

# Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
v. 29 n. 1/2 janeiro/fevereiro 2017

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 29	n. 1/2	p. 1/194	janeiro/fevereiro 2017
---------	----------	-------	--------	----------	------------------------

# 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 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

Matuzalém Braga dos Santos

## Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

## Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora 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) 3410-3574 e 3410-3571 – Fax: (61) 3410-3573

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/portaltrf1/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 Amilcar Machado  
Daniel Paes Ribeiro  
Souza Prudente  
Maria do Carmo Cardoso  
Neuza Alves  
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

## Membros Externos

Arnoldo Wald  
Antônio Augusto Brandão de Aras  
Clito Fornaciari Júnior  
Dalmo de Abreu Dallari  
Fernando da Costa Tourinho Filho  
Flávia Piovesan  
Guilherme de Souza Nucci  
Humberto Theodoro Júnior  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Ives Gandra da Silva Martins  
Jorge Miranda  
José Afonso da Silva  
José Carlos Moreira Alves  
José Joaquim Gomes Canotilho  
José Renato Nalini  
José Rubens Morato  
Luiz Guilherme Marinoni  
Marçal Justen Filho  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro  
Nabor Bulhões  
Nelson Nery Júnior  
Patryck de Araújo Ayala  
Paulo Affonso Leme Machado  
Paulo Bonavides  
Paulo de Bessa Antunes  
Ronaldo Poletti  
Sérgio Cruz Arenhart

#### Arnoldo Wald

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1956). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (1963/1985). Procurador-geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1965/1967). Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II (França, 1997). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Municipal de Estudos Constitucionais do Município de São Paulo (1993). Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (2003/2012). Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (Conjur) da Fisp (2004). Doutor *honoris causa* pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (2007). Membro emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2011). Membro da *Académie Internationale de Droit Comparé*. Membro da *Société de Législation Comparée*. Membro de numerosas outras entidades culturais nacionais e estrangeiras.

#### Antônio Augusto Brandão de Aras

Jurista. Parecerista. Conferencista. Subprocurador-geral da República (desde 1987). Procurador regional eleitoral na Bahia (1991/1993), representante do MPF no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2008/2010) e corregedor auxiliar do MPF (2012/2013). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU (desde 2002). Integrante da comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a elaboração do projeto de lei da nova Ação Civil Pública. Participou da comissão de juristas constituída pela Universidade de Brasília, Senado, Câmara Federal e Conselho Federal da OAB para os estudos destinados à Reforma Eleitoral (2009).

#### Clito Fornaciari Júnior

Advogado. Professor. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Participou da elaboração de normas infraconstitucionais relativas à reforma constitucional de 1977 junto à Procuradoria-Geral da República. Participa do Conselho de Redação da *Revista de Processo*, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, da *Revista Autônoma de Processo e da Revista Autônoma de Direito Privado*. Membro da *International Bar Association*. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

#### 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.

#### 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. Professora de Direitos Humanos dos Programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná 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 em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Livre-docente em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004).

#### 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).

#### Ingo Wolfgang Sarlet

Jurista. Conferencista. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor pela *Ludwig-Maximilians-Universität München*. Pós-doutorado na Universidade de Munique. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais.

#### Ives Gandra da Silva Martins

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Doutor pela Universidade Mackenzie. Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, UNIFIEO, 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 Jurídicas*, Argentina.

**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 Carlos Moreira Alves**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Ex-procurador-geral da República (1972/1975). Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, onde foi presidente (1985/1987). Nessa condi o ocupou a Presidência da República, de 7 a 11 de julho de 1986, em substitui o do Presidente José Sarney. Coube-lhe, como presidente do Supremo Tribunal Federal, declarar instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1  de fevereiro de 1987. Juiz do Tribunal Superior Eleitoral de 1975 a 1980, tendo sido presidente daquela Corte de 1981 a 1982. Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça (1969/1972 e 1974/1975). Membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro. Presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código de Processo Penal e presidente da Comissão revisora do Anteprojeto do Código das Contraven es Penais.

**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 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, Subse o de Curitiba.

**Marçal Justen Filho**

Advogado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – USP. Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Research Scholar na Yale Law School* (EUA) e *Visiting Fellow* no Instituto Universitário Europeu (Itália). Foi professor titular da Faculdade de Direito da UFPR (1986/2006). Coordenador da *Revista de Direito Administrativo Contempor neo – ReDAC*, publicada pela Editora RT.

**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.

**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 elaboração 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 homologação de sentenças estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por designação de suas Presidências. Membro da Comissão de Concurso do TRF 1ª 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.

#### Patryck de Araújo Ayala

Jurista. Conferencista. Procurador do Estado de Mato Grosso. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto nos cursos de graduação e de mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Membro e sócio-fundador da Associação dos Professores de Direito Ambiental (Aprodab). Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap). Pesquisador do grupo de pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco” (certificado pela Instituição e cadastrado no CNPq), líder do grupo de pesquisas “Jus-Clima”, membro da *Commission on Environmental Law (Steering Comitee)* da IUCN – *The World Conservation Union*. Diretor do Instituto “O Direito por um planeta verde”.

#### Paulo Affonso Leme Machado

Advogado. Membro aposentando do Ministério Público do Estado de São Paulo. Jurista. Parecerista. Conferencista. Pós-doutorado pela Universidade de Limoges (França). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade *Robert Schuman* (França). Doutor *honoris causa* pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor titular da Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Vice-presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente, Limoges (França), desde 1983. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente – Sobradima. Membro da Comissão Internacional de Conciliação e Arbitragem Ambiental, com sede em San Sebastián (Espanha) e Cidade do México (México). Membro do Conselho Internacional de Direito Ambiental, com sede em Bonn (Alemanha).

#### 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.

#### Paulo de Bessa Antunes

Advogado. Procurador regional da República aposentado. Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio de Janeiro e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

#### 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).

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 Ítalo 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 inaugural das atividades forenses de 2017, apresenta-nos artigos doutrinários de elevado nível jurídico, sob os títulos de respeitáveis autorias científicas, a saber: I – *A tutela jurídica dos Direitos Humanos no meio ambiente carcerário*, das Professoras Mestrandas Ana Maria da Costa Porto e Clarissa Teixeira Karnikowski, da Universidade Católica de Brasília, sob nossa orientação científica, na compreensão holística do conceito de meio ambiente, no Estado de Direito Ambiental, que supera, em suas diversas dimensões, o velho conceito reducionista dos quadrantes da biota (flora e fauna), com a impressionante simbologia do verde em plenitude, a visualizar, sob novos ângulos dos tratados e convenções internacionais, *um meio ambiente carcerário* que, na feliz definição de Luís Henrique Ayala Bazan, “*é o conjunto de edificações físicas de natureza comum do Estado no exercício finalista do jus puniendi, em que sujeitos de direitos reclusos exercem o direito ao ambiente sadio, simultaneamente, sem que a ocupação do espaço em que cumpram a restrição da liberdade reverta em riscos à vida, à saúde, à segurança e à dignidade da pessoa humana*”, posto que as condições precárias e desumanas a que estão submetidos os presos no Brasil tiram-lhes qualquer possibilidade de reinclusão no convívio social, com graves violações à garantia fundamental da dignidade da pessoa humana e de outros direitos humanos, constitucionalmente protegidos em cláusula pétrea com reflexos intergeracionais de eternidade; II – *Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo*, da Professora, Mestre e Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, da Universidade de São Paulo – USP, na compreensão conclusiva de que “*embora cada processo estatal obedeça a princípios próprios, adequados à função específica que lhes incumbe, não há dúvida de que todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, do formalismo (mais ou menos acentuado), do interesse público, da segurança jurídica, da razoabilidade, da motivação e tantos outros que decorrem expressa ou implicitamente da Constituição; os princípios do processo judicial não podem ser transpostos para o processo administrativo sem que sejam respeitadas as peculiaridades do regime jurídico a que se submete a Administração Pública. O princípio do formalismo abrandar-se pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material, do interesse público, cabendo falar em informalismo ou formalismo moderado; a coisa julgada não tem o mesmo efeito que nos processos judiciais, já que a decisão administrativa é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não existe no Direito Administrativo a coisa julgada material; a preclusão, para o administrado, sofre maiores restrições do que nos processos judiciais, porque, estando a Administração sujeita ao princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. A consequência é que os prazos impostos ao interessado para apresentar suas alegações e provas, bem como para recorrer, se desrespeitados, não impedem a Administração de rever o ato impugnado, se reconhecer a procedência das alegações e provas, ainda que extemporâneas, desde que não tenha ocorrido a preclusão, para a Administração, do seu poder de revisão; a preclusão dos ônus processuais tem que se harmonizar com o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como com o princípio da motivação, especialmente nos processos sancionatórios; o poder de invalidação dos atos administrativos só é alcançado pela preclusão (ou decadência), após cinco anos da data em que foi*

*proferida a decisão de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. Fora dessa hipótese, não ocorre preclusão: o interessado pode pleitear a anulação e a Administração Pública pode fazê-la a qualquer tempo; o princípio da reformatio in pejus, que impede o agravamento da sanção, tem aplicação nos processos administrativos sancionatórios, quando se trate de pedido de revisão baseado no surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada; tem aplicação nos processos administrativos o princípio da aplicação da lei posterior mais benéfica. A mudança de interpretação da lei, se prejudicial ao administrado, não retroage.”* III – O princípio da boa-fé no Direito brasileiro, do Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ, Jurista e Advogado, *Arnoldo Wald*, na inteligência de que “a noção de boa-fé se sedimentou no Direito brasileiro, com o sentido específico que teve no art. 242 do Código Civil alemão, (BGB), tanto pelo fato de ter o Código Civil brasileiro, por ocasião de sua elaboração, sofrido a sua influência como em decorrência da aplicação mais ampla que dela fizeram os tribunais germânicos, em decorrência da inflação nos anos 1920/1930. Trata-se de considerar a boa-fé como instrumento para resguardar tanto a confiança e a lealdade, entre as partes, como o próprio equilíbrio contratual inicialmente estabelecido. No fundo, a invocação da boa-fé não se destina a corrigir ou mudar o contrato, nem a nele incluir cláusulas que não previu, mas de manter o espírito e não a letra das cláusulas contratuais e o equilíbrio inicialmente existente entre as partes, que pode ensejar a atualização das prestações. A proteção da confiança não se restringe, aliás, ao âmbito dos contratos. É um princípio incidente sobre as mais diversas relações estabelecidas entre os atores sociais. É com base na confiança depositada em outrem, que, por exemplo, em certos casos, se valoriza a declaração unilateral de vontade que justifica os efeitos do mandato aparente, bem como a irretratabilidade de decisões administrativas. Embora tenha se desenvolvido e ganhado destaque no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para se supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao revés, por sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao princípio da moralidade (art. 37, da Constituição).” IV – Direitos fundamentais culturais e direitos de autor – breve nota, do Jurista e Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, *Jorge Miranda*, no ensinamento de que “sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição. Uma Constituição viva, enquanto obra de todos os seus intérpretes numa sociedade aberta, patenteia, através da forma e do conteúdo, as informações, as experiências e o saber popular acumulados. E, por isso, cabe sempre perguntar se o texto tem correspondência na cultura política de um povo e se os cidadãos se identificam com as suas partes especificamente jurídico-constitucionais. Um texto constitucional deve ser literalmente cultivado para que resulte numa Constituição. A Constituição, ordem jurídica fundamental tanto do Estado como da sociedade, deve ser compreendida como uma realização cultural. Mas para que seja possível produzir cultura, torna-se necessário receber cultura, o que implica educação. Não há liberdade de criação cultural sem liberdade de aprender, e também de ensinar (art. 43º, 1); assim como não se torna uma liberdade acessível a todos sem direito à educação (arts. 73.º e ss.). A liberdade de cultura não é apenas liberdade de

