece a atenção da Lei Anticorrupção²², para proteger o mercado, quando considera ato lesivo o cartel de licitação. O ato tem a presença de um agente público. Mas se o cartel não ocorre em licitação, a questão de ética concorrencial (qualificação absorvida pela integridade) não seria corrupção? Dir-se-ia que não pela ausência de agente público; somente haveria corrupção privada. Mas o que é protegido pelas respectivas disposições da Constituição e da Lei é o “patrimônio nacional”. Patrimônio nacional não se confunde com patrimônio da Administração Pública. Isso significa que a interpretação da cabeça do art. 5º da Lei Anticorrupção, ao prever a figura do “patrimônio público nacional”, que não se confunde com o patrimônio da Administração Pública, abriu uma janela para se punir também a corrupção privada.

Observe-se, também, que a Lei Anticorrupção também considera ato de corrupção aquele que atente contra os *compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*. Combater a lavagem de dinheiro é um compromisso desse tipo. A esse respeito, imagine uma prática, sem a presença de agente público, que distorce o mercado, relativa a pagamento de comissão a médicos ou cirurgiões pela indústria ou distribuidores de dispositivos médicos e produtos de infraestrutura, com a finalidade de manter ou ampliar o mercado dos produtos recomendados a pacientes. Isso é uma prática que ocorre no Brasil e em países estrangeiros, banida por códigos de conduta das empresas e de associações que reúnem empresas do setor. O produto dessas comissões são desviados de forma a caracterizar o ilícito de lavagem de dinheiro. Este é mais um exemplo de desvio de ética concorrencial sem a presença de agente público e tendo a autoridade o dever de processar e punir como ato de corrupção.

Excluir ato de corrupção privada da caracterização de corrupção somente pelo fato de não envolver um agente público não faz muito sentido no Direito brasileiro. Lógico que não faz sentido punir qualquer ato privado de corrupção; é preciso que o ato ou desvio seja caracterizado como de ética concorrencial, e que o agente que o comete exceda “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social,

pela boa-fé ou pelos bons costumes”, (Código Civil, art. 187). Enquanto a Lei Anticorrupção não é corrigida, cabe invocar a hermenêutica civil-constitucional em toda a sua força.

5.4 Fazer o certo por convicção e a natureza jurídica do programa de integridade

De uma rápida pesquisa nos dicionários e enciclopédia livre (Wikipédia), chega-se à noção de convicção como de firme opinião, crença, convencimento; algo que uma pessoa ou uma entidade segue, aceita, adere ou pode aderir. O que um indivíduo aceita ainda que não alinhado à sua convicção é limitante da sua vontade. O elemento volitivo é a base dos contratos, negócios, convenções ou ajustes administrativos, de mercados ou sociais.

Convicção não é apenas admitir algo como sendo o que se entende, em determinado contexto, como o certo, mas é a certeza acerca do estipulado como certo. E embora normalmente seja baseada em fatos ou em razões práticas ou empíricas, a convicção, quando levada ao extremo, pode se confundir com fé. Nesse quadro de compreensão, a convicção do certo associada à natureza do programa de integridade pode ser um elemento incompatível com a base filosófica do Código Civil e com a estrutura axiológica da Constituição.

A viabilidade dessa axiologia depende, no geral, de uma visão aproximada do certo. Por exemplo, corrupção agride a perspectiva de sonho e felicidade dos cidadãos. Essa assertiva, embora por todos aceita, em situação particular pode não passar de uma imprecisão, por não corresponder a um critério rigoroso do que se deve fazer ou não fazer. Uma visão rigorosa das coisas, no domínio da ética, nem sempre alcança unanimidade. É por isso que um sistema de integridade, mais obsequioso a valores e não a regras rígidas, costuma demandar uma estrutura de gestão dotada de comitê ou conselho, de quem depende em última instância o juízo acerca do certo ou daquilo considerado apropriado. A instância que lidera um sistema de gestão de ética, seja na área privada ou pública, sabe o quanto desafiante são os dilemas despontados no dia a dia, que são enfrentados com certa relatividade sem colocar em risco a efetividade do sistema. Isso leva à discussão da natureza jurídica do programa de integridade ou de *compliance*.

O programa de integridade é seguido com maior ou menor adesão por diretores, gerentes, líderes,

²² Lei 12.846/1913, art. 5º, IV.

empregados em geral. Da mesma forma, cabe a toda organização fazer com que os seus fornecedores, parceiros e colaboradores externos sigam a sua política anticorrupção; ninguém pode afirmar em qual nível de convicção eles seguem. Mas existe um compromisso e quando descumprido as consequências se aplicam. Qual a natureza do programa de integridade? Não se tem uma resposta óbvia.

Programa de integridade é um pacto complexo, plurilateral ou de massa, do qual emerge uma carga funcional não desprezível. Há semelhanças ao contrato de adesão, em que uma das partes aceita em bloco um conjunto de cláusulas estipuladas pela outra parte, umas uniformes, outras mais gerais e algumas rígidas. Por definição, o contrato de adesão é restritivo da autonomia da vontade, elemento político-jurídico. A adesão de uma parte está motivada na vantagem da contrapartida que beneficia qualquer *stakeholder*, independentemente de ter ou não o lucro como objetivo.

O compromisso do empregado está qualificado no contrato de trabalho regido pela legislação trabalhista e, subsidiariamente, pelo Código Civil. Os sócios se vinculam aos deveres de *compliance* por força do contrato social. O compromisso dos fornecedores, parceiros ou colaboradores externos também está regido pelo Código Civil; os pequenos parceiros, em situação de hipossuficiência, podem invocar as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nem todas as partes participam da negociação ou construção das políticas internas do sistema de prevenção adotado pela organização, o que daria mais legitimidade ao seu cumprimento. Mas essa participação não é necessariamente condição de aplicação das políticas internas.

Parece razoável, assim, invocar, no que couber, as regras aplicáveis ao contrato de adesão para qualificar os vínculos decorrentes do programa de integridade. Certamente mais cedo ou mais tarde a questão aportará nos tribunais. A assertiva tem influência no modo de interpretar os deveres específicos vinculantes decorrentes, por exemplo, do código de conduta e outras políticas internas, naquilo que se revelar ambíguo, contraditório ou vazio.

Nem todas as cláusulas são aplicáveis e outras somente com variado alcance. A esse respeito, poderá ser passível de discussão a cláusula resolutória e a de renúncia. Tais cláusulas poderão ser mais facilmente aplicáveis no caso de pacto de integridade setorial.

O acordo setorial de integridade (*collective action*) não afasta o traço essencial do contrato. Mais especificamente, a semelhança é com a figura do convênio, acordo ou ajuste, negócio jurídico em que desponta de forma clara a cooperação ou colaboração, com função de fomento e existência de interesses colaterais convergentes, baseados na boa-fé e na confiança.

Destaque-se, ainda, que o programa de integridade poderá decorrer de uma obrigação de fazer, assumida livremente no âmbito de um acordo de leniência. O programa pode ser exigido por uma autoridade judicial ou administrativa. Imagine que esta determinasse ao responsável pela empresa a execução da obrigação tão completa quanto possível, em toda a extensão da sua convicção de fazer o certo. Isso seria um acréscimo simplesmente ineficaz, ou no máximo poderia ser interpretado como cabendo ao obrigado empregar todo esforço razoável no projeto, execução e avaliação periódica do programa. Mas existe uma maneira mais completa, clara e objetiva de definir a mesma coisa.

5.5 Fazer a coisa certa a despeito de convicções – a teoria de Kohlberg

Não há o que discordar: a convicção, como julgamento moral, legitima o fazer a coisa certa. A importância desse resultado (a coisa certa) é altamente apreciado em sociedade a ponto de o juízo moral ou a convicção do certo ter a sua importância relativizada. Mesmo com a convicção do certo, o homem pode optar por fazer o contrário. A vida em sociedade, seja na Administração Pública, no mercado ou nas famílias, prova ser correto que ainda sem convicção é válido fazer o certo.

A teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg²³ é uma das mais conhecidas. Segundo ela, todo homem é capaz de durante a vida evoluir na escala da moralidade. Está sistematizada em seis estágios.

No estágio 1, conforme o quadro abaixo, as regras são literalmente obedecidas para se evitar o castigo. É a moral do começo da vida infantil, rodeada de medo e de não liberdade. No estágio 2, o indivíduo

²³ Sobre Lawrence Kohlberg e sua Teoria do Desenvolvimento Moral, ver relato disponível em: <<http://pegasus.cc.ucf.edu/~ncoverst/Kohlberg%27s%20Stages%20of%20Moral%20Development.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

é movido pelos próprios interesses egoístas. O estágio 3 começa o nível convencional: o adolescente julga como correto atender as expectativas das pessoas que lhe estão próximas e a sua ação é moralmente valorada

segundo as consequências nos relacionamentos com os outros. Obedecer a autoridade e a ordem social move o jovem no estágio 4, em que o correto está associado ao cumprimento do dever em sociedade.

Níveis e estágios de desenvolvimento moral definidos por Kohlberg	
Níveis	Estágios
Nível Pós-Convencional Moralidade por princípios universalizantes (convicção)	6. Orientação por consciência lógica e princípios universalizantes (princípios éticos universais) <i>I do it because it is the right thing to do</i>
	5. Orientação tipo contratual geral (contrato social) <i>I do it because of a social contract we have with each other</i>
Nível Convencional Baseado no desempenho correto de papéis no atendimento de expectativas (adolescentes e adultos)	4. Orientação para manter a autoridade e a ordem social (lei e ordem) <i>I do it because it is the law, and I respect the law</i>
	3. Orientação tipo "bom menino" (concordância interpessoal de papéis) <i>I do it so you like me</i>
Nível Pré-Moral ou Pré-Convencional Baseado em necessidades individuais (crianças por volta de 9 anos)	2. Orientação ingenuamente egoísta <i>I do it so I get something out of it</i>
	1. Orientação pela obediência e punição <i>I do it so I don't get in trouble</i>

Fonte: RENANDO (2014)

Regras não são absolutas, pois elas podem ser questionadas. Esse é o nível 3, em que o homem tem a plena consciência dos princípios para reger a sua vida. No estágio 5, há uma preocupação com o bem-estar geral. Por isso, é correto seguir os direitos e valores identificados com o contrato jurídico de uma sociedade, os quais podem imperar se estiverem em conflitos com as normas do grupo. O 6 é o mais alto estágio, em que o certo exsurge do juízo do indivíduo e não porque deriva da lei ou do acordo. Nesse patamar, age-se desinteressadamente e por princípios, ganha-se a capacidade de se colocar no lugar do outro em nome da dignidade dos indivíduos; é o mundo da liberdade.

É certo que a teoria de Kohlberg é questionada²⁴. Os questionamentos não lhe tiram a importância. Seguem alguns exemplos desses questionamentos. O raciocínio moral de um indivíduo poderá variar de acordo com as situações em particular e não com base em regras gerais. A teoria não reclama uma correspondência entre o pensar e o agir, que pode levar em conta outros fatores diversos do raciocínio

moral. A justiça é um princípio moral, mas ao lado dele existem outros também importantes, tais como o cuidado com os outros e a compaixão, além de outros, não endereçados por Kohlberg.

Uma discussão acerca desses questionamentos foge do objetivo do presente trabalho; os seus registros, além de favorecer à atenção de pesquisadores eventualmente interessados no aprofundamento, são um obséquio à compreensão da integridade, que também se articula com a questão da moralidade, seja na sua dimensão prática ou teórica. A esse respeito, a lição da teoria de Kohlberg é que fazer o certo é desejado pela norma-princípio da integridade, apesar do juízo interior que tenha inspirado esse resultado da ação humana. Na escala do desenvolvimento moral, o nível se refere à capacidade do indivíduo de fazer um juízo moral e de agir segundo esse juízo. Isso não significa que um homem íntegro sempre o será.

6 Destaque final: construção do princípio-norma da integridade consistente com a tradição legal brasileira de fazer o certo

Existe uma citação atribuída ao escritor francês, Albert Camus, que diz: "Integridade não precisa

²⁴ Para uma análise dos questionamentos, conferir McLeod, S.A. (2013). Kohlberg. Disponível em: <<https://www.simplypsychology.org/kohlberg.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

de regras" (*L'intégrité n'a pas besoin de règles*)²⁵. O humano que passou a vida toda só fazendo o certo por convicção e baseada em valores viveu num mundo de sábios ou sem regras, ou em ambos.

Não parece correto sugerir que *compliance* está para regras assim como integridade está para valores. Cada um dos sistemas de ética — *compliance* e integridade — precisa de regras e valores. Integridade é um convite à perfeição, o que não existe na palavra *compliance*; mas integridade perfeita é utopia. É crucial que todos os agentes públicos ou privados tenham a consciência disso e percebam que todos são suscetíveis à corrupção e, portanto, estão sujeitos às sanções legais; daí devem seguir mecanismos de prevenção e que, tendo caído, exista para eles uma chance de mudar. Encorajar a mudança é a função de todo sistema de gestão da ética.²⁶

Quando se fala em regras, se quer dizer regras escritas, não escritas e procedimentais ou técnicas. Um certo número de regras, claras e razoáveis ou consistentes, são indispensáveis aos dois tipos de sistemas; o que parece relevante se destacar em ambos os sistemas é o risco como ponto de partida para fundamentar ou calibrar a implementação e ajustes contínuos de mecanismos sustentáveis de prevenção à corrupção. O risco poderá atender, em certa medida, alguma convicção sobre o que é certo, mas projeta, necessariamente, uma imposição ética da busca calibrada do certo.

No tema de prevenção à corrupção ou de sistema de gestão da ética, o Brasil tem uma experiência insipiente, inspirada formalmente nas experiências norte-americana e do Reino Unido. Mas o Brasil não tem grandes experiências de discricção na administração do Direito nem no seu cumprimento (*enforcement*), próprios dos dois citados países; eles mesmos estão posicionados em polos opostos dos eixos de regime

de ética, integridade e *compliance*, na classificação da OCDE.

O espelho formal da integridade adotado pelo Brasil está em testilha com a sua origem de administração pública baseada em regras, controle, processos e hierarquia, em oposição a uma ética de resultados. Daí ao se instituir um sistema de gestão centrado na integridade²⁷, as autoridades incumbidas de concretizar esse princípio-norma devem construir uma identidade lógica para o sistema, em obséquio à tradição legal.

Quando falha o desígnio humano do fazer o certo, haja ou não convicção acerca do que seja o certo, e o malfeito impera, só resta o controle, a repressão autorizada pelo Estado de direito. A quebra da lei é um fenômeno que ocorre em qualquer lugar, país ou sistema. Reprimir adequadamente o malfeito também requer uma iniciativa para fazer o certo, que depende de recursos, *expertise* e, por vezes, do apoio da sociedade. Para fazer o certo e corrigir o malfeito não basta, enfim, a boa vontade ou a convicção do agente.

Referências

ANJOS FILHO, R. N. (org) *10 Anos do Código Civil: edição comemorativa*. Brasília: ESMPU: 2014.

BECK, U. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Theory, Culture & Society Series. London: SAGE, 1992.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. *Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007. Institui o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

²⁵ Disponível em: <https://www.brainyquote.com/fr/citation/albert-camus_121575>. A citação inspirou a questão: "If integrity has no rules, how do you comply?" O próprio Tom Rawlins responde: *Absolute integrity throughout the organisation is wishful thinking. We are human after all. We can only inspire others, though good leadership at all levels, setting the example of what you could be doing. Leading integrity rather than attempting to comply*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/integrity-has-rules-how-do-you-comply-tom-rawlins>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

²⁶ Eugene Soltes, professor de Harvard, "Como Nasce um Corruptor", entrevista às páginas amarelas 17-19 da revista *Veja*, edição de 5 jul. 2017.

²⁷ O sistema de gestão de ética, centrado na integridade, pode inspirar uma maturidade institucional que o sistema brasileiro ainda não alcançou.

2010/2007/ decreto/d6029.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec). Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.auditoria.mpu.mp.br/audin/Referencial%20de%20combate%20a%20fraude%20e%20corrup__o%20web.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

COVERSTON, H. S. Kohlberg's stages of moral development. Disponível em: <<http://pegasus.cc.ucf.edu/~ncoverst/Kohlberg%27s%20Stages%20of%20Moral%20Development.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil*. 10. ed., v. 1. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

GIOVANINI, W. Lei Anticorrupção ajuda o Brasil. *Jornal Estadão*, São Paulo. 14 mai. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorruptao-ajuda-o-brasil/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

KAPTEIN, Muel. The Servant of the People: On the Power of Integrity in *Politics and Government*, 2014. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2498730>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LANGSETH, P.; STAPENHURST, R.; POPE, J. The Role of a National Integrity System in Fighting Corruption. *Commonwealth Law Bulletin* v. 23, n. 1-2, jan. 1997, p. 499-528. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/617f/110e21ffe01baa2c2dfd6a4b76be57feb96.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LARSAN, A. Política dos EUA contra a corrupção. In *A Corrupção e a Economia Global*, pp. 343-347, Kimberly Ann Elliott (org.), Brasília: Ed. UnB, 2002.

MASLOV, M. "Compliance Officer" vs. "Integrity Officer". *Corporate Compliance Insights: the premier source of news for today's GRC professional*, 28 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.corporatecomplianceinsights.com/compliance-officer-vs-integrity-officer/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

MCLEOD, S. A. (2013). Kohlberg. *Simply Psychology*. Disponível em: <<https://www.simplypsychology.org/kohlberg.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MOREIRA NETO, D. F. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 1, set. 2006, pp. 46-63. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

NARDES, J. A. R.; ALTOUNIAN, C. S.; VIEIRA, L. A. G. *Governança Pública: o desafio do Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 182-183.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Public Management Occasional Papers, Ethics in the Public Service, seção VI, Paper No 14, 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.194.8759&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PEVKUR, A. Compatibility of Public Administration Systems and Ethics Management. *Viešoji Politika Ir Administravimas*, Estonia, 19, 2007. Disponível em: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/16e/2_a.pevkur.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

RAWLINS, T. If integrity has no rules, how do you comply? 25 jul. 2017. *Linkedin*. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/integrity-has-rules-how-do-you-comply-tom-rawlins>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RENANDO, C. Speeding tickets and Kohlberg's model of ethical decision making. *Sidewaystoughts*. 10 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.sidewaystoughts.com/blog/2014/03/speeding-tickets-and-kohlbergs-model-of-ethical-decision-making/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SOLTES, E. Como Nasce um Corruptor. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2.537, pp. 17-19, 5 jul. 2017.

STATES SERVICES COMMISSION (New Zealand), Occasional Paper: An Ethics Framework for the State Sector, Occasional Paper Nº 15, Ago. 1999. Disponível em: <<https://www.ssc.govt.nz/resources/2713/all-pages>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

USA. United States Sentencing Commission (USSC). Guidelines Manual, §B21 nov. 2015. Disponível em: <[https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2015/GLMFull.pdf)

[guidelinesmanual/2015/GLMFull.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelinesmanual/2015/GLMFull.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

VOLKOV, M. Ehtics and Compliance, Not Compliance and Ethics. *Corruption, Crime and Compliance*. 1º mar. 2015. Disponível em: <<https://blog.volkovlaw.com/2015/03/ethics-and-compliance-not-compliance-and-ethics/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

1 Introdução

Este estudo busca destacar alguns elementos da reflexão filosófica de Michel Foucault e de Hans-Georg Gadamer, de modo a compreender em que medida convergem (e divergem) suas perspectivas teóricas acerca da hermenêutica. A análise se inicia pelo exame do tema nos primeiros escritos de Foucault, cuja crítica arqueológica objetiva verificar o que é o saber que é o nosso hoje (item 2) e, assim, caracterizar o sistema de interpretação ao qual pertencemos (item 3). Em seguida, trata-se de examinar a noção gadameriana de “experiência” da verdade (item 4), importante para compreender alguns dos elementos integrantes da “hermenêutica de si” desenvolvida por Foucault em seus últimos anos de reflexão (item 5).

2 Foucault e hermenêutica

Grande parte da produção teórica de Michel Foucault tem como preocupação a hermenêutica e os sistemas de interpretação. Já em seu primeiro trabalho publicado, um longo ensaio introdutório a *Le rêve et l'existence*, de Ludwig Binswanger, apresenta favoravelmente a hermenêutica ontológica de Heidegger, na qual se baseia a *Daseinanalyse*, em contraposição à teoria freudiana da imagem exposta em *A interpretação dos sonhos* e à fenomenologia de Husserl desenvolvida nas *Investigações lógicas*.¹

Por elaborar insuficientemente a noção de símbolo, a psicanálise estabelece um vínculo meramente eventual, possível, contingente, entre a imagem e o sentido, faltando-lhe, portanto, uma gramática da imagem e uma análise do ato expressivo em sua necessidade². Desse modo, conclui Foucault, a psicanálise não obteve sucesso em unir

[...] uma psicologia da imagem que marca o campo da presença e uma psicologia do sentido que define o campo das virtualidades da linguagem. A psicanálise nunca conseguiu fazer as imagens falarem [...].³

A fenomenologia husserliana, ao contrário, conseguiu “fazer as imagens falarem”, mas também é inferior à *Daseinanalyse*, por não haver conferido “a ninguém a possibilidade de compreender sua linguagem”.⁴

Depois desse ensaio, apesar de haver se manifestado ocasionalmente sobre hermenêutica e interpretação, sobretudo em textos dedicados à

filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 299, p. Michel Foucault: *beyond structuralism and hermeneutics*, pp. XIV, XVII e XXIII.

* Juíza federal substituta. Mestre em Filosofia.

¹ Publicado originalmente em 1954, esse texto foi coligido nos *Dits et écrits*. FOUCAULT, Michel. Introduction (1954). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 1, pp. 93-147. O interesse pela *Daseinanalyse* é manifestado em outros de seus primeiros escritos: o capítulo IV (*La maladie et l'existence*) de *Maladie mentale et personnalité* (Paris: Presses Universitaires de France, 1954), *La psychologie de 1850 à 1950* (1957). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 2, pp. 148-165, e *La recherche scientifique en psychologie* (1957). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 3, pp. 165-186. Em 1976, durante o curso Em defesa da sociedade (Collège de France, 1975-1976), Foucault volta a fazer referência à análise existencial (Cours du 7 janvier 1976. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 193, pp. 160-174. p. 162) e, no fim de 1978, comenta o início de sua vida intelectual como o momento em que, sob a “influência” de Heidegger, tomou a análise existencial como referência (Entretien avec Michel Foucault (fim de 1978). In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 281, pp. 860-914. p. 877). DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória*

² Se não há relação de necessidade entre a imagem do sonho (um signo a interpretar) e o sentido que somente o psicanalista pode desvelar, tem-se que na “escolha” de um entre vários sentidos possíveis incide um “intolerável” elemento de autoridade, um ato de vontade — e não de conhecimento — no qual se pode perceber o exercício de um poder de violência simbólica que elege o arbitrário significativamente prevalecente. Sobre a posição de Foucault em relação ao psicanalista e à psicanálise, cf. COLLING, Ana Maria. “O célebre fio partiu-se”. Foucault, a psicanálise e a história das mulheres. *Letras de Hoje*, Porto Alegre, v. 32, n. 1, pp. 125-158, mar. 1997. pp. 156; e, também, DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. Michel Foucault..., op. cit., pp. 196-199. Sobre a relação necessária entre uniformização do sentido (estabelecimento da interpretação “verdadeira”) e poder de violência simbólica (que dissimula relações de força ao impor significações como legítimas), cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364p., pp. 272, 279. Sobre a distinção entre ato de vontade e ato de conhecimento, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 377 p., pp. 366-371.

³ FOUCAULT, Introduction, op. cit., p. 101. Salvo menção em contrário, as traduções são de nossa responsabilidade.

⁴ FOUCAULT, Introduction, op. cit., p. 107.

literatura⁵, é somente com a conferência *Nietzsche, Freud, Marx* (julho de 1964) e em *As palavras e as coisas* (1966) que Foucault volta a tematizá-las mais demoradamente. Nesse momento, sua preocupação concerne às “condições de possibilidade” do ressurgimento da hermenêutica na modernidade, quando interpretar se apresenta como a “técnica mais comum para dizer o verdadeiro”⁶ e, mais do que nunca, “estamos à escuta de toda essa linguagem possível, tentando surpreender sob as palavras um discurso que seria mais essencial.”⁷ Desse modo, Foucault diagnostica uma das características que marcam mais profundamente a cultura atual: o excesso conflituoso de interpretações⁸.

Foucault desenvolve sua análise por meio de uma disciplina retrospectiva que tem na atualidade seu ponto de partida, procedimento somente possível por diagnosticar uma espécie de falha no solo cultural. No caso da pesquisa elaborada em *As palavras e as coisas*, tratava-se do questionamento do subsolo de nossa “consciência moderna do sentido”, pois somente a partir de Freud, Saussure e Husserl é que pôde aparecer na cultura europeia a questão do sentido e da relação entre o sentido e o signo⁹. Para verificar o que é o saber que é o nosso hoje¹⁰, Foucault mergulhou na falha geológica que encontrou na cultura ocidental e retrocedeu até o Renascimento. Isso foi necessário

porque, para compreender o sistema de interpretação fundado no século XIX, “ao qual ainda pertencemos”, é necessário tomar como referência a técnica existente no século XVI, uma hermenêutica da semelhança (na qual as palavras representam as coisas), suspensa pelo racionalismo de Bacon e Descartes durante a Idade Clássica (quando as palavras representam as representações) e que ressurgiu, com outra forma, no limiar da Idade Moderna (momento em que as palavras são as palavras e as coisas são as coisas)¹¹. O próximo tópico será dedicado ao exame dos quatro postulados da hermenêutica moderna descritos por Foucault.

3 Características da hermenêutica moderna

Foucault inicia a conferência *Nietzsche, Freud, Marx* lembrando que os sistemas de interpretação existem porque a linguagem faz surgir duas suspeitas: (a) de que a linguagem não diz exatamente o que

⁵ Cf., entre outros, os seguintes textos de Foucault: *Dire et voir chez Raymond Roussel* (verão de 1962). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 10, p. 233-243; Raymond Roussel. Paris: Quarto Gallimard, 1963 *Distance, aspect, origine* (novembro de 1963). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 17, p. 300-313; *La prose d'Actéon* (março de 1964). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., p. 354-365.

⁶ TERNES, José. *Modernidade e linguagem. Fragmentos de cultura*, Goiânia, v. 12, nesp. p. 35-46, out. 2002. pp. 36.

⁷ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx (julho de 1964). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 46, pp. 592-607. Ensaio publicado em 1964. pp. 593.

⁸ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, op. cit., p. 604.

⁹ FOUCAULT, Michel Foucault, *Les mots et les choses* (março-abril 1966). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 34, pp. 526-532., p. 528.

¹⁰ Em termos que evocam o que mais tarde denominaria de “ontologia crítica do presente”, Foucault formula seu projeto nos seguintes termos: “Determinar, em suas diversas dimensões, o que o modo de existência dos discursos, e especialmente os discursos científicos, teve que ser na Europa, a partir do século XVII para que se constitua o saber que é o nosso hoje e, mais precisamente, o saber que se deu como domínio esse objeto curioso que é o homem”. FOUCAULT, Michel. *Réponse à une question* (maio de 1968). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 58, pp. 701-723. Ensaio publicado em 1968. p. 722.

¹¹ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, op. cit., p. 593. PEY, Maria Oly. *Educação: o olhar de Foucault*. Florianópolis: Movimento (Centro de Cultura e Autoformação)/NAT (Núcleo de Alfabetização Técnica do Centro de Educação da UFSC), 1995. 319 p., pp. 73-78. Com exceção de seus últimos escritos (sobretudo o segundo e terceiro volumes da *História da sexualidade*), as “histórias” de que Foucault se ocupou normalmente se situam no espaço ocidental e percorrem um tempo que, partindo do Renascimento (século XVI), passa pela Idade Clássica (séculos XVII e XVIII) e chega à Idade Moderna (séculos XIX e XX). HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p., p. 340-341. MUCHAIL, Salma Tannus. Um filósofo que pratica histórias. *Cult*, São Paulo, n. 81, pp. 47-48, jun. 2004. Observe-se que Foucault sempre rechaçou o debate que opõe modernidade e pós-modernidade; por exemplo, em *Structuralisme et poststructuralisme* (primavera de 1983). In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 330, pp. 1.265-1.267, afirma que nem sequer sabe o que se quer dizer quando se utiliza a expressão “pós-modernidade”. Ternes lembra que, etimologicamente, os termos “moderno” ou “modernidade” provêm do advérbio latino “modo” (“recentemente”, “há pouco”), sendo nesse sentido originário que Foucault e Bachelard os utilizam, diferentemente “dos muitos outros que reservam tal denominação para um passado ao qual, certamente, não mais pertencemos”. Cf. TERNES, *Modernidade e linguagem*, op. cit., p. 35. Neste estudo, examinar-se-á mais demoradamente a hermenêutica “moderna” tal como caracterizada por Foucault. Para uma caracterização do Renascimento e da Idade Clássica, cf., de Foucault, os textos Nietzsche, Freud, Marx, op. cit., pp. 593-594, 596-597 e *La prose du monde* (janeiro-março de 1966). In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 33, pp. 507-525 (este último é uma republicação, ligeiramente alterada, do segundo capítulo de *As palavras e as coisas*, em que Foucault aborda a hermenêutica da semelhança renascentista). Quanto aos comentadores, cf. entre outros: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. Michel Foucault..., op. cit., pp. 18-48; MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 187 p., pp. 85-116; SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. 311 p., pp. 121, 123; TERNES, *Modernidade e linguagem*, op. cit., pp. 35-42.

diz, pois o sentido menor, imediatamente manifesto, encerra e transmite um sentido mais forte, porém oculto; (b) de que, além da linguagem, há outras coisas no mundo que falam, uma espécie de linguagem que se articula de forma não verbal¹².

No século XIX, Nietzsche, Freud, e Marx fundaram novamente a possibilidade de uma hermenêutica, deixando-nos em uma posição desconfortável, na medida em que trazem técnicas interpretativas que concernem a nós próprios: nós, intérpretes, devemos nos interpretar através dessas técnicas, assim como devemos interrogar os intérpretes que foram Nietzsche, Freud, e Marx. Suas obras provocaram o ressurgimento da hermenêutica não por terem multiplicado os signos ou conferido um novo sentido ao que não o tinha, mas porque mudaram a natureza do signo e a maneira pela qual o signo podia ser interpretado¹³. São quatro as principais características da hermenêutica moderna, tratadas a seguir.

3.1 A exterioridade como a dimensão do novo espaço, diferenciado, no qual os signos podem ser signos

Marx, Nietzsche e Freud modificaram o espaço de disposição dos signos. Se, no século XVI, os signos se dispunham homogêneamente em todas as direções de um espaço homogêneo, no século XIX, com a crítica de Nietzsche à “profundidade” ou com o conceito de “banalidade” em Marx, por exemplo, os signos passaram a se repartir em um espaço diferenciado, na dimensão da exterioridade¹⁴.

3.2 A interpretação como tarefa infinita

A interpretação não podia se apresentar como tarefa infinita no século XVI porque a semelhança, na qual se baseava, era limitada, ao passo que, no século XIX, os signos se encadeiam em uma rede inesgotável. Como exemplos dessa temática, Foucault alude à recusa da “robinsonada” em Marx, à distinção nietzschiana entre começo e origem e ao inacabamento essencial da *démarche* regressiva e analítica em Freud¹⁵.

3.3 A interpretação como tarefa interminável – primazia da interpretação em relação aos signos

A interpretação não pode terminar, porque todo signo é interpretação de outro signo, que, por sua vez, também é interpretação de outro, não havendo hermenêutica absoluta: jamais se pode estar certo de haver encontrado o texto último ou absolutamente primeiro, ou seja, que não diga algo por trás do que quer dizer. Assim ocorre com Marx, que, ao interpretar a relação de produção, sabe estar interpretando algo que já se apresenta como interpretação (mas que também, no *18 Brumário*, não apresenta sua interpretação como a interpretação final); com Freud, que interpreta interpretações, e não signos; e, finalmente, para Nietzsche, para quem não há signos: as próprias palavras são interpretações¹⁶.

Não há nada de absolutamente primeiro a interpretar porque, no fundo, tudo já é interpretação, cada signo é em si mesmo não a coisa que se oferece à interpretação, mas interpretação de outros signos. Não há nunca um *interpretandum* que já não seja *interpretans*, porquanto é uma relação tanto de violência quanto de elucidação que se estabelece na interpretação. [...] a interpretação [...] só pode se apoderar, e violentamente, de uma interpretação que já está aí, que ela deve reverter, revirar, tritutar a golpes de martelo. [...] o intérprete [...] é o “verídico”; é o “verdadeiro”, não porque se apodera de uma verdade adormecida para proferi-la, mas porque pronuncia a interpretação que toda verdade tem por função recobrir. [...] o signo já é uma interpretação que não se apresenta como tal. Os signos são interpretações que tentam se justificar, e não o inverso¹⁷.

O excesso conflituoso de interpretações, característico da cultura contemporânea a que se aludiu acima, tornou-se estruturalmente possível em razão deste terceiro postulado: a interpretação se faz infinitamente, sem que haja um ponto absoluto a partir do qual se julgue e se decida¹⁸.

¹² FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 592-593.

¹³ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 595-596.

¹⁴ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 595-596.

¹⁵ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 597.

¹⁶ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 599-600, 603-604; Philosophie et psychologie (fevereiro 1965). In: _____. *Dits et écrits I*, *op. cit.*, Texto n. 30, pp. 466-476, pp. 472.

¹⁷ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, pp. 599-600. Mais tarde, Foucault reafirma a relação entre interpretação e dominação/violência, em Nietzsche, *la généalogie, l'histoire* (1971). In: _____. *Dits et écrits I*, *op. cit.*, Texto n. 84, pp. 1.011-1.014.

¹⁸ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, *op. cit.*, p. 604.

3.4 A interpretação como obrigação de se interpretar a si mesma infinitamente

O último postulado da hermenêutica moderna implica duas consequências: em primeiro lugar, o intérprete passa a ser o princípio da interpretação; não mais se interpreta o que há no significado, mas, sim, quem propõe a interpretação. Em segundo lugar, a interpretação tem de se interpretar sempre a si mesma, não podendo deixar de se dobrar sobre si mesma: o tempo da interpretação é circular. Com efeito, afirma Foucault:

A morte da interpretação é acreditar que há signos, signos que existem primeiramente, originariamente, realmente, como marcas coerentes pertinentes e sistemáticas. A vida da interpretação, ao contrário, é acreditar que há somente interpretações [...]¹⁹.

Em resumo: Nietzsche, Freud, e Marx são os fundadores da hermenêutica moderna, sistema no qual o ato interpretativo, enredando o próprio intérprete (que interpreta ao mesmo tempo em que se interpreta), tende a prolongar-se indefinidamente, à falta de um fundamento último. É em razão dessa circularidade que Nunes defende uma aproximação entre Foucault e Gadamer: a hermenêutica esclarece que não pode haver “interpretação sem prévia compreensão do sentido daquilo que nos propomos a entender”, fundamentando-se no princípio da contextualidade. Essa é a ideia de círculo hermenêutico onde trabalha o intérprete, no qual se encontra ao iniciar a exegese e do qual não sai ao terminá-la; os conceitos elaborados no curso da interpretação ratificam, ampliam ou corrigem, em benefício do correto entendimento do sentido, a compreensão liminar da qual se partiu. Para Foucault, se

[...] os intérpretes também são interpretados por suas próprias técnicas de interpretação, então o *interpretans* se reconhece no *interpretandum*. Toda interpretação envolve uma preliminar e antecipada autocompreensão do intérprete [...]²⁰.

¹⁹ FOUCAULT, Nietzsche, Freud, Marx, op. cit., pp. 601-602.

²⁰ NUNES, Benedito. Poética do pensamento. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Artepensamento*. São Paulo: Companhia das Letras; Ministério da Cultura/Funarte, 1994. 495 p., pp. 389-409.

4 Gadamer e a hermenêutica

Neste tópico, avaliar-se-á a fecundidade do tema gadameriano da “consciência de estar exposto à eficiência da história”. Para se cumprir a tarefa de derivar a estrutura mais primitiva do “ser-afetado-pelo-passado” da noção de espaço de experiência, o melhor guia é o tema da “consciência de estar exposto à eficiência da história”²¹, desenvolvido por Gadamer: independentemente de que se tenha ou não consciência, “os efeitos da história efetual operam em toda compreensão.”²² Trata-se, então, de compreender o tema da receptividade à eficiência da história, de caráter antissubjetivista.

A crítica gadameriana ao metodologismo objetiva “lembrar à consciência julgante que a tradição nos liga às coisas já ditas e à sua pretensão à verdade antes que submetamos esta última à pesquisa”²³. O metodologismo, em Gadamer, é a “pretensão de uma consciência julgante” de se apresentar na condição de “tribunal da história” e “indene de todo preconceito”, aproximando-se, assim, da consciência constituinte denunciada por Foucault²⁴. Em *Verdade e método*, pode-se ler que

²¹ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa III*. São Paulo: Papirus, 1997. 519 p., t. 2, pp. 373, 390.

²² Segundo Gadamer, “em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica. Isso [...] não significa [...] que ela pudesse se realizar pura e simplesmente. A afirmação de que a história efetual pode chegar a tornar-se completamente consciente é tão híbrida como a pretensão hegeliana de um saber absoluto, em que a história chegaria à completa transparência e se elevaria até o patamar do conceito. Pelo contrário, a consciência histórico-efetual é um momento da realização da própria compreensão, e [...] já atua na *obtenção da pergunta correta*.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 731 p., pp. 450-451. (Grifos no original.)

²³ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., pp. 376-377, 382-383.

²⁴ Ricoeur não é o único a equiparar Foucault e Gadamer nesse aspecto. Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, afirma que uma das três fontes intelectuais das quais advém a natureza retórica do conhecimento científico moderno é a crítica da epistemologia modernista e fundacionalista efetuada, entre outros, por Gadamer e Foucault. Além disso, vê em Foucault a “última grande tentativa de produzir uma teoria crítica moderna [...], tomando [...] como alvo o conhecimento totalizante da modernidade, a ciência moderna. [...] O nosso lugar é hoje um lugar multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades.” SANTOS, Boaventura de Sousa.

[...] a reflexão hermenêutica tem que estabelecer [...] um aguçamento da autoconsciência metódica da ciência. [...] Nada além do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. [...] Um pensamento verdadeiramente histórico não é um objeto, mas é a unidade de um e de outro, uma relação na qual permanece tanto a realidade da história como a realidade do compreender histórico. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história. Ao que é exigido com isso, eu chamo de "história efetual". Entender é, essencialmente, um processo de história efetual²⁵.

O tema da eficiência da história, entretanto, exige que sejam problematizados os três conceitos que a noção de "tradição" comporta: "tradicionalidade", "tradições" e "tradição". "Tradicionalidade" é um transcendental do pensamento da história que designa a "dialética entre o distanciamento e o desdistanciamento", ou seja, "a tensão entre a eficiência do passado, que padecemos, e a recepção do passado, que realizamos". Trata-se do conceito formal de tradição, que "significa que a distância temporal que nos separa do passado" se apresenta como "uma transmissão geradora de sentido"; a tradição, assim, é uma "operação que só se compreende dialeticamente no intercâmbio entre o passado interpretado e o presente interpretante"²⁶. Para Gadamer, o tema que responde ao da "tradição transmitida" é o da "distância temporal" (*Abstand*):

O tempo [...] não é mais [...] um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é [...] o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância de tempo não é, por conseguinte, algo que tenha de ser superado. [...] trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. [...] Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da

distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual.²⁷

Para pensar essa relação dialética, são importantes as noções de "situação" e "horizonte": partindo do ponto de vista de que nos encontramos em uma situação, e que tal situação nos limita, toda perspectiva se abre para um horizonte vasto, mas limitado, ou seja, um horizonte que se "oferece a ser superado sem jamais ser incluído"²⁸. Nos termos de *Verdade e método*, "horizonte" é exatamente o termo que se aplica à dialética entre passado e presente, à "tensão constitutiva do espaço de experiência"²⁹:

A mobilidade histórica da existência humana apoia-se precisamente em que não há uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido tampouco existe um horizonte fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que está aí sob a forma da tradição, põe em movimento o horizonte abrangente. Na consciência histórica este movimento tão somente se torna consciente de si mesmo³⁰.

Dizer que existe um "horizonte em movimento" significa

[...] conceber um único horizonte constituído, para cada consciência histórica, pelos mundos estrangeiros sem relação com o nosso, nos quais nos recolocamos alternadamente [...];

tal entendimento afasta a ideia de um "saber absoluto que abole os horizontes" (HEGEL) ou de uma "multidão de horizontes incomensuráveis" (NIETZSCHE) e dá lugar à ideia de uma "fusão entre horizontes"³¹. A questão principal da hermenêutica da

Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. V. I: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p., pp. 26-27, 98.

²⁵ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., pp. 446-448.

²⁶ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., pp. 377-379.

²⁷ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., pp. 445, 449.

²⁸ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., p. 378.

²⁹ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., p. 410, nota 35.

³⁰ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 455.

³¹ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., p. 378. De acordo com GADAMER (*Verdade e método...*, op. cit., p. 455), "Quando nossa consciência histórica se desloca rumo a horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos, nos quais nada se vincula com o nosso; pelo contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte, que rodeia tudo quanto contém em si mesma a

consciência histórica é justamente a tensão entre os dois horizontes, o do passado e o do presente:

Todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em [...] desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. Mas, por outro lado, ela [...] é [...] uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante, e por isso ela recolhe em seguida o que acaba de destacar, com o fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico que alcança dessa maneira. O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e [...] se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizontal que, com o projeto de horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a tarefa da consciência histórico-efetual [precisamente na qual se estriba] o problema central da hermenêutica. [...] É o problema da aplicação que está contido em toda compreensão³².

As noções de “sentido” e “interpretação” possibilitam a transição entre o conceito formal (“tradicionalidade”, “distância atravessada”) e o conceito material (“tradições”, conteúdo tradicional, tradição-transmissão) de “tradição”. Nesse segundo sentido, tradição se refere à linguagem, ou seja, às “coisas já ditas”, na medida em que “nos são transmitidas ao longo das cadeias” de (re) interpretação³³. Ao identificar a consciência exposta à eficiência da história e a recepção dos textos do passado transmitidos até nós, Gadamer pôde inverter o problema de Heidegger: o tema da compreensão da historicidade se transforma em seu inverso, qual seja, o da historicidade da própria compreensão³⁴. Com efeito, a tese de *Verdade e método* consiste justamente

na afirmação de que “o momento histórico-efetual é e permanece efetivo e atuante em todo compreender da tradição”³⁵. Segundo Gadamer, “só há consciência hermenêutica sob determinados condicionamentos históricos”³⁶, e do fato de a existência humana achar-se imersa em tradições decorre que “a ideia de uma razão absoluta não é uma possibilidade da humanidade histórica”. Afirmar que “a razão somente existe como real e histórica” significa que

[...] a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual se exerce. [...] não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nos compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. [...] Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser³⁷.

O terceiro sentido de “tradição” é o que alimentou a polêmica entre a crítica das ideologias de Habermas e a hermenêutica das tradições de Gadamer³⁸, porquanto conduz ao problema da apologia da tradição. Todo conteúdo transmitido implica a questão do sentido, inseparável da questão da verdade: toda “proposta de sentido” (o “regime de linguagem das tradições”) é, ao mesmo tempo, uma “pretensão à verdade” (que se liga “à ordem do sentido”). É exatamente esse vínculo entre sentido e verdade que, segundo Ricoeur, torna plausível a defesa gadameriana do preconceito, da autoridade e da tradição, pela qual introduz “sua problemática maior da consciência exposta à eficiência da história”. Essas três noções devem ser compreendidas “relativamente à pretensão das tradições à verdade, pretensão incluída no termo-verdadeiro de toda proposta de sentido” e que “não procede de nós, mas nos alcança como uma voz

consciência histórica. O passado próprio e estranho, ao qual se volta a consciência histórica, forma parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana e que a determina como sua origem e como sua tradição”.

³² GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 458.

³³ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., p. 380.

³⁴ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., p. 380.

³⁵ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 22.

³⁶ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 21.

³⁷ GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., pp. 415-416. (Grifos no original.)

³⁸ Sobre a “polêmica” entre Gadamer e Habermas, cf. RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., pp. 384-388, e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 264 p., pp. 189-198.

vinda do passado, enuncia-se como autoapresentação das 'coisas mesmas'³⁹.

5 Considerações finais: experiência, verdade e sujeito

Um último tema será examinado para se compreender em que medida se relacionam as perspectivas filosóficas de Gadamer e de Foucault: trata-se da noção de experiência, na qual se articulam necessariamente a verdade e o sujeito. A primeira parte de *Verdade e método* é dedicada à experiência estética como lugar do acontecer da verdade, pensada com base na *Erfahrung* hegeliana, ou seja, como uma verdadeira experiência que transforma aquele que a empreende e que é portadora da verdade⁴⁰.

Na definição gadameriana de experiência da verdade, encontram-se os elementos tematizados por Foucault nos últimos anos de sua produção intelectual (1980-1984), quando se dedicou à "hermenêutica de si", quais sejam, verdade e subjetividade⁴¹. Nos textos desse período, são constantes as

referências a um determinado tipo de atividade, a uma experiência ("ascese") em que se encontram intimamente relacionadas a transformação do sujeito e a manifestação da verdade. No curso que ministrou no *Collège de France*, no ano letivo 1981-1982 (*A hermenêutica do sujeito*), Foucault se propõe a mostrar como, a partir do estabelecimento de uma relação de si consigo, foi possível se constituir, na Antiguidade, um tipo de experiência de si característica "da experiência ocidental do sujeito por ele mesmo, mas igualmente da experiência ocidental que o sujeito pode ter ou se fazer dos outros"⁴². Nessa época, apresentam-se inseparáveis uma prática de espiritualidade (entendida como "as transformações necessárias no próprio ser do sujeito que permitirão o acesso à verdade") e a questão filosófica do "como ter acesso à verdade"⁴³. Portanto, o retorno a si, o trabalho sobre si, é estreitamente ligado ao saber das coisas: o acesso à verdade depende de um trabalho do sujeito sobre si mesmo, uma espécie de experiência espiritual, uma arte de viver (*tekhnê tou biou*) que impõe, a partir da Antiguidade, a questão: "como devo transformar meu próprio eu para ser capaz de aceder à verdade?"⁴⁴.

³⁹ RICOEUR, *Tempo e narrativa III*, op. cit., pp. 381-382.

⁴⁰ VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. 153 p., p. 94. Para Gadamer, o verdadeiro ser da obra de arte consiste em "se tornar uma experiência que irá transformar aquela que a experimenta. O 'sujeito' da experiência da arte, o que fica e persevera, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte". GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 175 (sem grifos no original). É no homem experimentado que se consuma o "valor de verdade da experiência, que ensina a reconhecer o que é real. Conhecer o que é vem a ser, pois, o autêntico resultado de toda experiência e de todo querer saber em geral". GADAMER, *Verdade e método...*, op. cit., p. 527.

⁴¹ Na introdução a *O uso dos prazeres*, Foucault justifica o abandono dos projetos de estudos anteriormente anunciados (planejara a edição de uma *História da sexualidade*, composta de seis volumes) porque havia reorganizado suas pesquisas em torno da formação, na Antiguidade, de uma "hermenêutica de si". A transformação foi vantajosa, na medida em que lhe permitiu destacar alguns elementos úteis na elaboração de uma história da verdade: "uma análise dos 'jogos de verdade', dos jogos do verdadeiro e do falso através dos quais o ser se constitui historicamente como experiência, isto é, como podendo e devendo ser pensada". É a partir dessas considerações que Foucault reavalia as pesquisas desenvolvidas em seus livros anteriores, em que se tratava de refletir sobre as seguintes questões: "Através de que jogos de verdade o homem se dedica a pensar seu ser próprio quando se percebe como louco, quando se vê como doente, quando se reflete como ser que vive, fala e trabalha, quando se julga e se pune enquanto criminoso? Através de que jogos de verdade o ser humano se reconheceu como homem de desejo?". FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II: l'usage des plaisirs*. Paris: Gallimard, 2001. 342 p., pp. 13-14. (Grifo nosso.)

⁴² FOUCAULT, Michel. *L'herméneutique du sujet: cours au Collège de France (1981-1982)*. Paris: Gallimard; Seuil, 2001e. 546 p. (Collection Hautes Études), pp. 220-221.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *L'herméneutique du sujet*, op. cit., p. 18. Em entrevista concedida em 1982, Foucault afirma que sua concepção da atividade filosófica como algo que implica a transformação de si por seu próprio saber se aproxima da experiência estética. Cf. FOUCAULT, Michel. Une interview de Michel Foucault par Stephen Riggins. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 336, pp. 1.344-1.357. Entrevista concedida a Stephen Riggins em 22 jun. 1982. p. 1.355. Entretanto, é de se ressaltar que, no início da década de 1970, houve ao menos uma ocasião em que Foucault negou tal aproximação, como na discussão que se seguiu às conferências sobre *A verdade e as formas jurídicas*, pronunciadas no Brasil em 1973. Questionado por Rose Marie Muraro se a arqueologia poderia ser considerada uma atividade aparentada à arte, Foucault afirma que desenvolve uma espécie de atividade histórico-política que (não se vinculando nem à arte nem a uma disciplina "científica") se funda em "relações de continuidade e na possibilidade de definir atualmente objetivos táticos de estratégia e de luta, precisamente em função disso". Trata-se de uma máquina crítica que tem (ou deveria ter) uma função libertadora na medida em que fornece "do que passou um modelo tal que permite que nos libertemos do que passou". FOUCAULT, Michel. *La vérité et les formes juridiques*. In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 139, pp. 1.406-1.514. Conferências pronunciadas em 21-25 maio 1973, pp. 1.511-1.512.