*criar. É, a um tempo, liberdade de divulgar e liberdade de fruir. E a liberdade de divulgar revela-se manifestação qualificada da liberdade de expressão. Assim como não há liberdade de pensamento sem liberdade de expressão do pensamento, não há liberdade de criação sem liberdade de divulgar aos outros o resultado da criação. A obra intelectual e a obra científica possuem uma necessária dimensão comunicativa e até comunitária. E a obra artística, por mais pessoal, subjetiva e interiorizada que seja, adquire ou pode adquirir, mais cedo ou mais tarde, um análogo sentido; ela não existe somente para a realização e a fruição do próprio autor; acabando por ser divulgada, vem a propiciar a fruição por outros. O acesso de todos os cidadãos a obras científicas, literárias e artísticas não pode fazer-se com sacrifício dos seus autores (que nelas puseram o seu esforço) e, em última análise, do seu direito ao trabalho (art. 58º). Só pode operar-se, se necessário, através dos meios específicos de efetivação dos direitos sociais.” V – Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexos a partir do caso da ACP do carvão, do Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Firenze (Itália), Professor Sérgio Cruz Arenhart, na visão analítica de que “o controle jurisdicional de políticas públicas, ainda que se possa, academicamente, questionar sob diversas óticas, é um fato inquestionável. Diversas decisões incidem sobre esse tema, o que impõe ao direito processual preocupar-se sobre o assunto e oferecer instrumentos adequados para o tratamento desse tipo de tema. E, nessa preocupação, é fácil perceber que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais quanto o processo coletivo brasileiro atual mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas. Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas. Impõe-se, por isso, pensar em um processo diferenciado, normalmente tratado sob o nome de processo estrutural. Nesses processos, objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas e o amicus curiae são fundamentais. Audiências que permitam a participação ampla da comunidade envolvida, embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo, são indispensáveis. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, em que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia. Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. O processo comum, de cunho individual, trabalha*

*sempre com a lógica de que há duas visões sobre o problema, que são necessariamente antagônicas: um quer cobrar, mas o outro não quer pagar; um quer a propriedade de bem que é contestada por outro, etc. No ambiente das políticas públicas, porém, a visão deve ser diferente. De um lado, porque os processos envolverão, sem dúvidas, várias visões e vários interesses diferentes, que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos. Por outro lado, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum. Também se exige, em processos que discutem políticas públicas, adaptações procedimentais, como visto inicialmente. Especialmente temas como os limites (e a própria estabilidade) da coisa julgada, o princípio da congruência e a rigidez da sequência procedimental exigem revisitação à luz das necessidades de ampla participação no processo. É necessário ainda aparelhar o Judiciário de modo que consiga adequadamente desempenhar sua atividade. E é fundamental mudar a mentalidade dos gestores da administração judicial, para que possam perceber a importância desse tipo de litígio e oferecendo o devido valor aos magistrados envolvidos (com sua necessária qualificação) e às próprias causas (em estatísticas e na necessidade de se dar maior tempo à solução dessas controvérsias). Trata-se aí de oferecer um conjunto de técnicas e instrumentos processuais aptos a tornar viável a intervenção, de modo responsável, judicial em políticas públicas". VI – O Direito em Santo Agostinho, do Jurista, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Professor Ronaldo Rebello de Britto Poletti, na fala-síntese de que, para Santo Agostinho, "não haverá povo se este não estiver unido por um comum direito (tal como na definição de Cícero). Não haverá Direito se não estiver fundado na justiça. Sem isso não haverá comunidade "estatal", pois o processo de criação da ordem jurídica nem sempre será justo. A qualidade de uma ordem justa somente pode ter origem na vontade de Deus. Agostinho assume a seguinte definição de povo: o conjunto de seres racionais associados em torno de um consenso da comunidade sobre os objetos amados. Seguindo o fundamento de que das cosmovisões decorrem as concepções também jurídicas, claro é que Agostinho tinha uma visão espiritual do homem, concebido como uma unidade substancial de corpo e alma, graças a uma estreita união destes dois componentes. E, quanto ao Universo, as suas ideias cosmológicas nasceram em parte de sua reação contra o dualismo materialista dos maniqueus, como também de sua resistência a algumas concepções do neoplatonismo. Agostinho opõe a essas teorias a doutrina cristã da criação."*

No acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, destacam-se importantes julgados de natureza processual, jurisprudência vocacionada à defesa dos valores fundamentais da pessoa humana, constitucionalmente protegidos na instrumentalidade, sobretudo, dos processos coletivos.

Desembargador Federal Souza Prudente  
Diretor da Revista TRF 1ª Região

## Artigos Doutrinários.....23

**A tutela jurídica dos Direitos Humanos no meio ambiente carcerário (orientação científica do Prof. Doutor Souza Prudente), 23**  
Ana Maria da Costa Porto e Clarissa Teixeira Karnikowski (orientação científica do Prof. Doutor Souza Prudente)

**Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo, 31**  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro

**O princípio da boa-fé no Direito brasileiro, 49**  
Arnoldo Wald

**Direitos fundamentais culturais e direitos de autor – breve nota, 60**  
Jorge Miranda

**Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão, 70**  
Sérgio Cruz Arenhart

**O Direito em Santo Agostinho, 80**  
Ronaldo Rebello de Britto Poletti

## Inovações Legislativas.....89

Lei 13.415, de 16/01/2017.

Decreto 8.972, de 23/01/2017.

Decreto 8.989, de 14/02/2017.

## Julgados de Questões Processuais Relevantes.....91

**Feitos relativos às taxas. Competência, 91**  
Conflito de Competência 0074716-81.2010.4.01.0000/MA  
Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

**Naturalização. Jurisdição contenciosa. Inaplicabilidade do art. 119, § 1º, da Lei 6.815/1980, 91**  
Conflito de Competência 0027012-62.2016.4.01.0000/MG  
Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Registro de imóvel incluído no domínio da União. Incompetência do juizado especial federal, 91**  
Conflito de Competência 0042084-65.2011.4.01.0000/PA  
Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Execução fiscal. Revogação da competência delegada. Distribuição ao juízo de Direito. Remessa ao juízo federal. Impossibilidade, 92**  
Conflito de Competência 0070856-96.2015.4.01.0000/MG  
Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Recusa da distribuição por dependência. Distribuição por sorteio determinada, 92**  
Conflito de Competência 0025381-83.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Ação anulatória de ato administrativo (auto de infração e imposição de multa decorrente de ilícito ambiental), 92**

Conflito de Competência 0064123-51.2014.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Associação de servidores públicos. Benefício da gratuidade da Justiça. Pessoa jurídica. Ônus de comprovar os requisitos para obtenção do benefício, 93**

Agravo de Instrumento 0048371-68.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Efeito translativo da apelação. Art. 515, § 2º, do CPC. Sentença anulada. Prosseguimento do feito. Necessidade de observância às regras de transição. STF RE 631.240. Julgamento de mérito da causa está condicionado ao preenchimento das condições da ação, 93**

Apelação Cível 0053913-18.2016.4.01.9199

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

**Desapropriação indireta. Reserva extrativista. Limites da reserva. Rejeição do pedido. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Nulidade, 94**

Apelação Cível 0034285-89.2012.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Ação civil pública. Portal da Transparência. Implantação. Fiscalização de recursos federais transferidos a entes municipais. Interesse federal. Legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal, 94**

Apelação Cível 0001701-37.2016.4.01.3826/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Execução fiscal. Multa imposta pelo Inmetro. Exercício do poder de polícia. Valor irrisório. Impossibilidade. STJ. Recurso repetitivo, 95**

Apelação Cível 0005705-81.2009.4.01.3400/BA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

**Jurisprudência Diferenciada — Julgados em Defesa da Vida.....97**

**Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Gratificação de Desempenho de Atividade Diplomática – GDAD. Discussão de índole infraconstitucional. Violação reflexa à Constituição, 97**

INAC 0032579-50.2002.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Medida cautelar criminal. Ordem econômica fundada na livre iniciativa e na propriedade privada. Intervenção judicial na administração de sociedade empresária. Nomeação de gestor vinculado à Receita Federal. Ilegalidade e desproporcionalidade do ato, 97**

Mandado de Segurança Criminal 0043109-74.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Cargo público. Exigência de especialização por edital. Ausência de previsão expressa em lei, 98**

Ação Rescisória 0030094-09.2013.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Indenização por danos morais. Divergência em relação aos valores, 99**

Numeração única: 0000231-78.2004.4.01.3700

Embargos Infringentes 2004.37.00.000235-9/MA  
Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

**Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Alta médica indevida. Falecimento de criança, 99**

Embargos Infringentes 0001445-02.1998.4.01.3802/MG  
Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

**Médico perito do INSS. Alteração da jornada de trabalho. Discricionariedade da Administração, 100**

Numeração única: 0024559-87.2009.4.01.3800  
Apelação Cível 2009.38.00.025264-0/MG  
Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Servidor público. Aposentadoria. Tempo de estudos no exterior. Não aproveitamento. Reversão. Proventos integrais para proventos proporcionais. Direito revisional da Administração Pública, 101**

Numeração única: 0020862-02.2006.4.01.3400  
Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.021104-5/DF  
Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Benefício de pensão especial. Portador de hanseníase. Filho. Particularidades que determinam a concessão do benefício, 101**

Apelação Cível 0000381-29.2014.4.01.3823/MG  
Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Servidor público. Adicional de localidades estratégicas. Regulamentação inexistente. Impossibilidade de implementação pelo Poder Judiciário, 102**

Apelação/Reexame Necessário 0001621-52.2015.4.01.4200/RR  
Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Pensão por morte. Dependência econômica. Ausência de comprovação, 103**

Numeração única: 0014865-67.2008.4.01.3400  
Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.014931-8/DF  
Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Introdução clandestina de estrangeiro no País, 103**

Numeração única: 0003961-85.2009.4.01.4100  
Apelação Criminal 2009.41.00.003964-9/RO  
Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Fiança. Quebra. Cometimento de crime doloso posterior ao benefício de liberdade provisória, 104**

Embargos de Declaração em Recurso em Sentido Estrito 0036904-75.2015.4.01.3800/MG  
Relator: Juiz Federal Márcio Sá Araújo (convocado)

**Descaminho. Preliminar de nulidade da sentença. Absolvição mantida. Fundamento diverso. Princípio da insignificância, 105**

Apelação Criminal 0010459-12.2008.4.01.3300/BA  
Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

**Corrupção. Associação criminosa. Fraude a licitação. Direcionamento de contratos na área de limpeza e saneamento urbanos. Participação de servidores públicos, 105**

*Habeas Corpus* 0022049-11.2016.4.01.0000/MG  
Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Oferecimento de vantagem a servidor do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Denúncia sem o elemento informativo mínimo. Configuração de coação ilegal. Trancamento da ação penal, 106**

*Habeas Corpus* 0060233-36.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Improbidade administrativa. Irregularidades na aplicação e gestão de recursos federais destinados a programas e ações de saúde, 106**

Numeração única: 0005566-82.2008.4.01.4300

Apelação Cível 2008.43.00.005566-8/TO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Materialidade, autoria e dolo comprovados, 107**

Apelação Criminal 0056020-72.2012.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)

**Improbidade administrativa. Deputado federal. Desnecessidade de ingresso da Câmara Federal ou de sua mesa diretora na lide, 108**

Agravo de Instrumento 0044277-77.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Execução penal. Transferência de presos para presídio federal. Extrema urgência. Instrução *a posteriori*. Detentos assistidos pela DPU, 108**

Agravo em Execução Penal 0002264-24.2012.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Direitos indígenas. Omissão do Poder Público. Exploração das riquezas por não índios e fornecimento de bebidas alcoólicas aos índios. Intervenção do Poder Judiciário. Legitimidade, 109**

Numeração única: 0004529-95.2003.4.01.3200

Apelação Cível 2003.32.00.004528-5/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Execução acórdão TCU. Fraude contra credores. Ação pauliana. Ausência de prova de *consilium fraudis*, 109**

Numeração única: 0000125-46.2009.4.01.3311

Apelação/Reexame Necessário 2009.33.11.000125-4/BA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ação de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização. Contrato de arrendamento de área pública em aeroporto. Revenda de combustíveis, 110**

Apelação Cível 0003290-53.2008.4.01.3500/GO

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel (convocado)

**Responsabilidade civil. Prestação de serviços educacionais. Irregularidades em estabelecimento de ensino de saúde, 110**

Apelação Cível 0005523-89.2004.4.01.3200/AM

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**FGTS. Execução fiscal. Prazo prescricional. Supremo Tribunal Federal. Alteração de entendimento. Modulação dos efeitos da decisão, 111**

Apelação Cível 0002767-11.2013.4.01.3809/MG

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Anulação de auto de infração. Concessão do serviço público de energia elétrica. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Comprovação de falhas operacionais. Legalidade do ato administrativo, 112**

Numeração única: 0017911-98.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.018010-2/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Concurso público. Requisito de escolaridade. Exigência de diploma de graduação na área de conhecimento. Candidato pós-graduado *stricto sensu* na área concorrida. Habilitação profissional comprovada, 112**

Reexame Necessário no Mandado de Segurança 0039519-09.2013.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Exame médico. Amputação da falange distal (polegar) esquerda. Ausência de déficit funcional importante. Capacidade para exercício da atividade policial. Princípio da razoabilidade, 112**

Reexame Necessário 0082767-61.2013.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Processo seletivo. Ingresso no serviço militar temporário. Limite máximo etário. Ausência de previsão legal. Dedução de tempo de serviço em serviço público civil. Abusividade. Afronta aos princípios da isonomia e da razoabilidade, 113**

Apelação Cível 0002539-47.2015.4.01.3815/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Reintegração de posse. Comunidade quilombola. Indicativo de edificação na área em litígio. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, 113**

Agravo de Instrumento 0071391-25.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Rede Ferroviária Federal – RFFSA. Contrato de concessão de transporte ferroviário. Débitos trabalhistas referentes a período anterior à assinatura do contrato. Assunção pela União, 114**

Apelação Cível 0037067-67.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Execução trabalhista pretérita. Erro de magistrado. Mandado de prisão contra pessoa diversa do fiel depositário. Inexistência de dolo ou fraude na conduta do juiz. Descabimento de dano moral e de responsabilidade civil da União, 115**

Apelação Cível 0005258-78.2005.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Execução de título extrajudicial. Ordem dos Advogados do Brasil. Cobrança judicial de anuidades, 115**

Apelação Cível 0004194-54.2014.4.01.3503/GO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda pessoa jurídica. Multa de ofício. Redução. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, 116**

Apelação/Reexame Necessário 0003203-82.2013.4.01.3901/PA

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Imposto de Importação. Redução de alíquota. Acordo de Complementação Econômica 39, 116**

Apelação Cível 0000019-92.2011.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Imposto de Renda. Retenção sobre pagamentos feitos por sociedade de economia mista. Redução de percentual, 117**

Apelação Cível 0020333-60.2004.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário (convocado)

**Contribuição de intervenção no domínio econômico: Senac, Sesc e Sebrae. Associação civil sem fins lucrativos. Exigibilidade das contribuições, 118**

Apelação em Mandado de Segurança 0008281-79.2007.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Exclusão de contribuinte do Paes. Violação ao contraditório e ampla defesa. Inexistência, 118**

Numeração única: 0033336-05.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.034271-7/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Débitos previdenciários. Repactuação de parcelamento. Suspensão temporária. Situação de emergência ou estado de calamidade pública. Aplicabilidade apenas aos parcelamentos firmados com base na Lei 11.196/2005, 118**

Apelação/Reexame Necessário 0009723-40.2012.4.01.3304/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Cofins e PIS. Dedução de despesas relacionadas à prestação de serviço. Restrição. Ilegalidade, 119**

Numeração única: 0036270-96.2007.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.036423-0/DF

Relator: Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário (convocado)

**Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....121**

**Extração de quartzito. Explorar matéria prima pertencente à União sem autorização legal. Dano à unidade de conservação (art. 40 da Lei 9.605/1998), 121**

Apelação Criminal 0001069-58.2008.4.01.3804/MG

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

**Crime de dano à unidade de conservação. Art. 40 da Lei 9.605/1998. Regularização fundiária. Condenação. Agravante do art. 15, II, alínea I, da Lei 9.605/1998. *Bis in idem*, 121**

Numeração única: 0002817-96.2006.4.01.3804

Apelação Criminal 2006.38.04.002817-5/MG

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)

**Ibama. Auto de infração. Anulação. Destruição de vegetação nativa sem licença da autoridade ambiental competente. Multa. Redução. Arbitramento em conformidade com a legislação ambiental. Conversão em prestação de serviços. Impossibilidade. Unidade de conservação, 122**

Apelação Cível 0002741-67.2014.4.01.4200/RR

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Ação civil pública. Indenização por dano material e dano moral coletivo. Fraude ao Sistema de Documento de Origem Florestal (DOF) do Ibama. Inserção de créditos fictícios na base de dados. Operação Ouro Verde II. Ônus da prova. Fato constitutivo do direito. Dúvida milita contra o autor. Dano ambiental material não comprovado. Ausência do dever de recomposição da área degradada. Arbitramento do dano moral coletivo. Quantia adequada e proporcional ao dano, 123**

Numeração única: 0011762-07.2008.4.01.3900

Apelação Cível 2008.39.00.011795-0/PA

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Ibama. Criação de pássaros em cativeiro. Falta de cadastramento. Infração ambiental. Lei 9.605/1998. Multa. Legalidade da autuação, 123**

Numeração única: 0020368-33.2008.4.01.3800

Apelação Cível 2008.38.00.020824-1/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ibama. Auto de infração. Multa. Legitimidade de agente de defesa florestal para lavrar auto de infração. Queimada de mata nativa sem autorização. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva, 124**

Numeração única: 0000451-69.2006.4.01.4100

Apelação Cível 2006.41.00.000453-0/RO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

## Decisões Monocráticas.....127

**Terras indígenas. Reassentamento em área litigiosa. Direito à indenização por benfeitorias, 127**

Apelação Cível 0001877-75.2013.4.01.3905/PA

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

**Pedido para participar da cerimônia de posse ao cargo de vereador. Eleição legítima, 128**

Mandado de Segurança Criminal 0073281-62.2016.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Marcelo Rebello Pinheiro (convocado)

**Empresas de segurança privada. Cancelamento das atividades. Limites da legalidade do ato, 129**

Agravo de Instrumento 0052867-43.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Repasse dos Certificados do Tesouro Nacional Série E – CFT-Es, referentes a encargos educacionais, 132**

Agravo de Instrumento 0032359-76.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Companhias de aviação. Direito das pessoas idosas e portadoras de necessidades especiais hipossuficientes ao acesso ao sistema de passe livre no transporte aéreo interestadual, 136**

Agravo de Instrumento 0059726-75.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Reclassificação das autoras-apelantes, com exclusão da zona secundária e rebaixamento para zona limítrofe, com redução substancial dos royalties do petróleo. Pedido de reconsideração, 138**

Numeração única: 0039805-33.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.040035-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Samarco Mineração S/A. Inversão do ônus da prova. Perícia. Verificação do estancamento do vazamento de rejeitos na barragem rompida e da eficácia das medidas tomadas. Verificação da possibilidade e viabilidade da retirada dos rejeitos depositados nas margens do Rio Doce, seus afluentes e adjacências, 141**

Agravo de Instrumento 0071550-31.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Garantia da operação da AES Tietê com as outorgas já concedidas e a suspensão da aplicação e exigibilidade de quaisquer outras penalidades eventualmente aplicadas pela Agência Nacional de Águas – ANA, 144**

Agravo de Instrumento 0001885-88.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Anulação da licitação deflagrada pela Petrobras para a subcontratação do afretamento e da operação de um navio-plataforma para a exploração do Campo de Libra, 148**

Agravo de Instrumento 0000268-93.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Rescisão de contrato de prestação de serviços advocatícios. Conab. Revogação unilateral. Contrato administrativo com base no interesse público, 153**

Agravo de Instrumento 0003398-91.2017.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa – Abragel. Exclusão do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, 156**

Agravo de Instrumento 0002662-10.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Competência legislativa quanto à matéria relativa às telecomunicações. CPI instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba para tratar de tema que diz respeito à competência federal, 158**

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0052075-89.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Geap Autogestão em Saúde. Reajuste incidente sobre contribuição individual, 162**

Agravo de Instrumento 0069445-81.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

**Regularidade dos bens amparados por declaração de importação, 167**

Agravo de Instrumento 0036984-56.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Leandro Saon da Conceição Bianco (convocado)

**Nomeação para o cargo de ministro de Estado chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, 170**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0006068-05.2017.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Município de Tutóia/MA. Bloqueio de recursos referentes ao programa de “repatriação” do Governo Federal, 174**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0073856-70.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Repasso de FPM sem a exclusão dos valores relativos a benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pela União, 175**

Suspensão de Execução de Sentença 0063420-52.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Companhia aérea. Obrigação de conceder passe livre no serviço de navegação aérea para os voos que chegam e partem de Santarém/PA. Alegação de prejuízo ao mercado consumidor diante do repasse de custos, 179**

Suspensão de Execução de Sentença 0063707-15.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Regularidade dos contratos de Concessão Florestal 3/2014 e 4/2015, celebrados para fins de manejo da Floresta Nacional do Crepori, no Estado do Pará, 182**

Agravo de Instrumento 0045734-47.2016.4.01.0000/PA  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

## JEFs em Revista.....187

### **Interpretação do disposto no art. 5º da Lei 10.259/2001. Norma de caráter processual, 187**

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0001158-61.2013.4.01.9380/MG

Relator: Juiz Federal Lucas Rosendo Máximo de Araújo

### **Policial rodoviário federal. Progressão e promoção funcional. Marco inicial. Data única. Atos normativos. Afronta ao princípio da isonomia, 187**

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0067134-10.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Moisés da Silva Maia

### **Pedido de aposentadoria por tempo de contribuição. Contradição entre o tempo de contribuição reconhecido na fundamentação e o benefício concedido na conclusão do julgado. Embargos acolhidos com atribuição de efeitos infringentes, 187**

Numeração única: 0062089-98.2008.4.01.3400

Embargos de Declaração contra Julgamento Colegiado (Cível) 2008.34.00.921310-8/TO

Relator: Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal

### **Juros moratórios e correção monetária impugnados em fase de cumprimento de sentença. Possibilidade de alteração da forma de atualização do débito em qualquer tempo e grau de jurisdição. Matéria de ordem pública, 188**

Numeração única: 0000158-44.2016.4.01.9340

Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2016.34.00.044021-1/TO

Relator: Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal

### **Deferimento de tutela de urgência para implantação de pensão à filha menor do instituidor. Natureza alimentar do benefício, 189**

Numeração única: 0000477-80.2014.4.01.9340

Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2014.34.00.032145-5/TO

Relator: Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal

## Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....191

## Instruções Editoriais.....193



# A tutela jurídica dos Direitos Humanos no meio ambiente carcerário\*

Ana Maria da Costa Porto\*\* e Clarissa Teixeira Karnikowski\*\*\*

## Resumo

O presente artigo traz uma análise das condições de vida da população carcerária consolidada nos ideais de direitos humanos e sua vinculação com o direito de “todos” a um meio ambiente equilibrado, essencial para a sadia qualidade de vida. Parte-se da premissa que o ambiente equilibrado também alcança a população carcerária, sendo dever do Estado observá-lo e garanti-lo nos presídios, buscando um ambiente salubre e ressocializador para os condenados. Desse modo, mostra-se relevante o estudo acerca de melhorias nos estabelecimentos prisionais, fundamentando-se na defesa do direito a um meio ambiente propício para a sadia qualidade de vida das pessoas privadas de sua liberdade, destacando-se a interação com os direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Meio ambiente. População carcerária.