⁴⁴ FOUCAULT, *L'herméneutique du sujet*, op. cit., p. 172. Frédéric Gros, editor do curso, lembra que o manuscrito contém uma precisão não discutida por Foucault por ocasião das aulas: "Daí, enfim, que a filosofia ocidental pode ser lida em toda sua história como a lenta liberação da questão 'como, em quais condições se pode pensar a verdade?' em relação à questão 'como, a que preço, segundo qual

A leitura e a escritura são exercícios ascéticos de meditação, pelos quais o sujeito se desloca “em relação ao que ele é pelo efeito do pensamento”. Nessas atividades, trata-se de um jogo que o pensamento efetua sobre o próprio sujeito, e não sobre os pensamentos do sujeito, o que explica que a leitura filosófica, como entendida na Antiguidade, seja indiferente ao autor ou ao contexto da frase ou da sentença: objetiva-se não tanto compreender o que o autor quis dizer como constituir para si uma rede de discursos verdadeiros que sejam ao mesmo tempo princípios de comportamento⁴⁵.

Na introdução a *O uso dos prazeres*, Foucault “atualiza” as práticas de si a que vinha dedicando suas pesquisas e aplica a si mesmo as antigas artes da existência, apresentando sua “escritura” como uma atividade “etopoética”⁴⁶. Por isso é que celebra o ensaio filosófico — entendido enquanto

procedimento é necessário mudar o modo de ser do sujeito para que atinja a verdade?” (Ibid., p. 172).

⁴⁵ FOUCAULT, *L'herméneutique du sujet*, op. cit., pp. 340-341. Esse é o segundo domínio da ascese (em sentido estrito, “ascese filosófica”): a transformação da verdade em *ethos*, a constituição do “sujeito de conhecimento verdadeiro como sujeito de ação correta”. Ao fim do curso, Foucault afirma que a subjetividade ocidental se constitui quando o *bios* deixa de ser o objeto de uma *tekhne* (uma arte razoável e racional) e toma a forma de uma provação) de si [épreuve de soi], tanto como experiência (pela qual nos conhecemos a nós próprios) quanto como exercício (aquilo através do que podemos nos transformar, buscando a perfeição de nós mesmos). É nesse movimento que se enraíza o desafio que o pensamento ocidental dirige à filosofia: “como o que se dá como objeto de saber articulado sobre o domínio da *tekhne* pode ser ao mesmo tempo o lugar em que se manifesta, em que se testa e dificilmente se realiza a verdade do sujeito que somos? Como o mundo, que se dá como objeto de conhecimento a partir do domínio da *tekhne* pode ser ao mesmo tempo o lugar em que se manifesta e em que se testa o ‘si mesmo’ como sujeito ético da verdade?”. Pode-se perceber, nesse “desafio”, duas das tarefas herdadas do *Aufklärung*: interrogar tanto as bases de nosso sistema de saber objetivo como aquilo sobre o que repousa a experiência de si (Ibidem, pp. 397-398, 465-467).

⁴⁶ O termo é de Ortega, para quem a concepção de filosofia como arte de vida e práxis estilística desenvolvida por Foucault deve muito à influência de Pierre Hadot: ambos entendem a ascese “como arte de vida, autoelaboração e autoinfluência”, ou seja, enquanto “possibilidade de se equipar” que redundava em uma progressiva “consideração de si”. ORTEGA, Francisco. *Amizade e estética da existência em Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. 184 p., pp. 57-58. Em entrevista concedida alguns anos antes, Foucault já se refere a sua “escritura” como uma atividade “ascética”: “Há certamente muitas coisas ultrapassadas [em seus livros]. Tenho plena consciência de me deslocar sempre, ao mesmo tempo em relação às coisas pelas quais me interesso, quanto em relação ao que já pensei. É certo que jamais penso a mesma coisa porque meus livros são para mim experiências [...]. Uma experiência é algo do qual se sai a si mesmo transformado. [...] o livro me transforma e transforma o que penso. Cada livro transforma o que pensava

[...] provação) modificadora de si mesmo no jogo da verdade, como o corpo vivo da filosofia, se ao menos for ainda hoje o que foi outrora, isto é, uma ‘ascese’, um exercício de si, no pensamento [...]

— e qualifica seus estudos como um exercício filosófico em que o que está em questão é

[...] saber em que medida o trabalho de pensar sua própria história pode libertar o pensamento do que pensa silenciosamente e lhe permitir pensar diferentemente [...]⁴⁷.

quando terminava o livro precedente. Sou um experimentador e não um teórico. Chamo de teórico aquele que constrói um sistema geral [...] e o aplica de maneira uniforme a diferentes campos. Não é o meu caso. Sou um experimentador no sentido de que escrevo para me transformar a mim mesmo e não mais pensar a mesma coisa que anteriormente”. FOUCAULT, Michel. *Entretien avec Michel Foucault*, op. cit., pp. 860-861. No mesmo sentido é a posição de Foucault na primeira versão da introdução geral à *História da sexualidade*, quando explica porque mudou o plano original da obra: “talvez não tivesse sentido se dar ao trabalho de escrever livros se eles não deveriam ensinar àquele que os escreve o que ele não sabe, se eles não deveriam conduzi-lo até onde ele não havia previsto, e se eles não deveriam permitir-lhe estabelecer consigo mesmo uma relação estranha e nova. A dor e o prazer do livro consiste em ser uma experiência”. FOUCAULT, Michel. Préface à l’*Histoire de la sexualité*. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 340, pp. 1.397-1.403. Primeira versão da introdução geral à *História da sexualidade*, publicada em 1984, p. 1403. Pouco antes de sua morte, volta ao tema: “Escrever um livro é abolir o precedente”. O intelectual tem por tarefa “desprender-se de si”, pois escrever se apresenta como um “trabalho de modificação de seu próprio pensamento e do pensamento dos outros”. (FOUCAULT, Le souci de la vérité. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 350, pp. 1.487-1.497. Entrevista concedida a François Ewald em maio 1984, pp. 1.494). Há de se observar, contudo, que tais preocupações já estavam no horizonte quando da redação de *A arqueologia do saber* (1969), em que Foucault pedia, ao terminar a introdução: “Não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral de estado civil; ela rege nossos documentos de identidade. Que ela nos deixe livres quando se trata de escrever”. FOUCAULT, Michel. *L’archéologie du savoir*. Paris: Editions Gallimard, 2001. 275 p. Todas essas proposições se ligam aos objetivos últimos da crítica arqueogenológica: a luta contra imposição de uma identidade fixa, contra a submissão da subjetividade e a favor de novas possibilidades de ação e de pensamento.

⁴⁷ FOUCAULT, *Histoire de la sexualité II: l’usage des plaisirs*, op. cit., p. 16-17. Nesse sentido, afirma Foucault (Ibidem, pp. 15-16) que a única forma válida de curiosidade é “aquela que permite se desprender de si mesmo. De que valeria a obstinação do saber se somente assegurasse a aquisição de conhecimentos, e não, de uma certa maneira e tanto quanto possível, o descaminho daquele que conhece? Há momentos na vida em que a questão de saber se se pode pensar diferentemente do que se pensa e perceber diferentemente do que se vê é indispensável para continuar a olhar ou a refletir. [...] o que é então a filosofia hoje — quero dizer a atividade filosófica — se não o trabalho crítico do pensamento sobre si mesmo? E se não consiste, ao invés de legitimar o que já se sabe, em buscar saber como e até que ponto seria possível pensar diferentemente?” Sobre a distinção entre saber e conhecimento, cf.

Como “homem experimentado”, Foucault sabe ser imprescindível renunciar à esperança de atingir um ponto de vista que acredita poder alcançar um conhecimento completo e definitivo de nossos limites históricos. Mas sua ênfase — e também nesse aspecto se distancia de Kant — incide sobre a ultrapassagem dos limites: todo seu trabalho, enquanto intelectual e enquanto militante, está ligado às lutas contra a submissão da subjetividade, contra os grilhões identitários impostos pelas experiências constituídas. E não é por acaso que sua noção de experiência se aproxima do que Nietzsche, Bataille e Blanchot, por exemplo, entendem por experiência-limite, cuja função é exatamente

[...] arrancar o sujeito de si mesmo, fazer de tal forma que não seja mais ele mesmo ou que seja levado a seu aniquilamento ou a sua dissolução. É um empreendimento de dessubjetivação [*dé-subjectivation*]. [...] Meu problema é fazer [...] uma experiência disso que somos, do que é [...] nosso presente, uma experiência de nossa modernidade a partir da qual saíamos transformados⁴⁸.

O que está em questão, para Foucault, é a recusa da identidade, pois ser identificado equivale a ser localizado pelo poder⁴⁹, razão pela qual a luta mais importante é a travada contra a submissão da subjetividade, sendo a história uma construção (não uma fatalidade), e o presente, um lugar de dominação, manipulação e destino, ao mesmo tempo que um lugar de luta, resistência e transgressão que abre

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II: l'usage des plaisirs*, op. cit., p. 876.

⁴⁸ FOUCAULT, *Entretien avec Michel Foucault*, op. cit., pp. 862-863 (grifo nosso). A ontologia crítica do presente mantém um vínculo estreito com a atividade filosófica entendida como ascese. É nesse sentido que se pode compreender um livro como *Vigiar e punir*, elaborado a partir de “documentos verdadeiros, mas de tal forma que, através deles, seja possível efetuar não somente uma constatação de verdade, mas também uma experiência que autoriza uma alteração, uma transformação da relação que temos conosco mesmos e com o mundo em que, até então, nos reconhecíamos sem problemas (em uma palavra, com nosso saber). [...] A experiência pela qual conseguimos captar de modo inteligível certos mecanismos [...] e a maneira pela qual conseguimos nos destacar deles percebendo-os diferentemente devem ser uma única e mesma coisa. É verdadeiramente o coração do que faço” (*Ibid.*, pp. 864-865).

⁴⁹ Cf. FOUCAULT, *Entretien avec Michel Foucault*, op. cit., pp. 868-869; FOUCAULT, Michel. Interview de Michel Foucault. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 349, pp. 1.475-1.486. Entrevista concedida a J. François e J. de Wit em 22 maio 1981, p. 1.486.

novas possibilidades de experiência para os sujeitos historicamente constituídos⁵⁰.

Justifica-se, assim, o interesse de Foucault pelas “técnicas de si”, procedimentos pelos quais tanto se pode fixar ou manter uma identidade como transformar o indivíduo de acordo com fins determinados, como a construção de novos espaços de liberdade. E é exatamente para esta finalidade que o pensamento desempenha um papel fundamental, qual seja, o de abrir em nossos jogos sociais, tão regrados e refletidos, “um novo espaço livre”⁵¹. De modo que a “experiência” se apresenta como a correlação entre domínios de saber, tipos de normatividade e formas de subjetividade que ocorre em uma determinada cultura⁵². Para finalizar, pode-se afirmar que a crítica arqueogenealógica de Foucault se

⁵⁰ COLLING, Ana Maria. O célebre fio partiu-se: Foucault, a psicanálise e a história das mulheres. *Letras de Hoje*, Porto Alegre, v. 32, n. 1, pp. 125-158, mar. 1997, pp. 127, 131, 154. Em apoio à posição de Colling, cf., por exemplo, os seguintes textos em que Foucault se refere a seus livros como “caixas de ferramentas” a serem utilizadas nas lutas contra o assujeitamento: FOUCAULT, Michel. Les intellectuels et le pouvoir. In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 106, pp. 1.174-1.183. Discussão entre Foucault e Deleuze ocorrida em 4 mar. 1972. p. 1.177; La vérité et les formes juridiques, op. cit., pp. 1.511-1.512; FOUCAULT, Michel. Prisons et asiles dans le mécanisme du pouvoir. In: _____. *Dits et écrits I*, op. cit., Texto n. 136, pp. 1.389-1.393. Entrevista concedida a M. D'Eramo e publicada em 3 mar. 1974, p. 1.391; FOUCAULT, Michel. Dialogue sur le pouvoir. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 221, pp. 464-477. Discussão informal com estudantes de Los Angeles ocorrida em maio 1975, pp. 476-477; FOUCAULT, Michel. Pouvoirs et stratégies. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 218, pp. 418-428. Entrevista concedida a Jacques Rancière e publicada no inverno 1977, p. 427; FOUCAULT, Michel. Précisions sur le pouvoir. Réponses à certaines critiques. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 238, pp. 625-635. Entrevista concedida a P. Pasquino em fev. 1978, pp. 633-634; FOUCAULT, *Entretien avec Michel Foucault*, op. cit., pp. 911-912.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. Pierre Boulez, l'écran traversé. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 305, pp. 1.038-1.041. Ensaio publicado em 1982, p. 1.041. Trata-se de um artigo dedicado a Pierre Boulez, mas em termos transponíveis a suas próprias pesquisas.

⁵² FOUCAULT, Michel. Subjectivité et vérité. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 304, pp. 1.032-1.037. Resumo do curso ministrado em 1980-1981. p. 1.032; FOUCAULT, *Histoire de la sexualité II: l'usage des plaisirs*, op. cit., p. 10. Para Foucault, os três elementos fundamentais de nossa experiência são os jogos de verdade, as relações de poder e as formas de relação consigo e com os outros, sendo exatamente para as relações entre sujeito, verdade e constituição da experiência que suas pesquisas sempre se voltaram. FOUCAULT, Michel. Polémique, politique et problématisations. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 342, pp. 1.410-1.417. Entrevista concedida a P. Rabinow em maio 1984, p. 1.415; FOUCAULT, Michel. Une esthétique de l'existence. In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 357, pp. 1.549-1.554. Entrevista concedida a Alessandra Fontana e publicada em maio 1984, p. 1.550.

pretende “uma prova(ção) histórico-prática dos limites que podemos superar”, ou seja, um “trabalho de nós mesmos sobre nós mesmos enquanto seres livres”⁵³. A convicção de estar desenvolvendo um “trabalho paciente” que contribui para dar “forma à impaciência da liberdade”⁵⁴ — articulando, de um lado, a análise histórica dos limites (plano do assujeitamento) e, de outro, a construção de estratégias que possibilitem a superação desses limites (plano da subjetivação) — é uma das poucas certezas produzidas por um espírito como o de Foucault, coerente o suficiente para se manter incoerente, fiel à atividade filosófica o bastante para permanecer infiel até mesmo a seu próprio pensamento.

Referências

- COLLING, Ana Maria. O célebre fio partiu-se: Foucault, a psicanálise e a história das mulheres. *Letras de Hoje*, Porto Alegre, v. 32, n. 1, pp. 125-158, mar. 1997.
- DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 299 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.
- FOUCAULT, Michel. *Cours du 7 janvier 1976*. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p., pp. 160-174.
- _____. Dialogue sur le pouvoir. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p., pp. 464-477.
- _____. Dire et voir chez Raymond Roussel (verão de 1962). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p., pp. 233-243.
- _____. Distance, aspect, origine (novembro de 1963). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p., pp. 300-313.
- _____. Entretien avec Michel Foucault. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p., pp. 860-914.
- _____. *Histoire de la sexualité II: l'usage des plaisirs*. Paris: Gallimard, 2001. 342 p.
- _____. Interview de Michel Foucault. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 349, pp. 1.475-1.486.
- _____. Introduction (1954). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 1, pp. 93-147.
- _____. La prose d'Actéon (março de 1964). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 21, pp. 354-365.
- _____. La prose du monde (janeiro-março de 1966). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 33, pp. 507-525.
- _____. La psychologie de 1850 à 1950 (1957). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 2, pp. 148-165.
- _____. *L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 2001. 275 p.
- _____. La recherche scientifique en psychologie (1957). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 3, pp. 165-186.
- _____. La vérité et les formes juridiques. In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 139, pp. 1.406-1.514.
- _____. Les intellectuels et le pouvoir. In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 106, pp. 1.174-1.183.
- _____. Le souci de la vérité. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 350, pp. 1.487-1.497.
- _____. *L'herméneutique du sujet: cours au Collège de France (1981-1982)*. Paris: Gallimard; Seuil, 2001. 546 p.
- _____. Michel Foucault, “Les mots et les choses” (março-abril 1966). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 34, pp. 526-532.
- _____. Nietzsche, Freud, Marx (julho de 1964). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 46, pp. 592-607.

⁵³ FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce que les Lumières? In: _____. *Dits et écrits II*, op. cit., Texto n. 339, pp. 1381-1397. Ensaio publicado em 1984, p. 1.394.

⁵⁴ FOUCAULT, Qu'est-ce que les Lumières?, op. cit., p. 1.397.

- _____. Nietzsche, la généalogie, l'histoire (1971). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 84, pp. 1.011-1.014.
- _____. Philosophie et psychologie (fevereiro 1965). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 30, pp. 466-476.
- _____. Pierre Boulez, l'écran traversé. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 305, pp. 1.038-1.041.
- _____. Polémique, politique et problématisations. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 342, pp. 1.410-1.417.
- _____. Pouvoirs et stratégies. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 218, pp. 418-428.
- _____. Précisions sur le pouvoir. Réponses à certaines critiques. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 238, pp. 625-635.
- _____. Préface à l'«Histoire de la sexualité!». In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 340, pp. 1.397-1.403.
- _____. Prisons et asiles dans le mécanisme du pouvoir. In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 136, pp. 1389-1393.
- _____. Qu'est-ce que les Lumières? In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 339, pp. 1.381-1.397.
- _____. Réponse à une question (maio de 1968). In: _____. *Dits et écrits I: 1954-1975*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.708 p. Texto n. 58, pp. 701-723.
- _____. Structuralisme et poststructuralisme (primavera de 1983). In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 330, pp. 1.265-1.267.
- _____. Subjectivité et vérité. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 304, pp. 1.032-1.037.
- _____. Une esthétique de l'existence. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 357, pp. 1.549-1.554.
- _____. Une interview de Michel Foucault par Stephen Riggins. In: _____. *Dits et écrits II: 1976-1988*. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. 1.736 p. Texto n. 336, pp. 1.344-1.357.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 731 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 377 p.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p.
- MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 187 p.
- MUCHAIL, Salma Tannus. Um filósofo que pratica histórias. *Cult*, São Paulo, n. 81, pp. 47-48, jun. 2004.
- NUNES, Benedito. Poética do pensamento. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Artepensamento*. São Paulo: Companhia das Letras; Ministério da Cultura, Funarte, 1994. 495 p., pp. 389-409.
- ORTEGA, Francisco. *Amizade e estética da existência em Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. 184 p.
- PEY, Maria Oly. *Educação: o olhar de Foucault*. Florianópolis: Movimento Centro de Cultura e Autoformação; Núcleo de Alfabetização Técnica do Centro de Educação da UFSC, 1995. 319 p.
- RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa III*. São Paulo: Papyrus, 1997. 519 p.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. 311 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v.1
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 264 p.
- TERNES, José. Modernidade e linguagem. *Fragments de Cultura*, Goiânia, v. 12 (Especial), pp. 35-46, out. 2002.
- VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. 153 p.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.590, de 04/01/2018.

Autoriza o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a adquirir da Caixa Econômica Federal instrumento de dívida para enquadramento no nível 1 do Patrimônio de Referência e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 05/01/2018.

Lei 13.603, de 09/01/2018.

Altera a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, para incluir a simplicidade como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais.

Publicada no *DOU* de 10 /01/2018.

Lei 13.604, de 09/01/2018.

Altera a Lei 12.681, de 4 de julho de 2012, que institui o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas – SINESP, tornando obrigatória a publicação da taxa de elucidação de crimes de forma padronizada.

Publicada no *DOU* de 10 /01/2018.

Lei 13.608, de 10/01/2018.

Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins.

Publicada no *DOU* de 11/01/2018.

Decreto 9.263, de 10/01/2018.

Altera o Decreto 4.892, de 25 de novembro de 2003, que regulamenta a Lei Complementar 93, de 4 de fevereiro de 1998, que criou o Fundo de Terras e da Reforma Agrária.

Publicado no *DOU* de 11/01/2018.

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Seção

Processual Civil. Previdenciário. Ação rescisória. Sentença de improcedência. Apelação não conhecida por intempestividade. Impossibilidade de utilização da ação como sucedâneo recursal. Rescisória não conhecida.

I. Pretende a parte-autora a rescisão do acórdão prolatado pela Segunda Turma desta Corte, que, dando provimento ao recurso do INSS, acolheu a preliminar arguida pela autarquia federal e não conheceu do recurso de apelação da parte-autora, por intempestividade. Colaciona aos autos a certidão de fl. 80 (alegando tratar-se de documento novo) expedida pela Comarca de Bonfinópolis de Minas, que atesta que o último dia do prazo para interposição da apelação foi feriado local.

II. Entende-se 'documento novo' como aquele "cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo" (RTJ 158/774). Ou seja, "é aquele que já existia ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo por não ter o autor da rescisória conhecimento da existência do documento ao tempo do processo primitivo ou por não lhe ter sido possível juntá-lo aos autos em virtude de motivo estranho a sua vontade" (STJ – 3ª Seção, AR 3.450, Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 12/12/2007, DJU de 25/03/2008).

III. Consoante jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o cabimento da ação rescisória, fundada no inciso V do art. 485 do então vigente Código de Processo Civil/1973, pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade de forma evidente e direta. Não se configurando tal situação, ou estar-se-ia em face de pedido infundado ou de hipótese manejável por via recursal, que não a rescindenda.

IV. A ação rescisória é meio excepcional para elisão da coisa julgada. De tal modo, somente em face da presença de hipóteses extraordinárias expressamente enumeradas em lei se mostra possível o seu manejo, constituindo-se a citada via remédio extremo, não se prestando a substituir qualquer via recursal.

V. Na hipótese, a matéria concernente à intempestividade do recurso de apelação restou apreciada pelo acórdão rescindendo, não tendo a parte, no momento oportuno, manejado embargos de declaração ou recurso especial com o fim de reexaminar a questão ou proceder à recontagem do prazo recursal.

VI. Em que pese o argumento no sentido de que o último dia do prazo seria feriado local, insustentável que o Tribunal conheça do pedido rescisório para dizer que a apelação é tempestiva, mormente quando evidenciado o propósito de utilização da demanda rescisória como sucedâneo de recurso cabível.

VII. Ação rescisória não conhecida. Processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do NCP.

(Ação Rescisória 0022093-06.2011.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 06/11/2017, p. 326)

Terceira Seção

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Contrato. Foro de eleição. Inexistência de reconhecimento de abusividade. Art. 63, § 3º, do CPC. Validade da cláusula.

I. Existência de cláusula de eleição de foro no contrato celebrado entre as partes.

II. A cláusula do foro de eleição é eficaz e somente pode ser afastada quando for reconhecida a sua abusividade, resultar na inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, dispõe o art. 63, § 3º, do CPC/2015: antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro do domicílio do réu.

III. Conflito conhecido e julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, suscitado.

(Conflito de Competência 0032868-70.2017.4.01.0000/BA, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), unânime, e-DJF1 de 18/12/2017, p. 345)

Terceira Turma

Penal. Processo Penal. Art. 316 do Código Penal. SUS. Cobrança indevida. Prejuízo a particular. Nulidade. Competência absoluta. Justiça Estadual.

I. A exigência de vantagem pecuniária a título de honorários profissionais feita por médico ao paciente, beneficiário do Sistema Único de Saúde – SUS, em face de convênio celebrado pelo ente público com instituição hospitalar privada, ainda que venha a ser considerada como ilícito penal, não teria afetado bens, serviços e interesse da União, de suas autarquias ou empresas públicas, de modo a fixar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República, porquanto a conduta produziu resultado danoso apenas em face do segurado que se sentiu compelido a pagar pela coleta de material para realização de exame.

II. Nulidade do processo por vício de competência.

III. Recurso provido.

(Apelação Criminal 0015185-33.2012.4.01.3900/PA, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 1.588)

Quarta Turma

Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Execução. Levantamento do saldo remanescente da oferta inicial. Comprovação da regularidade fiscal em relação ao imóvel expropriado. Art. 16 da LC 76/1993. Impossibilidade de compensação tributária de débitos pessoais do expropriado. Art. 100, §§ 9º e 10, da Constituição Federal. ADIs 4357/DF e 4425/DF. Agravo de instrumento provido.

I. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de desapropriação por interesse social promovida pelo Incra, em fase de execução, não permitiu ao agravante o levantamento do depósito remanescente referente à oferta inicial e determinou a compensação dos valores devidos pelo expropriado consoante disposição do art. 100, §§ 9º e 10, da Constituição Federal, na redação da EC 62/2009.

II. Os referidos dispositivos (que tiveram a inconstitucionalidade parcialmente reconhecida pelo STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425) estabeleceram o regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios e não dizem respeito à hipótese dos autos, na qual o agravante limitou-se a requerer o levantamento do numerário restante da oferta inicial em sede de execução de desapropriação.

III. O art. 16 da LC 76/1993 estabelece que “a pedido do expropriado, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito-judicial, deduzidos o valor de tributos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante.” Para que se dê o levantamento exige-se tão somente prova de quitação de tributos reais, não se confundindo com a regularidade fiscal da pessoa do expropriado.

IV. Na fase de levantamento dos valores indenizatórios, devem ser observadas as normas que regem o rito especial da desapropriação, no tocante à comprovação da quitação de tributos reais e multas incidentes sobre o imóvel expropriado (Lei Complementar 76/1993, art. 16). Nada mais pode ser exigido do expropriado e/ou do exequente, a título de regularidade fiscal.

V. Nesse sentido a jurisprudência desta Corte: “o levantamento da indenização expropriatória exige somente prova de quitação de tributos em relação ao imóvel expropriado, em face do que não há que cogitar na exigência de regularidade fiscal da pessoa do expropriado e/ ou do exequente. Incidência do art. 16, da Lei Complementar 76/1993. (TRF1, AG 0044424-11.2013.4.01.0000/MT, rel. Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), Quarta Turma, e-DJF1, p.194, de 11/11/2014).

VI. Agravo de instrumento provido para permitir o levantamento do valor relativo aos 20% (vinte por cento) restantes da oferta inicial na ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária originária.

(Agravo de Instrumento 0069007-60.2013.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 05/12/2017, p. 642)

Processo Penal. Habeas corpus. Organização criminosa especializada em fraudes diversas. Prisão preventiva devidamente motivada. Medidas cautelares diversas da prisão. Ineficácia. Extensão do benefício concedido a outros investigados. Inviabilidade. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

I. Conforme pacífico e reiterado magistério jurisprudencial, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que demonstram a necessidade da custódia cautelar.

II. No caso, o *fumus commissi delicti* encontra-se nos indícios suficientes de autoria e na prova, até então colhida, da materialidade dos delitos. Por sua vez, o *periculum libertatis* decorre da demonstração da ativa atuação da paciente nos eventos ilícitos junto ao suposto líder da organização criminosa. Portanto, encontram-se presentes os requisitos e os pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo.

III. Não há como considerar ilegal o decreto prisional que demonstra, com base em interceptações telefônicas e depoimentos de colaboradores investigados, devidamente transcritos, a periculosidade da ora paciente evidenciada a partir do *modus operandi* de sua conduta e da organização criminosa, bem como a necessidade de interromper a continuidade das práticas delitivas, com clara demonstração da necessidade de manutenção desta segregação cautelar, para a garantia da ordem pública, pelo menos até desaparecerem os motivos da prisão preventiva decretada pelo *juízo a quo*.

IV. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo que “a custódia cautelar visando à garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa” (HC 118.340/SP, DJe de 23/04/2016). No mesmo sentido: STF – AgR no HC 142792/SP, DJe 143, de 30/06/2017.

V. Não há como afastar o magistério jurisprudencial no sentido de que: “Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito e a reiteração delitiva do paciente, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes” (STJ – HC 391449/SP, DJe de 23/06/2017), o que afasta a possibilidade de substituição da medida extrema.

VI. Inviável a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal, para que seja concedido à paciente o mesmo benefício de aguardar em liberdade o julgamento da eventual ação penal, mediante o pagamento de fiança, conforme deferido a outros investigados, posto que não restou evidenciada a identidade das situações pessoais, pois ficou evidenciada a maior participação da paciente na organização criminosa, o que inviabiliza a extensão da liberdade provisória concedida àqueles.

VII. Eventuais condições pessoais favoráveis, como primariedade técnica, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, “por si sós, não impedem a decretação de sua prisão preventiva” (STJ – RHC 76018/RO, *DJe* de 23/06/2017), quando presentes os pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese em exame.

VIII. Após ter sido oferecida denúncia, não há de se falar mais em excesso de prazo.

IX. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* 0053848-38.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 24/01/2018, p. 2.577)

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Inclusão dos pacientes em estabelecimento penal de segurança máxima. Ausência de determinação de RDD. Cumprimento dos requisitos legais. Ausência de ilegalidade. Denegação da ordem.

I. A só inclusão de presos em estabelecimentos federais de segurança máxima não implica a imposição consequente do Regime Disciplinar Diferenciado, se a decisão não determinar expressamente a imposição de tal regime, embora a determinação de cumprimento da pena em RDD implique a ida do detento para o presídio federal (arts. 3º e 4º do Decreto 6.049/2007).

II. A decisão impugnada apenas determinou a inclusão dos pacientes no regime prisional federal, com base na Lei 11.671/2008, tendo por premissa o fato de ostentarem a condição de líderes de organização criminosa e terem comportamento prisional de alta periculosidade, com implicações para a segurança pública, não havendo pertinência nas investidas da impetração contra uma eventual inclusão dos detentos em RDD, determinação que não consta da ordem judicial em exame, tanto mais por serem medidas de natureza distinta e com regulação normativa própria.

III. Havendo demonstração de que os pacientes desempenham função de líderes e partícipes relevante de organização criminosa de tráfico internacional de drogas de grande porte, além de serem detentos de alta periculosidade, constatada no fato de terem, por ocasião da condução de ambos para o interrogatório em juízo, e ao final deste, ameaçado a integridade física (ameaça de morte) do delegado federal condutor do inquirido e do policial federal, principal testemunha de acusação, mostra-se legítima, por isso legal, a inclusão de ambos em estabelecimento penal federal de segurança máxima, vistos os fatos com base no art. 3º e 4º da Lei 11.671/2008 e art. 3º, I, do Decreto 6.877/2009.

IV. *Habeas corpus* cuja ordem se denega.

(*Habeas Corpus* 0036696-74.2017.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 24/01/2018, p. 2.562)

Habeas corpus. Transferência de preso provisório para prisão de segurança máxima. Fundamentada em legislação especial. Habeas corpus ou agravo em execução. Possibilidade. Ausência de prévia oitiva da defesa. Art. 5º, § 6º, da Lei 11.671/2008 e art. 9º do Decreto 6.877/2009. Nulidade. Não configurada. Circunstância excepcional. Evidenciada. Ordem denegada.

I. Considerando que a Lei 11.671/2008 e o Decreto 6.877/2009, que a regulamenta, correspondem a normatização específica frente às disposições gerais da Lei de Execuções Penais, sem que ali tenha sido prevista qualquer via recursal específica a ser utilizada no combate de decisões fundamentadas em seus dispositivos, a via de combate mediante *habeas corpus* não se encontra vedada, já que não se mostra como substitutiva do recurso previsto no art. 197 da Lei de Execuções Penais.

II. A inclusão e a transferência de preso no Sistema Penitenciário Federal poderão ocorrer sem a prévia oitiva da defesa, desde que justificada a situação de extrema necessidade, conforme preveem o art. 5º, § 6º, da Lei 11.671/2008 e o art. 9º do Decreto 6.877/2009. A oitiva, nessa hipótese, pode ser diferida, conforme foi efetivamente realizado no caso sob análise.

III. As circunstâncias de transporte da grande quantidade de drogas e de fuga do paciente evidenciam não se tratar de negócio criminoso de “pequeno porte” ou fato isolado em sua vida, mas sim de tráfico robusto que, geralmente, é efetivado por organização criminosa com poderio financeiro e de proteção (inclusive, armada) de seus negócios e de seus membros.

IV. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(*Habeas Corpus* 0053303-65.2017.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 24/01/2018, p. 2.576)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública de improbidade. Prescrição. Não ocorrência. Incidência da Súmula 106 do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992: norma dirigida ao juiz. Apelação provida. Sentença anulada. Julgamento do mérito. Art. 1.013, § 4º, do CPC. Pedido improcedente.

I. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pronunciou a prescrição e declarou extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil/1973.

II. Alega o Ministério Público Federal que os requeridos, ocupando os cargos de governador do Estado do Maranhão e de secretário estadual de Infraestrutura, teriam apresentado plano de trabalho no âmbito do Convênio TT 087/2006-00, firmado entre o Governo daquele Estado e o DNIT, em 29/06/2006, para implantação da Rodovia BR-402/MA, no qual constava a construção de quatro pontes que, segundo se afirma na inicial, já haviam sido construídas no ano de 2005, antes, portanto, da celebração do mencionado convênio.

III. Não há que se cogitar, *in casu*, na ocorrência de prescrição. Com efeito, a presente ação de improbidade administrativa foi ajuizada contra ex-governador do Estado do Maranhão e ex-secretário estadual de Infraestrutura, em 3 de agosto de 2010, dentro, portanto, do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, contados, respectivamente, do término do mandato do primeiro requerido — 31/12/2006 — e da data da exoneração do segundo requerido do referido cargo — 31/05/2007. Portanto, tendo a demanda sido ajuizada tempestivamente, não pode a parte-autora ser prejudicada pela decretação de prescrição por mora atribuível exclusivamente aos serviços judiciários, incidindo, portanto, ao caso presente, por analogia, o que dispõe a Súmula 106 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV. Afigura-se irrelevante, ainda, a data em que ocorrida a citação ou mesmo a notificação prévia prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992, tendo em vista que a citação tem o condão de interromper o prazo prescricional, retroagindo, nos termos do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil/1973 (art. 240 e seu § 1º do NCPC), à data da propositura da ação. De outro lado, o fato de a norma inscrita no mencionado art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 ser dirigida ao magistrado, e não ao autor da ação, faz com que o eventual descumprimento da notificação prévia não acarrete a consumação da prescrição. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

V. Além disso, houve, no processo, três declarações de suspeição de magistrados, por motivo de foro íntimo, no período de 21/09/2010 a 26/07/2011, e uma retratação de anterior declaração de suspeição, em 30/04/2012. Portanto, as sucessivas afirmações de suspeição de magistrados no feito deram causa à demora que de forma alguma pode ser atribuída à parte-autora.

VI. Sentença anulada. Julgamento do mérito. Aplicação do disposto no art. 1.013, § 4º, do CPC.

VII. Não houve dano ao patrimônio público federal, uma vez que antes mesmo de ser executado o Convênio TT-087/2006-00 foi ele denunciado pelo órgão concedente, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, razão pela qual o Tribunal de Contas União – TCU proferiu julgamento apenas em relação aos gestores da autarquia federal (Acórdão 2708/2009). Aliás, instado a integrar o feito, o DNIT afirmou não possuir interesse na demanda.

VIII. Considerados os fatos narrados na inicial, deve-se concluir que não restou objetivamente caracterizado o ato de improbidade e, ainda que tivesse existido a prática do ato, não estaria configurado o dolo exigido para a espécie.

IX. Não havendo repasse de verbas por parte da União, diante da não concretização do convênio, também não se haveria cogitar de ato de improbidade, razão pela qual se poderia falar, até mesmo, de falta de interesse de agir por parte do Ministério Público Federal.

X. No caso presente, de qualquer sorte, seja pela própria petição inicial de improbidade, seja pelos elementos de prova trazidos pelo Ministério Público Federal, evidentemente não se poderia caracterizar como dolosa a conduta acoimada de ímproba.

XI. Afasta-se o dolo, assim, pelo simples fato de que não houve gestão de recursos públicos federais, ante a circunstância de que o convênio foi denunciado pela autarquia federal, não tendo havido, pois, a transferência de nenhum recurso público.

XII. Conforme certificado no acórdão do TCU, o DNIT sabia da existência das pontes construídas, tendo em vista que as quatro pontes constavam do anteprojeto do convênio apresentado ainda no ano de 2003, além de que a execução das obras foi amplamente divulgada na imprensa local, o que afasta qualquer possibilidade de a superintendência da autarquia não ter tomado conhecimento da obra.

XIII. Por outro lado, estando previsto no convênio que a contrapartida do governo estadual deveria ser apresentada em dinheiro e não em obras, havia regular previsão no orçamento do estado da quantia de R\$ 17.016.107,86 (dezesete milhões, dezesseis mil, cento e sete reais e oitenta e seis centavos), correspondente aos 10% (dez por cento) da contrapartida do Estado do Maranhão ao convênio.

XIV. O TCU também afastou a hipótese de que o Governo do Maranhão pretendia que as pontes já construídas fossem novamente pagas quando da execução do convênio com o DNIT, tendo em vista que a construtora vencedora da licitação para a construção da BR-402/MA excluiu de sua proposta os custos de construção das pontes então existentes.

XV. Não há falar, assim, em dano em desfavor do Erário público federal, no caso o patrimônio da autarquia federal (DNIT), afastando-se, pois, a má-fé e concluindo-se que, se dano houve — o que não ficou constatado — esse teria sido totalmente suportado pelo Erário estadual, por não haver nenhum bem ou interesse na forma de princípio que possa ser protegido pela Justiça Federal.

XVI. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento para anular a sentença.

XVII. Apreciando-se o mérito da causa (CPC, art. 1.013, §§ 3º e 4º c/c o art. 487, I), julga-se improcedente o pedido do Ministério Público Federal pela manifesta ausência de ato de improbidade.

XVIII. Sem honorários advocatícios. Aplicação subsidiária do art. 18 da Lei 7.347/1985. Precedente: STJ, REsp 1.255.664/MG, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 07/02/2014.

(Apelação Cível 0026324-68.2010.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 29/01/2018, p. 329)

Processual Civil. Agravo interno. Distribuição de royalties. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. ANP. Município detentor de estações de embarque e desembarque. Recebimento de compensação financeira decorrente da lavra em terra. Pretensão de recebimento de royalties decorrentes da lavra marítima.

I. A decisão monocrática agravada deferiu parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal em agravo do município para determinar o enquadramento provisório do Município de Itaparica/BA no rol de municípios beneficiários de *royalties* por instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural sobre a produção marítima, determinando, em consequência, que a agravada providencie imediatamente o destaque/aprovisionamento da verba necessária ao pagamento dos *royalties* aqui requeridos, e que o seu recolhimento (dos valores) seja concretizado numa conta judicial vinculada.

II. O Município de Itaparica/BA é beneficiário de *royalties* pelos seguintes critérios: a) pertencer à zona de produção principal do Estado da Bahia; b) ser confrontante com áreas de campos marítimos de Candeias, Dom João Mar e Itaparica, no litoral do Estado da Bahia, c) possuir instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural de origem terrestre, e d) ser afetado pela instalação de embarque e desembarque de petróleo localizada em Madre de Deus/BA.

III. A jurisprudência desta Corte o beneficia, por entender que a legislação que rege a matéria relativa aos *royalties* devidos a municípios que detêm instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural não vincula o direito ao recebimento da compensação financeira à origem dos hidrocarbonetos que circulam nas instalações de embarque e desembarque.

IV. A ANP, em seu agravo interno, não conseguiu infirmar os fundamentos da decisão impugnada. A agência admite que a ausência de movimentação de hidrocarbonetos nas instalações de embarque e desembarque situadas no território do município autor elide o pagamento de *royalties* tão somente pelo critério da movimentação que não se confunde com o critério da produção.

V. O agravo interno do município impugna a determinação de que os depósitos fossem feitos em conta vinculada ao juízo, de ordem a assegurar a eventual reversibilidade da tutela de urgência.

VI. Consignada a ressalva de entendimento do relator, que deferira parcialmente o pedido da ANP para determinar que os depósitos fossem feitos em conta vinculada ao juízo, de ordem a assegurar a eventual reversibilidade da tutela de urgência, entretanto, a Turma entendeu por bem dar provimento ao agravo interno da municipalidade, à consideração de que, sendo beneficiário de *royalties* por outros critérios, o município agravante teria condições de garantir a reversão da medida de urgência mediante a compensação de valores eventualmente recebidos antecipadamente.

VII. Agravo interno da ANP a que se nega provimento.

VIII. Agravo interno do Município de Itaparica/BA a que se dá provimento, com a ressalva do entendimento do relator, para, reformando a decisão monocrática agravada, quanto à necessidade de realização de depósito judicial e, em consequência, determinar o imediato pagamento mensal dos *royalties* marítimos ao município recorrente, referidos naquela decisão (*royalties* de compensação financeira aos municípios onde se localizam instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural proveniente da plataforma marítima como previsto no art. 19 do Decreto 1/ 1991 combinado com o art. 7º da Lei 7.990/1989).

(Agravo de Instrumento 0011014-54.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 16/12/2016, p. 2.207)

Quinta Turma

Processual Civil. Setor sucroalcooleiro. Indenização por perdas e danos. Cumprimento do título judicial. Alegada nulidade da execução por ausência de liquidez do título exequendo. Reexame de matéria acobertada pelo manto da coisa julgada. Impossibilidade.

I. O colendo Superior Tribunal de Justiça, ao examinar os embargos de declaração opostos no bojo de recurso especial, submetido ao regime dos recursos repetitivos, em que se examinou pleito indenizatório no âmbito do setor sucroalcooleiro, como no caso, firmou o entendimento de que, “nos casos em que já há sentença transitada em julgado, no processo de conhecimento, a forma de apuração do valor devido deve observar o respectivo título executivo” (EDcl no REsp 1347136/DF, rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 11/06/2014, DJe de 02/02/2015).

II. Ademais, amparando-se o acórdão exequendo em perícia técnica realizada durante a instrução do processo de conhecimento, para declaração judicial do direito à indenização pleiteada, como no caso, já não mais se admite, por ocasião da execução do julgado, a discussão acerca da ausência de documentos, nos autos, que comprovem o prejuízo da exequente, sob pena de violação aos arts. 467, 471, 473 e 610 do CPC vigente na época.

III. Apelação desprovida. Sentença mantida.

(Apelação Cível 0049916-03.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 18/12/2017, p. 444)

Civil. Crédito rural. Contratos findos. Legitimidade ativa e passiva. União. Banco do Brasil. Agravo retido. Limitação dos juros remuneratórios. Capitalização. Encargos moratórios. Correção monetária pelo BTN (março/1990). Substituição do IGP-M e da variação cambial pela TR. Descaracterização da mora. Inconstitucionalidade da MP 2.196-3/2001. Possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa. Nulidade da CDA. Sucumbência.

I. O eg. Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a instituição responsável pelo alongamento das dívidas originárias de crédito rural é o agente financeiro envolvido no contrato de mútuo e, portanto, é parte legítima para responder às demandas que tenham por objeto créditos securitizados, razão pela qual rejeito o agravo retido.

II. O Banco do Brasil S/A é parte na demanda e parcialmente sucumbente, correta sua condenação em partes das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

III. A fixação da verba advocatícia em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) atende às peculiaridades da demanda, em que os réus são vencedor e vencido, no particular, pessoas jurídicas de direito público, destinatárias da disposição inscrita no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, que, embora mandando observar as diretrizes do § 3º do dispositivo, preconiza juízo de equidade no arbitramento dos honorários de sucumbência, sem correlação necessária com o valor atribuído à causa, ou mesmo o valor de condenação, quando existente.

IV. Recursos de apelações e agravo retida que se nega provimento.

(Numeração única: 0002075-04.2006.4.01.3503, Apelação Cível 2006.35.03.002075-6/GO, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 29/01/2018, p. 398)

Processual Civil. Ação civil pública. Lei de Acesso à Informação e Lei da Transparência. Irregularidades no sítio eletrônico de município. Fiscalização do repasse de verbas federais. Presença do Ministério Público Federal no polo ativo. Competência da Justiça Federal.

I. Configura-se manifesta a competência da Justiça Federal, para processar e julgar o feito, mormente em se tratando de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, no exercício regular de suas funções institucionais, cuja presença, no polo ativo da demanda, por si só, estabelece a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda, mormente por se tratar de lide a respeito da transparência na utilização de verbas federais, da fiscalização da Administração Pública, entre outros aspectos. Ademais, em casos assim, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça que “a ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar ‘as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho’. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.” (REsp 440.002/SE, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/11/2004, DJ de 06/12/2004, p. 195.)

II. Apelação do Ministério Público Federal provida, para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à instância de origem, para regular processamento do feito e oportuna prolação de nova sentença resolutória da lide.

(Apelação Cível na Ação Civil Pública 0002016-16.2016.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/12/2017, p. 88)

Constitucional. Processual Civil. Tratamento médico. Falecimento da autora. Perda superveniente do interesse processual. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Estado de Minas Gerais. Condenação.

I. Prolatada a sentença de mérito, resta prejudicado o agravo retido interposto contra a decisão interlocutória que deferiu *“in limine litis”* o pedido de antecipação de tutela, visto que já não mais subsiste tal decisão, sendo integralmente substituída pela sentença ulteriormente proferida.

II. Na espécie dos autos, o Estado de Minas Gerais deu causa ao ajuizamento da ação, já que não houve o fornecimento administrativo do tratamento vindicado pela parte-autora antes da concessão da tutela de urgência, bem como houve resistência ao pleito autoral, razão pela qual é possível sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que extinto o processo sem resolução de mérito, por superveniente falta de interesse de agir. Aplicação do princípio da causalidade. Precedentes.

III. Na inteligência jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *“nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios”* (AgRg no Ag 1191616/MG, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe de 23/03/2010).

IV. Agravo retido da União Federal prejudicado. Apelação do Estado de Minas Gerais desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0001115-06.2015.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 23/01/2018, p. 2.071)

Sexta Turma

Apelação cível. INSS. Desconto indevido de pensão alimentícia incidente sobre benefício previdenciário. Danos materiais. Jurisdição constitucional delegada. Incabimento. Ausência de previsão legal e constitucional. Sentença proferida pelo TJMG. Nulidade. Declaração excepcional por esta e. Corte.

I. Em ação ajuizada em face do INSS, visando à indenização por danos materiais em razão de desconto indevido de valores a título de pensão alimentícia, por erro administrativo, em descumprimento à determinação judicial, não há que se falar em jurisdição constitucional delegada, nos termos do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, já que não se discute o benefício previdenciário em si, por ausência de previsão legal, mas de competência da Justiça Federal nos termos do art. 109, I, do Texto Constitucional.

II. Tendo em vista que o Tribunal de Justiça Estadual a que subordinado o órgão prolator da sentença recorrida manifestou-se acerca de sua incompetência para analisar o feito, em decisão preclusa, remetendo os autos a esta e. Corte, emerge a esta, excepcionalmente, competência para apreciação integral do processo, sendo possível, desta feita, apreciação da sentença recorrida, inclusive a declaração de sua nulidade. Precedente desta Corte: REO 0050259-96.2011.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p. 51, de 05/02/2014.

III. Nulidade da sentença proferida por juízo estadual mineiro que se reconhece de ofício, com remessa dos autos a uma das varas federais da Subseção Judiciária de Ipatinga/MG, para regular prosseguimento do feito. Recurso de apelação do autor prejudicado.

(Apelação Cível 0035673-88.2010.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 14/11/2017, p. 1.021)

Processo Civil. Oposição. Ação possessória. Exceção de propriedade. Incabível. Art. 557 do CPC/2015. Doutrina e jurisprudência. Incra. Illegitimidade ativa para defender interesse da União em sede de oposição. Sentença mantida.

I. Prevalece na doutrina, como também na jurisprudência do Excelso Pretório, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal, o não cabimento de intervenção de terceiros na modalidade oposição (art. 56, CPC/1973 e art. 682, CPC/2015) fundada em domínio da propriedade em face de ação possessória.

II. Com a atual redação do art. 557, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015, não há mais falar em exceção de domínio nas ações possessórias, notadamente porque as causas vislumbram objetivos diferentes, na medida em que a oposição pretende, em última análise, o reconhecimento da propriedade com base no domínio e a ação possessória almeja proteção com força no fato jurídico da posse, tratando-se, pois, de institutos distintos que requerem tratamento processual próprio. Precedentes do e. STF, do c. STJ e desta e. Corte.

III. “É entendimento deste TRF1 e do STJ que o INCRA não é parte legítima ativa para propor ação em nome da União com o intuito de proteger o domínio de terras públicas a ela pertencentes. O fato de ser legitimado para implantar políticas públicas de reforma agrária e os assentamentos rurais não lhe confere esta prerrogativa.” (REO 0002343-04.2006.4.01.4200/RR, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Quinta Turma, e-DJF1 de 20/04/2016.)