## 1 Introdução

A aquisição de direitos pelos homens nem sempre foi resultado de um processo legislativo. Houve época em que essas conquistas eram cunhadas por lutas e batalhas, fazendo com que a sociedade fosse submetida às mais diversas mutações, tanto no âmbito social e jurídico, quanto no meio filosófico e religioso.

Nos primórdios, a espécie humana não se preocupava em estabelecer direitos voltados à proteção do homem, contudo, definiam regras coletivas que tinham por objetivo disciplinar sua tribo.

Com o decorrer do tempo, entretanto, as tribos foram se transformando em comunidades e passaram

a criar normas que reconheçam o ser humano. Mais tarde, já na modernidade, os homens terminaram conquistando os direitos que hoje são conhecidos como direitos humanos.

Não obstante o empenho do homem na tentativa de se reconhecer os direitos oriundos de sua natureza e sua essência humana — os direitos humanos —, é fato que a sociedade ainda tem muito a trilhar.

Atualmente, ainda é possível encontrar condutas inaceitáveis de desrespeito e agressão à natureza humana que precisam ser abominadas. Exemplo dessas práticas são a tortura, a violência, a submissão do ser humano a condições subumanas. E tais ofensas aos seres humanos são cotidianamente realizadas contra uma população específica, a população carcerária.

Com efeito, a submissão desses seres humanos a um ambiente insalubre, prejudicial à saúde física e mental, e, portanto, impossibilitando-os de serem restituídos à sociedade, como indivíduos ressocializados, caracteriza violação aos direitos fundamentais do homem, aos direitos humanos propriamente ditos.

Impende salientar que essa violação aos direitos humanos dos condenados é problema sim do Estado brasileiro, e é ele quem precisa resolver, bem como deverá se responsabilizar por eventuais mortes, danos físicos ou morais causados aos detentos, vez que, se a ressocialização do condenado constitui o objetivo da pena e da execução penal, faz-se necessária a não submissão dos condenados a um ambiente desumano e degradante.

Dessa forma, o presente artigo pretende chamar a atenção para a melhoria das instalações prisionais, apoiando-se na defesa do direito humano a um meio ambiente equilibrado e essencial à qualidade de vida. Assim sendo, algumas inquietações vêm à tona, no sentido de saber se a sentença privativa de liberdade tem condição de afastar da população carcerária o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado. De igual modo, se o ambiente vivido pelo preso tem sido sadio ao cumprimento da pena com qualidade, e mais ainda, se se poderia falar de um meio ambiente carcerário.

\* Pesquisa jurídica realizada sob a orientação científica do Prof. Dr. Souza Prudente.

\*\* Advogada. Especialista em Direito Administrativo e Processo Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Professora na graduação da Universidade Católica de Brasília e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

\*\*\* Advogada. Especialista em Direito Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e em Didática do Ensino Superior Jurídico, pela Universidade Católica de Brasília. Professora na graduação da Universidade Católica de Brasília e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Nesse contexto, considerando a natureza humana do condenado, e para atingir o objetivo do presente estudo, será tratado em um primeiro momento da evolução dos direitos humanos. Na sequência, a pesquisa abordará a vinculação do meio ambiente com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, definindo em seguida o meio ambiente, bem como apresentando sua classificação.

Por fim, será demonstrado o direito do preso consolidado nos ideais de direitos humanos e de um meio ambiente equilibrado.

## 2 A evolução dos Direitos Humanos

Desde a sua origem, os direitos humanos buscaram concentrar-se no respeito do homem pelo homem, almejando, nos dizeres de Aragão (2001, p. 1), “aperfeiçoar a sua própria humanidade”. Referidos direitos são, de fato, oriundos de luta e ação social, visando à dignidade humana, eis que “a dignidade humana é o fundamento para os direitos humanos.” (PIOVESAN, 2008, pp. 110 - 111).

Com efeito, os direitos humanos não se tratam apenas de um movimento social que busca a adesão de novas garantias, mas também a defesa das garantias já consolidadas. Sua conquista foi impregnada, em alguns casos, por confrontos violentos, envolvendo, de um lado, o homem oprimido, e de outro, o soberano, detentor do poder. Nesse contexto, insta recordar que teve como característica marcante o anseio pela igualdade, liberdade e dignidade do indivíduo.

A história revela que a primeira revolução para a consagração dos direitos humanos foi a Magna Carta, conhecida como a Magna Carta *Libertatum*, de 1215. Trata-se do primeiro documento onde se declarou direitos aos homens, proibindo-os de privações de direitos, tais como vida, liberdade e propriedade, sem um julgamento legal feito pelos seus pares. Para Aragão (2001, p. 29), “a Magna Carta *Libertatum* foi a precursora do Direito Constitucional como também o marco inicial dos Direitos Humanos”.

Além do citado documento, vieram outros que concorreram para a consolidação de novos direitos aos homens, a saber: o *Writ of Habeas Corpus*, que buscou assegurar a liberdade do homem face a sua privação ilegal; a “Petição de Direitos”, em 1629, que corroborou as liberdades trazidas na Magna Carta; e a “Lei de *Habeas Corpus*”, que tutelou o direito do ser humano de ir e vir.

Importante, ainda, destacar, a Declaração de Direitos de 1689, a chamada “Bill of Rights”, que para Aragão (2001, p. 32), “estabeleceu direitos que tutelaram a liberdade pessoal, a segurança pessoal e a propriedade privada”.

Não obstante a relevância desses documentos para a evolução dos direitos humanos, é fato que os movimentos mais significativos para a consagração de tais direitos foram a Revolução Norte Americana e a Revolução Francesa.

É possível constatar a colaboração da Revolução Norte Americana para os direitos humanos no art. 1º da Declaração da Virgínia de 1776, com a seguinte redação:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. (WIKIPÉDIA, 2014).

Para Comparato (2007, p. 50), o art. 1º da Declaração da Virgínia de 1776 retrata o nascimento dos direitos humanos na história,

[...] pois é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza humana, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos [...].

A Revolução Francesa teve sua parcela de contribuição para a consagração dos direitos humanos, vez que trouxe ao mundo os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Sem olvidar, referidos ideais constituem a essência dos direitos humanos.

Com a evolução humana, surgiram novas regras, inclusive voltadas à tutela do indivíduo. O homem passou a exigir direitos que garantissem sua liberdade e o respeito a sua condição humana; em outras palavras, buscava-se o reconhecimento de direitos humanos.

Nesse ínterim, vieram as Constituições, com a inclusão de direitos que passaram a integrar o texto constitucional. A propósito, explica Aragão (2001, p. 58) que

[...] os direitos individuais tornaram-se criações e concessões do Estado através de sua Constituição, que, por sua vez, representa a garantia das liberdades inatas do indivíduo [...].

A Constituição Federal de 1988 cita em seu art. 5º os direitos e garantias individuais do homem. Inicialmente, aborda a igualdade dos homens perante a lei. Fala também da tutela do direito à vida, à liberdade e à igualdade dos brasileiros, bem como dos estrangeiros residentes no Brasil. E não faz nenhuma distinção quanto à cor, raça, credo e nacionalidade para proteção dos citados direitos.

Ainda no referido artigo, em seu inciso III, a Constituição Federal abomina a prática de tortura e de tratamento desumano ou degradante, já que a dignidade do homem, em nosso ordenamento, é fundamento da República.

No que se refere a legislação infraconstitucional, tem-se a Lei 7.210 de 1984, denominada Lei de Execução Penal – LEP. Nela, é possível extrair algumas disposições garantidoras de direitos relativas à personalidade humana, sobretudo inerente à população carcerária.

É de se registrar que a referida lei assegura aos condenados o exercício de vários direitos, principalmente aqueles tidos como direitos inerentes à condição humana, melhor dizendo, direitos humanos, tais como a não submissão à tortura, a tratamento desumano ou degradante, a individualização da pena, tanto na fixação quanto na execução e também ao ambiente saudável.

A LEP também prevê, como objetivo da execução penal, a integração social e harmônica do condenado, impondo ao Estado, no seu art. 10, o dever de propiciar ao condenado “assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa”. Importante destacar que essa assistência material se refere à alimentação, vestuário e instalações higiênicas, visando a atender os presos em suas necessidades pessoais.

Vale ressaltar que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 10 de dezembro de 1948, estabelece garantias fundamentais à pessoa humana, inclusive, trata do princípio da igualdade entre os homens, além da liberdade, paz e justiça. Sendo assim, os estabelecimentos prisionais devem assegurar à população carcerária condições garantidoras de respeito à dignidade, bem como de todos os demais direitos fundamentais.

Insta destacar ainda, acerca da citada declaração, que seu art. 3º assegura o direito de todos à vida, à liberdade e à segurança pessoal. E o art. 5º afirma que ninguém será submetido a tratamento degradante.

O fato é que os estabelecimentos prisionais estão, em sua maioria, superlotados, de modo que não tem sido garantida a segurança pessoal dos que lá vivem, além de frequente surgimento de problemas de saúde, brigas e mortes dentro desses locais.

Com efeito, a questão da superlotação carcerária é um fator de risco tanto para os presos quanto para os funcionários responsáveis pela vigilância e limpeza; são os últimos os encarregados de proporcionar um ambiente salubre para o devido cumprimento da pena.

### 3 A vinculação do meio ambiente com os Direitos Fundamentais e com os Direitos Humanos

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

A par desse dispositivo constitucional, a doutrina pátria é uníssona em declarar que o direito ao bem tutelado é, pois, um direito fundamental.

O texto constitucional traz nos artigos 5º e 6º, respectivamente, os direitos fundamentais individuais e sociais. Entretanto, os direitos fundamentais não se restringem a estes artigos, já que o § 2º do art. 5º dispõe que

[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...].

Dessa forma, mais uma vez é possível concluir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tutelado no art. 225 da Constituição Federal de 1988, embora não esteja inserido no rol trazido pelo art. 5º, trata-se de um direito fundamental.

Não é outro o entendimento de Machado (2012, p. 148), quando diz que o direito ao meio ambiente equilibrado:

[...] é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se

esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para uma coletividade indeterminada.