IV. Recurso de apelação do Incra a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0001945-64.2014.4.01.4301/TO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unanime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 2.281)

Sétima Turma

Tributário. Processual Civil. Agravo regimental. Alteração do polo ativo da execução de sentença para inclusão da cessionária – jurisprudência STJ: REsp 1119558/SC, sob regime do art. 543-C do CPC – liberação de alvará da parcela incontroversa. Decisão mantida.

I. “1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório, incidente sobre o consumo de energia elétrica, podem ser cedidos a terceiros, uma vez inexistente impedimento legal expresso à transferência ou à cessão dos aludidos créditos, nada inibindo a incidência das normas de direito privado à espécie, notadamente o art. 286 do Código Civil. 2. O art. 286 do Código Civil autoriza a cessão de crédito, condicionada a notificação do devedor. Da mesma forma, a legislação processual permite ao cessionário promover ou prosseguir na execução ‘quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos’ (art. 567, II, do CPC)” (REsp 1119558/SC, rel. Ministro Luiz Fux, rel. p/ acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, S1, maioria, DJe de 1º/08/2012).

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0050742-39.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, e-DJF1 de 26/01/2018, p. 2.069)

Processual Civil. Agravo regimental. Ação coletiva. Execução de sentença individual. Prevenção do juízo da ação coletiva. Inexistência. Decisão mantida.

I. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.243.887/PR, em regime de recurso repetitivo, firmou entendimento no sentido de que a execução individual de sentença proferida em ação coletiva pode ser ajuizada em foro diverso daquele que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição.

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0005285-13.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, e-DJF1 de 26/01/2018, p. 2.071)

Oitava Turma

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Acordo para pagamento parcelado da dívida. Fato incontroverso. Encerramento das atividades da pessoa jurídica após cessão de direitos a outra sociedade. Registro do ato na Junta Comercial. Inexistência. Oposição ao Fisco. Impossibilidade. Alteração do polo passivo para constar o espólio de corresponsável falecido em época posterior ao ajuizamento da cobrança. Possibilidade. Agravo de instrumento provido.

I. “O falecimento de sócio, em regra, dissolve parcialmente a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, hipótese em que caberá ao espólio, representado pelo inventariante, administração transitória das quotas enquanto se apuram os haveres e a divisão do espólio (art. 993, parágrafo único, II, do CPC)” (REsp 1.422.934/RJ, STJ, Terceira Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 25/11/2014).

II. “Não podem ser opostas ao Fisco as convenções particulares (art. 123 do CTN) [...]. Ausência de registro na Junta Comercial. Lei 8.934/94” (AI 0001070-77.2006.4.01.0000/MG, TRF1, Oitava Turma, rel. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado), e-DJF1 de 15/10/2010, p. 500).

III. A União (FN) obteve êxito em comprovar a existência de acordo para pagamento parcelado da dívida, em oitenta parcelas mensais e consecutivas, firmado em dezembro de 1993, vigente até agosto de 2000. O excipiente não apresenta prova inequívoca de que a obrigação tenha sido satisfeita em momento anterior ou posterior à cessão de direitos contratada com a sociedade denominada Regional de Bebidas Ltda.

IV. Do conjunto probatório existente nos autos não se extraem elementos de convicção capazes de afastar a responsabilidade da principal devedora, pessoa jurídica denominada Peninsular Comercial de Bebidas Ltda. e, conseqüentemente, do espólio do sócio administrador Raymundo Antonio Barreiras da Motta, notadamente porque simples disposições contratuais, sem registro na Junta Comercial da sede das sociedades contratantes, não obriga a sua observância por parte da Fazenda Pública.

V. Cabendo ao excipiente o ônus da prova (CPC/1973, art. 333), sem que dele se tenha desincumbido, subsistindo, portanto, a presunção legal de liquidez e certeza do título executivo, merece acolhimento a pretensão da agravante para “reforma da decisão agravada na parte que excluiu a empresa *Peninsular Comercial de Bebidas Ltda.*, reconhecendo-se, via de consequência, a responsabilidade tributária do excipiente”.

VI. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento 0043120-16.2009.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 15/12/2017, p. 3.267)

Tributário e Processual Civil. Ação de rito ordinário. Aquisição de veículo automotor. Isenção de IPI. Lei 8.989/1995. Não preenchimento dos requisitos. Imposto de Renda Pessoa Física. Pensionista. Isenção. Lei 7.713/1988, art. 6º, XIV. Neoplasia maligna. Laudo médico oficial. Conjunto probatório. Livre apreciação pelo juiz. Prescrição quinquenal. LC 118/2005. Correção monetária. Manual de Cálculos da Justiça Federal. Compensação dos valores restituídos na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Precedentes. Apelação parcialmente provida.

I. Válida a aplicação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos da Lei Complementar 118/2005 às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005 (RE 566.621/RS, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, Repercussão Geral, DJe de 11/10/2011).

II. A concessão da isenção do IPI na aquisição de veículo requer o cumprimento dos requisitos elencados no art. 1º, IV, § 2º, da Lei 8.989/1995. Na espécie não houve comprovação de que a autora possui deficiência física na forma prescrita em lei, de modo que não faz jus à isenção pleiteada para aquisição de veículo.

III. Comprovado por meio de documentos e laudos médicos acostados aos autos que a parte-autora é portadora de neoplasia maligna, cabível a isenção prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/1988.

IV. Dispõem os arts. 131 e 436 do CPC/1973, vigentes à época da prolação da sentença, que o juiz apreciará, livremente, a prova, levando em consideração os fatos e as circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na sentença os motivos do seu convencimento. Logo, não está adstrito

ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados durante a instrução processual. Precedentes.

V. “O fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros” (MS 15.261/DF, STJ, Primeira Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/09/2010, *DJe* de 05/10/2010).

VI. Em relação à correção monetária e aos juros de mora, deverão ser observados os parâmetros fixados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF 134, de 21/12/2010, com alterações da Resolução CJF 267, de 02/12/2013).

VII. Os valores a serem repetidos devem ser compensados com aqueles eventualmente já restituídos por ocasião da declaração de ajuste anual do Imposto de Renda, sob pena de se configurar excesso de execução. Precedentes.

VIII. Apelação parcialmente provida.

(Apelação Cível 0078445-61.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, *e-DJF1* de 26/01/2018, p. 2.750)

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento 0037753-30.2017.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de expedição de RPV em favor dos exequentes Dulce Gomes da Silva, Edelmiro Torres Perez e Dulcine Lima, sob a alegação de ter ocorrido a prescrição da pretensão executória, uma vez que os valores haviam sido depositados pela União em 24/07/2009 e devolvidos aos cofres públicos, por ausência de saque pelos exequentes.

Sustenta, em síntese, o entendimento adotado pelo magistrado *a quo* encontra-se equivocado e contrário ao ordenamento jurídico vigente, ocasionando prejuízos indevidos aos substituídos do sindicato agravante (Dulce Gomes da Silva, Edelmiro Torres Perez e Dulcine Lima) já que cumpriram a determinação exarada pelo TRF1 no AI 2009.01.00.067939-9 e regularizaram a representação processual, fazendo jus portanto ao recebimento dos valores homologados na execução originária.

Oportunizada resposta.

É o relatório.

Assiste razão ao agravante, senão vejamos.

O crédito judicial depositado para pagamento em decorrência das requisições de pagamento expedidas na execução é de titularidade única da parte exequente diante do título executivo judicial devidamente liquidado e homologado.

Assim, o entendimento adotado pela decisão agravada traduz em claro enriquecimento ilícito/indevido da Fazenda Pública executada, ora agravada, ocasionando dessa forma violação aos arts. 884 e 927 do Código Civil.

A arguição da prescrição com fundamento no Decreto Federal 20.910/1932 somente seria possível no caso se o autor não desse início ao processo executivo após o transito em julgado, no prazo de cinco anos.

Trata-se de hipótese legal totalmente diferenciada no caso ora demandado, onde a execução judicial foi proposta dentro do prazo prescricional e ainda se encontra em andamento, sem ter havido sentença extintiva do feito.

O fato de não ter havido levantamento dos depósitos para pagamento das requisições de pequeno valor, não significa que tais valores devem ser revertidos aos cofres da União, pois, a qualquer momento os interessados poderão levantar a quantia depositada.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CANCELAMENTO DE ALVARÁ DE LEVANTAMENTO EMITIDO EM PROCESSO DE EXECUÇÃO, EM VIRTUDE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DE SEUS TITULARES. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. NÃO CABE MODIFICAÇÃO. 1. Trata-se de agravo de instrumento em face da decisão que indeferiu a devolução aos cofres públicos dos valores indicados nos alvarás de levantamento, emitidos em processo de execução ajuizado para repetição de indébito relativo ao recolhimento indevido de empréstimo compulsório incidente sobre consumo de combustíveis. 2. A agravante alega, em síntese, que pelo fato de terem sido cancelados os alvarás de levantamento em decorrência da não localização de seus titulares, esses valores deveriam ser devolvidos aos cofres públicos. Aduz que não haveria motivação para que ficassem retidos por prazo indeterminado até que um de seus beneficiários resolva requerer seu crédito. 3. O fato de não terem sido localizados os titulares dos alvarás de levantamento não enseja a devolução das quantias devidas à União Federal/Fazenda Nacional, já que os valores foram consignados em sentença transitada em julgado, não mais cabendo sua modificação. 4. Agravo de instrumento improvido.

(AG 200902010095717 – TRF2 – Quarta Turma Especializada – Julg. em 10/05/2011).

Ressalte-se que o Manual de Precatórios e RPVs deste tribunal, assim como a Resolução 405/CJF, refere-se a depósitos cancelados, situação diversa daquela tratada nestes autos. Ademais, a execução originária ainda se encontra em tramitação e sem haver ainda sentença, o que afasta, também, a aplicação das normas citadas.

Com base nessas considerações, *dou provimento* ao agravo de instrumento para deferir nos autos da execução originária a expedição de novas requisições de pagamento com base nos valores judiciais homologados em favor dos substituídos exequentes Dulce Gomes da Sivla, Edelmiro Torrez Perez e Dulcine Lima, tendo em vista que regularizaram a representação processual nos autos originários e fazem jus ao recebimento do crédito judicial homologado na execução coletiva.

(Agravo de Instrumento 0037753-30.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, *e-DJF1* de 15/12/2017, p. 1.925)

Agravo de Instrumento 0052809-06.2017.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

L Costa dos Santos Variedades ME e Lucinilde Costa dos Santos interpõem agravo de instrumento de decisão que, nos autos da ação da procedimento ordinário ajuizada contra a União e a Norte Energia S.A., objetivando o pagamento de indenização pelos prejuízos decorrentes da implantação da Usina Hidrelétrica UHE Belo Monte, reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* da União e, por conseguinte, declinou da competência para apreciar e julgar a causa a um dos juízes cíveis da Comarca de Altamira (PA).

Os agravantes sustentam, em resumo, a legitimidade da União e a competência da Justiça Federal, considerando que a responsabilidade da União decorre de preceito constitucional (art. 37, § 6º), o qual dispõe que ela é responsável pelos atos dos seus agentes, dentre estes as concessionárias de serviço público, não podendo a lei ou um contrato afastar a sua responsabilidade.

Acrescentam que, ainda que não se tratasse de responsabilidade solidária, remanesceria a responsabilidade subsidiária do ente concedente, pelo exercício do poder de Estado que ele confere ao concessionário.

Pugnam, pois, pela antecipação da tutela recursal.

Decido.

A decisão agravada foi assim fundamentada (fls. 91-95):

O artigo 29 da Lei nº 8.987/95 diz que incumbe ao poder concedente “declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.”

A Cláusula Oitava do Contrato de Concessão de Geração nº 001/2010 - MME-UHE Belo Monte prevê que compete à concessionária promover de forma amigável a liberação, junto aos proprietários, das terras necessárias à operação da UHE, bem como, nas hipóteses de desapropriação por utilidade pública dessas áreas, tomar as providências necessárias para sua efetivação e o pagamento das indenizações.

Assim, não há pertinência subjetiva para a União participar da lide, nos exatos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil. Vejamos:

Imputar responsabilidade à União para conceder remanejamento ou indenização aos autores ofende diretamente os Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes, sendo que tais direitos devem ser implantados através de Políticas Públicas e não pela desobediência a termos do licenciamento ambiental, e muito menos, por inadimplemento do empreendedor.

Certo é que, a União não é seguradora universal (contrato de seguro) das atividades que licencia.

Proceder de forma diversa criaria responsabilidade ao ente concedente sem norma jurídica para tanto, acarretando insegurança sempre que houver empreendimento licenciado por órgão público, além de afastar a incidência do artigo 29 da citada regra, à míngua de declaração expressa de sua inconstitucionalidade, a qual não se afigura plausível.

Logo, na hipótese de procedência do pedido, caberá a Norte Energia S.A. indenizar a parte autora, já que assumiu tal compromisso no licenciamento ambiental.

Anoto que a atribuição de promover o reassentamento urbano, executar a obra e pagar as indenizações são atos exclusivos da NESA. Ocorrendo o descumprimento de condicionante ambiental ou ato ilícito por parte desta, não é a União que terá que arcar com as responsabilidades, pelo contrário, também poderá buscar nas vias corretas a revogação da licença, execução do contrato de concessão, aplicação de multa e etc., afastando-a ainda mais do polo passivo da presente ação.

Nem se avenge aqui que a requerida teria que fiscalizar o cumprimento da Licença Ambiental, até porque não há legitimidade ao autor para, em ação indenizatória, forçar o cumprimento do Contrato de Concessão realizado entre o Poder Público e a Concessionária. Em outras palavras, não há pertinência subjetiva ao autor para pleitear causa de pedir e pedido desta natureza.

Assim, é ilegítimo o ente público para figurar como réu ou assistente simples na ação indenizatória relativa a descumprimento de condicionantes ambientais pela Norte Energia S/A.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL PERDAS E DANOS DECORRENTES DA CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE LAJEADO. PROJETOS E OBRA SOB A RESPONSABILIDADE DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. EXCLUSÃO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Correta a decisão que excluiu a União do pólo passivo de ação de indenização por perdas e danos decorrentes da construção da Usina Hidrelétrica de Lajeado, cuja responsabilidade e encargos relacionados com a elaboração do projeto e a execução das obras e respectivos serviços foram atribuídos ao Consórcio Usina Lajeado (Cláusula 2ª do Contrato de Concessão). 2. Inexistindo efetivo interesse da União na causa, por não lhe caber responsabilidade pelos atos da Concessionária, a competência em ação movida por particular é da Justiça Estadual. 3. Apelação improvida (AC 2002.43.00.000207-3/TO, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ p.443 de 23/08/2002).

PROCESSUAL CIVIL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONSÓRCIO USINA LAJEADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL 1. “Correta a decisão que excluiu a União do polo passivo de ação de indenização por perdas e danos decorrentes da construção da Usina Hidrelétrica de Lajeado, cuja responsabilidade e encargos relacionados com a elaboração do projeto e a execução das obras e respectivos serviços foram atribuídos ao Consórcio Usina Lajeado (Cláusula 2ª do Contrato de Concessão)” (AC 2002.43.00.000214-5/TO, Rei. Juiz Federal Avio Mozar José Ferraz de Novaes, 5ª T, DJ de 24/08/2007, p. 96.). 2. Inexistindo efetivo interesse da União na causa, por não lhe caber responsabilidade pelos atos da concessionária, a competência para julgamento da ação indenizatória movida por particular é da Justiça Estadual e não da Justiça Federal (CF, artigo 109, I). 3. Nega-se provimento ao recurso de apelação. APELAÇÃO 00002084920024014300. e-DJF1 DATA:06/07/2011 PAGINA:420

Compulsando os autos, verifico que a causa de pedir e pedido são relativos a danos materiais e morais advindos de ato exclusivo da Norte Energia. Diz que o empreendimento atingiu seu imóvel, e, para isso, busca lucros cessantes e danos morais. Os elementos da lide corroboram a ilegitimidade da contestante. O pleito deve ser direcionado a quem eventualmente cometeu ato ilícito e causou os danos materiais e morais e não terceiro alheio.

Inverter essa lógica seria concluir que todos dos atos causados pelo empreendedor seriam passíveis de responsabilização da União.

Ao fim e ao cabo, improcedem as alegações de que a União como financiadora, contratante e fiscalizadora da obra, deveria ser acionada diretamente a assumir o ônus da remoção e indenização das famílias. A ilegitimidade do ente não afasta a responsabilidade da Norte Energia, e esta, poderá ser pleiteada na Justiça Estadual competente.

O que não se deve aceitar são alegações genéricas e criação de responsabilidades contrárias à lei (nº 8.987/95) e ao Contrato de Concessão (nº 001-2010), sem o mínimo de apontamento de participação da parte no ato ou negócio jurídico, com o único embasamento que cabe ao Poder Público o ônus de remover e indenizar as famílias, quando não há nenhum resquício de que a Norte Energia não cumpriria com a condenação correlata pelo juízo competente.

Com tais considerações, reconheço a ilegitimidade passiva da União e, por conseguinte, declino da competência para apreciar e julgar a presente causa a um dos juízos cíveis da Comarca de Altamira/PA, com fundamento no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

Como visto da decisão agravada, não estão presentes os pressupostos autorizadores para o deferimento da medida liminar postulada.

Com efeito, sobre a matéria, compartilho do entendimento já estabelecido no âmbito da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de que é de responsabilidade da concessionária a indenização pelos danos advindos da execução de obras, serviços e atividades necessárias à exploração do serviço concedido, sendo a União parte ilegítima para figurar como litisconsorte passivo necessário.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CONTRA ELA PROPOSTA. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO.

I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que é de responsabilidade da concessionária a indenização pelos danos advindos da execução de obras, serviços e atividades necessárias à exploração do serviço concedido, sendo a União ilegítima para figurar como litisconsorte passivo necessário. Precedentes.

II - Não possuindo a União legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, a competência para julgar o feito é da Justiça Estadual.

III - Regimental em Agravo de Instrumento da mesma co ré no processo principal, ré originária em feito similar, de autoria da terceira residente no local, a que a 5ª Turma já negava provimento quanto à necessidade de litisconsórcio passivo da União (0065583-49.2009.4.01.0000).

IV - Agravo interposto pela União ao qual se dá provimento.

(TRF da 1ª Região: AG 0009385-55.2010.4.01.0000/MG – Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – e-DJF1 de 20.03.2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE LAJEADO. FALTA DE LEGITIMIDADE DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DAS CONCESSIONÁRIAS PELOS DANOS DECORRENTES DA OBRA.

1. Afigura-se correta a sentença que excluiu a União do polo passivo de ação de indenização por perdas e danos decorrentes da construção da Usina Hidrelétrica de Lajeado, porquanto a responsabilidade pelas indenizações pelos danos decorrentes das obras e serviços foi atribuída ao Consórcio Usina Lajeado, nos termos da Cláusula 2ª, letra “c”, do Contrato de Concessão n. 05/1997.

2. Sentença confirmada. 3. Apelação desprovida.

(TRF da 1ª Região: AC n. 0000371-29.2002.4.01.4300/TO – Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – e-DJF1 de 31.05.2010)

Ante o exposto, por não vislumbrar a presença dos requisitos autorizadores, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

(Agravo de Instrumento 0052809-06.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 24/01/2018, p. 2.658)

Agravo de Instrumento 1001472-24.2018.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Neste agravo de instrumento, Cidade Serviços e Mão de Obra Especializada Ltda. pretende a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido de liminar, em que objetiva a suspensão de sua exclusão do Programa de Regularização Tributária – PRT, instituído pela Medida Provisória 766/2017.

A agravante relata que foi excluída do parcelamento por não ter recolhido a terceira parcela do programa.

Informa que o sistema bancário não processou o pagamento requerido por ser tal dia feriado no DF e, no dia seguinte — primeiro dia útil —, o sistema não gerou novo DARF.

Alega que não foi formalmente notificada, antes da sua exclusão do programa de parcelamento, o que, a seu ver, fere os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Afirma que efetuou o depósito judicial integral das parcelas em aberto.

Requer, assim, a concessão de tutela de urgência, para que se suspenda a rescisão e a sua exclusão do parcelamento, com a consequente inexigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, IV e VI, do CTN, a expedição de certidão de regularidade fiscal, a não inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes e a reativação do parcelamento, com a ordem de levantamento dos valores depositados em juízo pela Fazenda Nacional.

Não houve intimação para contraminuta.

Decido.

Nos termos da Medida Provisória 766/2017, o não cumprimento dos incisos do art. 10 implica a exclusão do devedor do PRT, a exigibilidade imediata da totalidade do débito confessado e ainda não pago e automática execução da garantia prestada.

Entendo, porém, ser indevida e ilegal a exclusão de beneficiário do programa sem a regular e apropriada notificação prévia, uma vez que a ciência dos procedimentos que resultam no respectivo afastamento do programa não pode ser presumida, mas certa.

A Corte Especial deste TRF declarou a inconstitucionalidade da supressão da notificação prévia do contribuinte do ato de exclusão, em razão da não observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como das garantias estabelecidas no art. 37 da CF/1988 (ArgInc 2007.34.00.022211-3/DF, e-DJF de 16/11/2009).

Esta é a posição adotada pela 8ª Turma deste Tribunal (AC 0006808-31.2006.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado), DJ de 25/03/2011).

O Superior Tribunal de Justiça, no enfoque da legislação infraconstitucional, editou o enunciado 355 de sua Súmula e assentou a validade da notificação do ato de exclusão do Refis pelo Diário Oficial ou pela internet.

A análise efetuada pelo STJ, entretanto, está restrita à forma de notificação do ato de exclusão do programa e à validade da sua concretização pelo Diário Oficial ou pela internet, o que não se confunde com a existência de notificação prévia.

Presente, portanto, a probabilidade de direito da agravante.

Configurado, ainda, o *periculum in mora* porque a exigibilidade imediata da quantia referente aos débitos tributários incluídos no programa e a consequente impossibilidade de obtenção de certidões de regularidade fiscal causam diversas dificuldades e entraves ao desenvolvimento regular das atividades da agravante, o que pode gerar, inclusive, dificuldade de o Fisco receber seus créditos.

Impõe-se, assim, a reinclusão da agravante no parcelamento, com a adoção de todas as medidas necessárias para a suspensão da exigibilidade dos débitos.

Por essas razões, em juízo de cognição sumária, com base no poder geral de cautela e no art. 1.019, I, do CPC, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para determinar a reinclusão da agravante no parcelamento instituído pela Medida Provisória 766/2017, com a adoção de todas as medidas necessárias para a suspensão da exigibilidade do crédito.

Comunique-se ao duto magistrado *a quo*, para que dê imediato cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Após, intime-se a parte agravada para apresentar contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

(Agravamento de Instrumento 1001472-24.2018.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, decisão em 02/02/2018)

Agravamento de Instrumento 1002582-58.2018.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Neste agravamento de instrumento, Gol Linhas Aéreas S.A. pretende a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar.

A agravante relata que foi lavrado contra si auto de infração sob a acusação de débitos de IRPJ e de CSLL relativos aos anos-calendários de 2004 a 2007, acrescidos de juros de mora e de multa de ofício qualificada de 150%, em razão de fraude.

Informa que foi apresentada impugnação, a qual foi julgada parcialmente procedente para desqualificar a multa de ofício, o que a reduziu para 75% e afastou a fraude imputada à agravante, e reconhecer a decadência dos débitos do ano-calendário de 2004.

Afirma que a essa decisão foi interposto recurso de ofício para o Fisco e recurso voluntário pela agravante, ambos julgados improcedentes, razão pela qual as duas partes interpuseram recurso especial dirigido à Câmara

Superior de Recursos Fiscais, os quais foram julgados de forma favorável para a Fazenda Nacional por voto de qualidade, o que restabeleceu a multa qualificada e afastou a decadência.

Entende que o julgamento pelo CARF deve ser paritário, o que impede que o mesmo conselheiro tenha direito a votar duas vezes.

Defende que, no julgamento de órgão colegiado, no caso de empate, deve prevalecer o entendimento mais favorável ao contribuinte, sob pena de afronta ao princípio da legalidade e do *in dubio pro reo* e ao art. 112 do CTN.

Por fim, defende a ilegalidade da exigência dos juros sobre a multa de ofício.

Requer, assim, a suspensão da exigibilidade dos débitos veiculados nos Processos Administrativos 16643.000131/2010-41 e 16682-721.728/2017-33, até que seja julgado o *mandamus*.

Não houve intimação para contraminuta.

Decido.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF é órgão colegiado, paritário e responsável pela fase recursal do contencioso administrativo federal, cuja missão institucional é assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários.

Em razão da paridade, as turmas de julgamento são integradas por oito conselheiros — quatro representantes da Fazenda Nacional e quatro representantes dos contribuintes.

Não obstante isso, em contradição com a paridade designada, o Decreto 70.235/1972, que tem força de lei, determina, no § 9º do art. 25, que os “*cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade [...]*”

Por outro lado, o Código Tributário Nacional, que tem força de lei complementar, determina no art. 112 que, em caso de dúvida, a lei tributária deve ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte.

Essa contradição já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, pela ADI 5.731, que aguarda julgamento.

Na esfera legislativa, a matéria já foi objeto de discussão recente na Câmara dos Deputados, em destaque à MP 783/2017, porém, foi suprimido pelo Senado, e a referida MP foi convertida em lei, sem alteração do art. 25 citado.

A matéria, portanto, aguarda análise de sua constitucionalidade, o que implica dizer que a probabilidade do direito da agravante está *sub judice*.

Por outro lado, o perigo de dano para a empresa é evidente, diante da necessidade da suspensão da exigibilidade do crédito para a regular prática das suas atividades.

Por essas razões, em juízo de cognição sumária, com base no poder geral de cautela, no princípio da razoabilidade e no art. 1.019, I, do CPC, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para determinar a suspensão da exigibilidade dos débitos veiculados nos Processos Administrativos 16643.000131/2010-41 e 16682-721.728/2017-33, até que seja julgado o *mandamus*.

Comunique-se ao douto magistrado *a quo*, para que dê imediato cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Após, intime-se a parte agravada para apresentar contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

(Agravamento de Instrumento 1002582-58.2018.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, decisão em 02/02/2018)

Agravamento de Instrumento 1014243-68.2017.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, Ribeiro Engenharia Ltda. – ME pretende a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em ação de procedimento comum, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

A agravante relata que aderiu ao programa de parcelamento previsto na Lei 11.941/2009, com as alterações da Lei 12.865/2013, e, desde então, recolhe regularmente as respectivas parcelas, porém, até os dias atuais não houve a consolidação dos seus débitos e os recursos não foram alocados para liquidação dos seus débitos fiscais.

Pretende, portanto, que os recursos retidos pela Fazenda Nacional, sem alocação, sejam direcionados para viabilizar a sua migração para o Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, instituído pela Lei 13.496/2017 e sejam direcionados para pagamento da primeira etapa da adesão, que consiste no pagamento do valor referente à entrada no importe de 20% dos débitos atualizados, sem reduções, na forma do art. 3º, II, da Lei 13.496/2017.

Apesar de estar em curso prazo para manifestação da Fazenda Nacional, a primeira prestação do parcelamento, se deferido, vence nesta data, o que justifica a apreciação do pedido de tutela de urgência sem a manifestação da agravada.

Decido.

A Lei 13.496/2017 é a conversão da Medida Provisória 783/2017, que instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para quitação de débitos de natureza tributária ou não tributária, inclusive aqueles objeto de parcelamentos anteriores, rescindidos ou ativos.

Há especificação na lei das opções de modalidades para liquidação dos débitos e, em todas, há referência ao pagamento *em espécie* da primeira parcela ou do valor integral.

A agravante, ao fundamento de que a União retém ilegalmente seus recursos, postula a conversão do valor que já recolheu em programa de parcelamento anterior para pagamento da primeira parcela *em espécie* do PERT.

Não há de se falar em retenção ilegal de recursos, se os valores foram recolhidos pela agravante voluntariamente em decorrência de adesão a parcelamento, que se considera *automaticamente deferido quando decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha se pronunciado* (art. 12 da Lei 10.522/2002).

A adesão dos débitos do contribuinte ao programa de parcelamento implica na aceitação das condições estabelecidas pela norma de regência, salvo se inconstitucionais, o que não ocorre no caso.

O contribuinte que voluntariamente adere a parcelamento instituído pela Fazenda Pública concorda com os termos estipulados, e, dessa forma, deve submeter-se às condições previstas na lei que o instituiu, sob pena de o Poder Judiciário adentrar na Administração, o que não se admite.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

(Agravo de Instrumento 1014243-68.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, decisão em 31/01/2018)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora

Processual Civil. Fungibilidade recursal. Ação ordinária. Recurso nominado dirigido à Turma Recursal. Erro grosseiro. Inadmissibilidade. Previdenciário. Hidrocarbonetos. Benzeno. Agente comprovadamente cancerígeno. Avaliação qualitativa. Ausência de proteção capaz de neutralizar o agente nocivo. Permanência. Lei 9.032/1995. Não provimento.

I. O princípio da fungibilidade recursal consiste na possibilidade de admissão de um recurso interposto erroneamente e decorre do princípio da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais. Para tanto, faz-se necessária a presença de três requisitos: dúvida objetiva quanto à natureza jurídica da decisão a ser recorrida (divergência doutrinária ou jurisprudencial); inexistência de erro grosseiro por parte do advogado, o qual não poderá interpor recurso pelo meio diverso da forma que a lei explicitamente determina; interposição do recurso equivocado dentro do prazo do recurso correto para que seja atendido o pressuposto recursal da tempestividade.

II. Evidente o erro grosseiro do INSS ao interpor recurso nominado no lugar de apelação e dirigido à turma recursal em vez do tribunal, inviabilizando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

III. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício (Lei 8.213/1991, art. 57, § 5º).

IV. A caracterização do tempo de serviço especial obedece à legislação vigente à época de sua efetiva prestação. Precedentes do STJ: REsp 1401619/RS; AgRg no REsp 1381406/SP. Até a Lei 9.032/1995, bastava ao segurado comprovar o exercício de profissão enquadrada como atividade especial para a conversão de tempo de serviço. Após sua vigência, mostra-se necessária a comprovação de que a atividade laboral tenha se dado sob a exposição habitual e permanente a agentes nocivos (Precedentes do STJ: REsp 1369269/PR; AgRg no AREsp 569400/RJ).

V. A manipulação constante de óleos, graxas, solventes e outros produtos expõe os mecânicos de automóveis aos hidrocarbonetos, agentes químicos que autorizam a conversão, na forma do item 1.2.11 do Decreto 83.080/1979 (TRF1, AC 2005.38.04.002761-1/MG). A NR 15, Anexo XIII, considera de insalubridade máxima a exposição a hidrocarbonetos decorrente da atividade de manipulação de óleos minerais, parafina e outras substâncias cancerígenas afins.

VI. O benzeno é agente nocivo previsto nos anexos dos Decretos 53.831/1964, item 1.2.11; 83.080/1979, item 1.2.10; 2.172/1997 e 3.048/1999, item 1.0.3. A NR 15 estabelece que a insalubridade ao benzeno será constatada independentemente de concentração ou limite de tolerância, ou seja, por mera avaliação de sua presença no ambiente de trabalho — item 15.1.3, Anexo 13 e Anexo 13-A.

VII. A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador (Decreto 3.048/1999, art. 68, § 4º, com redação dada pelo Decreto 8.123/1913).

VIII. Para caracterização de períodos com exposição aos agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos listados na Portaria Interministerial 9, de 7 de outubro de 2014, Grupo 1, que possuem CAS e que estejam listados no Anexo IV do Decreto 3.048, de 1999, será adotado o critério qualitativo, não sendo considerados na avaliação os equipamentos de proteção coletiva e ou individual, uma vez que os mesmos não são suficientes para elidir a exposição a esses agentes, conforme parecer técnico da Fundacentro, de 13 de julho de 2010, e alteração do § 4º do art. 68 do Decreto 3.048, de 1999 (IN/INSS 77, de 21/01/2015).

IX. O benzeno é reconhecidamente agente cancerígeno (CAS 000071-43-2) e não se sujeita a limite de tolerância, nem há equipamento de proteção individual ou coletiva capaz de neutralizar sua exposição, como reconhecido pela autarquia e pelo MTE na própria portaria interministerial que publicou a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos.

X. A exigência legal referente à comprovação de permanência da exposição aos agentes agressivos somente alcança o tempo de serviço prestado após a Lei 9.032/1995. A constatação do caráter permanente da atividade especial não exige do segurado o desempenho do trabalho ininterruptamente submetido a um risco para a sua incolumidade. (TRF1, AC 0025672-76.2009.4.01.3800/MG.)

XI. O segurado trabalhou exposto ao benzeno e a hidrocarbonetos nos períodos de 02/06/1986 a 31/03/1990 (diluidor em destilaria, fls. 161-164), 1º/04/1990 a 31/05/1994 e de 1º/06/1994 a 29/04/1995 (operador de centrífuga em destilaria, fls. 165-168). Trabalhou exposto a benzeno, de forma permanente e sem proteção eficaz, nos períodos de 1º/05/1995 a 30/11/1995, 1º/05/1996 a 30/11/1996, 1º/05/1997 a 30/11/1997, 1º/05/1998 a 30/11/1998 e de 1º/05/1999 a 30/11/1999 (operador de centrífuga em destilaria, fls. 165-168).

XII. Apelação do INSS não conhecida. Não provimento da remessa.

(Apelação Cível 0007927-38.2013.4.01.3802/MG, rel. Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado), unânime, e-DJF1 de 04/12/2017, p. 697)

Primeira Câmara Regional Previdenciária da Bahia

Civil e Previdenciário. Ressarcimento ao Erário. Ilícito civil. Prescritibilidade. Boa-fé e natureza alimentar da prestação previdenciária. Sentença mantida.

I. Segundo a narrativa do INSS, o benefício de amparo assistencial fora deferido de modo irregular à falecida filha da parte-autora, pois a demandante percebe pensão por morte em valor mínimo e, por tal razão, a renda do núcleo familiar seria superior a ¼ do salário-mínimo, não atendendo à literalidade da Lei 8.742/1993. Vê-se, pois, que a conduta descrita não caracteriza um ilícito penal ou um ato de improbidade administrativa, de modo que a lesão ao Erário, ainda que ocorrida, não afasta a incidência da prescrição após o decurso do quinquênio.

II. A Constituição faz referência ao instituto da prescrição em várias passagens (além do art. 37, § 5º, o art. 53, § 5º e o art. 146, III, b), enumerando explicitamente as hipóteses de imprescritibilidade: art. 5º, incisos XLII e XLIV. Se a prescritibilidade das ações e pretensões é a regra — pode-se até dizer, o princípio —, a imprescritibilidade é a exceção, e, por isso mesmo, a norma que a contempla deve ser interpretada restritivamente. Nessa linha de entendimento, merece interpretação restritiva a excepcional hipótese de imprescritibilidade prevista no citado § 5º do art. 37 da Constituição Federal alcançando apenas as ações que busquem ressarcir danos decorrentes de atos de improbidade administrativa e aquelas que tenham por objeto danos decorrentes de ilícitos penais praticados contra a Administração Pública (neste sentido, voto proferido pelo Min. Teori Zavascki no RE 669069).

III. Ressalte-se que o INSS iniciou o procedimento para a cobrança da dívida em 2012, a despeito de o benefício ter sido cessado em 2006, com a morte da filha da autora. Prescrição consumada.

IV. Se isso não bastasse, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.114.938/AL, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, no tocante aos benefícios cuja concessão antecedeu à vigência da Lei 9.784/1999, como na hipótese, o prazo de que dispõe a Previdência Social para proceder à sua revisão, de dez anos, conforme previsto no art. 103-A da Lei 8.213/1991, tem como termo inicial a data de 1º/02/1999. Desse modo, em 2012, quando iniciado o procedimento para a revisão daquele ato a decadência já havia sido operada.

V. Além disso, o benefício recebido de boa-fé é irrepetível, conforme precedentes desta Corte, sustentados na condição de hipossuficiência do beneficiário e na natureza alimentar da prestação.

VI. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertence (Súmula 421/STJ). Igualmente, são indevidos honorários advocatícios quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública. Precedentes: STJ, AgRg no REsp 1.482.102/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/09/2016; AgInt no REsp 1560642/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 09/05/2017.

VII. Remessa oficial parcialmente provida para excluir a condenação ao pagamento de honorários.

(Remessa *Ex Officio* 0013969-64.2012.4.01.3600/MT, rel. Juiz Federal Cristiano Miranda de Santana (convocado), unânime, e-DJF1 de 04/12/2017, p. 545)

Previdenciário e Processual Civil. Remessa oficial tida por interposta. Ausência de prévio requerimento. Contestação de mérito. Interesse de agir caracterizado. Pensão por morte. Requisitos comprovados. Correção monetária e juros moratórios.

I. Como foi proferida sentença contrária aos interesses da autarquia federal, necessário empreender o reexame necessário, nos termos dos arts. 475, I, do CPC/1973, e 496, I, do NCPC/2015. Ressalte-se que não há prova nos autos de que os valores em jogo são inferiores a 60 (sessenta) salários-mínimos, de modo que não se pode aplicar a exceção do § 2º do dispositivo citado; nem o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do Plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente. Remessa oficial tida por interposta.

II. No que tange à apelação do INSS, relativa apenas à arguição de ausência de interesse de agir, por ausência de prévio requerimento administrativo, registre-se que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 631.240, com repercussão geral reconhecida, entendeu indispensável o prévio requerimento administrativo pelo segurado antes de pleitear benefício previdenciário nas vias judiciais, hipótese que se afasta, todavia, nos casos em que o INSS apresentou contestação de mérito no curso do processo judicial. Isso porque, havendo contestação, caracterizado está o interesse de agir da parte-autora, uma vez que há resistência ao pedido, não havendo que se falar em carência de ação. No caso, não houve requerimento administrativo, contudo tendo havido resistência, por parte da autarquia, quanto ao mérito, não há que se falar em ausência de interesse de agir.

III. O art. 74 da Lei 8.213/1991 prescreve que a pensão por morte será deferida ao cônjuge, à companheira, companheiro ou ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos. No tocante a estes, instituiu a lei presunção de dependência econômica.

IV. No caso dos autos, o óbito, ocorrido em 21/01/2009, restou comprovado pela respectiva certidão de fl. 28. Por sua vez, a qualidade de segurado restou incontroversa através do CNIS (fls. 64-67), que revela que o último recolhimento de contribuição previdenciária pelo falecido refere-se à competência 01/2009. No que tange à união estável entre a autora e o pretense instituidor do benefício, consoante constou da sentença, restou demonstrada, não só pelos documentos e fotografias trazidos com a inicial, mas também, as provas testemunhais foram consistentes no sentido de comprovar os fatos articulados na inicial, no sentido de que a autora mantivera convivência contínua, pública, duradora até a data do óbito e com o *animus* de constituir família, caracterizável como união estável, portanto ostentando ela a qualidade de dependente do segurado falecido, nos termos da lei de benefícios da Previdência Social. Consoante destacou o magistrado *a quo*, “o fato de a requerente alegar que não estava vivendo na mesma casa que o de cujus, não afasta o reconhecimento da união estável, devendo esta ser reconhecida quando demonstrada a convivência pública e contínua dos companheiros, com aparência de casamento aos olhos da sociedade, conforme comprovados pelas testemunhas [...]”. E, ainda, “da leitura dos autos verifico que há prova farta e suficiente da existência de união estável entre a autora e o segurado falecido, como se vê da oitiva das testemunhas ouvidas em audiência, aliados a documentos juntados nos autos de onde se extrai que o casal conviveu por aproximadamente 07 anos, sendo a convivência notória na sociedade”. Desta forma, a sentença recorrida não merece reparos, uma vez que a apelada, quando do falecimento do segurado, ostentava a condição de companheira e, como tal, a dependência econômica necessária à obtenção do benefício pleiteado na inicial.

V. O STF, apreciando o tema 810 da repercussão geral a partir do RE 870947, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do relator: 1) O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009; e 2) O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Com isto, segundo o voto vencedor, os benefícios previdenciários devem ter as parcelas vencidas atualizadas monetariamente segundo o IPCA-E, a partir da vigência da Lei 11.960/2009. No período que antecede à vigência do citado diploma legal, a correção monetária se fará nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Considera-se, ainda, de acordo com precedente do STJ (REsp 201700158919, rel. Min. Herman Benjamin, STJ, Segunda Turma, DJE de 24/04/2017), que a matéria relativa a juros e correção monetária é de ordem pública e cognoscível, portanto, de ofício, razão por que se afasta a tese de *reformatio in pejus* nesses casos.

VI. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento. Alteração de ofício da sentença, quanto aos juros e correção monetária, nos termos do item 5.

(Apelação Cível 0000833-76.2015.4.01.9199/RO, rel. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado), unânime, e-DJF1 de 1º/02/2018, p. 392)

Previdenciário e Processual Civil. Auxílio-doença/aposentadoria por invalidez. Trabalhador rural. Incapacidade permanente. Laudo pericial conclusivo. Condições pessoais. DIB. Correção monetária e juros moratórios.

I. Hipótese que não comporta a remessa necessária, considerando que é possível verificar de plano que a condenação imposta até a data da prolação da sentença não ultrapassa o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos, nos termos do art. 475, I, do CPC/1973, vigente à ocasião da prolação da sentença.

II. O benefício de auxílio-doença funda-se no art. 59 da Lei 8.213/1991, que garante sua concessão ao segurado que esteja incapacitado para o trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, cumprido o período de carência respectivo, equivalente a doze contribuições mensais. De seu turno, na forma do art. 42 da referida lei, é devida aposentadoria por invalidez ao segurado total e permanentemente incapacitado para o exercício de atividade que lhe assegure a subsistência, uma vez cumprida a carência exigida.

III. No presente caso, insurge-se a parte-autora em face da concessão do benefício de auxílio-doença e não aposentadoria por invalidez, ao argumento de comprovada a incapacidade permanente por perícia judicial. Com efeito, a conclusão da perícia indica que o autor é portador de patologia dor na coluna e no ombro – “*Cervicalgia crônica por espondiloartrose e lombalgia crônica por espondilodiscartrose e estenose do canal medular por alterações congênitas e mecânicas por osteofitose marginal*”, além de “*ombro doloroso crônico à esquerda por tendinopatia do músculo subescapular*” (CID M47.8 + M48.0 + M54.2 + M54.5 + M75.1), havendo incapacidade permanente para o trabalho. O *expert* atesta precisamente estar o autor incapacitado *em sua plenitude* para o trabalho rural (resposta ao quesito 1 do autor), não havendo possibilidade de reabilitação para o exercício de trabalho rural (resposta ao quesito 3 do autor), mas para *atividades que não demandem esforço físico continuado*. Inobstante não tenha concluído o *expert* pela incapacidade total do autor, tendo consignado a possibilidade de reabilitação para desempenho de atividade que não exija esforço físico, bem como sugerido a concessão do benefício de auxílio-doença, o quanto se vê dos autos, diversamente, permite concluir pela concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, dadas as circunstâncias pessoais registradas (61 anos de idade à época da perícia, agricultor (há quinze anos), semialfabetizado, o exercício de atividade laboral braçal durante toda a vida, em serraria e como agricultor, tornam improvável a sua reinserção

no mercado de trabalho). O laudo pericial mostra-se claro, objetivo e conclusivo, não padecendo de qualquer irregularidade. Assim, restando incontroversa a condição de segurado do autor, aliada à comprovação, através do laudo médico oficial de que o mesmo não mais reúne as condições necessárias ao desempenho das suas atividades laborais habituais de rural, mostra-se devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, como requerido.

IV. Nos termos do art. 43 da Lei 8.213/1991, a DIB será a data do requerimento administrativo ou o dia imediato ao da cessação do auxílio-doença. Não havendo requerimento, será a data da citação ou a data do laudo médico pericial. *In casu*, inobstante o requerimento administrativo formulado em 04/04/2014 (fl. 49), a perícia judicial, realizada em 11/11/2014, concluiu que a doença remonta há mais de 15 anos, não precisando data de incapacidade. Assim, a data do início do benefício deve ser fixada na data da realização da perícia, em 11/11/2014.

V. O STF, apreciando o tema 810 da repercussão geral a partir do RE 870947, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do relator: 1) O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009; e 2) O art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Com isto, segundo o voto vencedor, os benefícios previdenciários devem ter as parcelas vencidas atualizadas monetariamente segundo o IPCA-E, a partir da vigência da Lei 11.960/2009. No período que antecede à vigência do citado diploma legal, a correção monetária se fará nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Considera-se, ainda, de acordo com precedente do STJ (REsp 201700158919, rel. Min. Herman Benjamin, STJ, Segunda Turma, DJE de 24/04/2017), que a matéria relativa a juros e correção monetária é de ordem pública e cognoscível, portanto, de ofício, razão por que se afasta a tese de *reformatio in pejus* nesses casos.

VI. Apelação da parte-autora a que se dá parcial provimento, quanto à conversão do benefício em aposentadoria por invalidez, desde a data da realização da perícia médica judicial. Sentença alterada de ofício quanto à regulamentação dos juros e correção monetária (item 5).

(Apelação Cível 0050223-15.2015.4.01.9199/RO, rel. Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado), unânime, e-DJF1 de 1º/02/2018, p. 396)

Segunda Seção

Processo Penal. Mandado de segurança. Direito de visita reconhecido por lei. Impossibilidade de restrição por norma de menor hierarquia. Regras de Mandela. Posterior arquivamento do inquérito policial que deu ensejo à proibição. Ordem concedida.

I. Cinge-se a controvérsia sobre a legalidade de ato praticado pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia que indeferiu o pedido de autorização de visita pessoal e social da impetrante ao seu esposo que está custodiado na Unidade Prisional Federal de Porto Velho/RO, por figurar como investigada em inquérito policial.

II. A Lei 7.210/1984, em seu art. 41, assegura sem restrição o direito à visitação, o que se insere no propósito de conferir significado tanto ao direito do acusado de ressocializar-se mediante contato com o mundo externo, como também se insere no âmbito do direito constitucional de proteção à família (art. 226 da CF).

III. Não se nega a possibilidade de restrição a direito, desde que a restrição revele-se proporcional, num sentido de mostrar-se adequada e necessária à proteção de outro bem ou direito de mesma ou maior hierarquia. De qualquer jeito, a restrição ao direito conferido por lei deveria vir disposta também em norma legal.

IV. No caso presente, a restrição imposta não atende a nenhum desses pressupostos, isto é, não se mostra adequada ou necessária à proteção de qualquer outro direito, uma vez que o fato de existir ou não registros positivos de inquéritos ou processos judiciais dos parentes que pretendem a visita nada dizem com a possibilidade de violação das regras de segurança do estabelecimento prisional. Por outro lado, sendo o direito à visita garantido por lei, evidentemente, não poderia sofrer restrição por ato normativo de menor hierarquia, no caso a Portaria DEPEN 54/2016, do Departamento Penitenciário Nacional.

V. No Brasil, recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu publicidade, em 2016, durante a 232ª Sessão Ordinária, à tradução oficial das chamadas *Regras de Mandela*, preceitos mínimos da Organização das Nações Unidas (ONU) para o tratamento de presos, atualizadas no ano passado pela instituição internacional. O documento oferece balizas para a estruturação dos sistemas penais nos diferentes países e revê as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” aprovadas em 1955.

VI. Como informado pelo juízo *a quo*, com o arquivamento do inquérito policial no qual a impetrante era investigada, o óbice que existia encontra-se superado, não se justificando, por mais esse motivo, a manutenção do indeferimento da visita social.

VII. A Procuradoria Regional da República proferiu parecer pela concessão da segurança diante do arquivamento do aludido inquérito policial.

VIII. Segurança concedida.

(Mandado de Segurança Criminal 0022002-03.2017.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 26/09/2017, p. 19)

Segunda Turma

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Ministério Público da União. Plano de saúde. Plan Assiste. Alterações no regulamento. Majoração de custeio para dependentes. Possibilidade. Limitação de tempo de permanência em UTI. Cláusula abusiva. Sentença reformada em parte.

I. O Regulamento Geral do Plan Assiste prevê a possibilidade de exclusão, alteração, redução ou mesmo sustação da concessão de qualquer tipo de benefício, a critério do Conselho Deliberativo do plano, não havendo direito adquirido violado, uma vez que os benefícios previstos não criam direitos de qualquer espécie para os participantes, nos termos do art. 76 do dito regulamento.

II. As modificações implementadas atingem, inclusive, quem aderiu ao plano em questão antes da Resolução 20/1998, visto que os autores já tinham conhecimento de que poderia haver alterações quanto à forma e o percentual de participação e que os benefícios dispostos no Plan Assiste não criam direitos.

III. O Superior Tribunal de Justiça já sumulou (Súmula 302) sobre o tema, considerando abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita tempo de internação do consumidor/paciente, especialmente quando a internação se dá em UTI, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, a prevalência do princípio da boa-fé objetiva e opção por uma solução humanista. Isto porque não há como se prever por quanto tempo o paciente precisará permanecer em uma Unidade de Terapia Intensiva, antes de ter o quadro clínico estabilizado.

IV. Abusiva a cláusula que estabelece limite de tempo para permanência em Unidade de Terapia Intensiva, devendo ser afastada tal limitação.

V. Diante da configuração da sucumbência parcial das partes, cada qual arcará com o pagamento das custas e dos honorários do advogado da parte adversa, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos §§ 2º e 14, parte final do art. 85 do NCP.

VI. Apelação parcialmente provida, nos termos dos itens 4 a 5.

(Apelação Cível 0040381-02.2002.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, *e-DJF1* de 04/12/2017, p. 291)

Constitucional e Processual Civil. Entidade associativa. Ação coletiva. Direito individual homogêneo. Idoneidade da via processual. Filiação anterior à data de propositura da ação. Legitimidade para atuar como representante processual. Autorização expressa individual dos associados. Desnecessidade. Sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito. Apelação provida. Sentença anulada. Julgamento de procedência do pleito.

I. A ação coletiva é via processual idônea para a tutela de direitos individuais homogêneos, uma vez que é possível um comando sentencial genérico, que aplique o direito a casos homogêneos. A sentença, em processos coletivos que visem a resguardar interesses individuais homogêneos, ostenta, em essência, carga genérica. Assim, no momento da execução do comando genérico, deve haver a habilitação, na fase de cumprimento, quando haverá necessidade de um comando sentencial específico, que há de verificar se a situação do habilitante se enquadra no comando genérico da sentença coletiva, o que é próprio da essência desse tipo de processo. Nesse sentido, não há óbice em que servidores públicos, que não usufruíram de licença-prêmio, quando em atividade, nem computaram o respectivo tempo para fins de inatividade, valham-se da ação coletiva, com vistas no reconhecimento do direito à indenização.

II. Consoante decidiu o STF, no RE 573.232/SC, é constitucional o art. 2º-A da Lei 9.494/1997. Assim, em homenagem aos princípios constitucionais, em especial os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do juiz natural, é de observar-se a exigência da filiação à entidade associativa, em data anterior à do ajuizamento da ação.

III. Até o advento da MP 1.522/1996, a qual alterou a sistemática inscrita no art. 87 da Lei 8.112/1990, os servidores públicos que se aposentaram sem usufruir os períodos referentes às licenças-prêmio, tampouco os tenham utilizado para passar à inatividade, fazem jus a convertê-los em indenização pecuniária, eis que presumida a necessidade do serviço. Essa pretensão não é obstada pelo fato de não existir expressa previsão legal a assegurar o direito, consoante precedentes desta Corte.

IV. "A Corte Especial do STJ (MS 17.406/DF), ao interpretar o momento em que se daria a aposentadoria, estabeleceu que o início do cômputo prescricional do direito à conversão em pecúnia da licença-prêmio coincide com o dia posterior ao qual o ato de aposentadoria ganhou eficácia com o registro de vontade da Corte de Contas" (AC 0050879-79.2010.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal João Luiz de Sousa, Segunda Turma, *e-DJF1* de 14/11/2016).

V. Em ações coletivas, os requisitos para a execução do julgado devem ser analisados *ut singuli*, em relação a cada um dos beneficiários.

VI. Conseqüências da condenação fixados de acordo com o entendimento jurisprudencial da Segunda Turma desta Corte Regional Federal, levando-se em consideração, no tocante à correção monetária e aos juros de mora, inclusive, a conclusão do julgamento do RE 870.947, pelo Supremo Tribunal Federal.

VII. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença. Julgamento no permissivo do art. 1.013, § 3º, do NCPC. Pedido julgado procedente.

(Apelação Cível 0003639-02.2007.4.01.3400 DF, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, *e-DJF1* de 04/12/2017, p. 294)

Terceira Turma

Processo Penal. Ordem de habeas corpus. Contrabando de cigarros. 1.700 (mil e setecentas) caixas. 17 (dezessete) milhões de unidades. Garantia da ordem pública. Instrução criminal. Aplicação da lei penal. Presença dos requisitos legais da segregação cautelar. Medidas alternativas. Impossibilidade. Regime menos gravoso. Via inadequada. Ordem denegada.

I. Conquanto a prisão preventiva seja exceção no ordenamento jurídico, sua decretação é possível como na espécie, para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, pois há nos autos evidências de que os custodiados, ora pacientes, possam concretamente reiterar a conduta criminosa.

II. Caracterizados, no caso vertente, a materialidade e a autoria. Decisão fundamentada hábil à manutenção da medida constritiva, face a necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

III. Os pacientes foram presos em flagrante por terem, em tese, praticado o delito do art. 334-A, §1º, V, c/c art. 29, ambos do Código Penal, ao transportarem 17 (dezessete) milhões de unidades de cigarros contrabandeados.

IV. As condições subjetivas favoráveis alegadas pela parte impetrante em favor dos pacientes, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

V. "O princípio da presunção de inocência não é incompatível com a decretação de prisão cautelar quando presentes, concreta e fundamentadamente, os requisitos da espécie" (TRF1. HC 0036481-35.2016.4.01.0000/DF, Terceira Turma, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 19/10/2016).

VI. Não se afigura plausível afirmar que a prisão cautelar é desproporcional em face de eventual condenação ou do regime inicial de cumprimento de pena, razão pela qual, em sede de ordem de *habeas corpus*, é impossível concluir que a parte-ré possa ser beneficiada com a fixação de regime menos gravoso ou que haveria substituição da reprimenda por restritiva de direito, por se tratar de via inadequada para essa finalidade. Precedentes da Corte.

VII. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(*Habeas Corpus* 0051477-04.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 11/12/2017, p. 291)

Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de pessoas. Art. 231, caput, do Código Penal. Aliciamento de mulheres brasileiras para exercer a prostituição em Suriname. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria.

I. O delito tipificado no art. 231 do Código Penal consuma-se com a simples promoção, intermediação ou facilitação da entrada ou da saída de pessoas do território nacional, para fim do exercício da prostituição, não se exigindo a produção de qualquer resultado posterior. O crime de tráfico de pessoas é consumado com meros atos preparatórios. É um delito formal, que pune a periculosidade da ação.

II. Autoria e materialidade do delito suficientemente demonstradas nos autos, por prova documental e testemunhal firmes e seguras quanto à prática delitiva. Réu incidiu, livre e conscientemente, nas penas do art. 231, *caput*, do Código Penal.

III. Não se pode considerar na dosimetria da pena, para efeito de elevar a pena-base, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, dados ou fatos que já integram a descrição do tipo, sob pena de se estar incorrendo em *bis in idem*.

IV. Nada a reparar na avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Pena-base mantida porque adequada aos ditames dos arts. 59 e 68 do Código Penal e em obediência aos princípios da suficiência e necessidade.

V. Apelação do réu não provida.

VI. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

(Numeração única: 0005596-27.2006.4.01.3900, Apelação Criminal 2006.39.00.005596-7/PA, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p.1.537)

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Fundos de investimento. Renda fixa. Marcação a mercado. Fiscalização. Bacen. Ato de improbidade. Dano. Dolo ou culpa grave. Ausência de prova. Não provimento.

I. Ação civil pública e de improbidade administrativa em razão da suposta prática de atos causadores de danos a investidores cotistas de fundos de investimento e de omissão no dever de fiscalização e violação de regras estabelecidas pelo Bacen e pela CVM desde 1991 que determinavam a precificação das cotas dos fundos de investimento de renda fixa pelo valor de mercado dos ativos que compunham a respectiva carteira de investimentos, somente aplicando-o a partir de 31/05/2002, causando prejuízos aos cotistas destes fundos, razão pela qual deveriam ressarcir esses danos (Lei 7.913/1989, art. 1º).

II. Falta de prova de omissão dolosa no dever de fiscalizar e punir os administradores destes fundos de investimento pela violação das regras de mercado, não ocorrendo a prática de ato de improbidade administrativa e enriquecimento ilícito (Lei 8.429/1992, art. 10, XII, art. 11, caput, II).

III. Preliminares resolvidas no julgamento do agravo de instrumento 2007.01.00.045221-7 interposto contra a decisão que recebeu a petição inicial no processo apenso 2002.34.00.033095-8DF.

IV. Precedente do STF que não exclui do regime de jurídico da Lei 8.429/1992 ex-agentes políticos sujeitos ao regime de crimes de responsabilidade (AC 3585 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, processo eletrônico DJe-211, divulgado em 24/10/2014, publicado em 28/10/2014).

V. Não se aplica a Lei 11.036/2004, que conferiu *status* de ministro ao presidente do Banco Central, pois os fatos narrados e a formação da lide ocorreram em 2002, quando não havia tal previsão, não se cogitando em falar na retroatividade desta lei.

VI. A brusca oscilação no mercado dos fundos de investimento em renda fixa ocorrida no primeiro semestre de 2002 é fato notório e incontroverso, amplamente reconhecido pelas próprias partes e na imprensa nacional, inclusive havendo numerosas matérias de revistas e jornais sobre o assunto.

VII. O Bacen e, posteriormente, a CVM, editaram sucessivas normas que previam a marcação a mercado dos ativos integrantes das carteiras dos fundos de investimento (Circulares Bacen 2.594/1995, 2.616/1995, 2.654/1996, 3.086/2002 e 3.096/2002 e a Resolução CMN 2.183/1995; Instrução Normativa CVM 365/2002).

VIII. A prática de marcação a mercado dos ativos somente foi efetivamente adotada a partir de 2002, quando já havia fundos de investimento em renda fixa totalmente adequados à normatização e que obedeciam às regras de marcação a mercado na precificação de seus ativos e obtiveram grande destaque em 2002.

IX. A alegação de que o valor de mercado das Letras Financeiras do Tesouro – LFT foi praticamente igual ao valor de aquisição durante muito tempo revela a inconstância dos agentes em adotar a regra de marcação a mercado e a suposição de prejuízo aos investidores.

X. O prejuízo decorrente da súbita depreciação do valor das cotas de diversos fundos de investimento teria decorrido tanto de causas inerentes ao risco do investimento e como do descumprimento das regras, não se podendo determinar tampouco presumir a responsabilidade, pela reparação dos danos, para o fundo de investimento e seus administradores.

XI. Agentes retardaram em adotar plenamente a marcação a mercado justamente para proteger os investidores que haviam ingressado no fundo sob as regras anteriores, e que a adoção abrupta em maio de 2005 precipitou os prejuízos a curto prazo, que puderam ser recompostos a quem manteve a posição até a estabilização dos investimentos e a recuperação de seus valores.

XII. A ação civil é a via adequada para requerer a condenação de agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa caracterizado por ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e, notadamente, importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao Erário Público (art. 10) e atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

XIII. A responsabilidade por atos de improbidade administrativa encontra fundamento na Constituição da República de 1988 – CR/1988 quando impõe obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), destacando a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º).

XIV. A má-fé na gestão pública deve ser demonstrada na conduta atribuída a cada agente que, dolosa ou culposamente, pratica atos de improbidade administrativa violadores dos preceitos da Administração, lesivos ao Erário ou de enriquecimento ilícito.

XV. O apelante não conseguiu demonstrar que os atos praticados pelos apelados implicaram em efetivo dano ao Erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública, circunstâncias indispensáveis para incidir ao caso concreto a consequente a condenação pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, II e VI, da Lei 8.429/1992.

XVI. Não provimento da apelação.

(Apelação Cível 0033027-23.2002.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado), unânime, *e-DJF1* de 11/12/2017, p. 232)

Estelionato. Competência. CR 1988, art. 109, IV. SUS. Cobrança indevida. Dolo. Erro e fraude. CP, art. 171, § 3º. Prova. Provimento.

I. Ainda que o médico tenha exigido pagamento do particular para realizar a cirurgia coberta pelo Sistema Único de Saúde – SUS, sua ação indevida afeta bens e interesses federais sujeitos à competência da Justiça Federal (CR/1988, art. 109, IV), considerando que a emissão da Autorização de Internação Hospitalar – AIH revelou-se contrária ao procedimento. (Precedentes: HC 76.689/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/06/2010, *DJe* de 04/10/2010. CC 95.134/MG, rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Terceira Seção, julgado em 14/03/2011, *DJe* de 1º/04/2011. TRF1. ACR 0005965-54.1997.4.01.3700/MA, Terceira Turma, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *e-DJF1* de 09/05/2008, p. 116). (PIMP 0019601-65.2016.4.01.0000/MG, rel. Desembargador Federal Ney Bello, Segunda Seção, *e-DJF1* de 17/11/2016).

II. O apelado foi denunciado porque, em 24/06/1999, no Hospital Aroldo Tourinho, em Montes Claros (MG), realizou cirurgia cobrando do particular o pagamento de R\$ 1.200,00, enquanto emitiu posterior Autorização de Internação Hospitalar – AIH, do mesmo procedimento cirúrgico, e recebeu do SUS R\$ 571,34.

III. O crime de estelionato configura com a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, com pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa, o que é aumentada quando praticado em detrimento de entidade de direito público, como é o caso do SUS (CP, art. 171, § 3º).

IV. O apelado claramente agiu fraudulentamente quando induziu o paciente a assinar os papéis referentes ao procedimento coberto pelo SUS enquanto, ao mesmo tempo, exigiu o pagamento pela cirurgia realizada. A conduta visava receber em duplicidade pela cirurgia, com pleno conhecimento de que, com o pagamento particular, não poderia expedir a correspondente e indevida autorização de internação hospitalar.

V. Não se aplica a causa de diminuição da pena do arrependimento posterior, porque, não obstante o apelado tenha devolvido antes da denúncia o valor cobrado do particular, a lesão contra o SUS não foi reparada, considerando que a emissão da AIH foi indevida e, portanto, não houve reparação (CP, art. 16).

VI. Provimento da apelação, reforma da sentença e procedência da denúncia para condenar o réu nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal.

VII. Considerando as circunstâncias judiciais e a culpabilidade favoráveis, a ausência de antecedentes criminais (fls. 106-111), a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime (art. 59), inclusive o valor relativamente baixo, sem maiores repercussões, pena-base no mínimo de 1 ano mais 1/3 por ter sido praticado em detrimento ao SUS, totalizando 1 ano e 4 meses de reclusão no regime aberto (art. 33, §

2º, c), substituída por prestação de serviços à comunidade e multa também no mínimo de 10 dias (art. 49) mais 1/3 totalizando 13 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo da época dos fatos corrigido.

(Numeração única: 0033840-72.2006.4.01.3800, Apelação Criminal 2006.38.00.034582-0/MG, rel. Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado), unânime, e-DJF1 de 26/01/2018, p. 1.205)

Quarta Turma

Penal. Processo Penal. Atentado contra a segurança de transporte fluvial. Princípio in dubio pro reo. Materialidade. Insuficiência de provas. Apelação provida.

I. A imputação do crime do art. 261 (*caput*) do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), em razão do excesso de passageiros em embarcação fluvial, não dispensa a prova técnico-documental da capacidade de transporte pela embarcação, para a aferição do eventual transporte de carga e pessoas acima do limite técnico e, conseqüentemente, do perigo à incolumidade pública pelo viés da segurança do meio de transporte, não tendo a acusação se desincumbido desse ônus.

II. A sentença condenatória, arrimada apenas na prova oral, não se credencia à confirmação. Levou-se em conta apenas depoimento dos acusados e de uma testemunha, que disse não se recordar da inspeção realizada na embarcação Santana. Não foram trazidos aos autos os documentos do barco, onde constem as suas especificações de capacidade de transporte de cargas e de pessoas. Na dialética processual penal, o ônus de prova incumbe a quem alega (art. 156 – CPP).

III. Provimento da apelação.

(Numeração única: 0000578-59.2004.4.01.3200, Apelação Criminal 2004.32.00.000578-9/AM, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 11/12/2017, p. 323)

Administrativo. Improbidade administrativa. Execução de contrato administrativo. Companhia rá – CDP. Aditivos pactuados em virtude de reajuste salarial cogente e de elevação da carga tributária. Legitimidade dos termos aditivos. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Inexistência de lesão ao Erário. Inexistência de improbidade administrativa. Provimento da apelação dos demandados.

I. Narra a inicial que, por meio de processos licitatórios, a Companhia Docas do Pará – CDP celebrou com a Amazon Construções e Serviços Ltda. o Contrato 18/2003, no final de 2003, tendo por objeto o fornecimento de mão de obra de três motoristas, no valor mensal de R\$ 696,06, o qual passou por um aditivo; e, com a Brasil Service Conservação e Serviço, o Contrato 04/2003, no valor de R\$ 4.600,00, cujo objeto era a prestação de serviços de porteiro, servente e supervisor, a ser executado nos portos de Belém, Vila do Conde, Óbidos, Altamira e Terminal Petroquímico de Miramar, que passou por nove aditivos; e o Contrato 27/2003, no valor de R\$ 540.000,00, para a prestação de serviço de apoio administrativo e operacional no porto de Belém, que também sofreu nove aditivos.

II. Na execução dos contratos, segundo a imputação, teria sido desrespeitado o prazo mínimo de um ano de vigência para que fossem pactuados termos aditivos, para reajuste das respectivas retribuições, ainda que à conta de alteração de tributos (no aumento da Cofins) e do reajuste salarial da categoria profissional dos prestadores dos serviços, em virtude de convenção coletiva de trabalho, irregularidades que constituiriam atos de improbidade que causa lesão ao Erário, tese aceita pela sentença, que condenou os demandados (ora apelantes) como incurso no art. 10, II, da Lei 8.429/1992, e acentuou que os fatos que levaram ao reajuste não o justificariam, por serem previsíveis ao ensejo da efetivação da proposta.

III. A compreensão não parece a mais realista, pois a empresa que celebra contrato com a Administração tem direito ao seu equilíbrio econômico-financeiro, como é natural em qualquer contrato, não podendo ser obrigada a ver reduzida a sua retribuição (suportando prejuízo), prestado o serviço na forma contratada, em virtude do incremento futuro de custos, como o do reajuste salarial obrigatório da respectiva categoria e da elevação da carga

tributária, que não poderiam ser levados em conta na data da proposta, por se cuidar de fatos futuros, sem falar que a empresa não poderia adivinhar a elevação futura de tributo.

IV. O aumento da alíquota da Cofins decorreu da Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, após a celebração dos Contratos 18/2003; 04/2003 e 27/2003, nos períodos de 03/10/2003; 02/06/2003 e 03/11/2003, nessa ordem. Sendo o agravamento dos encargos tributários posterior à celebração dos contratos, aplica-se o art. 65, II, alínea *d*, da Lei 8.666/1993, uma vez que houve a imprevisibilidade do fato. Cabe, também, a aplicação do § 5º do art. 65 (idem), pois o tributo foi alterado após firmados os contratos, não havendo nenhuma ilegalidade (nem improbidade) a ser corrigida quanto a esse aspecto.

V. Com relação aos termos aditivos celebrados em virtude do reajuste salarial da categoria, em decorrência de convenção coletiva de trabalho, ainda que se considere inaceitável a revisão do contrato por força desse motivo, o fato é que não se pode dizer que houve ato de improbidade administrativa, uma vez que, em todos os contratos, ficou demonstrado que a Administração repassou às empresas contratadas os valores pactuados. Da mesma forma, não se há de cogitar de dano ao Erário, tanto mais que não há notícia (nem se cogita) de que tenha havido superfaturamento dos preços repassados às empresas.

VI. A sentença positiva que os serviços contratados foram devidamente executados e os preços estavam de acordo com os praticados no mercado; e que “Os pagamentos realizados após a vigência do contrato 18/2003 de fato ocorreram, consoante se extrai dos autos, contudo, não é possível afirmar que não tenha havido a correspondente prestação de serviços. O autor não logrou comprovar aqui a ocorrência de prejuízo ou enriquecimento ilícito por parte da empresa contratada ou outro”.

VII. Costuma a jurisprudência afirmar que os atos de improbidade administrativa não se confundem com ilegalidades administrativas ou inaptidões funcionais, que sequer existiram no caso. Mui diversamente, a ausência da recomposição da equação financeira do contrato é que produziria um efeito inverso, com um enriquecimento sem causa para a Administração, correspondente ao déficit de retribuição imposto ao contratado.

VIII. Para a configuração da improbidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/1992 — atos que acarretem lesão ao Erário — é necessário que fique caracterizado o dolo, ou, pelo menos, a culpa grave, punindo-se o agente que não empregou em seu comportamento os cuidados necessários para a proteção do patrimônio público, assim entendido como o “conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencente ao poder público.”

IX. O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deriva também da Constituição, ao estabelecer que, nas contratações realizadas pela Administração Pública, as mesmas condições previstas nas propostas, incluídas as econômicas e financeiras, devem ser mantidas durante a execução do contrato (art. 37, XXI).

X. Nem a alínea *d* do inciso II nem o § 5º do art. 65 da Lei 8.666/1993 fazem referência à onerosidade excessiva como condição para que se busque o reequilíbrio do contrato. Prevê-se apenas que fique comprovada a repercussão nos preços contratados, sendo a repactuação uma forma de negociação entre a Administração e o contratado, para que haja a adequação dos preços contratuais aos novos preços de mercado. A revisão também não fica sujeita a prazo pré-fixado, pois não depende de periodicidade mínima, podendo o contrato ser revisto desde que comprovada a ocorrência dos pressupostos previstos no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/1993 (Orientação Normativa AGU 22, de 1º de abril de 2009).

XI. O fato de o assessor jurídico da CDP ter firmado parecer favorável à assinatura dos termos aditivos, salvo demonstração inequívoca de dolo ou má-fé, não pode importar a sua responsabilização individual pelo ato tido por irregular, ou improbo (sendo o caso).

XII. Provimento das apelações. Improcedente (*in totum*) a ação de improbidade administrativa.

(Apelação Cível 0008433-55.2006.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 11/12/2017, p. 326)

Quinta Turma

Constitucional e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Inscrição em processo seletivo. Inexistência do nome da candidata na listagem de inscritos. Impossibilidade de realização da prova. Erro de procedimento. Frustração de justas expectativas. Indenização por danos morais. Cabimento. Valor indenizatório. Adequação.

I. Comprovados os fatos descritos na petição inicial, não há que se falar em responsabilidade subjetiva, uma vez que não se trata de ato omissivo, mas de erro de procedimento da Fundação Universidade do Amazonas – FUA, que se descuidou do dever de efetivar a inscrição da candidata, o que foi, inclusive, reconhecido nos autos pela Universidade Federal do Amazonas.

II. Na espécie, mostra-se evidente o dano moral suportado pela autora, tendo em vista que suas justas expectativas de crescimento pessoal, intelectual e social foram frustradas, em virtude de sua não participação no referido processo seletivo, sem que tenha dado causa a tal resultado.

III. Nesse sentido, o *quantum* da reparação deve considerar, para seu arbitramento, as circunstâncias e peculiaridades da causa, não podendo ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

IV. No caso, há de reconhecer que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é por demais módico quanto ao prejuízo moral decorrente do ato ilícito praticado pela Universidade Federal de Amazonas, contudo, diante da ausência de recurso pela promovente, bem como da vedação de reforma para pior (*ne reformatio in pejus*), deve ser mantida a quantia arbitrada, não prosperando, também nesse ponto, a pretensão recursal em referência.

V. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0013692-55.2010.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/12/2017, p. 73)

Administrativo. Ensino superior. Diploma de doutorado realizado no estrangeiro. Registro/admissão/revalidação por universidade pública federal. Observância dos critérios estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

I. Na hipótese dos autos, a pretensão recursal não merece prosperar, uma vez que o Decreto 5.518/2005, responsável pela promulgação do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, em momento algum determina o registro automático de títulos acadêmicos obtidos no estrangeiro pelas universidades brasileiras, ainda que seja para fins de admissão para o exercício de atividades de docência e pesquisa, devendo ser observado, para tanto, o processo de revalidação previsto na Lei 9.394/1996. Precedentes do colendo STJ e desta egrégia Corte Regional.

II. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0002545-30.2009.4.01.3600, Apelação Cível 2009.36.00.002545-1, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 15/12/2017, p. 2.330)

Fundação Nacional do Índio. Responsabilidade civil. Morte de menor em terra indígena, causada por arma de fogo manejada por silvícola e por ele utilizada na segurança do local. Verba advocatícia de sucumbência. Majoração.

I. Tratando-se de morte de menor, ocorrida no interior de terra indígena e provocada por silvícola em decorrência de disparo de arma de fogo por ele utilizada para segurança do local, responde a Fundação Nacional do Índio pela indenização correspondente, na linha da jurisprudência da Corte em casos com conformação fática como a ora sob apreciação.

II. Indenização por danos materiais e morais arbitrada também em sintonia com a jurisprudência da Corte, esta na importância de R\$ 124.000,00 (cento e vinte e quatro mil reais), monetariamente atualizada a partir da prolação da sentença, e aquela em quantia correspondente a dois terços do salário-mínimo até a data em que a vítima

completaria vinte e cinco anos e, a contar de então, em um terço do valor do piso nacional de salários até o provável falecimento do instituidor da pensão, considerada sua expectativa de vida, ou o falecimento do beneficiário.

III. Honorários advocatícios de sucumbência majorados para R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), observando-se o valor da condenação, o zelo e o trabalho do profissional, o tempo gasto para sua realização, e o juízo de equidade mandado observar pela legislação processual civil.

IV. Recurso de apelação e remessa oficial não providos, provido o recurso adesivo.

(Numeração única: 0001777-74.2009.4.01.3901, Apelação e Reexame Necessário 2009.39.01.001788-0/PA, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 18/12/2017, p. 442)

Ação civil pública. Hospital conveniado ao SUS. Irregularidades. Ofensa ao direito à saúde. Direito difuso. Danos morais difusos. Danos morais e materiais suportados por aqueles que sofreram cobranças indevidas.

I. Demonstrado que o Instituto Ortopédico de Goiânia – IOG, que era conveniente do SUS, de maneira recorrente, deixava de informar à Central de Vagas do Sistema Estadual de Saúde – SES e do Sistema Municipal de Saúde – SMS o número de vagas disponíveis; negava a existência de vagas para atendimento pelo SUS; e efetuava, indevidamente, a cobrança de honorários médicos e despesas hospitalares de pacientes que deveriam ter sido atendidos pelo Sistema Único de Saúde.

II. A presente ação civil pública tem como objeto a tutela do direito fundamental à saúde, o qual se qualifica como direito difuso, socialmente relevante.

III. Deve ser condenado o IOG ao ressarcimento dos danos morais difusos, pois, ao negar informações sobre os leitos da enfermaria e UTI, negar atendimento pelo SUS à demanda espontânea e cobrar de pacientes passíveis de serem atendidos pelo SUS, o instituto praticou atos que atingiram o direito à saúde e produziram uma imagem ainda mais negativa do serviço de saúde pública prestado no País, caracterizando, assim, a ocorrência de dano moral coletivo.

IV. Tendo em vista os danos materiais e morais suportados pelos pacientes do SUS advirem da conduta ilícita do instituto, merece também ser provido o pedido de ressarcimento dos referidos danos.

V. Dá-se provimento aos recursos de apelação do Ministério Público Federal e da União para condenar o demandado a ressarcir os danos morais difusos, em montante a ser definido em liquidação, bem assim a ressarcir os danos materiais e morais suportados pelos pacientes que sofreram as cobranças indevidas, com valores a serem revertidos ao fundo a que se refere a Lei 7.347/1985.

(Numeração única: 0000538-79.2006.4.01.3500, Apelação Cível 2006.35.00.000540-5/GO, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 22/01/2018, p. 991)

Administrativo e Civil. Anistia política. Reparação econômica e danos morais. Cumulação. Lei 10.559/2002. Renúncia tácita à prescrição. Encarceramento. Tortura. Provas. Indenização. Quantum. Honorários advocatícios. Juros de mora. Litigância de má-fé. Não ocorrência. Imposto de Renda sobre indenização por danos morais. Pagamento da indenização. Ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

I. O entendimento jurisprudencial prevalente nesta Corte é no sentido de ser possível a cumulação da indenização a título de danos morais e a reparação econômica conferida ao anistiado pela Lei 10.559/2002.

II. A jurisprudência desta Corte e do egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o advento da Lei 10.559/2002 importou renúncia tácita à prescrição, quando estabeleceu regime próprio para os anistiados políticos e assegurou a eles a reparação econômica de caráter indenizatório.

III. A responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988, impõe o dever de indenizar do Estado, quando verificado o dano material ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a ação de agentes públicos, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente.

IV. No caso presente, as provas constantes dos autos demonstram o encarceramento do autor, entre 09/04/1969 e 28/08/1974, e as torturas por ele sofridas naquele período, não havendo dúvidas acerca da existência do dano e do nexo de causalidade entre ele e os atos dos agentes da União.

V. *Quantum* da indenização fixado, na sentença, de acordo com parâmetros de razoabilidade.

VI. Honorários advocatícios e juros de mora corretamente fixados na sentença, os primeiros, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, a partir da sentença, e os segundos, a contar do evento danoso (abril de 1969), à taxa de 5% ao mês até o dia 10/01/2003 e, a partir de 11/01/2003, pela taxa Selic, devendo incidir, a partir de 30/06/2009, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

VII. Sem condenação da União em litigância de má-fé, pois não caracterizada, nos termos do art. 17 do CPC/1973, então vigente, pois não adotado nenhum comportamento que pudesse causar dano processual.

VIII. Súmula 498 do STJ – “*Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.*”

IX. Tendo em vista a indenização por dano moral não ostentar natureza alimentar, seu pagamento deve seguir a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

X. Apelação da União desprovida e apelo adesivo da parte-autora parcialmente provido para determinar que não haja cobrança de Imposto de Renda sobre a indenização arbitrada para reparação de danos morais.

(Numeração única: 0036465-26.1999.4.01.3800, Apelação Cível 1999.38.00.036609-0/MG, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 22/01/2018, p. 974)

Sexta Turma

Processual Civil, Constitucional e Administrativo. Ação ordinária. Nulidade de ato administrativo. Royalties. Desenquadramento da Zona de Produção Secundária do Rio de Janeiro. Violação ao devido processo legal. Ocorrência. Sentença reformada.

I. A conclusão, pelo magistrado de primeiro grau, de que os municípios afetados pelo enquadramento dos autores/apelantes na Zona de Produção Secundária do Estado do Rio de Janeiro, para fins de percepção de *royalties*, devem figurar no feito na condição de litisconsortes passivos necessários ensejaria, em tese, a decretação da nulidade da sentença e o retorno dos autos à origem, para abertura de prazo para defesa e especificação de provas. Isso porque, embora a condição de litisconsortes passivos necessários tenha sido reconhecida aos mesmos, quando da prolação da sentença, não se pode considerar que eles tiveram oportunizado prazo para defesa e especificação de provas, até porque, ao contrário do consignado na sentença, decisão interlocutória proferida em momento anterior não decidira acerca de litisconsórcio. Não bastasse isso, petição dos municípios considerados litisconsortes, manifestando-se acerca de pedido de antecipação dos efeitos da tutela, não pode ser considerado comparecimento espontâneo, na medida em que, por ocasião do referido peticionamento, os municípios em questão não constavam dos registros processuais como réus, até porque a ação fora ajuizada apenas contra a ANP. Dessa forma, concluindo o magistrado de primeiro grau que a hipótese era de admitir tais municípios como litisconsortes passivos necessários, deveria ter proferido decisão nesse sentido, ocasião em que lhes seria oportunizado participar do processo.

II. Embora a questão relativa ao ingresso dos municípios afetados pela pretensão dos autores/apelantes seja de ordem pública, não se revela possível a esta Corte, no presente momento processual, rever a questão relativa à (im)possibilidade de tais entes figurarem como litisconsortes passivos necessários, a partir do argumento de que eles teriam tão somente interesse econômico. Isso porque, decidida a questão na sentença recorrida, os autores/apelantes não requereram a reforma do provimento judicial neste particular, de modo que operada a preclusão, conforme precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça.

III. A conclusão acerca da preclusão, contudo, não enseja a imediata decretação da nulidade da sentença e o consequente retorno dos autos à origem, a fim de que aos municípios litisconsortes seja oportunizado o prazo de defesa, já que, conforme dito alhures, o comparecimento para os fins do art. 526, no caso concreto, não pode suprir a

falta de citação. Incidência do princípio *pas de nullité sans grief*, vez que a questão posta para exame é eminentemente jurídica e não demanda dilação probatória, posto que se restringe à *análise da ocorrência ou não de violação ao devido processo legal em procedimento administrativo*. Ademais, nesta instância recursal, foi oportunizado prazo para os municípios litisconsortes se manifestarem, sendo que as petições aqui apresentadas podem ser consideradas suficientes para o estabelecimento do contraditório, sem que haja qualquer prejuízo no julgamento do recurso de apelação, no que se refere ao mérito da questão posta nos autos. Não bastasse isso, embora a questão esteja abarcada pela preclusão, fato é que o interesse dos municípios litisconsortes é meramente econômico, já que a pretensão dos autores/apelantes é tão somente de verem declarado nulo procedimento administrativo que, sem respeitar o devido processo legal, os desenquadrado da Zona de Produção Secundária, afetando sua esfera jurídica. Importante destacar, ainda, que a sentença é de improcedência dos pedidos formulados pelos autores, de modo que, mais uma vez, inexistente qualquer prejuízo aos municípios litisconsortes. Por fim, ressalte-se que se trata de demanda antiga, iniciada em 2007, sendo que o recurso de apelação ora em análise foi distribuído nesta Corte em 15/08/2011, não havendo necessidade de que, apenas para atender a questão de forma, seja reconhecida a nulidade da sentença recorrida, se, repita-se, não há qualquer prejuízo aos municípios em questão.

IV. O exame atento dos documentos acostados aos autos revela que, de fato, num primeiro momento, o desenquadramento dos autores/apelantes da Zona de Produção Secundária do Estado do Rio de Janeiro iria ocorrer sem a observância do devido processo legal. Ocorre que, remetidos os autos do processo administrativo à Procuradoria Federal junto à ANP, esta, em parecer inicial, registrou expressamente a necessidade de observância do rito descrito na Lei 9.784/1999, com a abertura de prazo para manifestação dos interessados e especificação das provas, bem como para apresentação de alegações finais, quando fosse o caso. Observado o rito procedimental necessário, não há mais que se falar em violação ao contraditório, até porque, conforme o conjunto probatório constante dos autos, embora a comunicação do desenquadramento tenha ocorrido sem oportunizar aos interessados prazo para manifestação, ela apenas foi efetivada após regular trâmite administrativo e decisão do órgão competente (Diretoria Colegiada da ANP). Em outras palavras, o ato do superintendente de controle das participações governamentais da ANP que informou o desenquadramento dos municípios apelantes não foi ato final a justificar a tese de que a notificação dos interessados ocorreu de forma diferida. O ato propriamente dito de desenquadramento é de atribuição da Diretoria Colegiada da ANP, a teor dos arts. 7º e 9º, III, do Decreto 2.455/1998. Tanto é assim que, embora o Ofício 263/2007/SPG, de 18/07/2007, tenha comunicado ao IBGE o desenquadramento dos municípios autores/apelantes, neste momento em clara ofensa ao devido processo legal, como restou posteriormente reconhecido pela Procuradoria Federal junto à ANP, o efetivo desenquadramento somente ocorreu após deliberação da Diretoria Colegiada da ANP, cautelarmente, em 16/10/2007, posteriormente confirmada em 18/12/2007. A corroborar, ainda, o fundamento de que o efetivo desenquadramento apenas ocorreu em 16/10/2007, nada obstante o Ofício 263/2007/SPG, de 18/07/2007, o fato de a ação ter sido ajuizada apenas em 13/11/2007.

V. Há nulidade do procedimento administrativo, contudo, por violação à ampla defesa. Embora os documentos que embasaram o enquadramento sejam claros ao afirmar que, desde julho/2005 até 03/10/2006, o gás natural movimentado no gasoduto Gasbel é proveniente da Bacia de Campos. Já os documentos que motivaram o desenquadramento corroboram a alegação anterior, no sentido de que, naquele período, não houve a movimentação de gás boliviano; porém, trazem informações supervenientes no sentido de que, em dezembro de 2006 e em determinados meses do ano de 2007, o gasoduto Gasbel recebeu, esporadicamente, gás escoado da Bolívia pelo Gasbol, “suprindo lacunas no abastecimento regular do gás proveniente da Bacia de Campos”.

VI. Dos dois documentos que ampararam o desenquadramento, há apenas uma contradição quanto à informação de, em 2007, ter havido ou não o escoamento de gás boliviano no Gasbel: enquanto o primeiro afirma que tal escoamento ocorreu apenas no dia 27/01, o segundo afirma que, no mês de janeiro, foi transportado gás exclusivamente da Bacia de Campos. O equívoco em questão, todavia, não sustenta o pedido de decretação de nulidade do processo administrativo respectivo. Isso porque a divergência refere-se a apenas um dia, ao passo que os mesmos documentos comprovam que nos meses de abril e maio de 2007 também ocorreu o transporte de gás boliviano.

VII. Também não há contradição, a ensejar o reconhecimento de violação à ampla defesa, entre o Memorando 9/SPG (elaborado em razão de mandado de segurança impetrado pelos litisconsortes passivos necessários e que

tramitou na Seção Judiciária do Rio de Janeiro) e os Ofícios TRANS-DT/COM/3005/07 e TRANSPETRO/DGN/COM 4/07. O fato de dele constar a informação de que o gasoduto Gasbel serve para escoar a produção de gás natural da Bacia de Campos não impede que, esporadicamente, conforme afirmado pela Transpetro nos ofícios acostados aos autos, circule gás de origem boliviana.

VIII. Há contradição, todavia, entre o documento TRANS-DT/COM/3005/07 e o Ofício 12/2007/PMRJ, conforme apontado expressamente, no âmbito administrativo, pela Procuradoria Federal junto à ANP. Embora os autores/apelantes não tenham juntado aos autos o citado Ofício 12/2007/PMRJ, não sendo possível, portanto, verificar a alegada ocorrência de contradição a ensejar o acolhimento da pretensão recursal, não é possível olvidar o fato de que a própria Procuradoria Federal junto à ANP reconheceu, no âmbito administrativo, a necessidade de sanar contradição entre os documentos citados na Nota PROGE-RJ 575/07. Em relação à contradição apontada pela Procuradoria Federal junto à ANP, não houve qualquer providência no âmbito administrativo, conforme se verifica da análise dos autos do procedimento administrativo, o que enseja violação à ampla defesa, notadamente porque, conforme ressaltado por aquele órgão, “não pode a ANP, sob pena de ser leviana, ora considerar um, ora considerar o outro como verdadeiro, sem mover-se no sentido de apurar a verdade dos fatos”. Inexistência de conclusão distinta da violação à ampla defesa, sendo a declaração de nulidade do ato de desenquadramento medida que se impõe, com o consequente pagamento, inclusive, dos valores de *royalties* no período em que os autores/apelantes permaneceram desenquadrados sem observância do devido processo legal.

IX. “- Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência.” (RMS 28517 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, acórdão eletrônico DJe-082, divulg. 30/04/2014.)

X. As questões de mérito relativas às alegações de o gás transportado ser ou não processado e de o gasoduto Gasbel transportar ou não gás boliviano não podem ser analisadas no caso concreto, vez que a ação ajuizada restringiu-se a questionar a regularidade procedimental do processo administrativo no qual praticado o ato de desenquadramento.

XI. Recurso de apelação interposto pelos autores a que se dá provimento, prejudicados os agravos internos interpostos pela ANP e pelos litisconsortes passivos necessários. Condenação da ANP e dos litisconsortes passivos necessários ao pagamento das custas processuais, sendo a autarquia condenada tão somente ao ressarcimento das já adiantadas pelos autores, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, *pro rata*, observados os percentuais mínimos descritos nas alíneas do § 3º do art. 85 do CPC/2015, considerando o elevado valor da condenação, a ser apurado em fase própria.

XII. Efeitos financeiros pretéritos suspensos até o trânsito em julgado do acórdão.

(Apelação Cível 0039805-33.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 04/12/2017, p. 524)

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Exposição de guardas de endemias ao dicloro-difenil-tricloroetano (DDT) sem o fornecimento de equipamentos de proteção. Contaminação indireta de viúva de servidor da Funasa não demonstrada. Juros de mora e correção monetária. Incidência. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e data do arbitramento do dano moral. Sucumbência parcial. Honorários advocatícios.

Fixação. Art. 86 do novo Código de Processo Civil (CPC). Apelo dos autores parcialmente provido. Prescrição. Prejudicial rejeitada. Recurso da Funasa provido em parte. Juros de mora.

I. Não pode prevalecer a alegação de decurso do prazo prescricional para a propositura da lide, tendo em vista que os autores tomaram conhecimento do seu estado de saúde, resultante da contaminação pelo pesticida, entre 19/08/2014 e 26/08/2014, quando foram realizados os exames clínicos por grupo de trabalho instituído pela Funasa, razão por que não está atingida pelo lapso prescricional a pretensão deduzida em 30/10/2013, aplicando-se, na espécie, o art. 1º do Decreto 20.910/1932, conforme entendimento sedimentado neste Tribunal (AC 0003263-79.2008.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, *e-DJF1* de 30/03/2015, p. 2.040).

II. A demonstração de que os autores tiveram contato com o DDT, na condição de agente de saúde pública e mestre de lancha, sem que lhes fossem fornecidos equipamentos de proteção eficazes, é suficiente para caracterizar o direito à reparação do dano moral a que foram submetidos, cujo valor deve corresponder a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por ano de contato com o pesticida, situação que, no caso, foi satisfatoriamente demonstrada em relação aos servidores da Funasa, nos períodos compreendidos entre as respectivas datas de ingresso na Superintendência de Campanhas de Saúde Pública e 08/01/1998, quando foi suspenso o uso do DDT pela ré, após a edição da Portaria 11/1998 pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde reconhecendo a toxicidade do DDT e os efeitos deletérios causados à saúde.

III. A viúva de servidor que exerceu o cargo de guarda de endemias não faz jus à reparação do dano moral diante da falta de comprovação de que teve efetivo contato com o DDT, não sendo suficiente, para tanto, a alegada contaminação indireta, especialmente quando consta dos autos informação, não impugnada pelos autores, de que a litisconsorte não quis sequer ser submetida aos exames toxicológicos realizados pelo grupo de trabalho instituído pela Funasa.

IV. A correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na conformidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, vigente à época da liquidação da sentença.

V. A incidência dos juros de mora, na espécie, deve ser feita em consonância com os ditames da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, a partir do evento danoso.

VI. A correção monetária deverá incidir a partir do arbitramento (AC 0021403-94.2004.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, *e-DJF1* de 06/09/2013, p. 318).

VII. Em face da sucumbência parcial, e mediante a aplicação do disposto no art. 86 do novo CPC, fixa-se o valor referente aos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, que deverá ser pago pelos litigantes às respectivas partes contrárias, na conformidade do art. 85, § 3º, inciso I, do CPC em vigor.

VIII. Tendo os autores litigado sob o pálio da justiça gratuita, não há custas a serem restituídas por parte da Funasa, e a condenação referente aos honorários advocatícios, imposta aos demandantes, fica condicionada à ressalva prevista no art. 98, § 3º, do atual CPC.

IX. Sentença mantida no ponto que julgou improcedente o pedido em relação à viúva de servidor público.

X. Apelação dos autores parcialmente provida.

XI. Recurso da Funasa provido, em parte, para determinar os critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária.

(Apelação Cível 0019613-87.2013.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 26/09/2017, p. 387)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Legitimidade da União. Tratamento médico. Competência. Art. 109, § 2º, CF. Procedimento cirúrgico. Tema não analisado em primeiro grau. Supressão de instância. Recurso não conhecido no particular.

I. Cinge-se a questão em torno (I) da legitimidade passiva *ad causam* da União; e (II) da discussão acerca da concessão do tratamento cirúrgico.

II. O entendimento pacificamente perfilhado por esta e. Corte quanto ao tema é no sentido de que “Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União e pelo Estado de Minas Gerais rejeitada” (AC 0006576-66.2009.4.01.3803/MG, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 18/01/2013, p. 1.377). Assim, a apreciação e o julgamento da demanda encontram-se lastreados no art. 109, I, da CF, tendo em conta que a União faz parte do polo passivo da ação originária.

III. No que tange à cirurgia pleiteada, não cabe qualquer análise jurisdicional acerca de tal assunto, porquanto a decisão agravada em nenhum momento tratou desse tema, ou seja, a decisão que ensejou o presente recurso não indeferiu o acesso ao procedimento cirúrgico, de forma que tratar, agora, desse ponto acarretaria, a toda evidência, supressão de instância e violação ao princípio do juiz natural.

IV. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento, apenas para reincluir a União no polo passivo da demanda e, por conseguinte, restabelecer a competência da Subseção Judiciária de Juína/MT para processar e julgar a ação originária. Recurso não conhecido na parte atinente ao pedido de fornecimento do tratamento.

(Agravo de Instrumento 0034891-86.2017.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 12/12/2017, p. 802)

Constitucional. Administrativo. Ação ordinária. Concurso público. Cargo de técnico judiciário – área administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Exame de saúde. Eliminação sob o fundamento de incompatibilidade entre o fato de ter tido anteriormente câncer de mama e o exercício das funções do cargo pretendido. Comprovação da aptidão por meio de perícia judicial e nomeação e posse para o mesmo cargo no TRT da 23ª Região.

I. Incabível a alegação da União de ausência de interesse, sob o argumento de que o concurso em discussão teve o seu prazo de validade expirado em 22/12/2011 e de que a presente ação somente foi ajuizada em 18/01/2012, uma vez que a autora foi nomeada pelo Ato 434, de 16 de dezembro de 2011 e, convocada para a realização dos exames de saúde, foi expedido Laudo Médico Pericial em 12/01/2012, que foi impugnado nesta ação.

II. No caso dos autos, a autora se inscreveu no concurso público para provimento do cargo de técnico judiciário – área administrativa, em vaga destinada aos candidatos deficientes, do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, regido pelo Edital 01/2010. Após regular aprovação e nomeação, a candidata foi considerada incapaz para o exercício laboral, baseando-se no fato de ter sido diagnosticada anteriormente com neoplasia de mama, nas características do tumor retirado e na possibilidade de eventual recidiva no futuro.

III. A realização de exames médicos pré-admissionais em concursos públicos é regra perfeitamente legal e aceitável, uma vez que busca aferir se o candidato possui condições física ou mental, para a realização das atividades inerentes ao cargo pretendido.

IV. O Laudo Pericial Judicial constante dos autos afirmou que a autora não possui incompatibilidade com o exercício das funções do cargo pretendido. Além disso, a candidata foi aprovada posteriormente em outro concurso público, para o mesmo cargo no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, tendo, inclusive, passado por exames médicos e sido empossada, o que afasta a tese de incapacidade laboral.

V. A declaração de incapacidade laboral da autora, sob o fundamento de ter retirado tumor maligno (câncer) com alto risco de recidiva configura verdadeira regra discriminatória, ilegal, inadequada e desproporcional.

VI. Remessa oficial, tida por interposta, e apelação conhecidas e, no mérito, não providas.

(Apelação Cível 0003299-82.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 2.198)

Oitava Turma

Administrativo. Mandado de segurança. Fiscalização profissional. OAB. Indeferimento de inscrição. Servidor de Tribunal de Contas Estadual. Hipótese de impedimento, não de incompatibilidade. Exercício da advocacia com restrição. Lei 8.906/1994, art. 30, I. Possibilidade. Precedentes do TRF1 e do STJ. Remessa oficial não provida.

I. “Nos termos do art. 30, I, da Lei 8.906/1994, ‘são impedidos de exercer a advocacia servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora’. A vedação aplica-se ao servidor ocupante de cargo no Poder Legislativo Municipal em demanda ajuizada em desfavor do Município. No mesmo sentido: REsp 527.963/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 4.12.2006” (REsp 1.109.182/PR, STJ, Primeira Turma, rel. Ministra Denise Arruda, STJ, DJe de 09/12/2009).

II. “O Conselho Federal da OAB uniformizou a matéria no diz respeito à incompatibilidade dos cargos de servidores dos tribunais ou conselhos de contas, e entendeu que ‘a fiscalização da aplicação da receita tributária não se inclui no tipo de incompatibilidade do art. 28, VII, do Estatuto’ (Lei 8.906/1994)” (ReeNec 0046138-65.1997.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (convocado), TRF1, Terceira Turma Suplementar (Inativa), DJ de 03/04/2003, p. 99).

III. A impetrante, analista de controle externo – TCM.ACE.A/3 do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará, obteve êxito em desincumbir-se do ônus que lhe cabia (CPC, art. 373), comprovar que não está submetida à incompatibilidade prevista no art. 28, II, da Lei 8.906/1994, mas, tão somente, a mero impedimento, consoante disposto no art. 30, I, da referida norma legal.

IV. Remessa oficial não provida.

(Reexame Necessário 0016096-06.2016.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 26/01/2018, p. 3.076)

Decisões Monocráticas

Habeas Corpus 0052615-06.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Cristiano Zanin Martins e outros em favor de Luiz Inácio Lula da Silva e Luis Cláudio Lula da Silva, em face da decisão do Juízo Federal da 10ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Penal 0076573-40.2016.4.01.3400, designou audiência para o interrogatório dos réus, ora pacientes, sem que antes tenham sido ouvidas todas as testemunhas arroladas pelas respectivas defesas, o que estaria a implicar nulidade processual, pela suposta ocorrência de inversão tumultuada da ordem processual e de prejuízo à ampla defesa.