Beltrão reforça esse pensamento ao dizer que

[...] o direito ao meio ambiente insere-se nessa categoria, consistindo em um direito *transindividual*, ou *metaindividual*, de natureza *difusa* e titularidade *indeterminada* [...]. (BELTRÃO, 2014, p. 2)

E melhor definição não poderia dar o Código de Defesa do Consumidor — Lei 8.078/1990 —, em seu art. 81, parágrafo único, ao abordar os direitos difusos, dentre outros. O inciso I da citada lei menciona que os direitos difusos são os transindividuais, vez que ultrapassam a esfera comum do indivíduo para amparar uma coletividade; indivisíveis, sendo sua titularidade não pertencente com exclusividade a alguém ou a um grupo específico, mas a todos, sem exceção; e indeterminados.

A jurisprudência nacional, a seu turno, também entende nesse sentido. O então ministro relator Machado (2012, pp. 150-151), na fundamentação de seu voto em MS 22264-0, conceituou o direito ao meio ambiente:

[...] como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

Na verdade, o direito foi evoluindo para tratar de questões, segundo Beltrão (2014, p. 2),

[...] que não mais se enquadravam em uma perspectiva meramente individualista; foram cunhados os direitos de terceira geração, identificadores de uma titularidade coletiva [...].

Alcançada essa compreensão de que o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, inerente ao gênero humano, resta impossível individualizá-lo face a sua natureza difusa, cuidando-se de um direito contido nos direitos humanos.

É sabido que os direitos humanos passaram por um longo período evolutivo até se consagrarem e se consolidarem. E a partir das Constituições modernas, referidos direitos, até então consagrados, foram inclusos nessas Constituições. Essas inserções, além de positivarem os direitos humanos, serviram de fundamentos usados pela doutrina para distinguir,

e não desagregar os direitos humanos dos direitos fundamentais.

Desse modo, entende-se que os direitos fundamentais são os direitos humanos que determinado Estado, em função de sua história, lutas e anseios, positivaram em seu ordenamento jurídico. Assim, resta nítida a idealização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado como um direito do homem, mais do que isso, um direito humano positivado pela própria Constituição Federal de 1988.

#### 4 Meio ambiente: definição e classificação

A expressão meio ambiente é manifestamente redundante. Segundo Beltrão (2014, p. 5), “Meio” e “ambiente são sinônimos, designam o âmbito que nos cerca, o nosso contorno, onde estamos inseridos e vivemos”.

Para Boff (2014, p. 11):

Meio Ambiente, em primeiro lugar, não é algo que está fora de nós e que não nos diz respeito diretamente. Pertencemos ao meio ambiente, pois nos alimentamos com produtos da natureza. Estamos dentro do meio ambiente e formamos, com os demais seres da comunidade terrenal, o ambiente inteiro.

Buscando uma definição legal sobre o meio ambiente, encontra-se a Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente — Lei 6.938/1981 —, que em seu artigo 3º, I

[...] entende por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas [...].

Para Priour (2001, p. 1 *apud* BELTRÃO, 2012, p. 6) é, pois, o “conjunto de fatores que influenciam o meio em que o homem vive”. Logo, percebe-se que o direito brasileiro destacou como elemento característico do meio ambiente a vida em geral; e, nesse contexto, não apenas a humana, e sim a de todas as espécies, animais e vegetais.

Nesse sentido, o direito à vida é um direito supremo do ser humano, melhor dizendo, é um dos direitos mais caros da existência humana, e sua preservação possui um caráter universal, já que não se limita apenas ao indivíduo, mas estende-se ao povo como exigência para a sua sobrevivência.

No tocante à classificação de meio ambiente, ela é feita a partir de quatro aspectos: o meio ambiente

natural ou físico, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho. O meio ambiente natural (físico), na visão de Beltrão (2012, p. 6)

[...] constitui-se pelo ar, atmosfera, água, solo, subsolo, fauna, flora e biodiversidade. Corresponde, portanto, aos elementos naturais que são tradicionalmente associados ao meio ambiente [...].

Já o meio ambiente artificial é o meio projetado e construído pelo homem. Para Fiorillo (2014, p. 63)

[...] é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

O meio ambiente cultural consiste no meio composto pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico. E o meio ambiente do trabalho, assim classificado, pelo fato de o trabalhador, pessoa humana, dotada do direito a um ambiente equilibrado, passar considerável parte de sua vida exercendo seus sentidos e funções vitais, ou seja, se alimentando, respirando, ouvindo etc., tudo isso em seu local de trabalho.

Dentro de uma perspectiva de um meio ambiente mais humano, importante ressaltar a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (1972), realizada na cidade de Estocolmo, que proclama:

1. O homem é criatura e criador de seu ambiente, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente [...];

2. A proteção e a melhoria do ambiente humano é uma questão principal que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico de todo o mundo; um desejo urgente dos povos do mundo inteiro e dever de todos os governos.

Há de se destacar também a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que dispõe em seu Princípio 1:

[...] os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza [...].

Por fim, a Constituição Brasileira de 1988, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, faz com que todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, bem

como as normas ambientais, sejam todos interpretados em harmonia com tal preceito. Com efeito, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é o meio para assegurar a vida humana com qualidade, consistindo em um direito fundamental.

## 5 O direito do preso consolidado nos ideais de Direitos Humanos e de um meio ambiente equilibrado

Afirma a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, que

[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988)

A igualdade assegurada na Constituição deve ser entendida como uma igualdade estabelecida sem requisitos ou características a serem preenchidas, eis que a expressão “sem distinção de qualquer natureza” garante essa afirmação.

No âmbito internacional, a Declaração dos Direitos Humanos traz essa igualdade em seus arts. 1º e 2º:

Artigo 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Retomando ao texto constitucional, vale destacar que o art. 5º prevê que os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos brasileiros não devem ser violados; entretanto, há casos específicos que acabam por limitá-los, estabelecidos pela própria norma ou declarados por decisão judicial. É o caso do indivíduo submetido à pena restritiva de liberdade, situação

que limita o exercício do direito fundamental de locomoção, de ir e vir do cidadão.

Tomando por base este exemplo, nota-se que embora privado de alguns direitos fundamentais, tais como a liberdade e os direitos políticos, o preso, ou de forma mais ampla, a população carcerária “não estão impedidos de exercerem ou terem respeitados os demais direitos e garantias não alcançados pela sentença ou abrangidos pela lei” (BRASIL, 1984).

Nesse contexto, importa lembrar que o condenado, antes mesmo de ser destinatário da pena privativa de liberdade transitada em julgado, é, também, um ser humano, e como tal, lhe é dado o direito à vida, vida com dignidade. E sendo assim, a lei, de forma imperativa e impositiva, pode até retirar dos condenados direitos duramente conquistados, ainda que temporariamente; todavia, o ordenamento pátrio não detém o poder de descaracterizar a natureza do homem.

Ademais, ao Estado incumbe o dever constitucional e legal de preservar a integridade física, moral e psíquica dos condenados, não obstante o *ius puniendi* estatal. Nesse sentido, o art. 40 da Lei de Execução Penal impõe ao Estado “o respeito à integridade física e moral dos condenados e, também, dos presos provisórios”.

Necessário enfatizar que ao se abordar o direito à vida, deve-se ter em mente a sua relação com o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, afinal, o direito à vida envolve a paz e também o ambiente sadio e agradável.

Nesse sentido, é de se refletir sobre o ambiente no qual a população carcerária está submetida, e mais do que isso, saber se a sentença privativa de liberdade teria a capacidade de refutar da população carcerária o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado.

Muitas são as indagações que pairam a esse respeito, de se saber se o ambiente vivido pelos presos é, de fato, um ambiente sadio, equilibrado e essencial para o cumprimento da pena com qualidade. Na verdade, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 é preciso ao estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. (BRASIL, 1988).

Isto posto, é de se analisar a dimensão da palavra “todos” inserida no citado artigo. E sendo assim, tal vocábulo quer se referir a todos os brasileiros, cidadãos

ou não, bem como aos estrangeiros residentes no Brasil, conforme preconiza o art. 5º, *caput* da Carta Magna.

Desse modo, é possível constatar que a sentença não tira do condenado o direito ao meio ambiente equilibrado e, como tal, essencial à qualidade de vida. Aliás, nem a lei tem esse poder, uma vez que a condição de destinatário do direito ao ambiente equilibrado foi conferida pela própria Constituição.

É bastante significativa a Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, quando estabelece que

[...] o objetivo da execução penal é tornar efetivas as disposições da sentença ou decisão criminal, proporcionando condições para uma interação social do condenado de forma harmônica [...]. (BRASIL, 1984)

E no seu art. 10 assegura:

[...] a assistência ao preso como um dever do Estado que, visando à prevenção do crime e a orientação do retorno do condenado à vida em sociedade, prestará assistência material, à saúde, educacional e a outras assistências, ao condenado. (BRASIL, 1984)

Não obstante esses objetivos estarem bem definidos nos dispositivos da referida lei, o fato é que estão muito longe de serem alcançados, pois o sistema prisional brasileiro é extremamente falho, sem contar os locais onde os condenados cumprem suas penas, que são precários e não apresentam a menor possibilidade de ressocialização do detento.

É cediço que as prisões brasileiras submetem os presos a condições sub-humanas, assemelhando-se a depósitos de pessoas, haja vista a superlotação, estrutura inadequada, péssimas instalações, falta de higiene e saneamento, falta de serviço de saúde, dentre outros problemas, e assim sendo, torna dificultosa a reinserção dos apenados, conforme prevê a Lei de Execução Penal. Ademais, o ambiente prisional é muito cruel e degradante e, juntamente com a ausência do Estado, termina ocasionando situações de rebelião e acréscimo da atuação do crime organizado.

Com efeito, a proteção do meio ambiente engloba as instalações penitenciárias e a sadia qualidade de vida é ampliada aos presos no ambiente carcerário. Os danos à saúde e a estada em condições promíscuas nas celas são verdadeiras infrações ao direito ao ambiente carcerário sadio. É sabido que o cumprimento da pena de reclusão abrange direito à dignidade, à segurança e

à integridade física do ser humano, que obviamente só poderão ser executados no ambiente carcerário sadio.

Sendo assim, a questão do ambiente carcerário brasileiro é bastante crítica e representa o descaso por parte da sociedade e da segurança pública para com os detentos e para com os egressos do sistema penitenciário, onde o ambiente no qual estão submetidos é de total degradação, quer seja das condições de infraestrutura, como da própria dignidade humana. Não restam dúvidas de que esse ambiente carcerário não é adequado às finalidades da execução penal, tampouco esse ambiente é essencial à sadia qualidade de vida.

Deste modo, é de se indagar se é possível falar na existência de um meio ambiente carcerário. Para Bazan (2005, pp. 359-365):

[...] o meio ambiente carcerário é o conjunto de edificações físicas de natureza comum do Estado no exercício finalista do *jus puniendi*, em que sujeitos de direitos reclusos exercem o direito ao ambiente sadio, simultaneamente, sem que a ocupação do espaço em que cumpram a restrição da liberdade reverta em riscos à vida, à saúde, à segurança e à dignidade da pessoa humana.

Deveras, o meio ambiente nos estabelecimentos prisionais é expressão proveniente do meio ambiente artificial, e deve ser, pois, consagrado e tutelado, firmando-se em alguns alicerces. O primeiro baseia-se na natureza humana do destinatário desse direito. E como ser humano, o preso está protegido por vários dispositivos legais, a saber: o art. 5º da Carta Magna de 1988; a Lei de Execução Penal; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais asseguram que os presos são pessoas, ao nascerem livres e iguais em dignidade e direitos.

O segundo alicerce consiste na impossibilidade de se delimitar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado por parte da sentença penal condenatória, já que os efeitos restritivos dessa sentença, com trânsito em julgado, não atingem o condenado, autorizando o livre exercício desse direito fundamental.