Alegam os impetrantes que o art. 400 do Código de Processo Penal prevê o interrogatório dos réus como último ato da instrução processual e que a inversão dos atos processuais, ou seja, a oitiva dos réus antes das testemunhas arroladas pela defesa configura circunstância anômala, que prejudica o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, máxime em sua dimensão autodefesa.

Sustentam que, não obstante os arts. 222-A, parágrafo único, e 222, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, estabeleçam que a expedição de carta rogatória não implica suspensão da instrução criminal, tais previsões legais devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal e as garantias do acusado.

Destacam que o caso em deliberação na ação originária envolve discussão sobre negociação internacional entre Estados soberanos e, nesse cenário, seria imprescindível, para o fim de resguardar à defesa técnica dos acusados o acesso a todo o conjunto probatório, a oitiva de todas as testemunhas anteriormente à realização dos interrogatórios dos réus.

Afirmam não existir conflito entre as regras dos arts. 400, 222-A, parágrafo único, e 222, § 1º, todos do Código de Processo Penal, porquanto havendo colisão entre o princípio do devido processo legal e o da celeridade processual deve haver prevalência do interesse dos pacientes, assegurado na mais alta hierarquia normativa (fl. 12).

Ponderam que a decisão impugnada não resiste a um exame de proporcionalidade entre as tutelas constitucionais da celeridade processual e da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal, porque a medida de oitiva dos réus antes das testemunhas arroladas pela defesa não seria adequada ao fim pretendido, uma vez que o prazo para a conclusão do feito não sofrerá grandes alterações com a realização precoce dos interrogatórios dos acusados, já que não seria possível julgar o processo sem o retorno das cartas rogatórias expedidas para oitiva das testemunhas que residem no estrangeiro (França e Suécia) e, possivelmente, do reinterrogatório dos réus (caso haja elementos probatórios novos).

Argumentam que, não obstante todas as excepcionalidades inerentes ao feito, transcorreram somente dez meses desde o recebimento da denúncia (16/12/2016), razão pela qual se poderia afirmar que o processo tramita com a maior celeridade plausível, não sendo possível onerar as defesas por prazos inerentes aos procedimentos.

Informam que o interrogatório dos réus, ora pacientes, está marcado para o dia 30/10/2017, o que justificaria a urgência no deferimento da medida liminar postulada.

Pugnam pela concessão de medida liminar para determinar a suspensão dos interrogatórios agendados na Ação Penal 0076573-40.2016.4.01.3400, até o final do julgamento de mérito do presente *writ* ou até o retorno das cartas rogatórias devidamente cumpridas. Requerem, ao final, a concessão da ordem em definitivo, para o fim de reconhecer os interrogatórios dos pacientes como atos finais da instrução processual, quando já devidamente amealhado aos autos todo o conjunto probatório, de modo a resguardar a ordem procedimental estabelecida em lei e o devido processo legal.

É o relatório. Decido.

Decisão

I.a Necessidade da tutela de urgência

Em primeiro lugar, tendo em consideração a presença de risco iminente contra o direito afirmado, já que o ato judicial que se quer suspender foi marcado para concretizar-se no próximo dia 30/10/2017, impõe-se o exame imediato da tutela de urgência pleiteada.

I.b Caso concreto

Como passo a demonstrar, a decisão, à luz da melhor doutrina, do direito comparado e da jurisprudência do STF, merece reforma, pois, pelo menos num primeiro olhar, parece certo afirmar que o entendimento revelado pela autoridade coatora confronta abertamente o rito do art. 400 do CPP, sacrificando sem respaldo legal ou constitucional a regra de que o interrogatório do réu, como ato preponderantemente de defesa que é, deva ser o ato derradeiro da instrução penal. Vejamos.

Como se viu, os impetrantes se insurgem contra o fato de ter sido designada audiência para o interrogatório dos réus, ora pacientes, sem que antes tenham sido ouvidas todas as testemunhas arroladas pela defesa.

Pelo que referem os impetrantes, o Ministério Público Federal, em 09/12/2016, ofereceu denúncia em desfavor de *Luiz Inácio Lula da Silva* e *Luis Cláudio Lula da Silva*, imputando ao primeiro a prática dos delitos de tráfico de influência, lavagem de dinheiro e organização criminosa e, ao segundo, atribuiu a prática dos delitos de lavagem de dinheiro e organização criminosa. As imputações feitas pela acusação envolvem o procedimento licitatório (a final vencido pela empresa sueca SAAB AB) — Projeto FX-2 — para renovação da frota de caças da Força Aérea Brasileira (FAB).

A defesa dos réus, ora pacientes, arrolou, na resposta à acusação, 14 testemunhas residentes no exterior — especificamente na França e na Suécia (fls. 114-124).

Calha esclarecer que essas testemunhas foram inicialmente recusadas pelo juízo de origem em decisão que foi reformada por este Tribunal em decisão deste relator nos autos do HC 0029587-09.2017.4.01.0000/DF, tendo sido, entretanto, condicionada a oitiva das testemunhas no exterior à demonstração pela defesa de sua imprescindibilidade, consoante o que disposto no art. 222-A do CPP.

Por meio de petição protocolada em 26/06/2017 (fls. 126-134), a defesa dos pacientes, atendendo ao que decidido por este relator nos autos do HC 0029587-09.2017.4.01.0000/DF, no sentido de justificar a imprescindibilidade das testemunhas a serem ouvidas por carta rogatória, informou ao juízo que as testemunhas residentes no estrangeiro foram arroladas para esclarecer as imputações referentes ao processo de contratação do Projeto FX-2, referido na denúncia, tendo esclarecido que tais testemunhas são autoridades governamentais e empresários dos Estados da França e da Suécia, que teriam participado do certame e, por essa razão, seriam indispensáveis à elucidação dos fatos imputados.

Em decisão datada de 27/07/2017 (fls. 136-138), o magistrado *a quo* determinou à defesa dos pacientes a apresentação de quesitos a serem respondidos por tais testemunhas residentes no exterior e, em seguida, pelas demais defesas e pelo MPF, bem como determinou que a defesa apresentasse tradução juramentada dos documentos necessários à instrução das rogatórias a serem expedidas.

Revelando diligência em sua atuação, a defesa junta peças que demonstram que, a priori, todas as diligências que lhe foram determinadas celeremente foram cumpridas, tendo sido apresentados os quesitos a serem respondidos (fls. 140-157 e 158-161), como também os documentos juramentados em francês (fls. 205-207). Com relação à tradução sueca, a defesa apresentou os documentos devidamente traduzidos em 02/10/2017 (209-211), com a pendência de juntada do termo final de habilitação ad hoc da tradutora contratada, que estaria em tramitação perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

Em decisão proferida em audiência realizada em 03/10/2017 (fls. 213-214), o juízo *a quo* determinou à defesa dos pacientes que fundamentasse, no prazo de cinco dias, a imprescindibilidade de que a oitiva das testemunhas no exterior por carta rogatória se verificasse antes dos interrogatórios dos réus.

Por meio de petição protocolada em 09/10/2017 (fls. 216-222), a defesa dos pacientes detalhou as razões pelas quais entendia que os interrogatórios dos pacientes deveriam ser realizados como atos finais da instrução processual.

Não obstante, em decisão datada de 13/10/2017 (224-225), o magistrado *a quo* indeferiu o requerimento de que o interrogatório dos pacientes fosse realizado após o cumprimento das cartas rogatórias, sob o fundamento de que, de acordo com o art. 222-A, parágrafo único c/c o § 1º do art. 222, ambos do CPP, a expedição de carta rogatória não suspende a instrução criminal, além do que, tendo sido as testemunhas estrangeiras arroladas pela própria defesa dos pacientes, a realização do interrogatório antes do cumprimento das cartas rogatórias não acarretaria prejuízo (cito):

Consoante o disposto no artigo 222-A, parágrafo único do Código de Processo Penal, c/c o parágrafo primeiro do artigo 222 do mesmo Diploma Legal, a expedição da carta rogatória não suspenderá a instrução criminal.

O interrogatório é ato de instrução criminal e, portanto, não pode ficar obstado com a expedição de ato de cooperação internacional, que depende do Juízo Rogado no Exterior, sob pena de se paralisar o processo indevidamente.

Por outro lado, as testemunhas a serem ouvidas na Europa foram arroladas pelas defesas e não pela acusação, não havendo, assim, necessidade de que os réus ouçam primeiramente tais depoimentos para, só depois, responderem às indagações neste Juízo.

Dessa forma, a realização dos interrogatórios dos réus, antes da inquirição das diversas testemunhas, ex-Chefes de Estado e outras autoridades, estrangeiros que se encontram na Europa, não caracteriza qualquer violação à ampla defesa dos réus, inclusive porque estritamente observado o regramento legal, sedimentado ainda em entendimento jurisprudencial.

Ademais, como após o interrogatório ainda haverá atos de requerimento de eventuais diligências e de alegações finais, é provável que as Cartas retornem do estrangeiro antes do Julgamento deste processo.

Consigno que, se houver algum ponto omissivo, desarmônico ou obscuro nos depoimentos das testemunhas a serem ouvidas no Reino Unido, França e Suécia, que possa concreta e efetivamente repercutir nas versões apresentadas pelos réus, poderá haver reinterrogatório perante este Juízo.

Ante o exposto, indefiro os pleitos de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUIS CLÁUDIO LULA DA SILVA (fls. 2521/2528), e de MAURO MARCONDES MACHADO (fls. 2529/2539), nos quais requerem a realização de seus interrogatórios apenas após a devolução das supramencionadas cartas rogatórias.

Assim, designo o dia 30.10.2017 (segunda-feira) às 10h, para a realização dos interrogatórios dos acusados MAURO MARCONDES MACHADO e CRISTINA MAUTONI; e no mesmo dia 30.10.2017, às 14:30h, para a realização dos interrogatórios de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUIS CLÁUDIO LULA DA SILVA

[...].

Como abaixo fundamentado, essa respeitável decisão, contudo, não se mostra compatível com a melhor doutrina e jurisprudência, ao diminuir as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Vejamos.

I O interrogatório do réu como ato de defesa, a ser realizado como último ato da instrução processual

É certo, como pretende a decisão combatida, que o art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal determina que a expedição da precatória, o que vale também para a rogatória, *não suspende a instrução criminal. Contudo, como amplamente se demonstrará abaixo, em conformidade com a doutrina, a jurisprudência e o direito comparado, o interrogatório do acusado, longe de ser mero ato instrutório, como indevidamente entendido pelo juízo de primeira instância, deve ser considerado precipuamente ato de defesa, resguardando-se nessa condição contra eventual inversão do que disposto no art. 400 do CPP.*

De fato, consoante jurisprudência pacífica do STF, *considerada a sua natureza de ato de defesa, deve consistir no ato derradeiro da instrução processual.*

Em outras palavras, os atos próprios e exclusivos da instrução probatória podem ser realizados na pendência de cumprimento de carta precatória ou rogatória, em prestígio ao princípio da celeridade processual e, mesmo assim excepcionalmente, para salvaguardar outros interesses de estatura legal e constitucional. Todavia, como se viu, o interrogatório do réu não é mero ato de instrução probatória, *revelando-se preponderantemente ato de defesa*, aliás, um dos mais importantes atos da defesa, o que permite concluir que a ele não se dirige a norma do art. 222,

§ 1º, tanto mais considerando que, consoante norma específica (art. 400 do CPP) e melhor doutrina e jurisprudência, *o interrogatório do acusado deve ser realizado após finalizados todos os demais atos de instrução do processo, como passo a demonstrar.*

II.a Jurisprudência do STF

Consoante a doutrina e a jurisprudência mais compatível com a Constituição da República, sobretudo após a Lei 10.792/2003 e muito especialmente após a reforma operada pela Lei 11.709/2008, o interrogatório passou a ser considerado *ato precipuamente de defesa do acusado, de natureza personalíssima, que se realiza perante o juiz competente para apreciar a ação penal.* Trata-se de ato personalíssimo, porque o acusado, quando do interrogatório, não pode ser substituído nesse ato processual por ninguém, nem por procurador com poderes especiais conferidos para desempenhar esse mister.

Como ato precípua de defesa, vem em último lugar, precisamente, para impedir que o acusado seja, posteriormente, colhido por alguma circunstância ou fato processual evitável, especialmente, de natureza probatória, que lhe cause alguma surpresa.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explicam que o interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa¹. É por meio do interrogatório que o juiz entra em contato com o réu e por meio desse contato pode melhor avaliar a pretensão penal deduzida em juízo, contrapondo as declarações do interrogado com o contexto probatório antes produzido. *É nele também, interrogatório, que o acusado, no jogo que conforma o processo penal, consciente e esclarecido do conjunto probatório contra ele eventualmente formado, começa a articular os seus principais movimentos processuais de defesa.*

O Supremo Tribunal Federal, pela voz autorizada de seu decano Ministro Celso de Mello, tem assentado o interrogatório do réu, notadamente após o advento da Lei 10.792/2003, como *ato de defesa, não podendo ser considerado como mero ato de instrução probatória, tanto que* (além de não ser obrigado a responder qualquer indagação feita pelo magistrado processante) *também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa*².

Precisamente por ser o interrogatório *meio de defesa do acusado*, confere-se-lhe o direito de presenciar os atos processuais de instrução *com antecedência*, sob pena de nulidade absoluta. No dizer do ministro Celso de Mello, o *acusado tem o direito de comparecer, de presenciar e de assistir, sob pena de nulidade absoluta, aos atos processuais, notadamente àqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório* (cito):

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" – RÉU MILITAR – DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR AO RÉU MILITAR TRANSPORTE PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS, AINDA QUE O JUÍZO PROCESSANTE TENHA SEDE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE SITUADA A ORGANIZAÇÃO MILITAR A QUE O ACUSADO ESTEJA VINCULADO (DECRETO Nº 4.307/2002, ART. 28, N. I) – PEDIDO DEFERIDO – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS ACOMPANHAR O INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS CORRÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – DIREITO DE PRESENÇA E DE COMPARECIMENTO DO RÉU AOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria "persecutio criminis". – O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 386.

² HC 111567 AgR, rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, processo eletrônico, DJe-213, divulgado em 29/10/2014, publicado em 30/10/2014.

configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “due process of law”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. – Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, aplicável ao processo penal militar (CPPM, art. 3º, “a”) – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. possibilidade jurídico-CONSTITUCIONAL de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do “due process of law”, ver assegurado o seu direito de formular perguntas aos corréus no respectivo interrogatório judicial. – Assiste a cada um dos litisconsortes penais passivos o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular perguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de perguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedentes do STF. O DIREITO DE COMPARECIMENTO E DE PRESENÇA DO RÉU NOS ATOS INERENTES À “PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO” COMO EXPRESSÃO CONCRETIZADORA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. – O acusado tem o direito de comparecer, de presenciar e de assistir, sob pena de nulidade absoluta, aos atos processuais, notadamente àqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder ao custeio de deslocamento do réu militar, no interesse da Justiça, para fora da sede de sua Organização Militar, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e de respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência. – O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu (civil ou militar), de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele da sede da Organização Militar a que o réu esteja vinculado. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “d”); Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”); e Decreto nº 4.307/2002 (art. 28, inciso I). – Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante a Justiça Comum, seja perante a Justiça Militar. Precedentes. (HC 111567 AgR, Relator(a): ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, processo eletrônico, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 public 30-10-2014).

A Suprema Corte brasileira também já teve ocasião de decidir, em sua Corte Plena, que a Lei 11.719/2008 fixou o interrogatório como ato derradeiro da instrução processual e, precisamente porque essa prática beneficia a defesa, deve prevalecer em todos os procedimentos, à exceção apenas daqueles processos que, à época da entrada em vigência da nova lei, já estivessem concluídos. Eis o teor do julgado:

E MENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.

III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (AP 528 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 348-354 RJSP v. 59, n. 404, 2011, p. 199-206)

Mais do que isso, o STF determinou que a regra de que o *interrogatório deve ser o ato derradeiro (antes do julgamento) impõe-se inclusive ao processo militar*, portanto, mesmo em situações em que não haja previsão legal expressa, já que, interpretou aquela eg. Corte, em homenagem à máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar (cito):

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRESSÃO A SUPERIOR HIERÁRQUICO. CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E LESÃO LEVE. ARTS. 157, § 3º, E 209 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO COMO ATO DERRADEIRO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL A PARTIR DA LEI Nº 11.719/2008, A QUAL DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CPP COMUM. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF), por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da HC nº 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos submetidos à Justiça Penal Militar. 2. In casu, o paciente foi processado pela prática dos crimes de violência contra superior e de lesão leve, tipificados nos artigos 157, § 3º, e 209 do Código Penal Militar, e teve indeferido pleito no sentido de ser interrogado ao final da instrução processual. 3. Recurso desprovido. (RHC 124137 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 31-05-2016 PUBLIC 01-06-2016)

Ementa: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. 2. A máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput) impõem a incidência da regra geral do CPP também no processo penal militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011). 3. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 115698, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013)

Em outra situação, o STF concedeu habeas corpus para garantir que o *interrogatório fosse o ato final*, antes do julgamento. Reproduzo ementa do julgado:

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE USO E POSSE DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL MILITAR (LEI N. 8.457/92). IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE GARANTIAS PRÓPRIAS E IDÔNEAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. SIMETRIA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CRIMINOSO. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO POR LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 361 DO STF. PERITO OFICIAL. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528). ORDEM CONCEDIDA. 1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil. 2. O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995). 3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011). 4. In casu, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/02/2012, o requerimento

da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem de habeas corpus concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense. (HC 115530, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013)

II.b Doutrina

Também de acordo com a melhor doutrina, o interrogatório do acusado é um ato de defesa, sendo o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, i.e., o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório³.

Como se viu, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explicam que o interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa⁴. É por meio do interrogatório que o juiz entra em contato com o réu e por meio desse contato pode melhor avaliar a pretensão penal deduzida em juízo, contrapondo as declarações do interrogado com o contexto probatório antes produzido.

Em artigo doutrinário, Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, em consonância com a jurisprudência do STF (acima referida), insistiam e justificavam por que razão *o interrogatório deve ser o último ato do processo* (Revista Eletrônica Conjur, 3 de julho de 2015).

Indagavam os afamados juristas: como seria possível “se defender de algo que não sabe?” Concluía que, muito embora “ainda prevaleça uma mentalidade inquisitória na maioria dos agentes processuais, aos poucos, as alterações do Sistema Processual Penal reconhecem o interrogatório como meio de defesa”.

Em lógica incontornável, concluía Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa que “o deslocamento do interrogatório para o final da instrução, especialmente com a reforma de 2008, é prova inofismável de que o interrogatório deve ser considerado precipuamente como meio de defesa”.

Não importando o secundário e eventual caráter probatório do interrogatório, fato é que, por óbvio, o legislador ao deslocar o interrogatório para depois da instrução, quis prestigiar e acentuar a sua natureza de defesa do acusado, precisamente, para permitir, com o seu rearranjo topográfico, que o acusado pudesse, tendo conhecimento de toda a prova colhida, desenvolver, sem surpresa e com justa adequação e eficácia, a melhor defesa possível.

Portanto, mais uma vez corretos Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa, no artigo acima referido (cito): E uma boa parte dos atores judiciais não se deu conta disso, já que o sistema não pode ser lido em pedaços. Assim é que ou se entende como meio de prova ou meio de defesa. *E as reformas recentes indicam no sentido de que prevalece como meio de defesa*. Logo, interrogatório somente depois da prova produzida. Antes é uma armadilha cognitiva própria do jogo inquisitório em que a antecipação da culpa vigora.

II.c Direito Comparado

No Direito Comparado, dando perspectiva mais alargada ao caso, inserindo a discussão no debate desenvolvido no âmbito das nações que mais têm homenageado as garantias processuais do acusado, consideradas as mesmas razões que inspiram lá como aqui a garantia da ampla defesa e do contraditório, inclusive o direito do acusado de ser ouvido e tomado a sério pelo magistrado, *no direito alemão*, por exemplo, que, desde sempre, nos tem servido de parâmetro civilizatório, direta ou indiretamente (via experiência italiana e portuguesa), tem-se acentuado, com base na Lei Fundamental alemã, *a necessidade de se garantir o acusado contra a produção de prova que possa surpreendê-lo (proibição da surpresa)*.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 396-397.

⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. 17. ed. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 386.

Como anotam os consagrados constitucionalistas alemães, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *o direito de acesso e de ser ouvido pelos tribunais (das Recht auf Gehör)* consiste na garantia constitucional de que os órgãos jurisdicionais ouvirão com atenção a demanda dos cidadãos, o que implica que as partes têm o direito de apresentar seus argumentos e provas e, o mais importante, os tribunais têm o dever de tomar a sério o que lhes foi apresentado (Grundrechte – Staatsrecht II. 16. ed., Heidelberg, 2000, pp. 274-275).

No que aqui nos interessa teoricamente de forma mais direta, segundo aqueles consagrados autores, fala-se na verdade em três níveis ou estágios de realização do direito à audiência perante os tribunais: (1) num primeiro nível, obrigam-se os tribunais a proporcionar à parte conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte, o que abrange todos os fatos por meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio tribunal pretende tomar sua decisão, *além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (direito a não se surpreender)*; (2) no outro nível, implica a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito; (3) e, por fim, no terceiro nível, o direito a que os tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes (Grundrechte – Staatsrecht II. 16. ed., Heidelberg, 2000, pp. 274-275).

Portanto, o acusado, como se viu, tem o direito de saber com antecedência (sem surpresa) aquilo que será usado, ou não, contra ele pelo magistrado no seu julgamento.

Também Helmut Siekmann e Gunnar Duttge, em seu manual sobre direitos fundamentais, explicam que, em obediência ao direito à consideração do que foi arguido e apresentado pelas partes, os órgãos judiciais não estão obrigados certamente a seguir as objeções jurídicas e de fato apresentadas pelas partes, *mas devem enfrentá-las com seriedade e, como regra, fundamentar as suas decisões com base nesses elementos*⁵.

Explica Christoph Degenhart que o dever dos órgãos judiciais de considerar as manifestações (de fato e de direito) das partes impõe a exigência de que a decisão judicial seja prolatada com fundamentação suficiente e adequada⁶. Além disso, o direito à atenção pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*) significa, em primeiro lugar, que deve ser propiciada oportunidade aos participantes do processo (partes) de se manifestarem sobre a matéria versada no processo e, o mais importante para o objeto desta decisão, *o direito a que o tribunal, de seu lado, apenas fundamente a sua decisão com base nos fatos sobre os quais as partes envolvidas (Beteiligten)*⁷ puderam se manifestar, obviamente, desde que tenham podido produzir provas para tanto. Em síntese, inspira a ideia de um processo justo e devido a obrigação de os tribunais tomarem a sério o direito das partes de se manifestarem e serem ouvidas, o que, de toda sorte, só terá sentido e consequência, se lhes for assegurado o direito de produzir provas para tanto necessárias e suficientes.

Em consonância, pois, com essa doutrina hoje uniforme do chamado *direito a ser ouvido pelos tribunais (das Recht auf Gehör)*, fala-se na Alemanha, mais especificamente, como elemento essencial e necessário de um processo penal justo da proibição da surpresa (*Überraschungsverbot*).

De fato, não se pode esquecer que a proteção da confiança é regra do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*, ou *Rule of Law*). Por isso que, no Estado Constitucional, especialmente no âmbito do processo penal, o acusado tem o direito a confiar no Estado-acusador e no Estado-juiz, daí decorrendo o direito a não ser surpreendido no seu julgamento.

O Tribunal Constitucional Alemão, interpretando o art. 103, I, da Grundgesetz (Lei Fundamental), vincula mesmo a dignidade da pessoa humana à necessária observância quanto ao direito do acusado de ser adequadamente tratado e ouvido pelos órgãos jurisdicionais (cito):

O indivíduo não deve ser um mero objeto do processo, ao contrário ele deve, diante de uma decisão que atinja seus direitos, ter o direito de falar a fim de influenciar o processo e seus resultados. [...] Isso pressupõe [...] que a pessoa atingida

⁵ Helmut Siekmann e Gunnar Duttge. *Staatsrecht I: Grundrechte*. Thüningersheim: EuWi-Verlag, 3. ed., 2000, p. 316.

⁶ Michael Sachs (org). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 1996, p. 1.593.

⁷ Ibidem, p. 1.592.

tenha conhecimento dos fatos tenha conhecimento dos atos e do processo no qual isso deva ser considerado. (BVerfGE 101, 397 [405] = NJW 2000, 1709).

No caso brasileiro, o STF, inserindo-se na melhor tradição do direito comparado, tem farta e pacífica jurisprudência, em que acentua a importância de que as garantias do devido processo legal (5º, LIV) e da ampla defesa, com os meios e recursos para tanto necessários (5º, LV), tanto em processos administrativos, como de natureza civil e, com mais razão, os processos de índole penal, sejam tomadas — tais garantias — a sério pelos tribunais (cito):

[...] assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. [...] O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral [...]. [MS 34.180-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º-7-2016, DJE de 1º-8-2016.]

[...]

No rol das garantias, mais precisamente no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988, está assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O preceito visa possibilitar àquele que se diga titular de uma situação jurídica veicular o que entenda a respaldá-la. Pouco importa o móvel de glosa a ser possivelmente implementada. A adequação desta deve submeter-se a análise, concluindo-se, ante as peculiaridades do caso concreto, pela incidência de acontecimento verificado, como na hipótese de pronunciamiento do Supremo formalizado em processo objetivo. Aliás, essa natureza processual é de molde a assentar-se que não há repercussão automática. [RE 337.179, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 13-2-2012, 1º T, DJE de 22-2-2012.]

Portanto, também aqui, consoante pacífica orientação jurisprudencial do STF, *não há dúvida de que o Estado, especialmente o Poder Judiciário, deve tomar a sério as garantias do devido processo, da ampla defesa e do contraditório em todos os estágios de procedimentos de investigação, de processos administrativos, de processos judiciais, principalmente, os de natureza penal, quando se coloca em jogo a liberdade do indivíduo.*

II.d Legislação brasileira

Corroborando a natureza jurídica do *interrogatório do acusado como ato de defesa*, o art. 400 do Código de Processo Penal, em sua redação atual (após as modificações introduzidas pela Lei 11.719/2008), estabelece que o acusado somente será interrogado após a coleta de todas as provas testemunhais (cito):

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

O processo penal, a partir desta nova fase instaurada pela Lei 11.719/2008, passou a resguardar textualmente em essência os direitos fundamentais de todos os cidadãos, não admitindo que o acusado realize sua autodefesa sem ter acesso a todos os elementos de prova produzidos ao longo da instrução processual.

O art. 400 do Código de Processo Penal permite ao acusado se inteirar plenamente de todas as provas produzidas contra ele ao longo da instrução processual. Dentro desta ótica, o interrogatório do acusado passa a ser um verdadeiro *meio de defesa*, visto que sua oitiva só será realizada após a colheita das declarações das testemunhas de acusação e de defesa.

O interrogatório do acusado, como se viu, tem natureza jurídica de meio de defesa e, não por outra razão, conforme melhor doutrina e jurisprudência e norma específica (art. 400 do CPP), *deve ser realizado ao final da*

instrução processual, quando já colhidas todas as provas sobre as quais tem o acusado o direito de se manifestar e apresentar sua versão sobre tudo que fora apurado.

Aliás, não fosse essa razão, isto é, conferir ao acusado o direito ao amplo conhecimento da prova produzida, antes de ser interrogado, certamente, dever-se-ia manter o interrogatório ao início da instrução, ou situá-lo em qualquer momento de sua (da instrução) realização.

Ao acusado, pois, assiste o direito de ser interrogado ao final do processo, depois de toda instrução finalizada, o que, obviamente, inclui a oitiva de testemunhas, de acusação e de defesa.

Esse direito não se altera pelo fato de se tratar de testemunhas que, por residirem no estrangeiro, serão ouvidas por carta rogatória.

Com efeito, expedidas as cartas e fixado pelo juízo prazo para seu cumprimento, indubitável que ao acusado assiste, no mínimo, o direito de somente ser interrogado após findo esse prazo, partindo-se do pressuposto de que a carta, findo o interregno de tempo concedido, será devolvida devidamente cumprida.

No caso concreto, as peças juntadas aos autos pelos impetrantes demonstram que, *a priori*, todas as diligências determinadas pelo juízo à defesa dos pacientes concernentes à formação da carta rogatória foram cumpridas, tendo sido apresentados os quesitos a serem respondidos (fls. 140-157 e 158-161), como também os documentos juramentados em francês (fls. 205-207). Com relação à tradução sueca, a defesa apresentou os documentos devidamente traduzidos em 02/10/2017 (fls. 209-211), com a pendência de juntada do termo final de habilitação *ad hoc* da tradutora contratada, que estaria em tramitação perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Essa informação gera a fundada expectativa de que o retorno das referidas rogatórias se realize em breve espaço de tempo.

Ainda que se pudesse — não é o caso — conceber a presença de intercorrências eventualmente de responsabilidade da defesa, que possam atrasar o processo, tudo deveria ser considerado diante de fatos concretos que indicassem comprovadamente, além do mais, a impossibilidade de cumprimento da carta no prazo estabelecido.

Em situações que tais poderia o magistrado, fosse o caso, fundamentadamente, sopesando o risco de uma eventual inefetividade da persecução criminal (por exemplo, diante da possibilidade de prescrição) em confronto com as garantias constitucionais do acusado, deliberar se, à luz do caso concreto, deveria promover o interrogatório do acusado à revelia do cumprimento anterior da carta rogatória, ou, alternativamente, em sendo possível, a prorrogação do prazo inicialmente concedido para cumprimento. Tais situações, contudo, por sacrificarem direitos do acusado, serão sempre de excepcional ocorrência e, obviamente, exigem especial carga de fundamentação.

No caso, contudo, *não há qualquer espécie de atraso no curso do procedimento que possa ser atribuível à defesa*. Também, *ao que consta, não há qualquer risco de prescrição no caso concreto*, ou outro fato que ameace a eventual e futura aplicação da lei penal.

Assim, não faz sentido inverter a ordem legal dos atos processuais, para, antes mesmo de vencido o prazo fixado pelo próprio juízo para o cumprimento da rogatória destinada à oitiva de testemunhas (prazo, diga-se de passagem, relativamente exíguo, considerada a natureza do ato), realizar o interrogatório do acusado, em evidente prejuízo à defesa, isso porque, nessa situação, o acusado e a sua defesa são forçados à promoção de um dos principais atos de defesa sem, entretanto, o conhecimento prévio do resultado da prova testemunhal colhida no estrangeiro.

O fato de a rogatória destinar-se à coleta (produção) da oitiva de testemunha de defesa não implica, obviamente, que o acusado não possa se surpreender com seu resultado, razão pela qual tem o direito de articular o seu interrogatório com amplo conhecimento das provas colhidas na instrução do processo, repito, sejam de acusação, sejam de defesa.

Importante insistir em que, considerando as penas em abstrato previstas para os crimes imputados aos pacientes (5 anos para o crime de tráfico de influência, 10 anos para o crime de lavagem de dinheiro e 8 anos para organização criminosa) que impõem, respectivamente, o prazo prescricional de 12 anos, 16 anos e 12 anos, isso em confronto com a data em que praticadas as supostas condutas delituosas (a mais remota reportada ao ano de 2013), mais o fato de que a denúncia foi oferecida em dezembro/2016 (e, portanto, recebida após essa data), não há risco de prescrição iminente, *também não se justificando, sob esse prisma, a inversão da ordem estabelecida em lei.*

III Conclusão

Em conclusão, na atual conformação do Código de Processo Penal, em respeito à Constituição Federal, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à melhor doutrina, *o interrogatório do acusado tem natureza jurídica precipuamente de defesa material, não lhe podendo conferir contornos formais próprios de mera instrução probatória, devendo ser realizado após finalizados todos os demais atos de instrução do processo, o que inclui a oitiva de testemunhas, ainda que realizada por meio de carta precatória/rogatória.*

No caso presente, como se viu e se demonstrou, mais se justifica tal conclusão, quando se verifica que não há qualquer fundamento plausível e legalmente válido a justificar a inversão do rito processual.

Tudo considerado, *defiro* o pedido liminar para determinar a *suspensão dos interrogatórios dos pacientes*, designados na Ação Penal 765734020164013400 para data de 30/10/2017, pelo menos até o julgamento de mérito do presente *habeas corpus*, ou até que se esgote o prazo fixado pelo magistrado *a quo* para cumprimento da carta rogatória, quando, diante da situação concreta de eventual não cumprimento do ato no prazo fixado, nova decisão pelo juízo de origem, *fundamentadamente*, poderá ser tomada.

(*Habeas Corpus* 0052615-06.2017.4.01.0000, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 06/11/2017, p. 476)

Agravo de Instrumento 0069392-03.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte agravante contra a decisão monocrática por mim proferida, que, atribuindo efeito suspensivo ao recurso interposto pela União, retirou a eficácia da liminar que fora deferida no MS em tramitação na 1ª Instância, então mantendo, provisoriamente, o impetrante no Curso de Infantaria Militar da Aman, afastando o ato que o licenciara/desligara pela prática de possível ato de indisciplina supostamente violador dos preceitos da hierarquia e da disciplina, da ética militar e do pundonor militar e com violação ao decoro da classe e o bom nome da Academia ou do Exército.

Fundamento e decido

2. Melhor examinada a questão, tenho ser de melhor alvitre que a higidez ou não do mérito da liminar seja item apreciado e resolvido pelo Colegiado, a tempo e modo, mediante o julgamento de mérito do agravo de instrumento em si, com prévia inclusão em pauta.

3. Se minha decisão listou diversos pontos de sustentação, assim também o fez, à sua maneira, a decisão primitiva agravada.

4. O enquadramento fático-jurídico exato do ocorrido exige, para completa apreciação da verdade real, cognição exauriente, que a sentença oportunamente fará.

5. No entrechoque imediato entre o prejuízo do impetrante (estancamento da carreira) e o alegado esgarçar da ética militar, sopesados pelo fato de que se trata de pessoa na qual se investiu largos recursos públicos até aqui em sua formação, tem-se de maior serenidade e equidade, até melhor e definitivo esclarecimento dos eventos e seus reais contornos jurídicos, que a liminar deve preponderar, até aqui (*si et in quantum* e *rebus sic stantibus*), porque dita decisão liminar ostenta carga de convicção defensável e porque, neste momento, ela se encontra eivada de mais razoabilidade e proporcionalidade.

6. Os conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas do decoro, da ética, do bom nome, da hierarquia, da disciplina e demais semelhantes (muitas vezes bradados como meros panfletos retóricos descompassados do mundo existente) exigem leitura atenta sob o vetor da dignidade humana (não por acaso se tem observado uma paulatina revisão, pelo STF, de diversas orientações do STM então tidas por consolidadas, aspecto que aqui, com ligeiras alterações, repercute, pois denotam que a vida castrense vem recebendo arejamento democrático).

7. Enquanto aqui se pretende a pronta expulsão de aluno por ato (contra mera Comissão de Formatura) que sequer prejuízo pecuniário causou (nem poderia, pois nunca ostentou sequer potencial de aparentar quitação ou de

induzir tal equívoco), no julgado abaixo o STF, reformando acórdão do STM, que condenara o então réu (suboficial da Marinha) nas penas do peculato militar, aplicou o princípio da insignificância em questão atinente à apropriação de um fogão pelo militar, localizado em imóvel da União; é ler-se (STF/T1, HC 87.478/PA, rel. Min. Eros Grau):

HC. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. [...]. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.

2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário.

3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida.

8. Repita-se: o precedente do STF disse ser insignificante penalmente (para a ética militar) a apropriação de um fogão por suboficial, no caso concreto, enquanto aqui se pretende o banimento da vida militar de um “estudante/militar” pelo aparente fato de ter depositado, em caixa eletrônico, envelopes com cédulas aquém dos valores que adiante tentou declarar como superiores, para o fim de prosseguir nos ritos da formatura e não ser então punido por tal inadimplência, ao menos não de forma tão áspera.

9. Tudo quanto acima se afirmou e adiante se dirá toma em consideração, ainda, o fato de que se trata de cadete que, após ter cursado longos anos de formação militar, obteve êxito em suas avaliações e não registra ao menos repreensões em seus assentos.

10. O ato de licenciamento fustiga, até onde se pode aquilatar, o princípio constitucional da individualização da pena.

11. A querela, a meu sentir, é daquelas nas quais o pequeno pecador serve de expiação simbólica para batalhão impávido (que, no espetáculo da condenação, esquece-se dos próprios equívocos) e revela, ainda, a mínima ou quase nenhuma capacidade do gestor militar em causa para, o que é contradição paradoxal, escolher o porte da munição e da arma em face do alvo em que teoricamente mira.

12. Se a impunidade é, quando a maldade é manifesta e relevante, uma perversidade evidente, a pena desarmônica (não adequada, não razoável, não proporcional) virtude não possui. Grandes militares, de antes ou de agora, foram e são também homens de equidade e bom senso e não somente autoridades de rigor, porque o ânimo da tropa é dinâmico.

13. A liminar objeto do recurso, por derradeiro, contém relevantes fundamentos aqui invocados *per relationem* e *aliunde*.

14. Pelo exposto, em exame do agravo interno, *reconsidero* a minha decisão anterior para *indeferir* o efeito suspensivo, *reestabelecer* a eficácia da liminar e *determinar* o regular prosseguimento do agravo de instrumento até o seu derradeiro exame do mérito.

(Numeração única: 0069392-03.2016.4.01.0000, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, e-DJF1 de 16/11/2017, p. 76)

Agravo de Instrumento 0034835-53.2017.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela parte-autora contra decisão do juízo *a quo* que indeferiu seu pedido para que o INSS se abstenha de suspender ou cancelar o benefício de pensão por morte, instituído com base na Lei 3.373/1958 em virtude do falecimento de seu genitor, ocorrido em 05/02/1979.

Alega que presentes os requisitos da antecipação da tutela recursal, sob o argumento de que a pensão temporária por morte implementada à filha maior solteira, só pode ser afastada caso a dependente beneficiada ocupe cargo público permanente, nada dispondo quanto à impossibilidade de a pensionista auferir outras fontes de renda.

É o relatório. Decido.

A situação posta nos autos parece-me autorizar a medida de urgência pretendida.

No caso dos autos, o instituidor do benefício faleceu em 05/02/1979, tendo sido concedida a pensão temporária à parte-autora em 01/03/1979. Cumpre asseverar, ainda, que a filha dependente recebe outra renda, relativa à aposentadoria por idade.

Nos termos do entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o direito ao benefício de pensão por morte é regido pela legislação vigente à data do óbito (Súmula 340/STJ), que na hipótese ocorreu em 1979. Dessa forma, a legislação particular aplicável ao caso faz alusão à Lei 3.373/1958.

Nos termos do art. 5º da mencionada lei, admite-se a manutenção de pensão temporária à filha solteira maior de 21 (vinte e um) anos, desde que não tenha assumido cargo público permanente.

Em análise preliminar, verifica-se que o caso dos autos não se trata de hipótese restritiva à manutenção do benefício, vez que a parte-autora não assumiu cargo público permanente.

A cumulação entre os benefícios percebidos pela agravante (pensão por morte e proventos de aposentadoria) não possui, portanto, o condão de configurar como hipótese impeditiva do recebimento da pensão provisória.

Cumpre asseverar, ainda, que eventuais alterações legislativas, ocorridas após o óbito do segurado, devem ser desconsideradas na leitura do caso em apreço, conforme consignou esta Corte, de acordo com o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO TEMPORÁRIA. LEI 3.373/58. CUMULAÇÃO. APOSENTADORIA. TCU. APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. (1) 1. Considerando que o presente caso foi apreciado pelo TCU, que entendeu que “as acumulações de pensão e aposentadorias ocorridas anteriormente ao advento da Lei nº 8.112/90 são legais” (fls. 203/204), deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela. 2. Agravo de instrumento não provido.

(AG 0029719-47.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.74 de 12/08/2013).

Nesse sentido, os dois valores podem ser legitimamente cumulados, pois são direitos garantidos constitucionalmente, com fatos geradores diferentes, estando ausente qualquer impedimento legal.

Ante o exposto, *defiro o efeito suspensivo pleiteado* para determinar que a agravada se abstenha de cancelar o benefício previdenciário de pensão por morte temporária, de modo a permitir a cumulação de valores recebidos pela agravante, a título de pensão e de aposentadoria, nos termos do art. 1.019, I, do NCPC.

(Agravo de Instrumento 0034835-53.2017.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado), e-DJF1 de 05/12/2017, p. 402)

Apelação Cível 0007486-83.2015.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

A discussão travada nestes autos refere-se à busca por tratamento de saúde ou medicamento, conforme prescrição médica, matéria essa submetida a exame, perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036 do NCPC, já tendo sido determinada a suspensão de todos os feitos em tramitação sobre o tema, em todo o território nacional, conforme decisão tomada nos autos do Recurso Especial 1.681.690-SP, em 07/11/2017, pelo eminente rel. Ministro Og Fernandes, nestas letras:

Ante o exposto, confirmo a indicação do presente feito selecionado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, para que seja julgado pela Primeira Seção do STJ, adotando-se as seguintes providências:

a) a tese representativa da controvérsia fica delimitada nos seguintes demandas contendo beneficiários individualizados, tratamento de saúde ou medicamento necessários a esses pacientes;

b) a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e que tramitem no território nacional, com a ressalva de incidentes, questões e tutelas, que sejam interpostas a título geral de provimentos de urgência nos processos objeto do sobrestamento;

c) comunicação, com cópia do acórdão, aos Ministros da Primeira e Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização;

d) vista ao Ministério Público Federal para parecer, nos termos do art.

1.038, III, § 1º, do CPC/2015.

Por fim, determino que a Coordenadoria tome as providências necessárias quando à divulgação pública, inclusive no sítio eletrônico deste Tribunal Superior, sobre a presente decisão.

Com efeito, nos termos do § 1º do referido art. 1.036 do NCPC, em se tratando de multiplicidade de recursos, envolvendo idêntica questão de direito, uma vez submetida a matéria à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, deverão os demais feitos serem suspensos, até o pronunciamento definitivo daquela egrégia Corte sobre a matéria, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da razoável duração do processo (CF, art. 5º, *caput* e respectivo inciso LXXVIII).

Assim posta a questão e em que pese a aplicação dos dispositivos legais acima referidos limitar-se aos recursos especiais já interpostos, impende registrar que as demais ações, que ainda se encontrem na pendência do julgamento de recurso, abordando o mesmo tema já submetido à apreciação do colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, como no caso em exame, devem, também, aguardar o pronunciamento definitivo da matéria, a fim de que se dispense tratamento uniforme à sua resolução, em homenagem àqueles mesmos princípios da isonomia e da razoável duração do processo, evitando-se, assim, a proliferação de possíveis decisões divergentes para uma mesma questão jurídica, ressaltando-se, contudo *“questões e tutelas, que sejam interpostas a título geral de provimentos de urgência nos processos objeto do sobrestamento”*.

Com estas considerações, declaro suspenso o presente feito, nos termos do art. 313, V, *a*, do NCPC, até o julgamento definitivo do Recurso Especial 1.681.690-SP, como representativo da controvérsia, *mantendo-se a eficácia plena da antecipação de tutela determinada nestes autos*.

(Apelação Cível 0007486-83.2015.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 06/12/2017, p. 52)

Agravo de Instrumento 0044911-39.2017.4.01.0000/RR

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Galdêncio Limada Silva contra a decisão proferida pelo MM. juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, que rejeitou exceção de pré-executividade oposta nos autos de execução fiscal proposta pelo Ibama.

O agravante alega, em síntese, que a penhora promovida na execução recaiu sobre bens semoventes e uma motocicleta, utilizados como instrumentos de trabalho do agravante e, portanto, impenhoráveis, a teor do art. 833, V, do CPC/2015.

Consoante dispõe o art. 14 do NCPC, Lei 13.105, de 16/03/2015, *“a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*, o que impede que atinja os atos processuais já praticados. Nesse sentido, serão examinados segundo as normas do NCPC apenas os recursos em face de decisões publicadas a contar do dia 18/03/2016, o que se amolda ao presente caso.

Na espécie, observa-se que “a atividade laboral do executado é de agricultura de subsistência familiar, tendo em vista que nos termos da certidão do oficial de justiça (fl. 28-v) ele reside em um

Sítio Dois Irmãos, que fica na Vicinal II, a 9 km da Vila da Serra Grande II e, aí estando, constatei que se trata de um lote rural familiar, onde o Executado reside com esposa e cinco filhos. No referido lote há apenas uma casa humilde de madeira, galinheiro, fruteiras e plantação de abacaxi. O executado e sua esposa declaram que moram no local há vinte e dois anos.

A teor do art. 833, V, do NCPC, são impenhoráveis “as máquinas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado”. Confira-se:

Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária. (Negritei)

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, *verbis*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIROS - PEQUENA PROPRIEDADE RURAL TRABALHADA PELA FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, XXVI; CPC, ART. 649, VIII.

1. Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXVI, in verbis: “Art. 5º (...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”. Por sua vez, o Código de Processo Civil estabelece, no art. 649, inciso VIII, que: “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família”

2. No caso em exame, trata-se de pequena propriedade rural (Chácara Junina), sendo o Sr. Adair Antônio de Avelos, cônjuge da embargante, registrado como produtor rural, desde 1998, conforme documento acostado ao feito. Não resta dúvida, outrossim, pelas provas colhidas nos autos, de que tal imóvel é objeto de trabalho desenvolvido pela família.

3. A documentação também comprova as atividades rurais desenvolvidas no imóvel penhorado, como a criação de animais, pastagem para alimentação de semoventes e plantio de hortaliças.

4. Nesse diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para classificação do imóvel, se urbano ou rural, deve levar-se em consideração não apenas sua localização geográfica, mas também sua destinação. (AR 200800957479, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 07/05/2010; RESP 200201353268, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, 27/09/2004).

5. Portanto, tratando-se a hipótese de pequena propriedade rural trabalhada pela família, impossível a penhora sobre o imóvel, nos termos da legislação supramencionada e na esteira de entendimento jurisprudencial amplamente consagrado pelos Tribunais pátrios.

6. Precedentes: RESP 199700668479, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, STJ - TERCEIRA TURMA, 12/04/1999; REO 97030535216, JUIZ FERREIRA DA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 18/05/2009; AC 200772990035324, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - SEGUNDA TURMA, 30/07/2008; AG 200805000137092, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Terceira Turma, 31/03/2009.

7. Erro material, constante da sentença recorrida, corrigido de ofício. 8. Recurso adesivo não conhecido, por falta de interesse processual. Apelação e remessa oficial não providas. A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso adesivo e negou provimento à apelação e à remessa oficial. (ACORDAO 00325672120104019199, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:15/07/2011 PAGINA:153.)

Logo, conforme disposição legal e jurisprudência desta Corte, são impenhoráveis as máquinas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado.

Pelo exposto, *defiro a antecipação da pretensão recursal*, com base no art. 1.019, I, do NCPC, para determinar a liberação imediata da penhora que recaiu sobre os bens do agravante.

(Agravo de Instrumento 0044911-39.2017.4.01.0000/RR, rel. Des. Federal Ângela Catão, e-DJF1 de 26/10/2018, p. 2.268)

Habeas Corpus 0016002-84.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Volta-se o *habeas corpus* contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais que manteve o recebimento da denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, em desfavor do paciente *João Pimenta da Veiga Filho*.

Narram os impetrantes, em apertada síntese, que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1º, *caput*, incisos V e VI e § 1º, inciso II), cujo fato seria um desdobramento da Ação Penal 470 (“Mensalão”), e que, não obstante terem sido rechaçadas todas as teses pela defesa, o juízo impetrado manteve a denúncia de forma definitiva.

Acusam a existência dos seguintes vícios na denúncia recebida:

(i) ausência de indicação adequada da infração penal antecedente;

Alegam que o Ministério Público Federal indicou na denúncia, de maneira genérica, todos os ilícitos descritos na Ação Penal 470 como crime antecedente da suposta lavagem de dinheiro.

Sustentam os impetrantes que “a indicação da infração penal antecedente, à qual a lavagem de dinheiro se direciona para fins de branqueamento, é inafastável para fins de imputação do fato criminoso” (fl. 6).

Entendem que “compete à Acusação demonstrar, ainda que minimamente, que a parcela específica de um patrimônio mesclado (que possui partes lícitas e ilícitas) corresponde, efetivamente, a algo originariamente ilícito. A presunção constitucional é de que o capital em análise trata-se daquela parcela lícita, e não o inverso” (fls. 7-8).

(ii) não demonstração da ciência, por parte do paciente, da origem dos valores recebidos;

Expõem que não há na denúncia nenhum elemento mínimo que aponte a ciência do paciente acerca da origem supostamente ilícita dos valores recebidos.

Aduzem que os valores recebidos pelo paciente antecedem a data em que o esquema do chamado “Mensalão” veio à tona.

Destacam, ainda, que o “Ministério Público não demonstra, não aponta, não narra em uma única linha sequer a suposta ciência, por parte do Defendente, do esquema criminoso ou da origem ilícita dos valores recebidos” (fl. 10).

Citam que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos infringentes interpostos na própria Ação Penal 470, inadmitiu a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro a partir da ausência de elementos aptos a demonstrar a ciência do agente acerca da origem dos valores supostamente lavados.