Por outro lado, cabe também ao Poder Público, conforme dispõe o já art. 225 da Constituição de 1988, garantir, também na prisão, o direito ao meio ambiente equilibrado, sadio, favorável à ressocialização e ao cumprimento da pena, propiciando ao condenado um retorno à sociedade.

De fato, o fundamento para tutelar e, mais do que isso, classificar o meio ambiente artificial carcerário

parte do pressuposto que o condenado, destinatário dessa classificação, possui como essência a natureza humana, e vive parte de sua vida, ou seja, as 24 horas do dia, encarcerado. Na prisão, o condenado ficará sujeito a vários efeitos, que podem causar doenças irreparáveis, atingindo a sua saúde física e mental, sendo, portanto, imprescindível a tutela ambiental do meio no qual o preso está obrigado. O direito humano a um ambiente sadio e essencial para a sadia qualidade de vida é devido ao preso, enquanto pessoa humana, pretendendo o cumprimento ideal de sua pena.

## Conclusão

Diante da omissão do Estado em possibilitar à população carcerária um local que respeite a sua condição humana e, conseqüentemente, uma possível ressocialização, oportunizando-lhe o regresso à sociedade, renascem os direitos humanos, exteriorizados no direito ambiental, como uma forma para se reivindicar das autoridades uma solução para tamanha barbaridade.

As condições precárias a que estão submetidos os condenados os impedem de qualquer possibilidade ressocializadora e reeducativa; trata-se de grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos humanos consagrados no texto constitucional. A situação é mais que caótica, é absurdamente inconstitucional e inconveniente.

Nesse contexto, surge o direito ambiental como mais um caminho para reiterar os direitos da população carcerária como direitos fundamentais e de se exigir do Estado o respeito a esses direitos, afinal, a ele cabe garantir os direitos à vida e à integridade pessoal dos indivíduos sobre os quais exerce sua custódia.

Assim, com base na previsão constitucional que assegura “a todos” o direito ao meio ambiente equilibrado, indispensável para uma sadia qualidade de vida, é de se considerar o ambiente equilibrado como direito humano fundamental, cabendo às autoridades responsáveis o dever de preservá-lo e garanti-lo à população, sobretudo àquele privado de sua liberdade, que necessita cumprir sua pena em instalações adequadas, que proporcionem o mínimo de dignidade a um ser humano.

## Referências

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BAZAN, Luís Henrique Ayala. Meio ambiente carcerário sadio: ficção jurídica ou direitos individuais homogêneos? *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 10, pp. 359-365, 2005.

BOFF, Leonardo. *As quatro ecologias: Ambiental, Política e Social, Mental e Integral* Rio de Janeiro: Mar de Ideias: Animus Anima, 2012.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. *Lei 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. *Declaração de Estocolmo sobre o*

*ambiente humano*. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRIER, Michel. Droit de l'environnement, 2001. In: BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

WIKIPÉDIA. *Declaração de direitos de Virgínia*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2014. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Direitos\\_de\\_Virg%C3%ADnia&oldid=38967680](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia&oldid=38967680)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

# Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo

Maria Sylvia Zanella Di Pietro\*

## 1 O processo como modo de proceder dos três Poderes do Estado

Existem alguns aspectos do *processo* que são iguais ou muito próximos nas esferas judicial e administrativa, a começar pelo seu conceito, já que o processo sempre compreende uma série de atos coordenados para a realização de um fim estatal que é a aplicação da lei. Em ambas as esferas, o processo constitui instrumento, forma, modo de proceder.

Já tivemos oportunidade de falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado — Judiciário, Legislativo e Executivo — para a consecução de seus fins.

*Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, confere-lhes prerrogativas, impõe-lhes obrigações, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício das suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição [...].<sup>1</sup>*

Embora cada processo estatal obedeça a princípios próprios, adequados à função específica que lhes incumbe, não há dúvida de que todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, do formalismo (mais ou menos acentuado), do interesse

público, da segurança jurídica, da razoabilidade, da motivação e tantos outros que decorrem expressa ou implicitamente da Constituição.

Deixando de lado o processo legislativo, que não é relevante para o tema ora tratado, não há dúvida de que existem semelhanças e diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Ambos são processos de aplicação da lei. Ambos estão sujeitos aos princípios da legalidade, do formalismo, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação, da publicidade, da economia processual, da segurança jurídica, este último servindo de fundamento às regras que impõem respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão.

No entanto, não se pode negar a existência de diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo. Se assim não fosse, bastaria aplicar aos processos administrativos as normas constantes do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal (no caso de processos sancionadores).

Assim é que o *formalismo*, presente nas duas modalidades de processo, é muito menos rigoroso nos processos administrativos, onde alguns falam em *informalismo* e outros preferem falar em *formalismo moderado*.

A ideia de *coisa julgada administrativa*, embora mencionada pela doutrina, não tem o mesmo sentido da coisa julgada judicial, já que, adotado o princípio da unidade de jurisdição no art. 5º, XXXV, da Constituição, só ao Poder Judiciário assiste a competência para dizer o direito em última instância.

Também o instituto da *prescrição* que, no Direito Administrativo, se aproxima da preclusão, tem sentido diverso no processo judicial, em que ocorre a perda do direito de ação, enquanto no Direito Administrativo assume diferentes significados: (i) perda, pelo administrado, do prazo para recorrer de decisão administrativa; (ii) perda, pela Administração Pública, do prazo para rever os próprios atos; e (iii) perda do prazo para punir. O primeiro prazo é definido em benefício da Administração Pública, que dele pode abrir mão para prestigiar os princípios da legalidade,

\* 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 pós-graduação da mesma faculdade, orientando alunos para mestrado e doutorado, além de ministrar cursos de especialização 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 organização administrativa brasileira.

<sup>1</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 765.

do interesse público, da verdade material, do controle judicial. Os dois últimos prazos, sendo estabelecidos em benefício do administrado, são obrigatórios para a Administração Pública, em prestígio do princípio da segurança jurídica. Como se verá adiante, a perda de prazos pelo administrado não tem, necessariamente, o mesmo efeito consumativo que no processo judicial.

Do mesmo modo que a coisa julgada e a prescrição, o instituto da *preclusão* — que ocorre quando uma das partes deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada — foi transposto para o âmbito dos processos administrativos. No entanto, também não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial.

A Administração Pública demonstra tendência de adotar os institutos do processo judicial com o mesmo rigor, muitas vezes em prejuízo dos direitos do administrado, do interesse público e até com maiores ônus para si própria e para o Erário.

Cabe aqui a indagação: qual a razão para essa transposição, pura e simples, de princípios do processo judicial para o processo administrativo?

A grande razão decorre do fato de que o Direito Administrativo brasileiro se inspirou no sistema europeu-continental, em especial no Direito francês, em que existe o sistema de dualidade de jurisdição. Ou seja, ao lado da jurisdição comum, existe a jurisdição administrativa, ambas com igual competência para proferir decisões com força de coisa julgada. Na jurisdição administrativa é inteiramente correto falar em prescrição, em preclusão, em formalismo, em coisa julgada, de forma igual à que se utiliza na jurisdição comum.

Nos países que adotam esse sistema, como França, Itália, Alemanha, entre outros, existe o chamado *processo administrativo contencioso*, sujeito a princípios idênticos aos do processo judicial. Essa modalidade de processo desenvolve-se perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado. Esse tipo de processo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada; a Administração Pública, sendo “parte” nas controvérsias que ela decide, não tem o mesmo poder, uma vez que ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo.

No Brasil, jamais existiu o sistema de dualidade de jurisdição. Jamais existiu o chamado *processo administrativo contencioso*. Aqui, falar em processo administrativo significa falar no chamado *processo administrativo gracioso*, em que a decisão proferida pela Administração Pública é sempre sujeita ao controle judicial.

No entanto, apesar disso, houve a transposição de institutos do processo contencioso para o processo administrativo gracioso. Essa transposição é possível, *desde que feita em seus devidos termos*, porque tem que levar em conta as peculiaridades e os princípios próprios do processo administrativo gracioso.

Existe pelo menos uma razão aceitável para que se faça a transposição de institutos como a coisa julgada, a prescrição e a preclusão: quer-se evitar que os litígios que se instauram na esfera administrativa se prolonguem indefinidamente no tempo, em prejuízo da segurança jurídica, em seu duplo aspecto: *objetivo*, que designa a necessária estabilidade das relações jurídicas; e *subjetivo*, que significa a confiabilidade que o administrado deve ter quanto à licitude das decisões administrativas. Este último equivale ao princípio da confiança legítima ou princípio da proteção da confiança.

Mas também existem razões mais do que aceitáveis que recomendam boa dose de bom senso na aplicação desses institutos nos processos administrativos. Tem que haver certo abrandamento na aplicação do princípio do *formalismo* e nos conceitos de *coisa julgada*, de *prescrição*, de *preclusão*, para falar apenas de alguns dos aspectos em que, com muita frequência, a Administração Pública invoca princípios e institutos próprios do processo judicial. E tem-se que levar em conta que, enquanto no Direito Processual Civil e Penal, esses conceitos estão consagrados, no direito processual administrativo falta precisão, inclusive na distinção entre esses institutos.

Duas grandes razões aconselham muita cautela na transposição de institutos próprios do processo judicial: (i) de um lado, a elaboração, no decurso do tempo, de determinados princípios específicos dos processos administrativos; é o caso dos princípios da *oficialidade*, do *formalismo moderado* (ou informalismo), da *verdade material*, do *interesse público*, da *economia processual*, dentre outros construídos e aplicados muito antes de existir no Brasil uma lei de processo administrativo (Lei 9.784, de 19/01/1999); (ii) de outro lado, o fato de que os atos da Administração

Pública estão sempre sujeitos ao controle externo, seja pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, seja pelo Poder Judiciário; esta é uma grande diferença entre o processo administrativo e o processo judicial: neste, uma vez proferida a decisão final transitada em julgado, não há outro órgão superior que possa dizer que a decisão foi lícita ou ilícita, porque o Poder Judiciário exerce a chamada soberania em sentido jurídico, que compreende o poder de decidir em última instância; não é por outra razão que se diz que a coisa julgada encerra uma verdade legal, fazendo o negro parecer branco e o quadrado parecer redondo. No processo administrativo, as decisões administrativas, mesmo as adotadas na última instância da escala hierárquica, são sempre passíveis de revisão pelos órgãos de controle. *Não adianta o apego excessivo aos formalismos, aos prazos para apresentação de recursos ou juntada de documentos, se, por falta de tais providências, a decisão administrativa resultar em ato ilícito que pode ser corrigido pelo Poder Judiciário.*

## 2 Direito positivo

Existe hoje no Brasil a chamada Lei de Processo Administrativo, de número 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Ela não estabelece propriamente um procedimento, com rito a ser seguido, mas trata de diretrizes gerais a serem observadas no desenvolvimento dos processos administrativos, indicando os princípios de observância obrigatória, os direitos e deveres dos administrados, os casos de impedimentos e suspeições, a forma, tempo e lugar dos atos do processo, normas sobre as três fases do processo (instauração, instrução e decisão), e sobre os recursos, a exigência de motivação, os prazos, dentre outras normas relevantes.

Embora seja dirigida aos processos administrativos *federais*, temos entendido<sup>2</sup> que, na medida em que define princípios constitucionais e compreende inúmeras normas que constituem aplicação dos mesmos, a lei acaba, quanto a esse aspecto, por ser de âmbito nacional. Isto é especialmente relevante porque, embora alguns estados e municípios tenham também

a sua própria lei de processo administrativo (como o Estado de São Paulo, que até se antecipou à lei federal ao promulgar a Lei 10.177, de 30/12/1998), em muitos entes da Federação, talvez na maior parte deles, não existe lei de processo administrativo.