Sustentam que o próprio juízo de 1º grau “reconheceu a necessidade de ciência do acusado acerca da ilicitude originária” (fl. 13), porém, ainda assim entendeu pelo recebimento da denúncia.

(iii) não indicação do destino dos valores recebidos.

Defendem os impetrantes que, “para fins de lavagem, a finalidade do ato do agente deve ser a sua intenção em reinserir os valores originariamente ilícitos na economia, como se lícitos fossem”, porém, no caso, [...] a denúncia não traz uma linha a respeito. Não se aduz qualquer consideração sobre o dolo do Defendente em reinserir os valores na economia com a aparência lícita” (fl. 15).

Aduzem, ainda, a *necessidade de absolvição sumária*, ao argumento de que os crimes apontados como antecedentes na perícia estatal ocorreram em momento posterior ao recebimento dos valores pelo paciente.

Expõem que o Ministério Público Federal, com amparo em laudo contábil, indica que os valores recebidos pelo paciente seriam provenientes de empréstimos contraídos perante o Banco do Brasil, em 29/04/2003, 21/05/2003 e 11/08/2003, porém os pagamentos em favor do paciente ocorrem em 18/03/2003 (por duas vezes), 16/04/2003 e 25/04/2003.

Alegam que, não obstante estar evidenciado o erro grosseiro existente na perícia e, em consequência, na denúncia, o “juízo ignora a existência de equívoco na perícia que fundamenta a denúncia ofertada em desfavor do Paciente” (fl. 23).

Finalmente, aduzem a *ausência de contraditório quanto aos crimes apontados como antecedentes*, ao argumento de que o trânsito em julgado da Ação Penal 470 não alcança o paciente, pois ele não figurou no polo passivo da referida ação penal e, neste sentido, não exerceu o contraditório e a ampla defesa sobre o que foi ali decidido, razão pela qual não há que se falar em coisa julgada subjetiva.

Destacam os impetrantes que “não se defende que ele deveria ter figurado no polo passivo da AP 470, mas sim que ele tenha a oportunidade, neste momento, de se defender de fatos atinentes a elementos constantes no tipo penal cuja conduta é a ele imputada” (fl. 29).

No particular, requerem os impetrantes “(a) seja determinado que o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais decida incidentalmente sobre a existência ou não do crime antecedente; (b) seja concedida ordem para determinar nova oportunidade ao Paciente de arrolar testemunhas complementares e indicar todos os meios de prova que pretende produzir *no que tange aos crimes apontados como antecedentes*” (fl. 30).

Finalmente, pleiteiam o deferimento da medida liminar para determinar a suspensão do andamento do feito (Autos 0010250-17.2016.4.01.3800) e a concessão da ordem, objetivando o trancamento da ação penal, ou, subsidiariamente, em entendendo pelo prosseguimento da ação, o deferimento dos pedidos formulados em razão da ausência de contraditório quanto à AP 470.

Por intermédio do despacho de fl. 236 solicitou-se informações ao juízo *a quo* e determinou-se a intimação do Ministério Público Federal.

Foram prestadas informações pelo juízo *a quo* (fls. 239-286).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 288-292).

É o relatório. Decido.

I Do cabimento do *Habeas Corpus*

Como deixei anotado em outro *habeas corpus* impetrado em favor do mesmo paciente, seja acentuado que, com base na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento de ação penal, pela via do

habeas corpus, somente é admissível quando houver demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, assim como a demonstração inequívoca de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a peça acusatória (cito):

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere não hipótese dos autos.*

2. O reconhecimento da inexistência de justa causa para a persecução penal, pelo argumento de suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a denúncia anônima pode dar início à investigação, desde que corroborada por elementos informativos prévios que denotem a verossimilhança da comunicação” (RHC 59.542/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016).

4. Recurso desprovido.

(RHC 52.102/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017) (g.n.)

RHC. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. ESTUPRO.

1. Não se mostra viável, em sede de “habeas corpus”, por reclamar profunda investigação probatória, dado os termos da peça de acusação, ancorada em inquérito policial, o trancamento de ação penal, remetendo-se para a instrução criminal a apuração da participação ou não do acusado.

2. *A justa causa, apta a impor o trancamento da ação penal, é aquela perceptível “ictu oculi”, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação.*

3. RHC improvido.

(RHC 7.805/PA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/1998, DJ 26/10/1998, p. 158) (g.n.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA. ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A REVELAR AUTORIA E MATERIALIDADE.

DEMONSTRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. *O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória.*

[...]

5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao paciente.

(HC 374.515/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017) (g.n.)

Por outro lado, em casos extremos em que a acusação se desenvolve de maneira claudicante, isto é, apresentando denúncia imprecisa, genérica e indeterminada, a jurisprudência não fecha a porta à possibilidade de trancamento da ação penal, especialmente, quando, pela imprecisão ou generalidade da peça acusatória, falhando no dever de bem delimitar e individualizar os fatos delituosos, dificulte a defesa de ordem a concretizar violação à ampla defesa e ao contraditório (cito):

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE TRIBUTO. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/90. DENÚNCIA. IRREGULARIDADE FORMAL. IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. PEÇA ACUSATÓRIA INADEQUADA ÀS EXIGÊNCIAS DO ART. 41 DO CPP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O trancamento da ação penal, por ser medida excepcional, somente se apresenta cabível quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa hábil à instauração da ação penal.

2. Impende ressaltar que a denúncia imputou aos pacientes o crime descrito no art. 1º, inciso II da Lei 8.317/90, que prevê os seguintes núcleos verbais: fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer documento, em documento ou livro exigido pela lei fiscal, sem correspondência com os fatos narrados.

3. Com efeito, a peça acusatória não se apresenta adequada às exigências do art. 41 do CPP, pois não descreve os fatos com suas circunstâncias, não individualiza as condutas e nem mesmo há congruência entre a descrição e a imputação final.

4. Considerando que se cuida de *habeas corpus*, evidenciando o constrangimento ilegal, ainda que por outro fundamento, deve ser concedida a ordem para trancar a ação penal respectiva, ao fim de preservar o direito dos pacientes ao contraditório pleno e à ampla defesa. 5. Habeas corpus concedido, para trancar a ação penal, por inépcia da denúncia.

(HC 0040797-72.2008.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.439 de 13/02/2009)

Dessa forma, a análise do presente *mandamus* será balizada pelos critérios estabelecidos pela jurisprudência.

II Dos requisitos da denúncia

Dispõe o art. 41 do CPP que a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso com suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime.

É certo que existem precedentes jurisprudenciais no sentido de que a descrição sucinta não acarreta, por si só, a inépcia da peça acusatória. Entretanto, como corolário da ampla defesa e do contraditório, não raro o STF tem imposto mesmo ao Ministério Público o dever de deduzir denúncia com idoneidade, de ordem a narrar os fatos de forma certa, determinada e precisa, para propiciar ao acusado a possibilidade de, sabendo a natureza e extensão da acusação contra ele dirigida, bem poder se defender (cito):

O exame preliminar da denúncia é balizado pelos arts. 41 e 395 do CPP. No art. 41, a lei adjetiva penal indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. É dizer: ela, denúncia, deve conter a exposição do fato normativamente descrito como criminoso, com suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa do acusado, incorporante da garantia processual do contraditório. Já o art. 395 do mesmo diploma processual, esse impõe à peça acusatória um conteúdo negativo. Se, pelo primeiro, há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, pelo art. 395, há uma obrigação de não fazer. [Inq 2.486, rel. min. Ayres Britto, j. 8-10-2009, P, DJE de 18-12-2009.]= Inq 3.016, rel. min. Ellen Gracie, j. 30-9-2010, P, DJE de 17-2-2011

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, decano na Suprema Corte:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado [...] (reproduzo a ementa do importante julgado):

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do

fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDOTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIAS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513).

Como já escrevi em artigo de divulgação científica, ainda que a denúncia ou acusação possam ser sucintas, não se pode esquecer que o acusado se defende dos fatos *a ele imputados* (com precisão e coerência), ou seja, ele se defende não do universo de fatos eventualmente constantes dos autos, mas *dos fatos que, desse universo, o órgão acusador resolveu, com precisão, destacar e imputar-lhe a autoria*. De nada valeria a exigência de precisão e certeza da narrativa dos fatos, se além daqueles fatos a ele imputados, o acusado tivesse que se defender e pudesse ser condenado por fatos não destacados — repito, com precisão — na denúncia ou peça acusatória (no caso da ação de improbidade). Por incrível que pareça, em denúncias genéricas, nem sempre tais distinções serão percebidas e muito menos respeitadas.

No âmbito de nossa mais elevada jurisprudência, lembra o Min. Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal, em processos acusatórios, tem emprestado especial homenagem ao princípio do devido processo legal, ao ponto de exigir respeito à ampla defesa e ao contraditório já ao início da demanda, ao censurar e proscrever como juridicamente inadmissíveis as *chamadas denúncias genéricas ou imprecisas* (cito):

Outra questão relevante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao contraditório e à ampla defesa exercida em face de denúncia genérica ou que não descreve de maneira adequada os fatos imputados ao denunciado. É substancial a jurisprudência do Tribunal, que considera atentatório ao direito do contraditório o oferecimento de denúncia vaga ou imprecisa, por impedir ou dificultar o exercício do direito de defesa⁸.

O que o Supremo está a afirmar é que, mais do que o antigo dogma que sustenta a ideia de que o acusado se defende dos fatos, devemos tomar a sério a conclusão de que, bem observado o contraditório e a ampla defesa, na exigência de uma denúncia precisa, revestida de densidade e coerência, pode-se concluir que, ainda com mais

8 Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2011, p. 499.

razão, o acusado se defende realmente é apenas do conjunto de fatos que, da profusão de circunstâncias eventualmente contidas nos autos, o autor resolveu delimitar na peça inaugural e atribuir-lhe a autoria.

Neste passo, devo insistir, obviamente, o dever de imputações precisas, certas, densas e coerentes, como exigido pelo Supremo, impõe-se e estende-se a todos os processos dos quais possam resultar restrições aos mais caros direitos fundamentais do acusado, como são as restrições ao direito fundamental de ir e vir (no caso do processo penal), assim como limitações aos direitos políticos e aos demais direitos de liberdade (caso da ação de improbidade e qualquer outro processo que tenha, direta ou indiretamente, a eficácia da inelegibilidade).

Bem observados os fatos, o que aqui se verifica é a exigência de transposição do plano da *tipicidade cerrada* (prévia, escrita, certa e estrita), *antes restrito ao âmbito da abstração da lei, para a esfera concreta do processo*. De fato, se, pelas sérias consequências para os direitos fundamentais do cidadão, as acusações por prática de crimes, de atos de improbidade ou que impliquem inelegibilidade, exigem, *no âmbito abstrato da lei*, a prescrição e certeza de condutas hipoteticamente conformadas (*Tatbestand*) sob o signo do princípio da *tipicidade cerrada*, com mais razão ainda, *na concretização do processo*, a necessidade de garantia eficiente dos direitos do cidadão há de exigir acusações precisas, coerentes e fundamentadas, assim como decisões judiciais *congruentes* com o que proposto e apurado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em resumo, como se sabe, a exigência de *tipicidade fechada* (1) não consente com retroatividade de leis incriminadoras, (2) proíbe a criminalização de condutas com fundamento em humores e costumes sociais (postulado da norma escrita), (3) não aceita a indeterminação da norma incriminadora (que deve ser certa) e (4) não admite a analogia para prejudicar o acusado (postulado da norma estrita). Contudo, não basta a esse conjunto de garantias que a proteção ao cidadão seja apenas promovida na abstração da norma incriminadora; nada disso teria valor, se, no momento de acusar, a denúncia criminal ou petição inicial de uma ação de improbidade pudesse ser genérica ou imprecisa quanto à narrativa dos fatos e incoerente com a sua conclusão (pedido). Além disso, todas essas garantias também estariam irremediavelmente comprometidas se, depois de desenvolvida a defesa e o contraditório, pudesse o magistrado desconectar-se dos fundamentos e/ou do pedido, como então desenvolvidos nos autos, para, com violação ao *princípio da congruência*, proferir decisão logicamente incoerente com o que as partes afirmaram, provaram e pediram nos autos.

Para tudo resumir e concluir, o princípio da tipicidade estrita, em matéria de acusação, deve, para ser eficaz na proteção do contraditório e da ampla defesa, transpor as margens da abstração da lei e concretizar-se numa acusação precisa, coerente e bem fundamentada que, posteriormente, deverá encontrar eco numa sentença que se revele congruente com os fundamentos de fato e de direito, com as provas e com o pedido deduzido na inicial, sempre com máxima consideração ao que a defesa, *considerada a delimitação dos fatos que a acusação lhe imputou*, alcançou também produzir.

Como abaixo se verá, no caso presente, a denúncia suscita alguma dúvida quanto à exigência de descrição precisa, certa e determinada dos fatos delituosos, especialmente, quanto ao chamado crime antecedente do crime de lavagem de ativos imputado ao paciente. De fato, especificamente no que respeita à descrição do crime antecedente, consoante a tipificação legal do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, há elementos que parecerem dar razão à irresignação da defesa quanto à denúncia apresentada, uma vez que, se é certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a configuração do crime, não seria necessário que o acusado tenha sido condenado pelo delito antecedente, pois embora derivado ou acessório, o delito de lavagem de dinheiro é autônomo, *porém, não há dúvida de que não se pode cogitar de condenação pelo crime de lavagem de capitais, quando não haja prova e certificação do crime antecedente*.

Por isso que o STJ, na pena sempre justa e arguta do Min. Nefi Cordeiro, teve ocasião de acentuar que,

[...] 2. *Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).* 3. *Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável a configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo.*

Nesse mesmo julgado, restou decidido que, sem prova do crime antecedente, “resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro”, determinando-se o trancamento da ação penal, pois sem a materialidade do delito antecedente, obviamente, não se pode falar da existência do delito de lavagem de ativos, ao final, imputado ao acusado (cito):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISO V, DA LEI 8.137/1990 COMO DELITO ANTECEDENTE. TRANCAMENTO DAS AÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. DENÚNCIAS QUE NARRAM A OCORRÊNCIA DE CRIME MATERIAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

3. Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo.

4. Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro.

5. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento das ações penais, sem prejuízo do oferecimento de novas denúncias, desde que demonstrada a materialidade delitiva do delito antecedente.

(RHC 73.599/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)

III Do caso concreto: a indicação e delimitação do crime antecedente

No presente caso, o Ministério Público Federal indicou na denúncia que o feito foi instaurado a partir do desmembramento do Inquérito Policial 2.474 em curso no STF, com o escopo de investigar os diversos repasses efetuados pelas empresas do operador do “Mensalão”, Marcos Valério Fernandes de Souza.

Extrai-se da denúncia, ainda, que o Inquérito Policial 2.445/STF deu origem ao IPL 2.474/STF, de onde a acusação colheu depoimentos e outras provas que vinculariam o paciente a Marcos Valério Fernandes de Souza. Em redação pouco precisa, às vezes sem congruência, como se verá, prossegue o órgão acusador afirmando que os crimes antecedentes ao suposto crime de lavagem de dinheiro atribuído ao paciente são os apurados na Ação Penal 470/STF.

Como já havia acentuado em outro *habeas corpus* impetrado em favor do mesmo paciente, a impressão que se tem, ao ler a denúncia, que não é muito precisa nesse ponto, é que o Ministério Público, *de forma indeterminada e/ou incongruente*, especialmente quando a peça acusatória tenta descrever e indicar os chamados *crimes antecedentes*, parece, num primeiro passo, ao início da descrição dos fatos delituosos, entender que os crimes antecedentes consistiriam estritamente em *empréstimos fraudulentos* de onde originariam os recursos, posteriormente, transferidos à consta do paciente (fl. 38); sendo que, contraditoriamente, num segundo passo, em capítulo final, especialmente aberto para descrever e delimitar os crimes antecedentes (fls. 43-47), parece pretender imputar ao paciente, como crime antecedente que compõe a conduta a ele imputada, *todos os crimes que eventualmente tenham sido processados e julgados na referida Ação 470* (Mensalão).

Obviamente, não se pode esquecer que uma acusação indeterminada e genérica, ou incoerente na sua formulação, pode sempre abrir ensejo à nulidade, por desbordar da exigência já enunciada pelo STF de que as denúncias precisam ser formuladas de forma determinada, objetiva e precisa.

Com efeito, de início, a denúncia relaciona uma série de 4 (quatro) depósitos — bem identificados —, no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) cada, ocorridos nos dias 18/03/2001 (2 depósitos), 16/04/2003 e 25/04/2003, que totalizariam R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), afirmando que (fl. 38):

O presente inquisitório foi instaurado a partir do desdobramento do Inquérito Policial 2.474, em curso no Supremo Tribunal Federal, com o escopo de investigar os diversos repasses pelas empresas do operador do ‘Mensalão’, MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, a diversas pessoas físicas e jurídicas, dentre as quais a JOÃO PIMENTA DA VEIGA FILHO *cujos*

recursos são oriundos de empréstimos fraudulentos tomados no Banco do Brasil, Rural e BMG; Fundo de Investimento Visanet e pagamentos efetuados pelo Banco Rural a título de supostos serviços prestados pelas empresas DNA e SMP&B.

Às fls. 23/30 dos autos, está acostado o Laudo Contábil-Financeiro nº 813/2013-SETEC SR/DPF/MG, elaborado com base nos Laudos 1.449/2007-INC e 1.450-INC (“Caso Mensalão”), que identificou *quatro repasses* das empresas SMP&B Comunicação Ltda. e DNA Propaganda Ltda. para JOÃO PIMENTA DA VEIGA FILHO, nos dias 18/03/2003 (2), 16/04/2003 e 25/04/2003, no total de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

No referido Laudo Contábil-Financeiro nº 858/2013-SETEC/SR/DPF/MG constam todas as informações que identificam os repasses, como datas, valores e dados das contas bancárias dos envolvidos, [...].

Mais adiante, sem fazer ainda a identificação da origem ilícita (crimes anteriores), a peça acusatória prossegue com mais um elemento de prova, que daria suporte à demonstração dos depósitos havidos em favor do paciente (reproduzo, fls. 38-39):

Cabe destacar que, além dessas transações, consta dos autos do Inquérito 2.474/Supremo Tribunal Federal que foi apreendida cópia de fax expedido pela SMP&B Comunicação Ltda. endereçado ao BMG, contendo a seguinte mensagem:

“Sr. Marcos, conforme nossa conversa segue em abaixo as contas das quais deverão ser depositadas as seguintes quantias: - José Alves de Oliveira – Banco Bradesco S.A. – agência 1840: Cc: 108-2; quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – João Pimenta da Veiga Filho; Banco Rural S.A. – Agência 0005; Cc: 88000814-8; Quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), CPF 036.979.831-72. Qualquer dúvida quanto a dados das contas, nosso contato é o Sr. Washington (assistente do Sr. Pimenta), telefone de contato 61-9989 2920. Desde já agradeço sua atenção. Karina Somaggio – Assistente Vice Presidente – SMPB Comunicação Ltda. (vide Auto de Apreensão e Apresentação – f. 25 e Termo de Análise de Dados da agenda de Fernanda Karina Somaggio, ex-secretária de MARCOS VALÉRIO – f. 1152, cópia anexas. Grifos nossos).

E mais adiante, colhendo o depoimento de Fernanda Karina, reafirma-se o mesmo fato, isto é, reafirma-se o fato de que o paciente teria recebido depósitos da SMPB Comunicação Ltda. (cito, fls. 40-41):

Posteriormente, Fernanda Karina afirmou que:

“dentro da SMPB COMUNICAÇÃO LTDA a depoente tomou conhecimento que o senhor JOSÉ ALVES DE OLIVEIRA seria o ‘braço direito’ do ex-ministro, ex-deputado federal e ex-prefeito de Belo Horizonte, JOÃO PIMENTA DA VEIGA FILHO, razão pela qual acredita que os depósitos efetuados em conta corrente dos mesmos, respectivamente nos valores de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) tenham sido de fato destinados a PIMENTA DA VEIGA, conforme o próprio reconheceu diante da imprensa, inclusive em reportagem da revista VEJA, desconhecendo que PIMENTA DA VEIGA fosse advogado da SMPB COMUNICAÇÃO LTDA, tendo conhecimento de que o mesmo somente esteve uma única vez na empresa, em conversa reservada com o Presidente da empresa, o senhor CRISTIANO PAZ (fl.532 do IPL451/2005, cópia anexa. Grifos nossos)

Pois bem, muito embora indicados os valores creditados em favor do paciente, o Ministério Público Federal, ao que pude verificar, não indicou, *de forma precisa, certa, individualizada e coerente*, como exige a jurisprudência do STF (HC 84580, rel. Min. Celso de Mello), quais os crimes antecedentes certificariam a origem ilícita dos recursos, apenas referindo, ao início da narrativa dos fatos delituosos, que os recursos recebidos pelo paciente (cito) *“são oriundos de empréstimos fraudulentos tomados do Banco do Brasil, Rural e BMG; Fundo de Incentivo Visanet e paramentos efetuados pelo Banco Rural a título de supostos serviços prestados pela empresa DNA e SMP&B”* (fl. 38).

Obviamente, compondo a descrição típica do delito de lavagem imputado ao paciente, era necessário que a denúncia especificasse, de “maneira precisa, objetiva e individualizada”, de ordem a permitir a sua defesa, *quais exatamente “os empréstimos fraudulentos tomados do Banco do Brasil, Rural e BMG” teriam aportado, em depósitos posteriores, à conta do paciente*. Mas isso não foi feito.

De fato, o crime de lavagem de ativos, consoante expressa determinação legal, se concretiza quando os valores ocultados ou dissimulados são “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Contudo, como se verá, a não ser por essa referência genérica a supostos “empréstimos fraudulentos”, a denúncia jamais os indicou, muito mesmo de forma individualizada.

Portanto, ainda que, segundo a jurisprudência predominante, não haja necessidade de que autor do crime de lavagem de dinheiro seja simultaneamente um dos coautores do crime antecedente, bem como não haja necessidade de comprovação cabal do crime antecedente, bastante a existência de indícios (pelo menos para o recebimento da denúncia), obviamente, nada disso permite que a denúncia deixe de indicar, de forma *precisa e*

individualizada, quais os crimes antecedentes é que teriam dado a certeza ao órgão acusador de que os recursos recebidos pelo paciente têm origem ilícita. É um direito do acusado, obviamente, como já demonstrado acima, a especificação e individualização de todos os elementos do crime que lhe é imputado, sob pena de não se lhe garantir o direito de, com adequação e idoneidade, poder legitimamente defender-se.

Por exemplo, sabendo que uma das principais acusações, na famosa Ação 470, é que os empréstimos seriam na verdade simulacros de transações fraudulentas, que, na verdade, nunca seriam quitadas, no caso presente, sabendo qual ou quais os empréstimos, especificamente, são indicados como a origem para a transferência de ativos à sua conta, seria perfeitamente plausível e legítimo que a defesa pretendesse demonstrar que, na verdade, repito, no caso concreto daqueles empréstimos, teriam sido eles obtidos de forma lícita, tendo ao final, inclusive, sido regularmente honrados.

Como se viu, entretanto, até esse ponto da denúncia, não havia o Ministério Público revelado, de forma precisa, quais os delitos anteriores maculariam a origem dos recursos recebidos pelo paciente, havendo apenas uma sugestão genérica de que seriam *“oriundos de empréstimos fraudulentos tomados do Banco do Brasil, Rural e BMG”*. Isso, definitivamente, não bastaria nem propiciaria uma adequada defesa por parte do paciente. Afinal, de qual empréstimo fraudulento, ou empréstimos fraudulentos, deveria ele se defender, na medida em que, em toda a denúncia, não se indicou nem muito menos especificou qualquer empréstimo em favor das empresas de comunicação, seja fraudulento ou não.

Além disso, depois de ter sugerido que os crimes anteriores seriam os chamados “empréstimos fraudulentos”, mas, como se viu, sem os individualizar, o Ministério Público, num passo seguinte, objetivando cumprir esse especial momento da denúncia (especificar os crimes antecedentes), abriu um capítulo próprio para indicar e especificar quais, especificamente, seriam os delitos antecedentes que comporiam o ilícito imputado ao paciente, capítulo esse que foi sugestivamente intitulado *“II – Os crimes antecedentes”*. Contudo, como se passa a demonstrar, no referido capítulo, de forma incongruente, abandonando, ao que parece, a sugestão inicial de que os crimes antecedentes seriam os chamados “empréstimos fraudulentos”, passa a apresentar uma generalíssima indicação de *“todos os crimes praticados e julgados no chamado esquema do Mensalão”* (reproduzo, fls. 43-47):

II — Os crimes antecedentes.

A peça acusatória da Ação Penal n 470, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, narrou a existência de uma sofisticada organização criminoso, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude.

Segundo a acusação da Procuradoria-Geral da República, os crimes imputados tiveram início com a vitória eleitoral de 2002 do Partido dos Trabalhadores no plano nacional e tiveram por objetivo principal, no que concerne ao chamado núcleo político, integrado por José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno, garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros partidos políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais. Nesse momento, o empresário MARCOS VALÉRIO aproxima-se do núcleo político para oferecer os empréstimos da sua própria quadrilha (Ramon Hollerhach, Cristiano de Mello Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias dos Santos, gestores das empresas de publicidade *SMP&B Comunicação Ltda.* e *DNA Propaganda Ltda.*) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal, formando o chamado “núcleo publicitário”.

Além disso, teria sido necessário contar com o “núcleo operacional e financeiro, integrado por Kátia Rabelio, José Roberto Salgado, Vinícius Sarnarante e Ayanna Tenório, os quais, no comando das atividades do Banco Rural, juntamente com o Sr. José Augusto Dumont, falecido em abril de 2004, teriam criado as condições necessárias para a circulação clandestina de recursos financeiros entre o núcleo político e o núcleo publicitário, através de mecanismos de lavagem de dinheiro, que lhes permitiriam o pagamento de propina, sem que o dinheiro transitasse por suas contas.

O v. acórdão que recebeu a citada denúncia, tendo como Relator o Ministro Joaquim Barbosa, apontou a materialidade de crimes contra o sistema financeiro, contra a administração pública e de formação de quadrilha.

Quanto aos atos de gestão fraudulenta na administração do Banco Rural destacou-se que:

Á cúpula do Banco Rural, aparentemente, era cúmplice na concessão dos empréstimos fajutos ao PT e às empresas de Marcos Valério. Empréstimos que, segundo o depoimento de Carlos Godinho (ex superintendente do Banco Rural) foram pactuados para não serem pagos; empréstimos pactuados mediante garantias de extrema fragilidade, e renegociados constantemente de forma, no mínimo, temerária, para dar aparência de que vinham sendo saldados regularmente, embora, em realidade, isso não ocorresse. Esses empréstimos, como se sabe, constituíram uma das fontes das vultosas quantias de

dinheiro que eram, conforme documentos acostados aos autos, repassadas em espécie a parlamentares, a mando e por indicação de dirigentes do PT algumas sabidamente subordinadas e controladas pelo acusado José Dirceu, como se extrai de diversos depoimentos por mim citados. (fl. 12.370 da AP 470)

Já com relação os crimes contra a administração pública:

Também há nos autos, às fls. 602/608, um documento no qual o próprio denunciado Marcos Valério aponta os empréstimos efetuados ao Partido dos Trabalhadores e a distribuição de recursos a pessoas ligadas a partidos da base aliada. Transcrevo o seguinte trecho:

TOTAL DOS EMPRÉSTIMOS OBTIDOS PELAS EMPRESAS NOS BANCOS BMG E RURAL E TOTAL DO REPASSE AO PT E ALIADOS A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO AO PT O investigado MARCOS VALÉRIO encaminha a V EXA. a anexa relação de pessoas indicadas pelo PT que receberam recursos emprestados pelo PT por Marcos Valério através das empresas, acompanhada dos nomes dos beneficiários, de seus contatos, com as datas e valores dos repasses, que totaliza a importância de R\$ 55.841.227,81' (...) (fl. 12.177 da AP470)

O julgamento da AP 470 iniciou-se em 02 agosto de 2012 e se encerrou em 13 de março de 2013. Dentre os 40 denunciados, 24 foram condenados por crimes como corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta.

Segundo o acórdão do julgamento da AP 470,

a realização do crime de lava lavagem de dinheiro (art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998,) ocorreu mediante três grandes etapas, integradas por condutas reiteradas e, muitas vezes, concomitantes, as quais podem ser agrupadas da seguinte forma: (1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas ao réu Marcos Valério, especialmente na SPP& B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A; (2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no Banco Rural S/A e no Banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente, (3,) repasses de vultosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos,) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública (itens III e VI) e o sistema financeiro nacional (item V). Limitando-se ao que consta da denúncia, foram identificadas e comprovadas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro realizadas através de mecanismos ilícitos disponibilizados pelo banco Rural. Os delitos foram cometidos por réus integrantes do chamado “núcleo publicitário” e do “núcleo financeiro”, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, ficando cada agente incumbido de determinadas funções, de cujo desempenho dependia o sucesso da associação criminosa”. (STF - AP 470/MG – Relator Min. Joaquim Barbosa).

Ao fim do julgamento, 24 réus foram condenados pelos seguintes crimes: - *Corrupção ativa* (art. 333, CP): Cristiano Paz, Delúbio Soares, José Genoíno, José Dirceu, Marcos Valério. Ramon Hollerbaeh, Rogério Tolentino e Simone Vasconcelos; - *Corrupção passiva* (art. 317, CP): Henrique Pizzolato, João Paulo Cunha. Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar da Costa Neto, Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, José Borba, Emerson Palmieri. Jacinto Lamas. - *Evasão de divisas* (art. 22, Lei nº 7.492/1986): Marcos Valério. Ramon Hollerbach, Simone Vasconcellos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado: - *peculato* (art. 312, CP): Cristiano Paz, Henrique Pizzolato, João Paulo Cunha, Marcos Valério, Ramon Hollerbach.: - *Lavagem de dinheiro*: (art. 1º, Lei nº 9.613/98): José Roberto Salgado, Kátia Rabelo. Vinícius Samarane, Enivaldo Quadrado, Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Rogério Tolentino, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Simone Vasconcellos, Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, Bispo Rodrigues, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, Emerson Palmieri; - *Gestão fraudulenta* (art. 40 da Lei 7.492/1986): José Roberto Salgado, Vinícius Samarane, Katia Rabello; - *Formação de quadrilha* (art. 288, CP), inicialmente foram condenados os réus José Genoíno Neto, José Dirceu. Delúbio Soares, Marcos Valério, Ramon Hollerbach. Cristiano Paz, Kátia Rabello, Simone Vasconcellos Rogério Tolentino e José Roberto Salgado, mas no julgamento dos embargos infringentes, oito deles foram absolvidos por tal crime (José Dirceu, Delúbio Soares, Kátia Rabello, José Genoíno, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz), pois, segundo os ministros do STF, não houve provas nos autos de que o núcleo político, além do núcleo publicitário (comandado por Marcos Valério, operador do mensalão) e financeiro (integrantes do Banco Rural) teriam se reunido especificamente para o cometimento dos crimes.

III - Conclusão,

Em suma, não havendo prova de qualquer negócio jurídico lícito entre as empresas de MARCOS VALÉRIO e JOÃO PIMENTA DA VEIGA FILHO, resta patente a ilicitude dos valores recebidos por este, eis que oriundos das contas nº 6002595-2 e 601999-4, mantidas no Banco Rural e no Banco do Brasil, de titularidade da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda, respectivamente. as quais foram utilizadas para operar o esquema do “Mensalão” e para a movimentação de dinheiro desviado dos cofres públicos ou oriundos de crimes financeiros.

Em seguida, o DENUNCIADO ocultou e dissimulou a origem e natureza dos valores provenientes dos crimes antecedentes ao asseverar que foram recebidos das empresas de MARCOS VALÉRIO em contrapartida a serviços advocatícios cuja prestação nunca, foi comprovada.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia JOÃO PIMENTA DA VEIGA FILHO como incurso nas penas do 10, caput, incisos V e VI e §1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, requerendo o recebimento da exordial acusatória e a citação do denunciado para apresentar resposta escrita, seguindo-se o feito até a sentença, que se espera condenatória.

Pugna pela cientificação do Instituto Nacional de Identificação - INI sobre a presente denúncia, para que efetue os registros de praxe.

Por fim, tendo em vista que este inquérito foi instaurado a partir de desdobramento do inquérito nº 1976/2012 - SRJDPF/MG, que contém cópia integral do IPL nº 2474-STF, requer a juntada aos autos da íntegra da cópia digitalizada deste.

Nesse ponto, era de se esperar que a acusação delimitasse, entre todos esses crimes, quais exatamente estariam na origem dos valores repassados ao paciente, propiciando-lhe assim a ampla defesa e o devido processo legal, como exige a Constituição, que não se compatibiliza com imputações genéricas e indeterminadas, por comprometerem e impedirem ao acusado uma correta apreensão dos fatos e delitos dos quais deva se defender.

No particular, verifica-se que não há qualquer remissão acerca dos crimes antecedentes ao suposto de crime de lavagem de dinheiro, limitando-se a denúncia a tecer considerações acerca dos crimes apurados na AP 470/STF. Ou seja, a denúncia não logrou demonstrar *a vinculação objetiva ou subjetiva dos alegados crimes antecedentes com o ilícito de lavagem de ativos imputado ao paciente*. Pior do que não indicar, com certeza e precisão, quais os crimes anteriores de que o acusado deve se defender, é atribuir-lhe uma quantidade indeterminada de delitos, afogando a sua defesa em indeterminação e incerteza.

Assim, embora tenha sido consignado na denúncia todos os crimes apurados na AP 470/STF (corrupção ativa, corrupção passiva, evasão de divisas, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e formação de quadrilha), não houve a indicação de qual ou quais seria(m) o(s) crime(s) antecedente(s) do crime de lavagem de dinheiro atribuído ao paciente, restando apenas genérica imputação de que seriam os crimes apurados na referida ação penal.

Obviamente, é o órgão acusador o sujeito mais habilitado a discernir, com precisão, quais dos crimes antecedentes seriam exatamente aqueles que eventualmente compõem a conduta típica, na forma do art. 1º da Lei 9.613/1998, que almeja imputar ao acusado.

Como acima anotado, nas palavras do Ministro Celso de Mello, hoje decano na Corte Suprema de nosso País:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - *impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa*. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - *repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado [...]* (HC 84580, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176, divulgado em 17/09/2009, publicado em 18/09/2009, ement. vol-02374-02, pp. 222, RT v. 98, n. 890, 2009, pp. 500-513). (g.n.)

Lançando olhos sobre o caso presente, em consideração ao que disposto na Constituição, viola a mais não poder a garantia do contraditório e da ampla defesa o fato de o Ministério Público justificar a existência do crime de lavagem de dinheiro com uma indiscriminada lista de inúmeras condutas antecedentes, sem indicar e provar, como lhe competia, quais seriam efetivamente os supostos empréstimos fraudulentos que teriam sido a fonte dos depósitos recebidos pelo paciente.

Haveria aí pelo menos duas violações ao direito do acusado: *de um lado*, a inaceitável formulação de denúncia genérica, que não permite ao denunciado discernir com clareza e precisão qual exatamente a conduta, *em toda a extensão de seus elementos típicos*, que lhe é imputada; *de outro*, a indesculpável formulação de peça acusatória que endereça ao acusado o crime de lavagem de ativos, *o qual apenas se concretiza com a presença de delitos antecedentes*, mas não lhe propicia, entretanto, em aberta violação ao disposto no art. 5º, LIV e LV, da CF/1988, *defesa idônea e suficiente*, com todos os meios de prova e recursos a ela inerentes, de ordem a poder confrontar específico elemento do tipo legal incriminador que o Ministério Público afirma presente na conduta supostamente praticada pelo denunciado.

O fato de, conforme o art. 2º, II, da Lei 9.613/1998, o processo e o julgamento dos crimes previstos nesse estatuto legal independermem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes não infirma nem pode infirmar, seja acentuado, o direito do acusado de ver reconhecida pelo Estado-juiz a conclusão incontornável de que *tem o direito de defender-se de todos os elementos que compõem o tipo penal da conduta que concretamente o Estado-acusador lhe imputa*.

No caso, o tipo penal claramente inclui como um de seus elementos o fato de que só haverá crime de lavagem se os valores eventualmente dissimulados ou omitidos tenham sido *provenientes direta ou indiretamente de infração penal anterior* (cito e realço a dicção expressa da lei): “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores *provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Portanto, se não há crime anterior, ou se, pelo menos, por defeituosa descrição dos fatos típicos, não se consegue demonstrar o vínculo, objetivo ou subjetivo, entre o delito antecedente e aquele outro cuja prática se atribui ao paciente, obviamente, não se poderá, ao final, impor-lhe um juízo condenatório pelo crime de lavagem de ativos.

Por isso mesmo, de acordo com a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, não há dúvida de que o paciente tem absoluto interesse jurídico de tentar demonstrar por meio das provas e recursos inerentes ao devido processo legal a sua inocência, o que pode ser concretizado, seja demonstrando, eventualmente, que o crime anterior não existiu, ou, pelo menos, demonstrando que, se existiu, os valores por ele eventualmente recebidos não têm qualquer vínculo (subjetivo ou objetivo) com a sua prática ou perpetração. De um jeito ou de outro, evidentemente, o acusado tem interesse em sindicat os chamados crimes antecedentes. Mas nada disso é possível, se o acusado não teve por parte da denúncia uma precisa e clara delimitação dos elementos típicos, em toda a sua extensão, que conformam a conduta ilícita a ele imputada.

Dessa forma, como já mencionado, num juízo indiciário, próprio do momento processual, parece haver fundamento à irrisignação dos impetrantes contra a denúncia, por seu suposto caráter genérico e indeterminado no que tange aos crimes antecedentes que, supostamente, dariam suporte de existência ao crime de lavagem de dinheiro e assim, na consoante jurisprudência do STJ, “sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro” (RHC 73.599/SC, rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe de 20/09/2016).

Entretanto, como será a seguir demonstrado, entendo que a situação posta não reclama a intervenção excepcional do relator, antecipando-se no julgamento de questão de competência colegiada.

IV Conclusão

Como já exposto, é cediço que o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

No caso, num primeiro olhar, vislumbra-se a ocorrência da excepcionalidade necessária ao deferimento do pleito liminar dos impetrantes, haja vista, como já exposto, o suposto caráter genérico e indeterminado da denúncia no que tange aos crimes antecedentes que dariam, no entendimento do Ministério Público Federal, suporte de existência ao crime de lavagem de dinheiro.

Entretanto, é certo, igualmente, que, mais excepcional ainda deve ser o trancamento de ação penal, por meio de decisão unipessoal do relator, uma vez que a regra é que as decisões devem ser colegiadas, constituindo exceção as decisões monocráticas. O julgamento no órgão colegiado permite superar a visão eventualmente parcial e limitada de que o julgamento monocrático pode sempre padecer. Ali, além da perspectiva diferenciada dos demais membros, o julgamento é enriquecido com a intervenção e colaboração das partes que poderão, sempre e sempre, apresentar elementos e subsídios de fato e de direito que eventualmente terão permanecido no ponto cego do relator.

Já decidiu este Tribunal que,

[...] em sede de *liminar*, não há que se falar em *trancamento* de inquérito policial ou ação penal, quando, até mesmo a suspensão de seus andamentos, em sede de cognição sumária, por ser uma medida excepcional, somente se apresenta cabível quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa hábil à instauração do processo criminal, [...]. *Não fora isso, o pedido de liminar, para trancamento de ação penal, confunde-se com o próprio mérito da impetração, de competência do órgão colegiado.* (HC 0043598-77.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, decisão de 02/08/2016, publicada no e-DJF1 de 05/08/2016.) (g.n.)

Além do mais, deve ser considerado o fato de que não pesa contra o paciente prisão ou ameaça de prisão imediata, tratando-se de mero recebimento de denúncia, não há nos autos indicativos de iminente lesão ou ameaça de lesão ao direito de locomoção do paciente, escopo constitucional da via escolhida (cito):

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. IMPETRAÇÃO JULGADA PREJUDICADA NO STJ. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, CONTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER. DIREITO DE IR E VIR. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Com a concessão da liberdade provisória pelo juiz de primeiro grau, o Relator do habeas corpus ajuizado no STJ, corretamente, julgou prejudicado o feito pela perda superveniente de objeto. II - Não se verifica nos autos a presença de constrangimento ilegal, nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. III - *É INCABÍVEL A UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS QUANDO NÃO Á RISCO EFETIVO DE CONSTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO FÍSICA OU CONFIGURAÇÃO DE OFENSA - ATUAL OU IMINENTE - AO DIREITO DE IR, VIR E PERMANECER DAS PESSOAS. PRECEDENTES.* IV - ORDEM DENEGADA. (HC 103647, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-03 PP-00589) (g.n.)

Portanto, não obstante a presença de elementos indiciários que lançam um juízo de reserva e de cautela intelectual contra a higidez e a regularidade formal da peça acusatória apresentada, especialmente no que tange aos crimes antecedentes do delito de lavagem de dinheiro, considerada a jurisprudência restritiva quanto à possibilidade de trancamento de ação penal neste estágio, tudo isso indica que o melhor e mais prudente é mesmo não proferir decisão monocrática sobre a matéria, reservando a controvérsia para uma decisão colegiada.

Registre-se, por fim, que todas as questões suscitadas nesta impetração serão integralmente analisadas quando do julgamento do *writ* pelo órgão colegiado.

Tudo considerado, *indefiro, por ora, o pedido de liminar.*

(*Habeas Corpus* 0016002-84.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 06/07/2017, p. 422)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Apelação Cível 0002505-70.2013.4.01.3903/PA

Ementa

Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Mineração. Projeto Volta Grande do Xingu de Mineração. Impacto em terra indígena. Existência. Reconhecimento pelo órgão licenciador estadual. Estudo do componente indígena – ECI. Necessidade de realização. Discussão quanto ao momento: antes da licença prévia ou no decorrer da mesma. Preliminares de ilegitimidade ativa do MPF e de incompetência da Justiça Federal. Perda superveniente do interesse de agir, ausência de interesse jurídico dos assistentes litisconsorciais e nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide afastadas. Mérito. Licenciamento ambiental. Emissão de licença prévia sem o ECI. Possibilidade. Ausência de impacto. Emissão da licença de instalação sem o ECI. Impossibilidade. Estudo de componente indígena realizado a partir de dados secundários. Impossibilidade. Consulta livre e motivada dos indígenas afetados. Necessidade. Violação da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT. Alegada omissão da Funai a impossibilitar a elaboração do ECI. Necessidade de discussão em autos distintos. Sentença reformada em parte.

I. Nos termos do inciso V do art. 129 da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, sendo certo que o inciso XI do art. 6º da Lei Complementar 75/1993 prevê ser do Ministério Público da União tal atribuição, inclusive no que se refere à propositura das ações cabíveis. Preliminar de ilegitimidade ativa do MPF afastada.

II. Figurando o Ministério Público Federal no polo ativo da lide, a competência da Justiça Federal decorre do inciso I do art. 109 da Constituição Federal. Ademais, a Funai também foi admitida, na origem, como assistente litisconsorcial do autor, de modo que também sob essa ótica resta justificada a competência da Justiça Federal para a demanda.

III. Pugnando o Ministério Público Federal, quando da propositura da ação, pela suspensão do processo de licenciamento ambiental ou, caso já iniciado, com a emissão da licença prévia, a declaração de sua nulidade, paralisando-se o procedimento até que sejam complementados os Estudos de Impacto Ambiental e avaliados pela Funai os Estudos de Componente Indígena, ressalvada a garantia de participação dos indígenas, e considerando que a própria ré Belo Sun reconhece que a Funai não avaliou o ECI apresentado, ao afirmar a insistência do órgão indigenista de que não há estudo válido, resta afastada a alegação de perda superveniente do interesse de agir.

IV. Tanto a Funai quanto o Município de Senador José Porfírio, impactado pelo Projeto Volta Grande de Mineração, podem figurar no feito na qualidade de assistentes litisconsorciais do MPF. Isso porque ambos possuem interesse jurídico no resultado final do processo: a Funai, por possuir como função institucional a proteção dos interesses indígenas; e o Município Senador José Porfírio/PA, pelo fato de o empreendimento minerário encontrar-se localizado dentro de seus limites territoriais, de modo que o resultado da demanda causará efeitos à municipalidade. Ademais, nos termos do inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

V. Não há que se falar em nulidade da sentença pelo fato de ter havido o julgamento antecipado da lide. A uma, porque a questão relativa à distância entre o empreendimento e as terras indígenas citadas nos autos é incontroversa, sendo certo que as partes litigantes reconhecem que estas distam mais de 10 km daquele, havendo controvérsia apenas quanto à (im)prescindibilidade do ECI e o momento em que deve ser apresentado. A duas, porque o próprio Estado do Pará, por meio de seu órgão licenciador (Sema/PA), acatando recomendação do Ministério Público

Federal, concluiu pela necessidade de realização do ECI, divergindo tão somente quanto ao momento em que pode ser realizado. Portanto, se o próprio Estado do Pará reconhece a necessidade de realização do ECI, desnecessária a produção de provas acerca da alegação de ausência de impacto sinérgico com a UHE Belo Monte e de impacto às terras indígenas que não tenham sido objeto de estudo prévio. E a três, porque não demonstrado, pela primeira apelante, em que medida a não realização de audiência preliminar teria ocasionado prejuízo, sendo hipótese de incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

VI. Nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. No plano internacional, por seu turno, tem-se a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5.051, de 19/04/2004, cujos arts. 6º, 7º e 15 dispõem, em síntese, acerca da obrigatoriedade de consulta dos povos indígenas na hipótese de realização de projetos de exploração dos recursos existentes em suas terras.

VII. A discussão acerca da distância entre o empreendimento e as terras indígenas mais próximas é desnecessária no caso concreto, vez que o próprio Estado do Pará, por meio de seu órgão licenciador (Sema), concluiu, no âmbito administrativo, acerca da necessidade de elaboração do ECI exigido pelo Ministério Público Federal. Controvérsia restrita acerca do momento em que o ECI deve ser apresentado, ressalvada a garantia de participação dos indígenas — se na fase anterior à concessão da viabilidade do empreendimento ou se durante o procedimento de licenciamento ambiental, mais precisamente na fase de licença prévia, podendo-se eventualmente avançar para a fase da licença de instalação.

VIII. Conforme ressaltado pelo Estado do Pará, e não infirmado pelo Ministério Público Federal em contrarrazões ao recurso de apelação, apesar de haver a exigência de oitiva das comunidades indígenas afetadas em razão do empreendimento Projeto Volta Grande, tanto é que acatada a recomendação no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, não há regulamentação específica que exija que a participação dos indígenas ocorra antes da fase das licenças (prévia, de instalação e de operação). Dessa forma, não há óbice ao regular prosseguimento do processo de licenciamento ambiental, com a emissão de licença prévia, desde que contemplado o ECI exigido pela Funai e pelo Ministério Público Federal, até porque, na fase da licença prévia não há que se falar em impacto ambiental, vez que, nela, não se autoriza o início das obras, tampouco o funcionamento da atividade.

IX. A alegação, versada em petição incidental, no sentido de que a primeira apelante já teria apresentado o ECI exigido pela Funai e pelo Ministério Público Federal não conduz à conclusão, no caso concreto, de que possível a continuidade do licenciamento ambiental, restaurando-se os efeitos da licença de instalação suspensa nos autos de agravos de instrumento interpostos contra decisão que recebera, apenas no efeito devolutivo, os recursos de apelação interpostos pelas rés. Isso porque o ECI apresentado, conforme reconhece a primeira apelante, não se reveste dos requisitos necessários de validade, notadamente diante do fato de que foi elaborado a partir de dados secundários. Considerar o teor do ECI, ignorando a afirmação de que elaborado a partir de dados secundários, é contrariar o disposto na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida.

X. Não modifica o entendimento acerca da imprestabilidade do ECI apresentado com base em dados secundários a alegação de que, após diversos contatos realizados com a Funai para que fosse agendada a apresentação do empreendimento aos indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu para a realização dos trabalhos de campo do ECI dentro dessas áreas, não foi possível sua realização, sendo que a autarquia não teria apresentado nova data para a retomada dos estudos. Isso porque a primeira apelante dispõe dos meios judiciais cabíveis para sanar a omissão da Funai no que se refere à definição das datas para a retomada dos estudos relacionados ao ECI. O que não lhe é permitido é que, diante da alegada omissão do órgão indigenista, o que deve ser apurado em ação própria, apresente estudo que não possui validade frente ao que determinam a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT. Não bastasse isso, as demais questões levantadas pela Funai, quanto à não observância do termo de referência para a elaboração do ECI, constantes de ofício cuja cópia fora juntada aos autos, também devem ser objeto de ação própria. É que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal diz respeito tão somente à validade do procedimento de licenciamento ambiental sem a prévia elaboração do ECI

aprovado pela Funai, sendo que qualquer questão relacionada ao próprio estudo não pode ser objeto do presente feito, sob pena de indevido alargamento do objeto da demanda.

XI. A elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas (AC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 1.111, de 29/10/2013). Nada obsta, contudo, na esteira do entendimento ora firmado, e considerando o transcurso do lapso de tempo decorrido desde a decisão, proferida em sede de agravo de instrumento, que autorizou a emissão da licença prévia ao empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, que se mantenha a validade da referida licença, porém suspenda-se o curso do licenciamento ambiental, enquanto não satisfeitos os requisitos necessários.

XII. Reforma parcial da sentença, apenas para afastar a anulação da licença prévia do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, restando a emissão da licença de instalação condicionada à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela Funai, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção 169 da OIT. Ressalte-se que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

XIII. Não há fundamento para a condenação do Estado do Pará em multa por litigância de má-fé, vez que as razões recursais por ele apresentadas apenas dizem respeito aos motivos pelos quais se insurge contra a pretensão ministerial, não tendo havido a modificação da verdade dos fatos. Também não há que se falar em conduta do MPF que enseje sua condenação por litigância de má-fé, vez que não atuou de modo temerário, estando no regular desempenho de suas atribuições institucionais.

XIV. Recursos de apelação interpostos pelos réus aos quais se dá parcial provimento (item XII).

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos réus e, reformando em parte a sentença recorrida, afastar a declaração de nulidade da licença prévia emitida ao empreendimento Projeto Volta Grande do Xingu, condicionando a validade da licença de instalação à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela Funai, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção 169 da OIT, mantida, assim, a suspensão da LI. Ressaltar, por fim, que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.

Sexta Turma do TRF 1ª Região – 06/12/2017.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian*: — Trata-se de recursos de apelação interpostos por Belo Sun Mineração Ltda. e pelo Estado do Pará contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal em desfavor das ora apelantes, suspendendo o licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração, ou anulando a licença prévia, caso já expedida, condicionando o licenciamento ambiental do empreendimento também à elaboração prévia, pela ora apelante, do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração contemplando o componente indígena, observadas, ainda, as orientações contidas no Termo de Referência elaborado pela Funai (fls. 1.426-1.437).

2. Consignou o ilustre magistrado de primeiro grau que “o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração devem contemplar, além das influências

sobre o meio físico, o componente indígena, integrante das influências sobre o meio socioeconômico, porquanto é inconteste que muito possivelmente o empreendimento em apreço, *em sinergia com as atividades relativas à UHE de Belo Monte*, acarretará impactos negativos severos às comunidades indígenas (possível dano socioambiental) situadas no entorno da obra” (fl. 1.432). Registrou, ademais, que os limites estabelecidos na Portaria 419/2011, cujo art. 3º, § 2º, I dispõe haver presunção de interferência em terra indígena quando a atividade ou o empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, não são absolutos, até mesmo porque seu § 3º prevê que, em casos excepcionais, os limites estabelecidos no citado Anexo II poderão ser alterados. Ressaltou, ao final, que a conclusão do órgão estadual licenciador no sentido da possibilidade de se realizar o ECI sem prejuízo do prosseguimento do licenciamento do Projeto Volta Grande viola o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, vez que, para se assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Poder Público deve exigir, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental.

3. Em suas razões, fls. 1.459-1.485, suscita a primeira apelante, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo, “pois o licenciamento ambiental, cuja suspensão se pleiteia, é conduzido por órgão ambiental estadual, não representando nenhum fato que afete interesses federais de maneira direta ou mesmo indireta”, ressaltando que “a FUNAI passou a integrar a lide indevidamente, tendo sido usada para forçar o deslocamento da competência para a esfera federal” (fl. 1.462).

4. Ainda neste particular, aduz que não se está diante de impactos do empreendimento em terras indígenas, sendo que “eventual intercorrência a envolver índios se daria fora de terras indígenas e, ainda assim, apenas de forma indireta com membros isolados das TIs em suas relações e interpelações socioeconômicas com não indígenas nas comunidades não indígenas da região”; que, além disso, “não se trata de licenciamento ambiental de competência da União”, tendo o próprio Ibama se manifestado favoravelmente à competência da Sema/PA, registrando a ausência de interesse para integrar a lide; e que o fundamento usado pelo juiz de primeiro grau, no sentido de que o ingresso da Funai como parte atrai a competência da Justiça Federal, não se sustenta, vez que a autarquia em questão não possui característica de adversário, faltando “o preenchimento dos requisitos processuais necessários ao seu ingresso como terceiro”.

5. Também preliminarmente, sustenta a primeira apelante ser o Ministério Público Federal parte ilegítima para a propositura da ação civil pública em que proferida a sentença recorrida, na medida em que a questão é de interesse regional, limitada ao Estado do Pará, sendo eventual atuação de atribuição do Ministério Público Estadual.

6. Ainda em sede de preliminar, sustenta a primeira apelante ter ocorrido a perda superveniente do interesse de agir do Ministério Público Federal, vez que, conforme os documentos anexados aos autos, “a FUNAI estava e está participando — ainda que de forma morosa — do processo para a realização dos estudos, bem como que o ECI será feito com base no termo de referência construído a partir do consenso e do diálogo entre a empresa, órgão ambiental e o órgão indigenista”. Conclui, portanto, que, tendo em vista que a elaboração do ECI é condicionante da Licença Prévia 1312/2014, e que seu descumprimento poderá acarretar a suspensão e/ou cancelamento e/ou revogação da licença ambiental, as razões que justificaram o ajuizamento da ação não mais subsistem.

7. Suscita a primeira apelante, por fim, preliminares de ausência de interesse jurídico da Funai e do Município de Senador José Porfírio para integrarem a lide na condição de assistentes litisconsorciais, na medida em que inexistente relação jurídica entre eles e, ainda que existisse, o juiz de primeiro grau não permitiu prévia manifestação a respeito de tal situação, violando o art. 51 do CPC/1973; e de nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide, vez que não realizada audiência preliminar, tampouco garantido às partes o direito de produzir provas acerca da distância do empreendimento das terras indígenas, ausência de impacto sinérgico com a UHE Belo Monte supostamente não considerado em estudo prévio pelo empreendimento e ausência de impacto às terras indígenas que não tenham sido objeto de estudo prévio.

8. Já no que se refere à questão de mérito posta nos autos, aduz a primeira apelante, em síntese, que (a) não há previsão legal para exigir do empreendedor o estudo do componente indígena, notadamente porque o empreendimento não se desenvolverá ou afetará diretamente as terras indígenas Paquicamba, Arara da Volta

Grande, Trincheira Bacajá e Ituna Itata, que, por sua vez, estão a mais de dez quilômetros; (b) o EIA/Rima, ao contrário do que entendeu o d. magistrado de primeiro grau, trata sim da questão indígena e, com amparo no prognóstico encontrado, chegou à conclusão, justificada tecnicamente, de que não há a necessidade de se fazer o estudo do componente específico, seja em razão da ausência de impacto direto, seja em razão da distância do empreendimento em relação às TIs; (b.1) conforme ressaltado, os eventuais impactos que podem vir a ser experimentados pelos indígenas são de natureza secundária e terciária, relacionados à interação destes com a população das vilas, estas, sim, diretamente afetadas e que, atualmente, vivem em situação de extrema miséria; (b.2) ao entender pela imprescindibilidade de incluir o ECI no EIA/Rima, a sentença mostra-se equivocada, vez que o EIA/Rima possui 8 volumes e 178 páginas, tendo sido elaborado por 50 especialistas ao longo de 15 meses, contemplando, de forma completa e exaustiva, toda a análise sobre o meio socioeconômico que diz respeito ao Projeto Volta Grande; (c) nada obstante inexistir imposição legal, vem providenciando, desde agosto/2011, contatos frequentes com a Funai, a fim de aprofundar os estudos de caracterização das comunidades indígenas localizadas nos arredores do empreendimento; (d) não se desconhece que a própria sentença aponta que o limite de 10 km pode ser alterado em condições excepcionais; no entanto, tal fato deve ocorrer em conformidade com o disposto no § 3º do art. 3º da Portaria Interministerial 419/2011, que exige acordo expresso entre o empreendedor, o órgão licenciador e a Funai, o que não se verificou na hipótese dos autos; (e) no que diz respeito à sinergia com a UHE Belo Monte, tal aspecto foi estudado de forma apropriada no EIA/Rima, muito embora tal obrigação não seja imposta pela lei ao empreendedor; (e.1) a avaliação de impactos ambientais a cargo e sob responsabilidade do empreendedor limita-se a identificar, avaliar e dimensionar os impactos da instalação e do funcionamento da atividade em si mesma considerada, não se impondo ao agente privado o encargo de cotejar os efeitos negativos de seu projeto com o de outros tantos, existentes ou a serem implantados na mesma bacia hidrográfica; (e.2) tal função é precípua e inafastável do Poder Concedente, em articulação com os órgãos e as entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, que devem analisar os efeitos totalizantes das políticas setoriais, de maneira articulada e com as metas e diretrizes de ordenamento territorial da bacia hidrográfica de inserção dos respectivos projetos; (e.3) a Resolução Conama 1/86, em seu art. 6º, II, não ampara a avaliação ambiental integrada/estratégica dos impactos de diversos empreendimentos inseridos numa mesma bacia hidrográfica, vez que “a cumulatividade e a sinergia dos efeitos positivos e negativos, diretos ou indiretos abordados pelo CONAMA neste preceito referem-se apenas e tão somente aos impactos do próprio projeto e de suas alternativas, conforme vem anunciado no próprio dispositivo regulamentar, não se exigindo do interessado, em absoluto, que confronte seu empreendimento com outros existentes ou a serem desenvolvidos no entorno”; (f) a sentença, nos termos em que proferida, violou os princípios da legalidade e da separação dos Poderes; (g) “os procedimentos autorizativos em matéria ambiental não se estruturam com a precisão inerente a uma fórmula matemática ou como um receituário rigidamente encerrado nas normas jurídicas dele disciplinadoras”, de modo que não há óbice à emissão da licença prévia de forma condicionada, remetendo-se à licença de instalação o momento procedimento conveniente para que sejam incorporadas as medidas e as exigências relativas aos impactos sobre os povos indígenas; (h) na fase de licença prévia, não se permite o início de obras de instalação do empreendimento, tendo como principal objetivo “permitir ao empreendedor aprofundar a análise de viabilidade do empreendimento”, detalhando os programas de controle socioambiental e planejando as ações subsequentes, iniciando, outrossim, a implementação das atividades compensatórias e mitigatórias; e (i) na remota eventualidade de se atender aos reclamos do MPF, suspendendo-se o projeto de mineração até o final do monitoramento de seis anos do trecho de vazão reduzida da UHE Belo Monte, “sepultar-se-á por completo qualquer possibilidade de o empreendedor prosseguir com os investimentos para a viabilização do empreendimento”.

9. Já o Estado do Pará, em suas razões (fls. 1.504-1.540), aduz, em síntese, que (a) “um licenciamento como o ora combatido, e que vai ser instalado em área de garimpo tradicional, logicamente promove a modernização de um processo de exploração de ouro que já ocorre nessa região, e que todos sabem é realizado de forma totalmente artesanal, em condições de risco constante para garimpeiros e ao meio ambiente, pois se utiliza mercúrio, despejado diretamente nos rios da região”; (b) “o Estado do Pará se encontra no polo passivo da lide justamente por que (sic) resolveu favorecer canais de diálogo interinstitucional como medidas de precaução contra remotos danos a interesses indígenas, embora, existam elementos técnicos que demonstram claramente a ausência de qualquer risco a territórios indígenas, ao contrário do que afirma a sentença”; (c) a própria Funai reconhece que o projeto está

fora da zona de amortecimento das terras indígenas mais próximas; (d) o pedido de licença prévia feito pela primeira apenas à Sema/PA foi concedido pelo Coema com base no voto dos membros da Câmara Técnica Permanente de Recursos Hídricos e Minerários, com a expressa ressalva de que a licença de instalação somente seria concedida com a realização do componente indígena; (e) combate, no presente recurso de apelação, apenas a suspensão e a anulação da licença prévia do empreendimento, já concedida, “porque falaciosos os argumentos de violação de direitos indígenas, pois está condicionada a concessão da Licença de Instalação à sua devida identificação, a partir de Termo de Referência elaborado pela FUNAI”; (f) foi considerando as recomendações do Ministério Público Federal e da Funai, a ampliação da TI Paquiçamba e o princípio da precaução que foi emitida a Notificação 45942/GEMIN/CLA/DILPA/2013, cuja condicionante 1 determinou ao empreendedor, nada obstante a inexistência de previsão legal, a realização de ECI das terras indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, exigindo, ainda, fosse considerada no estudo a sinergia entre os impactos do projeto Belo Sun com a UHE Belo Monte sobre as comunidades indígenas em questão; (g) o Laudo Técnico Sema 7382/GEOTEC/2012 demonstra que o Projeto Volta Grande encontra-se a 11,6 km de distância da TI Paquiçamba e a 16,2 km da TI Arara da Volta Grande; (h) a Sema, em nenhum momento, negou a realização da condicionante, sendo relevante registrar, ainda, que o empreendedor, por meio do Documento 9662/2013, acatou a decisão do órgão licenciador; (i) não há óbice à continuidade do licenciamento ambiental, especialmente quando se trata de licença prévia, onde os impactos sobre a área são absolutamente nulos; (j) “é absolutamente falsa e antiética a afirmação do Ministério Público de que o licenciamento não estava seguindo o princípio da precaução, e acatada pelo juízo sem maior reflexão, por não realizar o componente indígena, quando, na verdade, inclusive, já se tinha acatado recomendação do MPF, estando sendo deliberado pelo COEMA condicionar a LI à conclusão do componente indígena”; (l) se há o condicionamento da emissão da LI à prévia conclusão do componente indígena, é porque se está atendendo ao princípio da precaução, não havendo motivo para a suspensão do processo, sob pena de se criar sensação de insegurança; (m) “associar que os impactos da atividade da empresa Belo Sun Mineração LTDA têm sinergia no hidrograma de consenso previsto no licenciamento da UHE Belo Monte é absolutamente fantasioso”; (n) “o Ministério Público Federal ignora solenemente a situação socioeconômica” dos residentes onde será instalado o Projeto Volta Grande, “que vivenciam uma situação de extrema pobreza, sobrevivendo da atividade de garimpagem”; (o) “o uso indiscriminado e sem controle adequado de substâncias químicas, como cianeto e mercúrio, faz parte da atividade de garimpagem nessa região, comprometendo a saúde da população direta e indiretamente envolvida no processo do ouro, assim como graves consequências ao meio ambiente”; (p) a implantação do Projeto Volta Grande “possibilitará não somente a recuperação da área, haja vista a empresa Belo Sun Mineração LTDA., ao adquirir o direito minerário e a licença ambiental, se responsabilizará pelo passivo ambiental que a área encerra em sim mesmo, como também possibilitará a inclusão social da população residente na mesma, a qual se encontra em uma situação de vulnerabilidade socioeconômica”; (q) que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador, no que concerne ao direito de oitiva das comunidades indígenas, citada pelo MPF em sua inicial e não abordada na sentença recorrida, “não se constrói sob o paradigma abstrato alentado pelo MPF, mas de forma categórica sustenta este direito para o caso de violação direta do território indígena, apontando, como suporte principal, a violação do direito de propriedade, previsto no art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (doc. 4 da contestação); (q.1) que o caso em questão referiu-se ao fato de que Equador permitiu que uma empresa petroleira privada realizasse atividades no território ancestral do Povo Kichwa de Sarayaku sem consultá-lo previamente e criando uma situação de risco para a comunidade; (q.2) a utilização do território pela empresa petroleira teve como consequência a impossibilidade do povo indígena de buscar seus meios de subsistência em seu território e a limitação do direito à circulação do mesmo, limitando o seu direito de propriedade, sendo relevante destacar, ainda, que não houve proteção judicial e garantia ao devido processo legal por parte das autoridades do Equador; (q.3) embora a Constituição Federal, em seu art. 231, § 3º, e a Convenção OIT 169 exijam a prévia oitiva das comunidades indígenas na hipótese de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas, fato é que inexistente norma legal que estabeleça um procedimento específico para tanto, o que não afasta a legitimidade, pois, das audiências públicas realizadas com aquela finalidade; (q.4) “justamente para não correr o risco de frustrar este direito de consulta prévia que pode ter consequência de limitar o direito constitucional de usufruto exclusivo das terras indígenas, ou limitar uma posse ancestral e espiritual dos índios com o seu território, qualificado de permanente pelo constituinte, e segundo o disposto nos artigos 6º e 15 da Convenção 169 da OIT,

e não havendo, ainda, dentro dos mecanismos previstos na legislação nacional de oitiva social, um que atenda a (sic) especificidade da posse indígena, o Estado aceitou a complementação por outro meio menos formal de oitiva, construído concretamente a partir do diálogo interinstitucional”; (q.5) “o Estado do Pará contribui para o respeito da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, firmada em 13 de setembro de 2007, reconhece[ndo] o direito de consulta prévia como direito fundamental das comunidades indígenas, ainda, repita-se, que nestes caso (sic) não exista violação do território indígena”; e (q.6) o Estado do Pará cumprirá o direito à oitiva da comunidade em procedimento anterior à concessão da licença de instalação, ainda que posteriormente às audiências públicas do EIA/Rima, justamente para se distinguir destas últimas, segundo o princípio da boa-fé.

10. Com as contrarrazões do MPF aos recursos de apelação (fls. 1.581-1.618), nas quais impugna as teses recursais e, ao final, pugna pela condenação do Estado do Pará em multa por litigância de má-fé, subiram os autos a esta Corte.

11. Em parecer (fls. 1.657-1.676), manifestou-se o Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica, pugnando pelo não provimento dos recursos de apelação interpostos pelos réus.

12. À fl. 1.680, petição do MPF requerendo a juntada aos autos da ata da audiência pública realizada em Altamira/PA no dia 21/03/2017, sobre o “Monitoramento e Garantia da Vida no trecho de vazão reduzida do Rio Xingu”, da qual constam testemunhos de moradores e manifestações de instituições públicas e privadas (como Ibama, Funai, MPF, CNDH, DPE, DPU, ISA e UFPA) que evidenciam as condições atuais da Volta Grande do Xingu, região que concentra os impactos físicos da UHE Belo Monte.

13. Às fls. 1.686-1.689, petição de Belo Sun Mineração Ltda. manifestando-se acerca da petição de fl. 1.680 do MPF, aduzindo, em síntese, que o objeto da citada audiência pública foi o licenciamento da UHE Belo Monte e que compareceu ao ato apenas como convidada, não lhe tendo sido dada a palavra, comprometendo, dessa forma, sua participação no evento. Registrou, ademais, ter apresentado, em 20/04/2016, o ECI exigido, sendo que o órgão licenciador estadual o considerou em consonância com o Termo de Referência aprovado pela Funai, razão pela qual emitiu a licença de instalação, na qual, por seu turno, está prevista a continuidade do estudo para a implementação das tratativas dele decorrentes (condicionante 57). Pugnou, ao final, pela extinção do processo sem resolução de mérito, por superveniente perda de seu objeto, pelo desentranhamento da petição de fl. 1.680 e dos documentos que a acompanham, bem como pela condenação do MPF por litigância de má-fé.

É o relatório.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal *Jirair Aram Meguerian*: — Cinge-se a controvérsia posta nos autos à discussão acerca da nulidade ou não do processo de licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração, enquanto não concluídos os estudos de impacto ambiental e avaliados, pela Funai, os Estudos do Componente Indígena, que contemplem a consulta prévia dos indígenas afetados, a serem realizados em conformidade com o termo de referência aprovado pelo órgão indigenista.

2. Sustenta o Ministério Público Federal, em resumo, que a continuidade do processo de licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande de Mineração, sem que seja realizado o ECI, com a garantia de participação dos indígenas, nega aplicabilidade à Convenção 169 da OIT e viola a disposição constitucional referente aos estudos de impacto ambiental, transferindo às populações indígenas do trecho de vazão reduzida da UHE Belo Monte e aos índios isolados da TI Ituna/Itatá o ônus do empreendedor de arcar com as externalidades negativas do empreendimento, com o risco, inclusive, de impactos irreversíveis e de tornar ineficazes as condicionantes que sustentam a viabilidade da UHE Belo Monte.

3. Defendem os réus, por seu turno, que o ECI exigido pelo MPF não o é pela legislação que rege a matéria controvertida, vez que as terras indígenas mais próximas distam mais de 10 km, havendo presunção acerca da inexistência de impactos diretos às populações respectivas; bem como que já realizado o ECI ao qual o MPF se refere,

não havendo que se falar em nulidade do licenciamento ambiental, tampouco em violação do direito à prévia oitiva dos indígenas.

4. Antes de examinar a questão de mérito posta nos autos, analiso as preliminares suscitadas pela ré/apelante Belo Sun Mineração Ltda.

Ilegitimidade do Ministério Público Federal e incompetência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento do feito

5. Sustenta a primeira apelante que o Ministério Público Federal seria parte ilegítima para a propositura da ação civil pública em que proferida a sentença recorrida, na medida em que a questão é de interesse regional, limitada ao Estado do Pará, sendo eventual atuação de atribuição do Ministério Público Estadual.

6. Alegou, ainda, que “o licenciamento ambiental, cuja suspensão se pleiteia, é conduzido por órgão ambiental estadual, não representando nenhum fato que afete interesses federais de maneira direta ou mesmo indireta”, ressaltando que “a FUNAI passou a integrar a lide indevidamente, tendo sido usada para forçar o deslocamento da competência para a esfera federal” (fl. 1.462).

7. Nada obstante o quanto alegado, entendo que razão não lhe assiste.

8. A uma, porque o inciso V do art. 129 da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, sendo certo que o inciso XI do art. 6º da Lei Complementar 75/1993 prevê ser do Ministério Público da União tal atribuição, inclusive no que se refere à propositura das ações cabíveis.

9. A duas, porque, figurando o Ministério Público Federal no polo ativo da lide, a competência da Justiça Federal decorre do inciso I do art. 109 da Constituição Federal.

10. E a três, porque, no caso concreto, a Funai foi admitida, na origem, como assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal, também sendo hipótese, sob essa ótica, de incidência do inciso I do art. 109 da Constituição Federal.

Perda superveniente do interesse de agir

11. Sustenta a primeira apelante que, conforme os documentos anexados aos autos, “a FUNAI estava e está participando — ainda que de forma morosa — do processo para a realização dos estudos, bem como que o ECI será feito com base no termo de referência construído a partir do consenso e do diálogo entre a empresa, órgão ambiental e o órgão indigenista”. Ressalta, ainda, que a elaboração do ECI é condicionante da Licença Prévia 1312/2014 e que seu descumprimento poderá acarretar a suspensão e/ou cancelamento e/ou revogação da licença ambiental.

12. Mais uma vez, razão não assiste à primeira apelante.

13. Isso porque o Ministério Público Federal, quando da propositura da ação, pugnou pela suspensão do processo de licenciamento ambiental ou, caso já iniciado, com a emissão da licença prévia, a declaração de sua nulidade, paralisando-se o procedimento até que sejam complementados os Estudos de Impacto Ambiental e avaliados pela Funai os Estudos de Componente Indígena, ressalvada a garantia de participação dos indígenas, nos termos da Convenção 169 da OIT.

14. No caso dos autos, a própria ré Belo Sun Mineração Ltda. reconhece que a Funai não avaliou o ECI apresentado, ao afirmar, na petição de fls. 1.686-1.689, que “a insistência da FUNAI de que não há estudo válido demonstra a sua indisposição em prosseguir com a análise do documento, sobretudo quando reafirmou a posição de que o licenciamento ambiental só deve começar após o tempo de monitoramento da Volta Grande do Xingu (seis anos depois do funcionamento da usina em total capacidade, ou seja, em 2026, no mínimo)” (fl. 1.688).

15. Ademais, não há notícia de que tenha sido garantida a prévia oitiva dos indígenas das terras indígenas mais próximas ao empreendimento, de modo que não há que se falar em superveniente perda do interesse de agir.

Ingresso da Funai e do Município de Senador José Porfírio como assistentes litisconsorciais

16. Sustenta a primeira apelante que a Funai e o Município de Senador José Porfírio não teriam interesse jurídico para justificar seu ingresso na lide na condição de assistentes litisconsorciais, na medida em que não demonstrada a

existência de relação jurídica e, ainda que assim não fosse, o juiz de primeiro grau não permitiu prévia manifestação a respeito de tal situação, violando o art. 51 do CPC/1973.

17. Sem razão, novamente, a primeira apelante.

18. Primeiro, porque ambos possuem interesse jurídico no resultado final do processo: a Funai, por possuir como função institucional a proteção dos interesses indígenas; e o Município Senador José Porfírio/PA, pelo fato de o empreendimento minerário encontrar-se localizado dentro de seus limites territoriais, de modo que o resultado da demanda causará efeitos à municipalidade. Segundo, porque não demonstrado em que medida a inobservância do art. 51 do CPC/1973 teria causado prejuízos à primeira apelante.

19. Ademais, nos termos do inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

Nulidade da sentença – ausência de audiência preliminar e julgamento antecipado da lide

20. Alega a primeira apelante que a sentença, ao julgar antecipadamente a lide, teria incorrido em nulidade, na medida em que não realizada audiência preliminar, tampouco garantido às partes o direito de produzir provas acerca da distância do empreendimento das terras indígenas, ausência de impacto sinérgico com a UHE Belo Monte supostamente não considerado em estudo prévio pelo empreendimento e ausência de impacto às terras indígenas que não tenham sido objeto de estudo prévio.

21. Razão, todavia, não lhe assiste.

22. A uma, porque a questão relativa à distância entre o empreendimento e as terras indígenas citadas nos autos é incontroversa, sendo certo que as partes litigantes reconhecem que estas distam mais de 10 km daquele, havendo controvérsia apenas quanto à (im)prescindibilidade do ECI, ressalvada a garantia de participação dos indígenas, e o momento em que deve ser apresentado.

23. A duas, porque o próprio Estado do Pará, por meio de seu órgão licenciador (Sema/PA), acatando recomendação do Ministério Público Federal, concluiu pela necessidade de realização do ECI, divergindo tão somente quanto ao momento em que pode ser realizado, consoante se verifica de suas razões recursais (fl. 1.511), *in verbis*:

[...].

A rigor, o Estado combate apenas a suspensão e anulação e anulação da licença prévia do projeto, já concedida, porque falaciosos os argumentos de violação de direitos indígenas, pois está condicionada a concessão da Licença de Instalação à sua devida identificação, a partir de Termo de Referência elaborado pela FUNAI.

[...].

24. Portanto, se o próprio Estado do Pará reconhece a necessidade de realização do ECI, desnecessária a produção de provas acerca da alegação de ausência de impacto sinérgico com a UHE Belo Monte e de impacto às terras indígenas que não tenham sido objeto de estudo prévio.

25. E a três, porque não demonstrado, pela primeira apelante, em que medida a não realização de audiência preliminar teria ocasionado prejuízo, sendo hipótese de incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

Mérito

26. Afastadas as preliminares suscitadas pela primeira apelante, passo ao exame da questão de mérito posta nos autos.

27. Antes, porém, registro que, contra a decisão que deferiu o pedido de medida liminar formulado pelo MPF, a primeira apelante interpôs agravo de instrumento, autuado nesta Corte sob o número 71799-84.2013.4.01.0000 e em cujos autos proferi decisão deferindo em parte o pedido de atribuição de efeito suspensivo, “autorizando o regular prosseguimento do procedimento de licenciamento ambiental, desde que contemplado o componente indígena, o qual deverá ser considerado quando da emissão da licença de instalação”.

28. Proferida a sentença e extinto o citado agravo de instrumento por perda superveniente de seu objeto, os réus interuseram os recursos de apelação em análise, que, por sua vez, foram recebidos apenas no efeito devolutivo pelo d. magistrado de primeiro grau, ensejando a interposição, portanto, de mais dois agravos de instrumento, dessa vez autuados sob os números 60383-85.2014.4.01.0000 e 52322-41.2014.4.01.0000.

29. Em ambos os recursos, proferi decisão deferindo em parte o pedido, atribuindo parcialmente efeito suspensivo aos recursos de apelação apenas para autorizar “o regular prosseguimento do procedimento de licenciamento ambiental, desde que contemplado o componente indígena, o qual deverá ser considerado quando da emissão da licença de instalação”.

30. Após, também em ambos os recursos, acolhendo pedido de reconsideração formulado pelo Ministério Público Federal, proferi decisão suspendendo os efeitos da Licença de Instalação 2712/2017, emitida pela Sema/PA em favor do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração.

31. Consignei, naquela ocasião, que, embora não houvesse óbice à continuidade do procedimento de licenciamento ambiental, no que tange à emissão da licença prévia ao empreendimento, não restara afastada a exigência de apresentação do ECI antes da emissão da licença de instalação, exigência que, naquele momento, parecia não ter sido cumprida, vez que emitida a licença de instalação ao empreendimento contemplando condicionante de 1.095 dias relativa à “continuidade nas tratativas, conduções e execuções junto à FUNAI no que tange ao Estudo do Componente Indígena e Plano de Trabalho aprovado pela Fundação, encaminhando a esta SEMAS, através dos RIAA’s, a comprovação do andamento das mesmas”.

32. O quadro fático hoje existente, portanto, é o de suspensão dos efeitos da licença de instalação concedida pela Sema/PA ao empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, diante da conclusão, nos autos dos agravos de instrumento em questão, de que, em tese, teria havido descumprimento de decisão de minha lavra que, ao atribuir efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento 71799-84.2013.4.01.0000, autorizara o regular prosseguimento do licenciamento ambiental, desde que contemplado o componente indígena, que, por seu turno, deveria ser considerado quando da emissão da licença de instalação.

33. Feitas tais considerações, passo ao exame do mérito propriamente dito.

34. Nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

35. No plano internacional, por seu turno, tem-se a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto 5.051, de 19/04/2004, cujos arts. 6º, 7º e 15 assim dispõem:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) *consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;*

b) *estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;*

c) *estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.*

2. *As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.*

Artigo 7º

1. *Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.*

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

36. Conforme ressaltado alhures, o Ministério Público Federal e o Estado do Pará não divergem quanto à necessidade de realização de estudos que tratem sobre os impactos do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração sobre os indígenas da região, estudos que, por sua vez, devem contemplar a prévia oitiva dos mesmos. Controvertem, em verdade, quanto ao momento em que isso deve ocorrer: ao passo em que o Ministério Público Federal entende que o ECI deve ser realizado na fase do EIA/RIMA, ou seja, antes mesmo da concessão do atestado de viabilidade do empreendimento, o Estado do Pará sustenta não haver óbice para que o processo de licenciamento ambiental tenha início sem o ECI, notadamente na fase correspondente à licença prévia, na qual, segundo alega, os impactos sobre a área são nulos.

37. A divergência quanto à (des)necessidade de realização do ECI existe, em verdade, entre o Ministério Público Federal e a ré Belo Sun Mineração Ltda., cuja tese principal é no sentido de que, situando-se as terras indígenas da região a mais de 10 km do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, desnecessária a realização do estudo exigido, notadamente em razão do que dispõe a Portaria Interministerial 419, de 26/10/2011, vigente à época, cujo art. 1º assim previa:

Art. 1º. Esta Portaria regulamenta a atuação da Fundação Nacional do Índio-FUNAI, da Fundação Cultural Palmares-FCP, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN e do Ministério da Saúde, incumbidos da elaboração de parecer em processo de licenciamento ambiental de competência federal, a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA.

38. Importante transcrever, ainda, o art. 3º, § 2º, I, da citada Portaria Interministerial 419, que dispõe acerca da presunção de interferência, em terra indígena, de empreendimento sujeito a licenciamento ambiental:

Art. 3º O IBAMA, no início do procedimento de licenciamento ambiental, na Ficha de Caracterização da Atividade-FCA, deverá solicitar informações do empreendedor sobre possíveis interferências em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acatueados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária.

§ 2º Para fins do disposto no caput deste artigo, presume-se a interferência:

I - em terra indígena, quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II;

39. O Anexo II a que o inciso I do § 2º do art. 3º se refere, por seu turno, traz que, nos casos de empreendimentos de mineração na Amazônia Legal, a presunção de interferência ocorrerá em relação às terras indígenas que se situarem no raio de 10 km.

40. Nada obstante o quanto alegado pela primeira apelante, no sentido de que o empreendimento estaria situado a mais de 10 km do empreendimento Projeto Volta Grande, de modo que desnecessária se faria a exigência do ECI, entendendo que tal discussão é irrelevante no caso concreto.

41. Isso porque, conforme ressaltado anteriormente, o próprio Estado do Pará, por meio de seu órgão licenciador (Sema), concluiu, no âmbito administrativo, acerca da necessidade de elaboração do ECI exigido pelo Ministério Público Federal.

42. Tal fato, além de ser admitido pelo próprio Estado do Pará em suas razões recursais, ao alegar que combate apenas a suspensão e a anulação da licença prévia do projeto, pode ser verificado da leitura da Nota 4472/GEMIN/CLA/DILAP/2013, elaborada pela Diretoria de Licenciamento Ambiental de Atividades Poluidoras, da Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Governo do Estado do Pará, juntada por cópia às fls. 53-58 e de cujo teor extraio o seguinte excerto:

[...].

Em atenção aos Ofícios [...] protocolados nesta Secretaria de Estado de Meio Ambiente – SEMA respectivamente em 29/01/2013, 29/01/2013, 25/04/12 e 15/07/2013, nos quais o Ministério Público Federal faz recomendações a respeito do licenciamento do Projeto Volta Grande de responsabilidade da empresa Belo Sun Mineração LTDA no que se refere:

Ao Estudo de Componente para as Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande, considerando o estudo da sinergia dos impactos do Projeto Volta Grande com a UHE de Belo Monte sobre as comunidades indígenas em questão.

Informa-se que conforme Termo de Referência disponibilizado por esta SEMA para o Projeto Volta Grande, a temática indígena foi mencionada no Estudo de Impacto Ambiental-EIA, no item referente ao diagnóstico ambiental do meio antrópico e no item referente a (sic) Avaliação de Impacto Ambientais (sic) do mesmo meio.

[...].

Sobre os impactos nas comunidades indígenas, o estudo destaca que as aldeias Paquiçamba e Araras da Volta Grande localizam-se fora da área de influência direta (AID) do Projeto Volta Grande. Portanto, eventuais transtornos gerados aos indígenas, somente ocorrerá (sic) quando estes estiverem alheios aos seus espaços de reprodução da vida social. Os impactos serão analisados sob a ótica das relações e interações socioeconômicas e culturais locais, sem envolver o direito e a preservação ao território indígena. Desta feita, como não há impactos diretos sobre os territórios indígenas, as populações tradicionais estão salvaguardadas em relação a (sic) suas respectivas capacidades de perpetuação cultural.

[...].

Considerando as recomendações do Ministério Público Federal e da FUNAI, considerando também a questão relacionada à ampliação da TI Paquiçamba e utilizado o princípio da precaução, esta equipe emitiu a Notificação nº 45942/GEMIN/CLA/DILAP/2013, onde a condicionante 01 determina ao empreendedor “Realizar Estudo de Componente Indígena das terras indígenas denominadas Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, de acordo com o termo de referência disponibilizado pela FUNAI. Considerando o princípio da precaução, considerando também a ampliação da TI Paquiçamba, considerar no estudo, a sinergia entre os impactos do projeto Belo Sun com UHE de Belo Monte sobre as comunidades indígenas em questão”.

Ressalte-se que, considerando a Portaria Interministerial nº 419 de 26/10/2011, artigo 3º, anexo II, o qual estabelece as distâncias limítrofes de 10 km, entre empreendimentos pontuais (portos, mineração e termoelétricas) e Terras Indígena (sic).

Considerando, também, o Laudo Técnico desta SEMA nº 7382/GEOTEC/2012, o qual demonstra que o Projeto Volta Grande se encontra a 11,6 km de distância da TI de Paquiçamba e 16,2 km da TI Arara da Volta Grande, conclui-se portanto que a área de influência do Projeto Volta Grande, não alcança as reservas indígenas, no entanto, esta SEMA, usando o princípio da precaução, solicitou os estudos para as duas terras indígenas, através da notificação acima citada.

Em resposta a esta condicionante, ocorrida através do Documento nº 9662/2013, o empreendedor acatou a decisão desta SEMA, informando que o Estudo de Componente Indígena será desenvolvido de acordo com o Termo de Referência, disponibilizado pela FUNAI, estando o início dos estudos condicionados a (sic) manifestação do órgão indigenista no que tange a (sic) autorização para os trabalhos nas reservas.

Informou também que desde fevereiro de 2012, busca obter autorização da FUNAI para realização dos estudos antropológicos nas TI's em questão.

[...].

De acordo com o mapa apresentado na resposta a (sic) condicionante 01 da notificação acima citada, (Figura 1.1 – Etnias indígenas existentes e a relação com a ADA do Projeto Volta Grande), a distância entre o projeto (considerando as demarcações do DNPM) e a TI Paquiçamba, já considerando a ampliação desta, continuaria superior a 10km, mais especificamente 10,7 km. Portanto esta equipe entende que não resta mais dúvidas sobre a questão legal imposta pela

Portaria Interministerial nº 419/2011, e mantém sua posição utilizando-se do princípio da precaução quanto a (à) exigência de realização dos estudos de componentes indígenas para ambas as aldeias.

[...]. Grifo nosso.

43. Dessa forma, e considerando que o próprio órgão licenciador estadual concluiu por acatar a recomendação do Ministério Público Federal, no que se refere à elaboração do ECI, tenho por desnecessária a discussão acerca da (im)prescindibilidade do referido estudo.

44. Passo ao exame da controvérsia relativa ao momento em que o ECI deve ser apresentado — se na fase anterior à concessão da viabilidade do empreendimento ou se durante o procedimento de licenciamento ambiental, mais precisamente na fase de licença prévia, podendo-se eventualmente avançar para a fase da licença de instalação.

45. Inicialmente, registro que o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal prevê que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

46. A Lei 6.938/1981, por seu turno, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, estabelecendo, em seu art. 8º, que compete ao Conama, “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA”.

47. Prevê o inciso IV de seu art. 9º, ademais, serem instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, dispondo seu art. 10 que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”

48. Nesse contexto é que foi editada a Resolução Conama 237, de 19 de dezembro de 1997, cujo art. 3º dispõe:

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

49. O art. 8º da citada Resolução Conama 237, por sua vez, especifica as licenças que integram o procedimento de licenciamento ambiental, subdividindo-as em Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

50. Pois bem. Conforme visto anteriormente, a pretensão do Ministério Público Federal está amparada tanto na Constituição Federal e Convenção 169 da OIT, que exigem prévia manifestação das comunidades afetadas,

quando se tratar de aproveitamento de recursos hídricos e lavra das riquezas minerais em terras indígenas, quanto no princípio da precaução.

51. Conforme ressaltado pelo Estado do Pará, e não infirmado pelo Ministério Público Federal em contrarrazões ao recurso de apelação, apesar de haver a exigência de oitiva das comunidades indígenas afetadas em razão do empreendimento Projeto Volta Grande, tanto é que acatada a recomendação no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, não há regulamentação específica que exija que a participação dos indígenas ocorra antes da fase das licenças (prévia, de instalação e de operação).

52. Dessa forma, e conforme consignei na decisão que proferi nos autos do Agravo de Instrumento 71799-84.2013.4.01.0000, interposto contra decisão que concedeu a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal, não há óbice ao regular prosseguimento do processo de licenciamento ambiental, com a emissão de licença prévia, desde que contemplado o ECI exigido pela Funai e pelo Ministério Público Federal, até porque, na fase da licença prévia não há que se falar em impacto ambiental, vez que, nessa etapa, não se autoriza o início das obras, tampouco o funcionamento da atividade.

53. Não bastasse isso, e na lição de Talden Faria (in *Licenciamento Ambiental – Aspectos Teóricos e Práticos*, 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015), “é nessa fase também que o projeto é discutido com a comunidade, especialmente nos casos em que existir a possibilidade de realização de audiência pública. Portanto, por ser a oportunidade para que sejam efetuadas as maiores mudanças estruturais no projeto da atividade a ser licenciada, é possível afirmar que a licença prévia é a mais importante de todas as licenças ambientais”.

54. Dessa forma, e firmada a premissa de que não há óbice à emissão da licença prévia sem o ECI, garantindo-se inclusive a participação dos indígenas, desde que ele seja considerado quando da emissão da licença de instalação, passo ao exame da tese, sustentada pela primeira apelante, de que já teria cumprido tal requisito.

55. O Estudo de Componente Indígena que a primeira apelante diz ter realizado, com a finalidade de obter a licença de instalação do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, foi acostado aos autos às fls. 1.956 e seguintes, sendo que de sua leitura extrai-se a informação de que o mesmo foi elaborado a partir de dados secundários, *in verbis* (fls. 1.988 e 2.152):

[...].

No entanto, apesar de várias tratativas junto a FUNAI, não foi apresentado um novo documento e nem uma nova data para a retomada dos estudos naquelas terras indígenas, razão pela qual as informações relativas às Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da VGX passaram a depender da elaboração de um Protocolo de Consulta, que seria elaborado com apoio da Universidade Federal do Pará – UFPA. *Por este motivo, as informações relativas àquelas terras indígenas neste Estudo decorrem exclusivamente de fontes secundárias, sem a manifestação expressa dos indígenas que ali vivem, por razões alheias à vontade do empreendedor e da equipe de consultores, que ainda aguardam manifestação do órgão indigenista.*

Levantamentos de dados secundários foram realizados sobre os materiais disponibilizados por órgãos públicos (MEC, MPF, FUNAI, SASI, INCRA, MDA, MMA, IBAMA, UFPA) e órgãos não governamentais (CIMI, ISA), além de informações de campo nos municípios de Senador José Porfírio e Altamira (PA) junto às instituições públicas, representantes indígenas durante 04 (quatro) etapas de atividades de campo nos períodos de 09 a 12/12/2014, 29/01 a 01/02/2015, 01 a 15/03/2015 e 9 a 17/08/2015.

[...].

Em razão da não autorização para acesso ou contato com as lideranças das terras indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da VGX, o presente Estudo encontra-se atualizado com os dados que foram possíveis de serem acessados pela equipe responsável por sua elaboração.

Assim, a equipe de consultores que desenvolveu o presente Estudo do Componente Indígena contou com dados primários e secundários, porém não obtidos em trabalhos de campo dentro das Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu. Em relação às famílias indígenas desaldeadas foram realizados estudos com base em levantamentos primários e secundários, cujas etapas de campo foram realizadas nos meses de dezembro de 2014, março ou agosto de 2015. Quanto a TI Ituna-Itatá, a própria FUNAI acordou que não fossem feitos trabalhos de campo dentro da referida TI, por se tratar de índios isolados.

[...].

9- PERCEPÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS QUANTO AO EMPREENDIMENTO

Para conhecer atender ao TR/FUNAI e viabilizar a participação informada dos povos indígenas na realização de estudos com vistas ao licenciamento ambiental e conhecer a percepção dos povos indígenas, foram propostas além das reuniões de apresentação do Plano de Trabalho e da Equipe Técnica, a realização de Diagnósticos Participativos, a aplicação de questionários e de entrevistas junto às suas famílias.

Para as terras indígenas Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, as preocupações foram expressas somente na oportunidade de apresentação do Plano de Trabalho, a maioria delas respondidas pela direção da empresa naquele momento, as quais constam nas atas correspondentes, pois não foi possível, por razões explicitadas anteriormente, prestar os esclarecimentos solicitados e/ou a realização dos levantamentos de dados primários e a realização das dinâmicas e técnicas previstas para a realização dos estudos nas respectivas terras indígenas.

Desta forma, no decorrer do período em que se deliberava sobre as condições para o ingresso nas terras indígenas, foram realizados os trabalhos para o ECI com as famílias indígenas desaldeadas e de atenção para a TI Ituna-Itatá, neste último caso, baseados exclusivamente em dados secundários pelas características de isolamento voluntários dos indígenas que a habitam e de restrição de acesso em razão da proteção àquele(s) povo(s).

[...]. Grifo nosso.

56. O que se verifica, pois, é que a própria apelante Belo Sun reconhece que o ECI apresentado não se reveste dos requisitos necessários de validade, notadamente diante do fato de que foi elaborado a partir de dados secundários.

57. Considerar o teor do ECI, ignorando a afirmação de que elaborado a partir de dados secundários, é contrariar o disposto na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT, que estabelecem expressamente a necessidade de manifestação da comunidade indígena atingida.

58. Neste ponto, registro que a primeira apelante, como forma de justificar o fato de ter elaborado o ECI com base em dados secundários, faz referência ao histórico da tratativa havida com a Funai para a execução do ECI, juntando aos autos, para tal finalidade, o documento de fls. 2.273-2.277, que, em resumo, informa que, após diversos contatos realizados com a Funai para que fosse agendada a apresentação do empreendimento aos indígenas das TIs Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu para a realização dos trabalhos de campo do ECI dentro dessas áreas, não foi possível sua realização, sendo que a autarquia não apresentou nova data para a retomada dos estudos.

59. Nada obstante o histórico narrado pela primeira apelante, apresentado com a intenção de corroborar o fato de ter realizado o ECI com base em dados secundários, entendo que a alegada omissão da Funai em indicar nova data para a retomada dos estudos relativos aos trabalhos de campo do ECI dentro das Terras Indígenas Paquiçamba e Arara da Volta não justifica a sua realização com base em dados secundários.

60. Isso porque a primeira apelante dispõe dos meios judiciais cabíveis para sanar a omissão da Funai no que se refere à definição das datas para a retomada dos estudos relacionados ao ECI, no qual deve ser garantida a participação dos indígenas.

61. O que não lhe é permitido é que, diante da alegada omissão do órgão indigenista, o que deve ser apurado em ação própria, apresente estudo que não possui validade frente ao que determina a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT.

62. Não bastasse isso, as demais questões levantadas pela Funai, quanto à não observância do termo de referência para a elaboração do ECI, constantes do Ofício 1000/2016/DPDS/FUNAI-MJ (fl. 2.256), também devem ser objeto de ação própria.

63. Isso porque a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal diz respeito tão somente à validade do procedimento de licenciamento ambiental sem a prévia elaboração do ECI, ressalvada a garantia de participação dos indígenas, sendo que qualquer questão relacionada ao próprio estudo, inclusive divergências havidas entre a Funai, não pode ser objeto do presente feito, sob pena de indevido alargamento do objeto da demanda.

64. Amparado em tais fundamentos, e sendo certo, ainda, que, embora entenda ser possível a emissão de licença prévia sem a existência do ECI, que contemple, inclusive, a garantia de participação dos indígenas, desde que ele seja considerado na fase da licença de instalação, bem como o fato de que, no caso concreto, a própria ré Belo Sun afirma não ter realizado o citado ECI a partir de dados primários, de modo que desrespeitada a legislação existente sobre o tema, entendo não haver conclusão distinta do provimento parcial dos recursos de apelação interpostos, apenas para reformar em parte a sentença recorrida, afastando a anulação da licença prévia respectiva,

porém condicionando a emissão da licença de instalação à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela Funai, cuja alegada omissão em relação às diligências relacionadas ao trabalho de campo necessário deverá ser objeto de ação própria.

65. É de se registrar, uma vez mais, que a elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção 169 da OIT, já que são institutos que não se confundem entre si, conforme precedente de relatoria do eminente Desembargador Souza Prudente, que afastou a alegação de litispendência entre ações que possuíam as mesmas partes, porém causas de pedir distintas:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. ACEITAÇÃO DO EIA/RIMA E EMISSÃO DAS LICENÇAS PRÉVIA E DE INSTALAÇÃO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO ESTUDO DO COMPONENTE INDÍGENA. LITISPENDÊNCIA COM OUTRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM QUE SE DISCUTE A LEGITIMIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL POR AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. NÃO OCORRÊNCIA. I - Verifica-se o instituto da litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, ou seja, quando as ações propostas têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, §§ 1º e 2º do CPC), sendo que, uma vez constatada a litispendência, impõe-se a extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. II - No caso sub judice, embora em ambos os feitos a postulação seja no sentido de determinar-se a suspensão do licenciamento do empreendimento UHE Teles Pires, no Estado de Mato Grosso, e haja identidade de partes, as demandas possuem causas de pedir distintas: na presente demanda, a causa petendi consiste na alegação de nulidade do EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental), por ausência de realização do indispensável Estudo do Componente Indígena - ECI; nos autos da ação apontada como litispendente (ação civil pública nº. 3947-44.2012.4.01.3600), o pedido de suspensão do aludido licenciamento tem por suporte a ausência de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas atingidos pelo empreendimento, em manifesta violação às normas constantes do art. 231, § 3º, da Constituição Federal e do art. 6º da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a descaracterizar qualquer litispendência, na hipótese em comento. III - Apelação provida. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos, para fins de curso regular, perante o juízo monocrático.

(AC 0005891-81.2012.4.01.3600/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1111 de 29/10/2013)

66. Nada obsta, contudo, na esteira do entendimento ora firmado, e considerando o transcurso do lapso de tempo decorrido desde a decisão, proferida em sede de agravo de instrumento, que autorizou a emissão da licença prévia ao empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, que se mantenha a validade da referida licença, porém suspenda-se o curso do licenciamento ambiental, enquanto não satisfeitos os requisitos necessários.