Outro dado relevante é que a lei não disciplina necessariamente todos os processos administrativos, já que alguns são regidos por leis específicas, como a lei de licitações e contratos, a legislação do Cade, os processos disciplinares regidos pelos estatutos dos servidores federais, estaduais e municipais, os processos no âmbito dos Tribunais de Contas, dentre outros. No entanto, em relação a todos os processos administrativos disciplinados por lei própria, a Lei 9.784/1999 tem aplicação subsidiária, como decorre de seu art. 69, em cujos termos “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. Por essa razão, o tema será tratado com vistas à aplicação das normas dessa lei.

## 3 Do princípio do formalismo

Um dos princípios do processo judicial é, evidentemente, o da obediência às formas e aos procedimentos impostos por lei.

O mesmo princípio aplica-se aos processos administrativos. Porém, ele não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial, sob pena de, em determinadas situações concretas, tornar-se prejudicial aos direitos individuais do interessado e ao próprio interesse da Administração Pública em dar cumprimento à lei pela forma menos onerosa possível (ou seja, respeitando o princípio da razoabilidade).

Poder-se-ia alegar que a inobservância de determinadas formalidades do procedimento acarretariam descumprimento de normas legais constantes da já referida Lei de Processo Administrativo ou de outras leis esparsas, com afronta ao princípio da legalidade. No entanto, no âmbito administrativo, se o cumprimento da lei processual prejudicar o cumprimento do direito material, este, em regra, é que deve prevalecer. No processo judicial, o cumprimento das normas processuais, como as que estabelecem prazos para as partes adotarem determinadas providências, é essencial para conduzir ao fim do processo, que é a solução do litígio. Isto em nome da segurança jurídica.

<sup>2</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. In NOHARA, Irene Patrícia, MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). *Processo administrativo. Temas polêmicos da Lei 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 185-201.

No processo administrativo, se for dada preferência ao cumprimento da norma processual em detrimento do direito material, chegar-se-á ao fim da instância administrativa (também em nome da segurança jurídica), mas não se impedirá a instauração da instância judicial, com maiores ônus, não só para o particular, como também para a própria Administração Pública e para o Erário.

Por isso mesmo, ao tratar do tema do processo administrativo, tenho preferido falar em *princípio do informalismo*.<sup>3</sup> Isto não significa ausência de formas, já que estas são essenciais para permitir o controle dos atos administrativos; mas significa a adoção de formas menos rígidas do que no processo judicial. Exemplo disso encontra-se no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (Lei 10.261, de 28/10/1968, com a redação dada pela Lei Complementar 942, de 06/06/2002). O art. 305 quebra a rigidez do formalismo do processo disciplinar ao estabelecer que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância. Trata-se de norma muito sábia, porque faz prevalecer o princípio da verdade material sobre o princípio do formalismo e certamente com a plena consciência de que outro tipo de exigência poderia levar à correção judicial da decisão administrativa.

Odete Medauar<sup>4</sup> prefere falar em *formalismo moderado*, com as seguintes observações:

*Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.*

Note-se que na própria Lei 9.784/1999 (elaborada por Comissão presidida por Caio Tácito e da qual tive a honra de participar), o formalismo não é incluído entre os princípios do processo administrativo, mencionados

no art. 2º. Além disso, no parágrafo único, o dispositivo estabelece determinados critérios a serem observados no processo, alguns dos quais permitindo incontestavelmente abrandar a aplicação do princípio do formalismo e o rigor das normas processuais:

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;*

*IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*

*X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;*

Na realidade, trata-se da aplicação do *princípio da razoabilidade* (este sim previsto no art. 2º, *caput*, da Lei de Processo Administrativo) no que diz respeito às formas procedimentais: estas devem ser cumpridas na medida em que se mostrem essenciais à garantia dos direitos dos administrados e para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos seus direitos. Por outras palavras, deve haver adequação, proporção, relação entre os meios (formas procedimentais) e os fins (certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados). Nos processos disciplinares, o grande objetivo é levantar toda a matéria de fato e de direito que permita levar a conclusão segura quanto à prática do ato ilícito e a consequente sanção. Esse objetivo poderá ser frustrado se a autoridade administrativa responsável pela execução do processo deixar de receber alegações ou documentos por apego excessivo a normas processuais. A própria Lei de Processo Administrativo expressamente, como se verá adiante, permite que a Administração reveja o ato administrativo, ainda que impugnado extemporaneamente, como permite que alegações sejam apresentadas *antes da decisão* ou já na *fase de recurso*, com juntada de novos documentos.

Note-se também que, pelo art. 22 da mesma lei, *“os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”*. E, pelo art. 29, § 2º, *“os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”*.

No processo administrativo, a legalidade processual, como regra, não pode prevalecer sobre a legalidade material, porque isto contraria a própria

<sup>3</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 684.

<sup>4</sup> *Direito administrativo moderno*. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.

finalidade da função administrativa do Estado, que é a de cumprir a lei de ofício.

#### 4 Da coisa julgada administrativa e da preclusão nos processos administrativos

No processo judicial, “*chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*” (art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada de Lei das Normas Gerais do Direito Brasileiro).

A coisa julgada pode ser *formal* e *material*. Coisa julgada formal caracteriza-se pela imutabilidade da sentença, *dentro do processo* em que foi proferida, por não ser cabível mais qualquer recurso. E a coisa julgada material equivale à autoridade da sentença, que passa a fazer lei entre as partes. Nas palavras de Moacir Amaral Santos,<sup>5</sup> “da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença, *no mesmo processo em que foi proferida*, porque a sentença se tornou ou é inimpugnável”. Um pouco além, observa o autor que

[...] a essa qualidade da sentença se acrescenta uma outra, que lhe dá *autoridade* além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela *imutabilidade* dos seus efeitos [...]. O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire *autoridade de coisa julgada*, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, *no mesmo processo ou em outro processo*, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal [...].”

É à coisa julgada material a que se refere o art. 503 do CPC, quando determina que “*a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito, tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*”.

Por sua vez, a preclusão, nas palavras do mesmo autor<sup>6</sup> consiste na

[...] *perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto* [...].

Ele cita o conceito de Couture, segundo quem a preclusão consiste na

[...] *ação e efeito de extinguir-se o direito de realizar um ato processual, já seja por proibição da lei, por haver-se deixado passar a oportunidade de verificá-lo, ou por haver-se realizado outro com aquele incompatível*.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira,<sup>7</sup> a preclusão é instituto que

[...] *veda a reiteração de atos já praticados (ou que deveriam tê-lo sido ao seu tempo), impondo limites a determinadas atividades processuais e gerando estabilidade e segurança no processo* [...].

Acrescenta o jurista que:

Trata-se da perda de faculdade e/ou direito processual *stricto sensu*, relacionada ao conceito de ônus processual. Na dicção de Manoel Caetano Ferreira Filho, tem por finalidade (a) tornar certa e ordenada a marcha do processo (livre de contradições e retornos); (b) abreviar a duração do processo; (c) garantir certeza e estabilidade às situações jurídicas processuais; e (d) assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra eventual arbítrio dos julgadores.

Três são os tipos de preclusão, conforme a causa de que provém:

a) *temporal*, quando resulta do esgotamento do prazo para exercício de determinada prerrogativa processual, como ocorre, por exemplo, com a perda do prazo para recorrer ou a perda do prazo para a Administração invalidar os atos nulos;

b) *lógica*, quando resulta da incompatibilidade de uma conduta com outra já exercida; por exemplo, a impossibilidade de aplicação de penalidade depois que a autoridade decidiu pela inexistência de infração;

c) *consumativa*, quando resulta do exaurimento de uma prerrogativa, porque já foi exercida; por exemplo, a administração já decidiu favoravelmente ao interessado, em última instância; não poderá alterar essa decisão, a menos que instaure novo processo administrativo em que se assegure o direito de defesa e o contraditório.

No Direito Administrativo, pode-se afirmar que apenas é aceitável a *coisa julgada formal*, na medida em que o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos na via administrativa, torna imutável a sentença naquele específico processo administrativo. Mas não é possível falar em *coisa julgada material*, porque a decisão pode ser revista em outro processo

<sup>5</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 728.

<sup>6</sup> *Ob. cit.*, pp. 51-52.

<sup>7</sup> *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 205.

e não adquire *imutabilidade* no sentido em que esta existe no processo judicial; a decisão não faz lei entre as partes.

A coisa julgada equivale à decisão que se tornou irretroatável pela própria Administração. Não significa que se tornou definitiva para as partes, porque é sempre passível de alteração pelo Poder Judiciário. Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades que abrangem os casos de irrevogabilidade dos atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles,<sup>8</sup> que faz uma aproximação entre coisa julgada administrativa e preclusão, assim ensinava, em lição muito precisa e ainda atual:

*Coisa julgada administrativa: a denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de the final enforcing Power e que se traduz livremente como o poder conclusivo da Justiça Comum. Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o contencioso administrativo, é privativo das decisões judiciais. Sobre esse tema, observou, com justeza, Araújo Falcão que: "Mesmo aqueles que sustentam a teoria da chamada coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de res judicata propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome de irretroatabilidade".*

A maneira mais simples de definir a *coisa julgada administrativa* é a adotada por Diógenes Gasparini:<sup>9</sup>

Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa [...].

Quando se torna irretroatável a decisão administrativa?

Sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades, pode-se mencionar:

a) as hipóteses em que a decisão administrativa se torna irrevogável por razões de mérito (oportunidade e conveniência), como ocorre: (i) quando o ato é vinculado e gerou direito adquirido (conforme Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal); (ii) quando o ato integra um procedimento, com várias fases, em que cada novo ato provoca a preclusão com relação ao ato anterior; (iii) quando exaurida a competência relativamente ao objeto do ato, porque o ato já está sob apreciação de autoridade hierarquicamente superior, por provocação do interessado ou *ex officio*; (iv) quando o ato já exauriu os seus efeitos.

b) a perda, pela Administração, do prazo de decadência para rever os atos ilegais favoráveis ao interessado (nos termos do art. 54 da Lei de Processo Administrativo);

c) a ocorrência de prescrição na esfera judicial;

d) a decisão proferida pelo Poder Judiciário, com força de coisa julgada;

e) a exaustão da via administrativa, pelo não cabimento de novos recursos administrativos; esta última hipótese tem que ser aceita com reservas porque, embora não cabíveis novos recursos, ainda é possível a revisão *ex officio* feita pela Administração, com base em seu poder de autotutela.

Quanto à *preclusão*, é possível ocorrer nos processos administrativos, nas três modalidades já assinaladas (temporal, lógica e consumativa), porém com maiores limitações do que no processo judicial. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. Apenas se o ato ilegal for favorável ao particular a invalidação está sujeita ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999.

Muito antes de serem promulgadas a Lei de Processo Administrativo na esfera federal e algumas leis estaduais e municipais sobre essa matéria, o *princípio da oficialidade* já estava consagrado pela doutrina do Direito Administrativo, como prerrogativa da Administração Pública para, de ofício, instaurar o processo, fazer a sua instrução, sua impulsão, sua

<sup>8</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed., São Paulo: Malheiros, pp. 687-688.