Litigância de má-fé

67. O MPF, em contrarrazões aos recursos de apelação, pugnou pela condenação do Estado do Pará por litigância de má-fé, aduzindo, em síntese, que o segundo apelante falta com a verdade para deslegitimar a demanda e sua atuação institucional.

68. Nada obstante o quanto alegado pelo MPF, não reputo o Estado do Pará como litigante de má-fé, sendo certo que as razões recursais apenas dizem respeito aos motivos pelos quais se insurge contra a pretensão ministerial, não tendo havido a modificação da verdade dos fatos.

69. Também não há que se falar em conduta do MPF que enseje sua condenação por litigância de má-fé, conforme sustentado pela primeira apelante na petição de fls. 1.686-1.689.

70. Isso porque não há conduta temerária do MPF nos presentes autos, estando no regular desempenho de suas atribuições institucionais.

Pelo exposto, *dou parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos réus e, reformando em parte a sentença recorrida, afasto a declaração de nulidade da licença prévia emitida ao empreendimento Projeto Volta Grande do Xingu, condicionando a validade da licença de instalação à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela Funai, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção 169 da OIT, mantida, assim, a suspensão da LI. Ressalto, por fim, que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos.*

É como voto.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Quarta Turma

Processual Penal. Penal. Arts. 40 e 48 da Lei 9.605/1998 e art. 330 do CP. Prescrição. Reconhecida em relação a dois delitos. Erro sobre a ilicitude do fato. Não configurada após embargo administrativo. Inexigibilidade de conduta diversa. Não demonstrada. Materialidade delitiva. Demonstrada. Reformada a sentença absolutória. Parcialmente provido o apelo da acusação.

I. O prazo prescricional correspondente às penas máximas do delito do art. 40 da Lei 9.605/1998 e do art. 330 do CP transcorreu desde o recebimento da denúncia, em 2010, sendo indiferente a tese de se tratarem de delitos permanentes.

II. O art. 40 da Lei 9.605/1998 prevê como crime o dano às Unidades de Conservação, sejam de Proteção Integral, sejam de Uso Sustentável. Precedentes do STJ.

III. Não se encontra evidenciado nos autos o alegado imbróglio produzido pelos órgãos ambientais estaduais e federais no caso, a configurar a excludente de inexigibilidade de conduta diversa em favor do réu, mas sim a inércia deste em providenciar a contento a necessária regularização do empreendimento junto aos órgãos competentes.

IV. De acordo com o próprio réu, a cultura de trutas é classificada como de alto potencial de severidade, dentro da classificação poluidor/degradador estabelecida pelo Conama. Além disso, não pode ser ignorado o longo período de tempo de exploração irregular da truticultura na localidade, o que afasta a tese de insignificância do dano ambiental no caso.

V. Sentença absolutória reformada, com a condenação do réu pela prática do delito do art. 40 da Lei 9.605/1998.

VI. Apelação do MPF parcialmente provida.

(Apelação Criminal 0001841-32.2010.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 05/12/2017, p. 640)

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Crime ambiental (art. 40 da Lei 9.605/1998). Ausência de indicação de forma precisa e objetiva dos crimes praticados pelo paciente. Denúncia genérica. Inépcia da denúncia. Ocorrência. Coação ilegal caracterizada. Concessão da ordem.

I. Depois de apresentar voto pela denegação da ordem, o relator evoluiu para acompanhar a maioria formada no sentido de reconhecer a inépcia da denúncia, seja pela descrição genérica dos fatos seja pela imputação, de responsabilidade ao paciente, desacompanhada de suporte mínimo, pelo simples fato de ele ostentar condição de gestor do projeto.

II. O acusado, ora paciente, foi denunciado pela suposta prática do crime capitulado no art. 40 da Lei 9.605/1998 (causar dano direto ou indireto às unidades de conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de autorização).

III. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento de ação penal, pela via do *habeas corpus*, somente é admissível quando houver demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, assim como a ausência de demonstração inequívoca de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a peça acusatória.

IV. Dispõe o art. 41 do CPP que a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso com suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. Em síntese, a legislação penal exige da denúncia elementos mínimos, em descrição circunstanciada, de ordem a conferir ao acusado, com precisão, determinação e certeza, condições concretas para uma defesa eficaz, em conformidade com as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

V. O Supremo Tribunal Federal tem imposto mesmo ao Ministério Público o dever de deduzir denúncia com idoneidade, de ordem a narrar os fatos de forma certa, determinada e precisa, para propiciar ao acusado a possibilidade de, sabendo a natureza e extensão da acusação contra ele dirigida, bem poder se defender.

VI. A inicial acusatória não especifica qual a conduta do paciente que, como gestor do Projeto Ferro Carajás S11D, teria dado causa ao suposto dano ambiental. A denúncia, no que se refere ao paciente, embasa-se apenas na circunstância de ter sido informado pela pessoa jurídica supostamente causadora do dano que ele (o paciente) era o gestor do referido empreendimento.

VII. O simples fato de o réu, ora paciente, figurar como gestor do projeto, cuja execução teria ocasionado dano ambiental, não autoriza a instauração de processo criminal contra ele por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não for demonstrado na denúncia, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição que ele ostenta na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

VIII. A inexistência de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa.

IX. Na hipótese, viola a mais não poder a garantia do contraditório e da ampla defesa o fato de o Ministério Público imputar ao paciente a prática do crime ambiental descrito no art. 40 da Lei 9.605/1998, sem indicar, como lhe competia, quais seriam efetivamente as condutas que, imputadas ao paciente, teriam redundado no suposto dano ambiental.

X. Haveria aí pelo menos duas violações ao direito do acusado: de um lado, a inaceitável formulação de denúncia genérica, que não permite ao denunciado discernir com clareza e precisão qual exatamente a conduta que lhe é imputada; de outro, a indesculpável formulação de peça acusatória que endereça ao acusado o crime ambiental descrito no art. 40 da Lei 9.605/1990, mas não lhe propicia, entretanto, defesa idônea e suficiente, com todos os meios de prova e recursos a ela inerentes, de ordem a poder confrontar específico elemento do tipo legal incriminador que o Ministério Público afirma presente na conduta supostamente praticada pelo denunciado.

XI. No caso presente, há, em toda a peça acusatória, a narrativa de que a pessoa jurídica Vale S/A teria causado dano ao meio ambiente, em razão de modificação efetuada no Projeto Ferro Carajás S11D, estendendo essa responsabilidade ao paciente pelo simples fato de ele ostentar a condição de gestor do projeto, sem que tenha sido especificado, em relação a ele, qualquer ação ou omissão que, concreta e especificamente considerada, tenha isoladamente acarretado ou contribuído para a ocorrência do suposto dano.

XII. A inépcia formal da denúncia, que ora se reconhece, não inibe, por certo, o eventual oferecimento de outra com a obediência dos parâmetros legais.

XIII. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar o trancamento da Ação Penal 1246-75.2015.4.01.3900, em curso na 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá/PA, em relação ao paciente, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal em relação à pessoa jurídica também denunciada naqueles autos.

(*Habeas Corpus* 0015137-61.2017.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 24/01/2018, p. 2.558)

Quinta Turma

Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Área de preservação permanente (Parque Nacional de Brasília). Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada e demolição de edificações), de não fazer (inibição de qualquer ação antrópica e indenização). Possibilidade. Indenização pelas benfeitorias realizadas. Descabimento.

I. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de

vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, inclusive, na forma da lei, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental, como na hipótese dos autos.

II. Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/1981) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, incisos I e VI), há de se entender que o princípio do poluidor-pagador busca, sobretudo, evitar a ocorrência de danos ambientais e, só no último caso, a sua reparação.

III. Na hipótese dos autos, em se tratando de edificação erguida nos limites do Parque Nacional de Brasília (área *non aedificandi*) e constatada, por meio de competente prova pericial, a ocorrência de dano ambiental, impõe-se a recuperação da área degradada e a demolição das construções edificadas, em flagrante afronta à legislação de regência.

IV. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da *reparação in integrum*, admite-se a condenação simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. “A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável ‘risco ou custo normal do negócio’. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério” (REsp 1145083/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 04/09/2012).

V. Caracterizada a prática do ilícito ambiental, como no caso, afigura-se incabível o pagamento de indenização, a título de benfeitorias, seja em face da sua manifesta incompatibilidade com a ordem de demolição das edificações em referência, ilegalmente erguidas, seja pela impropriedade da via eleita (veiculação pelo promovido em sede de razões finais).

VI. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0031163-03.2009.4.01.3400, Apelação Cível 2009.34.00.031740-2/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 692)

Administrativo. Propriedade intelectual. Patente pipeline. Extensão da validade. Contagem do prazo. Termo inicial. Data de depósito no exterior. Interpretação das regras contidas nos arts. 40 e 230 da Lei 9.279/1996. Prazo remanescente. Inaplicabilidade ao caso. Prorrogação do prazo de validade da patente estrangeira. Ausência de previsão legal. Improcedência do pedido inicial.

I. Na espécie dos autos, a pretensão deduzida se refere ao requerimento de extensão de validade de patente de invenção, do tipo *pipeline*, a qual constitui uma forma de proteção extraordinária conferida pela Lei 9.279/1996, com vistas a assegurar aos titulares de patentes estrangeiras proteção no Brasil, pelo período determinado no referido diploma legal, ainda que desprovida da característica de novidade.

II. A prorrogação do prazo de validade da patente estrangeira não influencia o termo final de vigência da patente *pipeline* brasileira correspondente, uma vez que não há previsão legal para estender também o prazo de vigência da patente no Brasil, devendo prevalecer a regra geral de independência das patentes.

III. Nesse contexto, não prospera a pretensão da autora de considerar a data de depósito do pedido de patente no Brasil (02/04/1997), para fins de contagem do prazo de 20 (vinte) anos, alcançando-se a data de 02/04/2017, para,

então, valer-se do “prazo remanescente” entre esta última data e o término do prazo de prorrogação da validade da patente japonesa (31/10/2014). Tal cômputo de prazos não encontra respaldo na legislação de regência, na medida em que a validade da patente brasileira não está atrelada à prorrogação da correspondente estrangeira, ante a regra geral da independência das patentes. Ademais, o prazo remanescente do art. 230 da Lei 9.279/1996 aplica-se quando o prazo de duração da patente no país de origem for inferior ao da lei brasileira, prevalecendo este último, o que não é o caso dos autos.

IV. Apelação da autora desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível na Ação Ordinária 2008.34.00.034869-1/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 19/10/2017, p. 637)

Administrativo. Ambiental. Mandado de segurança. Infração ambiental. Mineradora. Extração de recursos minerais. Funcionamento sem autorização legal. Maquinário. Apreensão. Direito de propriedade. Mitigação. Princípio da solidariedade. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração.

I. Constatada a infração administrativo-ambiental correspondente ao funcionamento de mineradora sem a competente autorização, afigura-se escorregada a apreensão dos equipamentos ligados à infração constatada pela fiscalização ambiental (*ex vi* dos arts. 25, *caput*, e 72, IV *c/c* o art. 70, *caput*, todos da Lei 9.605/1998, regulamentados pelos arts. 3º, IV, e 47, § 1º, do Decreto 6.514/2008), tendo-se em vista os princípios da precaução e da prevenção, do poluidor-pagador, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável.

II. O exercício do direito de propriedade não é absoluto, submetido que está aos interesses da coletividade (função social), entre os quais o direito de desfrutar de meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual deve sofrer mitigação quando em confronto com os princípios dirigentes do Direito Ambiental.

III. Não cabe invocar-se, aqui, categorias jurídicas de direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, a descurar-se de sua determinante função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

IV. Em Direito Ambiental aplica-se, também, o princípio da solidariedade, resultando patente a responsabilidade civil, criminal e administrativa de todos os que concorreram para a infração ambiental, afigurando-se irrelevante a discussão sobre a isenção do patrimônio alegada pelo suposto terceiro de boa-fé.

V. Não se afigura razoável que a Administração ambiental promova a adequada aplicação da lei, na força determinante do comando constitucional da norma-matriz do art. 225, *caput*, do Texto Magno, com a apreensão dos instrumentos das infrações e os agentes do Poder Judiciário, em excepcional exercício hermenêutico, venha a desmerecê-la no cumprimento da legislação pertinente, em clara e perversa sinalização aos agentes infratores para a continuidade da degradação ambiental, na espécie.

VI. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações’ (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006)”.

VII. Na hipótese em exame, contudo, o ilícito noticiado, que já se operou, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautelas necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de precaução, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

VIII. Nos termos do art. 105, *caput*, do Decreto 6.514/2008, os bens apreendidos devem ficar sob a guarda do órgão ou entidade responsável pela fiscalização ambiental, podendo, “excepcionalmente, ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo”, caso em que caberá à Administração, no exercício do seu poder discricionário, definir sobre quem assumirá esse encargo, dentre as opções previstas nos incisos I e II do art. 106 do referido ato normativo.

IX. Se a matéria objeto de insatisfação — tipificação empreendida pela fiscalização ambiental — não foi alegada na instância originária, resulta inviabilizada a análise recursal neste Tribunal, não se conhecendo do respectivo recurso.

X. Remessa oficial e Apelação do Ibama providas. Apelação da impetrante não conhecida.

(Apelação/Reexame Necessário 0038107-59.2011.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 14/12/2017, p. 2.316)

Processual Civil e Ambiental. Competência. Possessória entre particulares. Área litigiosa cruzada por rios nacionais não demarcados. Local que abriga unidade de conservação e terras indígenas. Bens públicos. Interesse da União Federal em integrar a lide. Questão prejudicial ao mérito da demanda inicial. Tutela do meio ambiente. Justiça Federal.

I. Na espécie, embora o feito na origem se refira à posse entre particulares, resta incontroverso que o interesse da União Federal se mostra prejudicial ao exame do mérito da demanda inicialmente instaurada, a confirmar a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o feito, notadamente porque a área litigiosa é banhada por rios nacionais ainda não demarcados, assim como destinada à unidade de conservação federal (Estação Ecológica Terra do Meio, Parque Nacional Serra do Pardo, Reserva Extrativista do Rio Iriri), além de englobar a Reserva Extrativista do Médio Xingu e terras indígenas Arawete e Apterewa.

II. A esse respeito, cumpre destacar que, nos termos do art. 20 da Constituição Federal, constituem bens da União “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, *bem como os terrenos marginais e as praias fluviais*” (III); além das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (XI), entre outras. Ademais, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, o inciso III do § 1º da Carta Política determina que incumbe ao Poder Público “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

III. Agravo de interno provido para anular a decisão recorrida e dar provimento ao agravo de instrumento e reconhecer o interesse da União Federal no feito, assim como para firmar a competência da Justiça Federal para a apreciação e julgamento da lide.

(Agravo de Instrumento 0018831-43.2014.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 14/12/2017, p. 2.327)

Sexta Turma

Administrativo e Ambiental. Apelação. Ação ordinária. Ibama. Infração ambiental. Anulação. Transporte de produtos perigosos desacompanhado da autorização. Apresentação posterior. Existência da infração. Indicação da legislação complementar. Sentença mantida. Desprovimento.

I. O transporte interestadual de produtos perigosos deve ser acompanhado por autorização fornecida pelo órgão ambiental competente.

II. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes, são as condutas previstas como infração administrativa constante do art. 66 do Decreto 6.514/2008.

III. Incorre na referida infração ambiental se, no momento da fiscalização, o administrado não detém em seu poder a autorização ambiental válida para o transporte do produto perigoso, ainda que venha posteriormente a apresentá-la em sede do processo administrativo, porquanto a atividade está sendo executada em contrariedade à legislação ambiental complementar — a qual prevê a obrigatoriedade do porte da respectiva documentação exigida —, de maneira a enquadrar a sua conduta na última parte do tipo infracional.

IV. Ausente demonstração de abuso pela autoridade administrativa no estabelecimento do valor da multa, ou mesmo de desrespeito às regras contidas na lei para ponderação e gradação da penalidade, não se justifica a revisão do ato pelo Judiciário com sua diminuição. Exercício de atividade discricionária.

V. Apelação conhecida e desprovida.

(Apelação Cível 0006880-19.2015.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 19/12/2017, p. 2.348)

Administrativo e Ambiental. Apelação. Ação ordinária. Ibama. Infração ambiental. Anulação. Desmatamento sem autorização. Aplicação da multa. Controle sobre legalidade e adequação da sanção aplicada. Conversão em prestação de serviços. Decisão administrativa discricionária. Regulamentação da matéria por normas infralegais. Legalidade. Provimento.

I. Nas situações de autos de infração lavrados pelo Ibama por cometimento de infrações ambientais, cabível a conversão da penalidade de multa em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, na forma do art. 72, § 4º, da Lei 9.605/1998, compete à autoridade administrativa a apreciação sobre seu deferimento ou não, no exercício da discricionariedade técnica que lhe é privativa.

II. “Cabe ao administrador público, em virtude do seu poder discricionário, aferir a gravidade das condutas e a culpabilidade do agente, bem como a razoabilidade da sanção imposta, sendo, portanto, inviável que o Poder Judiciário venha a reduzir ou substituir a penalidade aplicada.” (STJ; AgRg no Ag 1.261.699/SC, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010.)

III. Disposta a possibilidade de conversão da penalidade de multa por prestação de serviços na forma da lei, por se tratar de ato essencialmente discricionário, coube às normas infralegais sua regulamentação, a exemplo do Decreto 6.514/2008 (que revogou o anterior 3.179/1999) e da Instrução Normativa 79/2005, que disciplinam e limitam a aplicação daquele dispositivo legal. Validade da norma.

IV. Apelação conhecida e provida.

(Numeração única: 0001741-67.2007.4.01.4300, Apelação Cível 2007.43.00.001741-0/TO, rel. Des. Federal Kassio Marques, e-DJF1 de 24/01/2018, p. 2.681)

Oitava Turma

Tributário. Ambiental. Embargos opostos à execução fiscal. Auto de infração. Produção de algodão geneticamente modificado sem autorização prévia da CTNBio. Superveniente parecer técnico favorável. Princípio da prevalência da norma mais benéfica. Autuação anulada nessa parte. Utilização de sementes em desacordo com o estabelecido em lei

e/ou não inscritas no registro nacional de cultivares. Manutenção da multa nesse particular. Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida.

I. “1. Na hipótese, os embargos do devedor foram opostos contra execução fiscal em que se cobrava CDA originada de Auto de Infração lavrado em 06/07/2006 por ter plantado algodão geneticamente modificado sem a prévia autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CNTBio. 2. Com efeito, matéria idêntica a dos autos foi julgada na Ap 0013324-15.2007.4.01.3600/MT pela Quinta Turma desta Corte, relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, publicada no *e-DJF1* de 29/06/2012, p. 201. Na ocasião, a ilustre Desembargadora Federal entendeu pelo afastamento da multa principal tendo em vista a *novatio legis* mais benéfica consubstanciada no Parecer Técnico CTNBio 1.598, de 14/10/2008, permanecendo, apenas, a multa de R\$ 4.000,00 por infração ao art. 41 da Lei n. 10.711/2003 c/c inciso II do art. 187 do Decreto n. 5.153/2004 (utilização de semente não inscrita no Registro Nacional de Cultivares – RNC). No caso, e tendo em vista a similaridade das situações e a aplicação do princípio da igualdade, a estes autos deve ser dado o mesmo tratamento. Isso porque, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.’ (O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, 3ª edição, 23ª tiragem, Malheiros: São Paulo, p. 10). 3. Nesse contexto, esta, a ementa da Ap 0013324-15.2007.4.01.3600/MT, no que interessa: ‘2. Dois anos depois da autuação, a CNTBio emitiu o Parecer Técnico nº 1598 liberando a comercialização do algodão geneticamente modificado objeto dos presentes autos. 3. A aplicação do entendimento mais benéfico contido no aludido parecer à autuação que o precede é possível pela imposição à espécie do princípio da prevalência da norma mais favorável ao cidadão, prestigiada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (Precedentes: RMS 30.553/PE, RMS 20.883/PE, RMS 19.942/PE) e pela doutrina: “A justificativa para essa substituição de princípios na solução de conflitos normativos está ligada, justamente, à ideia de dignidade humana e, por conseguinte, à ideia expansionista de direitos. Aqui os critérios tradicionais de solução de antinomias, que se orientam por uma lógica interpretativa fundamentalmente formal (não pautada pelos valores em jogo), são substituídos por uma lógica interpretativa essencialmente material, orientada pela prevalência da norma que melhor guardada dê à dignidade da pessoa, ou seja, pela prevalência da norma mais favorável, mas protetiva e mais benéfica à pessoa humana.” (Flávia Piovesan e Daniela Ikawa: Segurança Jurídica e Direitos Humanos - o Direito à Segurança de Direitos. in “Constituição e Segurança Jurídica”, Coordenador Carmem Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 57). 4. O parecer técnico liberando a comercialização do produto descaracterizou parte da infração imputada ao apelado: aquela prevista no art. 6º (inciso VI) e no artigo 29 da Lei nº 11.105/05 e nos incisos II e XXVIII, do artigo 69 do Decreto nº 5.591/05. Quanto às disposições contidas no artigo 41 da Lei nº 10.711/03, e no inciso II do art. 187 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 5.153/04 - utilização de sementes em desacordo com o estabelecido em lei e/ou não inscritas no RNC - o reconhecimento da não nocividade do algodão geneticamente modificado pela proteína CP4 EPSPS não afeta a autuação efetivada pelos fiscais agropecuários.” (TRF1, AC 0025717.43.2013.4.01.9199/MT, rel. Juiz Federal Eduardo Moraes da Rocha, convocado, Sétima Turma, unânime, *e-DJF1* de 18/08/2017.)

II. Apelação parcialmente provida.

(Apelação Cível 0048026-58.2013.4.01.9199/MT, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, *e-DJF1* de 26/01/2018, p. 2.736)

Turma Regional de Uniformização da Jurisprudência da Primeira Região

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0005078-09.2012.4.01.4100 (2013.34.00.009192-3/RO)

Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência entre turmas recursais da Primeira Região (fls. 88-102), interposto contra acórdão da Turma Recursal de Rondônia (fls. 61-66), que deu provimento ao recurso da parte-autora, para condenar a União a incorporar ao vencimento da parte-autora o índice de 13,23% a título de recomposição salarial, com respaldo nas Leis 10.697/2003 e 10.698/2003.

A recorrente apresentou, como paradigma, acórdão da Turma Recursal do Amazonas (fls. 103-104). Requer “seja reformado o acórdão recorrido para julgar *improcedente* o pleito de revisão dos vencimentos do autor(a) no percentual de 13,23%.”

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi admitido através da decisão de fl. 106.

Decido.

A controvérsia em exame refere-se à incorporação, ou não, do reajuste de 13,23% ao vencimento do servidor com base na Lei 10.698/2003, que instituiu a Vantagem Pecuniária Individual (VPI), no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos), tendo em vista a discussão acerca da natureza de revisão geral da referida vantagem.

No entanto, a referida divergência já foi objeto de apreciação pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, tendo firmado entendimento de que, na situação em exame, a Vantagem Pecuniária Individual (VPI), instituída pela Lei 10.698/2003, não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, sendo assim, é indevida a incorporação do reajuste postulado. Vejamos:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE INCORPORAÇÃO DE 13,23%. ALEGAÇÃO DE QUE LEI 10.698/2003 REPRESENTOU REVISÃO GERAL ANUAL MEDIANTE APLICAÇÃO DE REAJUSTES DISTINTOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, X). DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. INCIDENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Trata-se de ação movida por servidor público federal em que pleiteia a condenação da União a revisar seus vencimentos mediante a incorporação do percentual de 13,23%, reajuste que entende devido desde a edição da Lei n. 10.698/2003. Aduz que o reajuste geral anual previsto nas Leis 10.331/01 e 10.697/2003, bem como a Vantagem Pecuniária Individual (VPI) criada pela Lei 10.698/03, importaram reajuste remuneratório de 13,23% para servidores com os menores salários à época e de pouco mais de 1% para os demais servidores, configurando reajuste diferenciado, vedado pela Constituição Federal de 1988 (art. 37, X). 2. A sentença julgou improcedente o pedido ao fundamento de que não há respaldo no ordenamento jurídico para equiparar a VPI à revisão geral dos servidores públicos, cujos fundamentos foram confirmados pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. 3. Em seu incidente de uniformização, alega a parte autora que a decisão da origem destoava de acórdão proferido pela Turma Recursal do Distrito Federal (processo 0000813-90.2013.4.01.3400), assim como do entendimento aplicado à matéria pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação/ Reexame necessário nº 2007.34.00.041467-0/DF e Apelação Cível nº 2009.30.00.001696-7/AC). Transcreve, no corpo da peça incidental, a íntegra das decisões paradigmas que cita. 4. Pedido inadmitido na origem, com agravo na forma do RITNU. 5. Inicialmente, registro que julgados oriundos de Tribunais Regionais Federais não servem à aferição da divergência, nos termos do art. 14, caput e § 2º, da Lei n. 10.259/01, que prevê que o pedido de uniformização deve ser fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante no STJ. 6. Quanto ao paradigma da Turma Recursal do Distrito Federal, entendo que o incidente merece seguimento à medida que o requerente logrou êxito em demonstrar o dissídio jurisprudencial com relação à matéria trazida à apreciação. O paradigma, cuja cópia do inteiro teor acompanha o pedido de uniformização (doc. 016), reconheceu o direito à extensão do índice de 13,23% a todos os servidores públicos federais sufragando o entendimento de que a vantagem pecuniária individual de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), concedida por meio da Lei nº 10.698/2003, revestiu-se do caráter de revisão geral anual, complementar à Lei nº 10.697/2003, e promoveu ganho real diferenciado entre os servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e das autarquias e fundações públicas federais, na medida em que instituiu uma recomposição maior para os servidores que percebiam menor remuneração. 7. No mérito, a tese defendida pela parte requerente não encontra abrigo no âmbito do C. SJT, cuja Primeira e Segunda Turmas consolidaram o entendimento de que a VPI, criada pela Lei n. 10.698/2003, não se reveste de natureza de revisão geral de vencimentos, sendo indevida a incorporação do reajuste postulado. Colacionam-se os seguintes arestos de nosso Superior Tribunal: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 13,23%. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. LEIS 10.697/2003 E 10.698/2003. DESCABIMENTO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS.

INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Consoante a jurisprudência do STJ, a Vantagem Pecuniária Individual, criada pela Lei 10.698/2003, não possui natureza de revisão geral de vencimentos, não sendo devido, aos servidores públicos federais, o reajuste de 13,23%. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.490.094/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014; STJ, REsp 1.450.279/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/06/2014). II. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1316914/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 13,23%. LEI 10.698/2003. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme o entendimento no âmbito da 1ª e 2ª Turma do STJ no sentido de que a Vantagem Pecuniária Individual criada pela Lei 10.698/2003 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, não sendo devido aos servidores públicos o reajuste de 13,23%. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1267125/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014; REsp 1450279/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014; AgRg no AREsp 462.844/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014; AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 12/12/2013. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1490094/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014) ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE GERAL ANUAL (CF/88, ART. 37, X, PARTE FINAL). REAJUSTE DE 13,23%. LEI N. 10.698/2003. VPNI. REVISÃO GERAL NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 339/STF. 1. Os recorrentes objetivam o reajuste no percentual de 13,23%, que corresponderia à maior Revisão Geral Anual concedida pela Vantagem Pecuniária Individual (VPI) aos servidores, durante o ano de 2003, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos) dada pela Lei n. 10.698/2003. 2. O STJ já firmou compreensão no sentido de que a VPI instituída pela Lei 10.698/03 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, sendo inviável sua extensão aos servidores substituídos, em face do óbice da Súmula 339/STF: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Precedentes: AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/12/2013; AgRg no AREsp 462.844/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/03/2014. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1450279/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI 10.698/03. VPNI INSTITUÍDA PELA LEI 10.698/03. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO AOS SERVIDORES SUBSTITUÍDOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Dispõe a Lei 10.698/03, in verbis: “Art. 1º. Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem”. 2. A VPNI instituída pela Lei 10.698/03 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, sendo inviável sua extensão aos servidores substituídos, em face do óbice da Súmula 339/STF. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 12/12/2013) 8. Entendo pertinente transcrever trechos do voto proferido pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima nos autos do AgRg no REsp 1256760: [...] Quanto ao mérito, dispõe o art. 1º da Lei 10.698/03 (que “Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional”), in verbis: Art. 1º Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem. (Grifo nosso) *Entendeu o Tribunal de origem, à luz da literalidade do referido dispositivo legal, que ele não contemplaria espécie de reajuste geral de vencimentos na forma alegada pelo autor, ora recorrente, de modo que não poderia o Poder Judiciário estendê-lo aos servidores substituídos sob pena de invasão da competência reservada ao Legislador, na forma da Súmula 339/STF.* Tal entendimento mostra-se correto, haja vista que não há mecanismo hermenêutico capaz de conferir à mencionada VPNI patamar compatível com o de uma revisão geral de vencimentos, malgrado sua iniciativa haver partido do Presidente da República – questão que, como suscitado de forma lateral no acórdão recorrido, é por si só questionável em relação aos servidores dos Poderes Judiciário e Legislativo –, bem assim sua destinação estar afeta aos servidores dos três Poderes, tal como previsto no art. 37, X da CRFB/88, eis que a incorporação desta quantia ao vencimento básico está vedada, bem como sua utilização como base de cálculo para qualquer outra vantagem. Por conseguinte, verifica-se que a intenção do recorrente efetivamente esbarra no óbice da Súmula 339/STF. 9. *Ante o exposto, na esteira dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nego provimento ao pedido de uniformização. Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais conhecer e negar provimento ao pedido de uniformização, nos termos do voto-*

ementa do Relator. (PEDILEF 05036132420144058400, JUIZ FEDERAL JOÃO BATISTA LAZZARI, TNU, DOU 28/08/2015 PÁGS. 151/241.) (grifos nossos)

Desta forma, com fundamento no art. 55, inciso XXIV, da Resolução/Presi 17, de 19/09/2014, e no art. 932, inciso V, do CPC, *dou provimento* ao pedido de uniformização em exame, uma vez que o acórdão recorrido é contrário ao entendimento consolidado da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0005078-09.2012.4.01.4100 (2013.34.00.009192-3)/RO, rel. Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho, publicado em 19/12/2017, p. 2.824)

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0000277-89.2013.4.01.3817/MG

Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência entre Turmas Recursais da Primeira Região (fls. 184-189), interposto contra acórdão da 4ª Turma Recursal de Minas Gerais (fls. 171-174), que deu provimento ao recurso da parte-autora, estabelecendo o direito de paridade entre servidores ativos e inativos no recebimento da GDPST “até o processamento do resultado do primeiro ciclo de avaliação de desempenho.” (fl. 173 – grifos do original)

A recorrente apresentou, como paradigma, acórdão da 2ª Turma Recursal de Minas Gerais (fl. 191). Requer seja uniformizado o entendimento e reformado o acórdão recorrido “*para decretar como data limite para recebimento da GDPST em paridade com os ativos, 15/12/2010, data da produção dos efeitos financeiros do primeiro ciclo de avaliação.*” (fl. 189-verso – grifos do original)

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi admitido através da decisão de fl. 193, que entendeu presentes os requisitos para seu seguimento.

É o breve relatório.

Dispõe o art. 14 da Lei 10.259/2001: “*Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.*”

Discute-se no incidente em exame a data final da percepção da GDPST – Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho pelo servidor aposentado da Funasa em paridade com o pessoal da ativa.

A GDPST – Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho é devida a partir de 1º de março de 2008, conforme MP 431/2008, posteriormente convertida na Lei 11.784/2008. Esta gratificação apresenta um caráter misto, uma vez que instituída, inicialmente, de forma genérica, até vir a se tornar, efetivamente, estímulo à produtividade segundo os critérios objetivos de avaliação da Lei 11.355/2006, quando adquire caráter individual, *pro labore faciendo*. A afirmação tem fundamento na redação dada ao § 5º do art. 5º-B da Lei 11.355/2006:

Art. 5º-B – Fica instituída, a partir de 1º de março de 2008, a Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST, devida aos titulares dos cargos de provimento efetivo da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, quando lotados e em exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no Ministério da Previdência Social, no Ministério da Saúde, no Ministério do Trabalho e Emprego e na Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, em função do desempenho individual do servidor e do alcance de metas de desempenho institucional do respectivo órgão e da entidade de lotação.

§ 1º - A GDPST será paga observado o limite máximo de 100 (cem) pontos e o mínimo de 30 (trinta) pontos por servidor, correspondendo cada ponto, em seus respectivos níveis, classes e padrões, ao valor estabelecido no Anexo IV-B desta Lei, produzindo efeitos financeiros a partir de 1º de março de 2008.

§ 2º - A pontuação referente à GDPST será assim distribuída:

I - até 20 (vinte) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho individual; e

II - até 80 (oitenta) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional.

§ 3º - Os valores a serem pagos a título de GDPST serão calculados multiplicando-se o somatório dos pontos auferidos nas avaliações de desempenho individual e institucional pelo valor do ponto constante do Anexo IV-B desta Lei de acordo com o respectivo nível, classe e padrão.

§ 4º - Até 31 de janeiro de 2009, a GDPST será paga em conjunto, de forma não cumulativa, com a Gratificação de Atividade de que trata a Lei Delegada no 13, de 27 de agosto de 1992, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios ou vantagens.

§ 5º - Até que sejam efetivadas as avaliações que considerem as condições específicas de exercício profissional, a GDPST será paga em valor correspondente a 80 (oitenta) pontos aos servidores alcançados pelo caput deste artigo postos à disposição dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme disposto no art. 20 da Lei no 8.270, de 17 de dezembro de 1991.

O Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, apreciou o RE 631880, estabelecendo que a GDPST deve ser deferida aos inativos no valor correspondente a 80 pontos até a conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho. Vejamos:

RECURSO. EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DA CARREIRA DA PREVIDÊNCIA, DA SAÚDE E DO TRABALHO – GDPST. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. EXTENSÃO. SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PRECEDENTES. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da GDPST estabelecidos para os servidores públicos em atividade.»

(RE 631880 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/06/2011, DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-01 PP-00114)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REFORMATIO IN PEJUS. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE APRECIOU OS PRIMEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO DOS SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I – O acórdão ora embargado, ao determinar a extensão aos servidores inativos do pagamento da Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, Saúde e Trabalho – GDPST no percentual de 80% de forma permanente, implicou reformatio in pejus, pois a extensão da gratificação referida foi limitada, na origem, ao processamento do resultado do primeiro ciclo de avaliação. A questão relativa ao pagamento aos inativos da GDPST em período posterior à sua regulamentação está, portanto, acobertada pela preclusão. II – Segundos embargos de declaração acolhidos para anular o acórdão que julgou os primeiros embargos declaratórios e explicitar, nos termos da sentença, que a GDPST deve ser deferida aos inativos no valor correspondente a 80 pontos até a conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho.

(RE 631880 RG-ED-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02-2015 PUBLIC 06-02-2015)

O cerne da questão controvertida, pois, é o momento em que a GDPST devida servidores ativos da Funasa efetivamente adquire a natureza individual, *pro labore faciendo*, pondo fim à paridade em relação aos servidores inativos e pensionistas.

Defende a Funasa que os efeitos financeiros da Avaliação de Desempenho Individual dos servidores ativos retroagem à data da publicação da Portaria 1.743, de 10/12/2010, ocorrida em 15/12/2010. No entanto, a tese recursal não se sustenta diante do quanto já decidido pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência da 1ª Região. Com efeito, restou afastada a possibilidade de se conferir efeitos financeiros retroativos à referida portaria, consoante julgado abaixo:

AGRAVO INTERNO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO. GDPST. LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A PERCEPÇÃO COM PARIDADE PARA OS SERVIDORES INATIVOS. JULGAMENTO DO STF NO RE Nº 662.406/AL. REPERCUSSÃO GERAL CONHECIDA.

1. Recebe-se o recurso de fls. 151/161 como agravo interno, ante a novel redação do art. 5º, § 2º Resolução nº 347/2015, do Conselho da Justiça Federal. Referido recurso foi interposto pela FUNASA contra a decisão monocrática de fl. 150, que negou seguimento a pedido de uniformização dirigido à Turma Nacional de Uniformização.

2. A agravante sustenta que a decisão atacada utilizou precedente do Supremo Tribunal Federal que não se aplica ao caso concreto, porquanto a controvérsia recursal liga-se ao termo final do pagamento da gratificação de desempenho deferida na sentença de fls. 72/83.

3. Conforme mencionado na ementa-voto de fls. 105 e verso, a Lei nº 11.357/06 previu, no § 6º do art. 5º-B, que a Gratificação de Desempenho Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST seria devida aos aposentados e pensionistas no limite de até 50% do valor máximo do respectivo nível. Quanto ao tema, o STF decidiu no RE nº 631.389/CE que as gratificações de desempenho têm caráter genérico e enquanto não ocorresse a sua regulamentação, seria devida a extensão aos aposentados e pensionistas no mesmo modo previsto para os servidores em atividade.

4. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 662.406/AL, com repercussão geral reconhecida, decidindo que o termo final do pagamento das gratificações de desempenho aos servidores inativos nos mesmos percentuais em que concedida aos servidores ativos é a data da homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações. Naquele feito, cuidava-se da GDATFA. Todavia, essa conclusão se estende às demais gratificações de desempenho criadas nos mesmos moldes daquela, conforme destacado no julgamento do ARE nº 763.627/PR, que tratava da GDASS. 5. Ressalta-se que no julgamento do RE nº 662.406/AL, o STF decidiu pela ilegitimidade da retroação dos efeitos financeiros das gratificações à data de início do ciclo de avaliações, como decorrência lógica da tese ali firmada.

6. A FUNASA pretende que o termo final do pagamento paritário da GDPST à autora seja 15/12/2010, data da produção dos efeitos financeiros determinada pelo art. 7º da Portaria nº 1.743, o que está em desacordo com a decisão do STF no RE nº 662.406/AL. Ocorre que não há nos autos prova da data em que, efetivamente, houve a homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações, o que representa óbice ao acolhimento integral do agravo, no sentido da fixação precisa do termo final da paridade no caso concreto.

7. Agravo interno parcialmente provido para fixar como limite temporal para o pagamento paritário da GDPST à autora a data da efetiva homologação do primeiro ciclo de avaliações dessa gratificação, conforme RE nº 662.406/AL, a ser apurada no âmbito do 1º grau de jurisdição.

(Recurso Inominado nº 3344-56.2013.4.01.3819, Relator Juiz Federal GUILHERME FABIANO JULIEN DE REZENDE, 1ª Turma Recursal de Juiz de Fora/MG, julgado em 08/09/2016) (grifos nossos)

Assim, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais da 1ª Região, a percepção da GDPST pelos inativos e pensionistas, no mesmo valor pago aos servidores ativos, é limitada à conclusão do primeiro ciclo de avaliação individual/institucional de desempenho, assim entendido o momento da homologação do primeiro ciclo de avaliação.

Desta forma, com fundamento no art. 55, incisos XXIII e XXIV, da Resolução/Presi 7, de 19/09/2014, e no art. 932, inciso IV, do CPC, *nego sequimento* ao pedido de uniformização.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0000277-89.2013.4.01.3817/MG, rel. Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho, publicado em 19/12/2017, p. 2.833)

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001256-77.2013.4.01.3000 (2013.30.00.929087-7/AC)

Trata-se de incidente de uniformização suscitado pela parte-autora contra acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Acre, que entendeu que “não se mostra confiscatória a multa de 75% prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, sendo descabida a redução para o patamar de 20%, uma vez que a conduta da autora implica a incidência de multa punitiva, e não moratória”.

A recorrente cita paradigma da 1ª Turma Recursal do Distrito Federal, no sentido de que a multa de 75% ofende os princípios constitucionais do não confisco e da razoabilidade, pela desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica.

O recurso não merece prosperar.

O entendimento do aresto impugnado encontra-se em consonância com a jurisprudência do STF:

EMENTA: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA PUNITIVA. 75% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER PEDAGÓGICO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da Administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 602686 AgR / PE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 5/2/15)

Com efeito, para a Corte Suprema, são inconstitucionais apenas as multas fixadas em índices superiores a 100% do valor do tributo devido. No caso de multas inferiores a esse limite, o Tribunal Constitucional entende que não há manifesta contrariedade ao princípio da vedação ao confisco e que a análise de eventual desproporcionalidade da multa cominada exigiria o exame de fatos e provas, providência inviável em sede de recurso extraordinário (RE 682541/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 24/11/2016).

Da mesma forma, no caso ora em exame, a Turma Recursal, de posse do conjunto probatório dos autos, julgou que a conduta da autora autorizaria a aplicação de multa *punitiva*, e não *moratória*. Não é possível rever tal entendimento pela via do incidente de uniformização, em virtude do que dispõe o enunciado da Súmula 42 da TNU: “Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato”.

Nesse ponto, observo inclusive que o paradigma apresentado fixou multa de *mora* (item IV), o que evidencia a diferença de contextos entre os julgados cotejados.

Por todo o exposto, *nego seguimento* ao incidente, com fundamento no art. 9º, inciso IX, do Regimento Interno da TNU.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001256-77.2013.4.01.3000 (2013.30.00.929087-7)/AC, rel. Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad, publicado em 19/12/2017, p. 2.827)

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001472-81.2014.4.01.4300 (2014.43.00.000898-2/TO)

Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência entre turmas recursais da Primeira Região (fls. 191-206), interposto contra o acórdão da Turma Recursal do Tocantins (fls. 189-190), que julgou improcedente o pedido de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença, em razão da preexistência da doença ao reingresso no RGPS.

Em suas razões de recurso, aponta a recorrente a divergência jurisprudencial em relação a julgado da Turma Recursal do Mato Grosso (fls. 201-203), sustentando que faz jus ao benefício de auxílio-doença desde a data do requerimento administrativo uma vez que sua incapacidade decorre de progressão/agravamento da doença, conforme informação trazida pelo médico perito judicial.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi admitido através da decisão de fls. 207-208, que considerou presentes os requisitos legais para seu seguimento.

Decido.

Dispõe o art. 14, § 1º, da Lei 10.259/2001:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

Não restaram demonstradas a similitude fática e a divergência de entendimentos relativamente à matéria dos autos, nos termos do referido art. 14 da Lei 10.259/2001. O acórdão recorrido entendeu, à luz do conjunto probatório coligido aos autos, que a incapacidade da parte recorrente era anterior ao seu reingresso ao RGPS. Conforme decidido,

[...] a incapacidade é preexistente. A autora passou 15 anos sem promover o recolhimento e voltou em outubro de 2013, quando já contava com 55 anos de idade. No laudo pericial, afirma-se que o quadro clínico piorou há um ano, o que denota que quanto voltou a recolher ela já estava incapacitada. O retorno ao sistema com idade avançada e já apresentando diversos problemas de saúde levam a inversão da presunção da capacidade da autora. Há incapacidade preexistente. Falta de comprovação de carência. (fl. 189)

Por seu turno, o acórdão paradigma (222256920074013 – TRMT) estabelece que

Dessa forma, considerando que o Juiz não se encontra adstrito ao laudo pericial, tenho que, embora a Segurada já fosse, à época da sua nova filiação no RGPS, portadora da doença degenerativa em questão, a sua incapacidade total e permanente decorreu do agravamento da moléstia, ocorrido no período compreendido entre o requerimento administrativo e o pleito judicial. (fl. 203 – grifos do original)

Nesse contexto, não é possível falar-se em similitude fática, sobretudo em vista da absoluta singularidade de cada caso e das demais circunstâncias que envolvem as diversas situações de fato. Ademais, o exame do recurso

exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório formado nos autos, o que não é possível em sede de pedido de uniformização, sendo aplicável, na hipótese, a Súmula 42 da TNU, que estabelece:

Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato.

Por fim, observe-se que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência sedimentou o entendimento de que o tema relativo à preexistência da incapacidade à filiação ou ao reingresso ao RGPS é matéria objeto de prova, dependendo do contexto dos autos, tendo inadmitido, desta forma, o pedido de uniformização que versava sobre o tema. Vejamos:

EMENTA – VOTO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. TEMA DA PREEXISTÊNCIA DA PATOLOGIA. MATÉRIA OBJETO DE PROVA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NÃO CONHECIDO. 1. Pedido da parte autora de concessão de benefício por incapacidade – auxílio-doença. 2. Sentença de improcedência do pedido, mantida pela Turma Recursal, nos termos do art. 46, da Lei nº 9.099/95. 3. Incidente de uniformização de jurisprudência, interposto pela parte autora, com esteio no art. 14, da Lei nº 10.259/2.001. 4. Alegação de que a incapacidade da parte autora é posterior ao seu ingresso ao sistema previdenciário. 5. Menção a julgados de Tribunais Regionais Federais, no sentido de que, em havendo dúvida, deve-se decidir de forma favorável ao segurado. 6. Indicação, pela parte recorrente, de precedentes do STJ - Superior Tribunal de Justiça: 7. Recurso Especial nº 263.112/SP: “PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. SEGURADO APOSENTADO. AUXÍLIO-ACIDENTE. PERDA DE QUALIDADE. LEGITIMIDADE PARA AGIR. TERMO INICIAL. I – Não perde a qualidade de segurado aquele em gozo de benefício, sendo-lhe dispensada a carência. II – Atendidos os requisitos do art. 86, da Lei 8.213/91, isto é, a causalidade e a redução laboral, o segurado tem direito ao auxílio-doença. III – O início do benefício conta-se da juntada do laudo aos autos. Precedentes. IV - Recurso conhecido em parte e, nessa, provido”, (RESP 200000587710, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:05/11/2001 PG:00129.). 8. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1071563/SP: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. TERMO INICIAL. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÃO NO ACÓRDÃO ESTADUAL ACERCA DE PRÉVIO AUXÍLIO-DOENÇA. DATA DA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. PREQUESTIONAMENTO. 1. A Corte de origem foi clara ao afirmar que o termo inicial do benefício deveria ser a data da apresentação do laudo pericial ao Juízo, não se referindo à existência de benefícios anteriormente concedidos ao segurado. 2. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”, (AGRESP 200801414950, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/06/2009.). 9. Recurso Especial nº 445.604/SC: “PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO NÃO-EMPREGADO. AUXÍLIO-DOENÇA. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. 1. Tratando-se de auxílio-doença requerido por segurado não empregado, o benefício será devido a partir do início da incapacidade laborativa, assim considerada, quando não houver requerimento administrativo, a data da juntada do laudo pericial em juízo. 2. Recurso provido”, (RESP 200200848460, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:13/12/2004 PG:00465.). 10. Inadmissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência junto à Turma Recursal do Rio Grande do Sul. 11. Apresentação, pela parte autora, de requerimento com pedido de processamento do incidente, nos termos do art. 15, § 4º, da Resolução nº 22/2008, do CJF - Conselho da Justiça Federal. 12. Inexistência de similitude fático-jurídica entre a decisão dos autos e os precedentes invocados pela parte autora. 13. Sentença de improcedência do pedido, mantida pela Turma Recursal, lastreada na preexistência da incapacidade da parte autora quando do reingresso ao sistema previdenciário. 14. Trecho importante da sentença: “(...) Dessarte, não obstante o recolhimento de várias contribuições até fevereiro/2008 (as quais poderão ser restituídas à autora, em ação apropriada), ficou constatado nos autos que a autora já se encontrava incapaz para o trabalho por ocasião do referido ingresso ao RGPS”. 15. Incidente de uniformização de jurisprudência não admitido. 16. Aplicação do verbete nº 42, da TNU: “Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato”. 17. Determinação de devolução dos recursos com mesmo objeto às Turmas de origem para que, nos termos do art. 7º, do Regimento Interno da TNU, mantenham ou promovam a adequação da decisão recorrida. ACÓRDÃO Visto, relatado e discutido este processo, em que são partes as acima indicadas, decide a TNU - Turma Nacional de Uniformização não admitir o incidente, nos termos do art. 14, da Lei nº 10.259/2.001. Brasília, 24 de novembro de 2011.

(PEDILEF 200871590008927, JUÍZA FEDERAL VANESSA VIEIRA DE MELLO, TNU, DOU 19/12/2011.)

Desta forma, com fundamento no art. 55, inciso XXIII, da Resolução/Presi 17, de 19/09/2014, e no art. 932, inciso III, do CPC, *nego sequimento* ao pedido de uniformização, porquanto inadmissível.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0001472-81.2014.4.01.4300 (2014.43.00.000898-2)/TO, rel. Juíza Federal Marla Consuelo Santos Marinho, publicado em 19/12/2017, p. 2.837)

Repositórios Oficiais de Jurisprudência publicados de acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997

- Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- Editora Fórum: *Fórum Administrativo e Interesse Público*;
- Editora Forense: *Revista Forense*;
- Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- Editora IOB Thompson/Síntese: *Repertório de Jurisprudência IOB Civil, Processual, Penal e Comercial; Repertório de Jurisprudência IOB Trabalhista e Previdenciário; Repertório de Jurisprudência IOB Tributário, Constitucional e Administrativo; Direito Público; Jusis Síntese DVD; Revista de Estudos Tributários; Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário; Revista Jurídica/RS; Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público; Revista Síntese Direito Administrativo; Revista Síntese Direito Ambiental; Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil; Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal; Revista Síntese Licitações Contratos e Convênios; Revista Síntese Responsabilidade Pública; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.*

Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