<sup>9</sup> *Direito administrativo*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.040.

revisão. Hoje, a Lei 9.784/1999 contém várias normas que dão aplicação a esse princípio, que é inerente à atividade administrativa:

(i) no artigo 2º, XII, está previsto, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos, a “*impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados*”;

(ii) no artigo 5º, está expresso que o *processo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado*;

(iii) o artigo 29 contém determinação de que as *atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício* ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias;

(iv) o artigo 62, § 2º, estabelece que o não conhecimento do recurso não impede a Administração de *rever de ofício o ato ilegal*, desde que não ocorrida preclusão administrativa;

(v) o artigo 65 determina que “os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”.

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos e informações, bem como rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à apuração dos fatos e à correta aplicação da lei. A oficialidade está presente: (i) no poder de iniciativa para instaurar o processo; (ii) na instrução do processo; e (iii) na revisão de suas decisões.

Decorrente do princípio da oficialidade, o *princípio da verdade material* ou da *verdade real*

[...] *exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos [...]*<sup>10</sup>

É importante ressaltar que as prerrogativas da Administração Pública para impulsionar e instruir

o processo, bem como para rever os atos ilegais, mesmo quando previstas com aparência de mera faculdade, têm a característica de verdadeiros *poderes-deveres*, ou seja, de poderes que não podem deixar de ser exercidos, já que não foram outorgados em benefício da autoridade, para que ela os exerça a seu bel-prazer, mas para garantir o cumprimento da legalidade, considerada em sentido amplo, de modo a abranger todos os princípios impostos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico.

Discorrendo sobre o regime jurídico administrativo, especialmente sobre os poderes de autotela e de autoexecutoriedade da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>11</sup> ensina magistralmente:

*Estes caracteres [autoexecutoriedade e autotutela], que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.*

Acrescenta o autor que

[...] tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações [...].

Igualmente relevante como fundamento do princípio da oficialidade é o princípio da *indisponibilidade do interesse público*. Como a Administração não tem a

<sup>10</sup> Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 170.

<sup>11</sup> *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

titularidade do interesse público, mas apenas o administra cumprindo a vontade que decorre da lei, não lhe cabe dele dispor livremente. O princípio do interesse público está expressamente previsto no art. 2º, *caput*, da Lei de Processo Administrativo, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei*”. Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa. Por isso, se a lei lhe confere o poder de impulsionar o processo, não pode a ele renunciar, senão nas hipóteses previstas em lei.

Tudo isto que vem sendo dito quanto à preclusão confirma o que já foi dito no item 3, que trata do formalismo moderado no âmbito do processo administrativo.

Evidentemente, tais considerações não significam que os particulares (“interessados” nos processos administrativos) não tenham que cumprir os ônus processuais. O que se está querendo realçar é que o fato do interessado deixar de cumprir determinadas normas (como as pertinentes ao prazo para recorrer ou à produção de provas, por exemplo) não desobriga a Administração Pública do dever de impulsionar o processo, seja providenciando todas as medidas necessárias à adequada instrução, seja revendo a sua decisão se reconhecer que, mesmo sendo extemporâneas, as alegações do particular são procedentes. E a Lei 9.784/1999 confirma essa assertiva por meio de várias de suas normas, como se verá a seguir.

## 5 Da inércia do interessado no atendimento a intimações do Poder Público: limites à preclusão

No capítulo que trata da “*comunicação dos atos*”, o art. 26 da Lei 9.784/1999 exige que o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determine a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. Essa intimação é obrigatória, nos termos do art. 28, quanto aos

[...] atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse [...].

E o art. 27 estabelece:

*Artigo 27 – O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.*

*Parágrafo único – No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.*

Comentando essa norma, diz Egon Bockmann Moreira<sup>12</sup> que a mesma afasta os “*efeitos preclusivos da inação do particular e a incidência do efeito principal da conhecida ‘revelia’ do direito processual civil*”. Ou, como afirma Benjamin Zymler:<sup>13</sup>

*Vê-se claramente que no Processo Administrativo, permeado que é pelo interesse público, não se admite a verdade formal, predominante no Processo Civil, onde, de regra, prevalecem interesses particulares. Portanto, a revelia, que no Processo Civil acerca de direitos disponíveis torna o fato incontroverso, a teor do art. 319 do CPC, no processo administrativo não acarreta tal efeito”.*

Portanto, a inércia do interessado ou o seu atraso em atender às intimações do Poder Público não acarretam a revelia, não impedem a participação do interessado nos atos posteriores do processo, não obstam o seu direito de defesa e contraditório e não acarretam a preclusão, para a Administração Pública, do dever de adotar as providências necessárias para buscar a verdade material.

## 6 Inércia ou atraso do interessado quanto à instrução do processo: limites à preclusão

O ônus da instrução dos processos administrativos regidos pela Lei 9.784/1999 cabe ao órgão responsável pelo processo, conforme decorre do art. 29, assim redigido:

*Artigo 29 – As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 208.

<sup>13</sup> A proceduralização do direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 22, p. 1.595, dez. 2002. Esse é também o entendimento de Thiago Marrara e Irene Patrícia Nohara, in *Processo Administrativo – Lei 9.784/99 Comentada*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 209; e de Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão, in *Processo Administrativo – Comentários à Lei 9.784/1999*. 3. ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2.012, p. 133.

Para a Administração, a instrução constitui um *ônus*; para o interessado, é um *direito* inerente ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Note-se que o art. 38 faculta ao interessado, na fase instrutória e *antes da tomada da decisão*, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Vale dizer que o ônus é da Administração Pública, cabendo ao interessado o direito de propor atuações probatórias. No art. 3º, III, inclui entre os *direitos dos administrados* o de *“formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”*. Mesmo na fase recursal é possível acrescentar novas alegações e juntar novos documentos, conforme está expresso no art. 60 da lei e será analisado adiante.

Por esses dispositivos, verifica-se que o ônus da instrução é da Administração Pública. O administrado, além de ter o direito de defesa, é colaborador da Administração Pública nessa atividade. Essa ideia é reforçada pelo art. 4º, inciso IV, que prevê, como dever do administrado o de *“prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos”*.

Portanto, no que diz respeito à instrução processual por parte do interessado, a Lei de Processo Administrativo admite que: (i) alegações sejam feitas a qualquer momento, antes de ser proferida a decisão; (ii) provas sejam juntadas antes de ser proferida a decisão; (iii) provas sejam juntadas na fase recursal.

Apresentadas as alegações e os documentos, o órgão competente tem o dever de levá-las em consideração, conforme está expresso na parte final do art. 3º, III, e decorre do princípio da motivação.

Em caso de não aceitação das alegações ou das provas e em caso de ausência de motivação ou de motivação insuficiente quanto ao indeferimento dessas medidas, pode o interessado entrar com medida judicial para impor à Administração Pública o dever de conhecer daquelas medidas ou de motivar adequadamente a sua decisão de não conhecimento. Como fundamento da ação judicial serão indicados o art. 3º, III, o art. 38 e, se for o caso, o art. 60. Constitui direito líquido e certo do administrado o de ver apreciadas as alegações e as provas juntadas antes de ser proferida a decisão administrativa ou na fase recursal. Por isso mesmo, se todas as alegações forem suscetíveis de

comprovação por meio de documentação adequada, será cabível inclusive o mandado de segurança.

As alegações e provas não aceitas pela autoridade julgadora, embora apresentadas antes da decisão, podem ser reapresentadas na fase de recurso administrativo, com fundamento no art. 60. Em se tratando de processos sancionatórios de que resultem sanções para os administrados, ainda é cabível a revisão, *a pedido ou ex officio*, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65 da Lei).

A Lei de Processo Administrativo apenas contempla uma hipótese de preclusão na fase de instrução, no art. 40, que assim estabelece:

*Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não-atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.*

Quando o processo se iniciar por iniciativa do administrado ou versar sobre direitos disponíveis, de seu exclusivo interesse, tem aplicação a norma do artigo, que prevê a preclusão, para o interessado, do direito de apresentar dados, atuações ou documentos necessários à apreciação do pedido, quando ele não o faça no prazo fixado pelo órgão responsável pelo processo. Nesse caso, haverá arquivamento do processo.

Embora o dispositivo não diga, tem-se que entender que o arquivamento do processo só é possível se o assunto não envolver interesse público. Suponha-se que determinada pessoa faça representação denunciando irregularidade praticada por empresa prestadora de serviço público. A autoridade instaura o processo para apuração da infração e fixa um prazo para que o interessado junte os elementos necessários à instrução. O desatendimento do prazo, no caso, não poderá levar automaticamente ao arquivamento do processo, porque a Administração Pública não pode deixar de apurar a prática de ilícito administrativo.

Por isso, a inércia do interessado, em hipóteses que envolvem o interesse público ou direitos individuais indisponíveis, não poderá acarretar o arquivamento do processo, cabendo ao órgão administrativo valer-se da faculdade prevista no art. 39, parágrafo único, da Lei, que assim estabelece: *“não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se*

eximindo de proferir a decisão"; ou da norma do artigo, aplicável quando os fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração Pública; nesse caso, o dispositivo determina que o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

O mesmo entendimento é adotado por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz,<sup>14</sup> em comentário ao art. 40 da Lei de Processo Administrativo, quando observam que:

*A lei federal de processo administrativo, em seu art. 40, determina o simples arquivamento do processo, sem conclusão, quando o particular interessado deixar de apresentar, no prazo estabelecido para isso, algum dado ou documento necessário para a apreciação do pedido.*

*O pressuposto disso é que se trate de pedido de exclusivo interesse do particular, pois caso haja interesse público no prosseguimento do processo a própria Administração deverá dar seguimento ao feito, por força do princípio da oficialidade. Deve-se subentender, também, que o dado ou documento solicitado não esteja em poder da própria Administração responsável pelo processo, ainda que em outra repartição, pois em tal caso seria de rigor a solicitação, de ofício, do elemento faltante, nos termos do disposto no art. 37 da Lei 9.784, de 1999.*

Ainda no mesmo sentido é a lição de Thiago Marrara e Irene Patrícia Nohara,<sup>15</sup> bem como de Cristiana Fortini, Tatiana Martins da Costa Camarão e Maria Fernanda Pires de Carvalho.<sup>16</sup>

Portanto, o art. 40 da Lei contempla uma hipótese em que a preclusão, para o interessado, do ônus de apresentar elementos para a instrução do processo, não exonera a Administração Pública do dever de atuar *ex officio*. Também não há impedimento para que o órgão responsável prorrogue o prazo fixado para o interessado tomar as providências que lhe cabem, quando razões aceitáveis sejam por ele invocadas para justificar a perda do prazo. O interesse maior do Poder Público, especialmente quando se trata de processo sancionatório, tem que ser o de apurar a infração, por aplicação do princípio da verdade material. Fazê-lo constitui *poder-dever* da Administração Pública.

<sup>14</sup> *Processo administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 145.

<sup>15</sup> *Ob. cit.*, pp. 273-276.

<sup>16</sup> *Ob. cit.*, p. 152.

Há que se observar, também, que a regra do art. 40 cuida especificamente da hipótese em que o órgão fixa prazo para que o interessado apresente elementos necessários para a decisão.

Fora dessa hipótese, tem aplicação o art. 38, assim redigido:

*Artigo 38 – O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria do relatório e da decisão.*

Desse modo, mesmo que superada a fase de instrução, não desaparece, para o interessado, a possibilidade de, antes da tomada da decisão, juntar documentos, pareceres, requerer diligências, perícias, bem como aduzir novas alegações referentes à matéria do relatório e da decisão. É o que está expresso na lei. Fica afastada, portanto, nessa hipótese, a preclusão consumativa. É evidente que, se as alegações se limitarem a repetir o que já foi dito na defesa, não precisam ser conhecidas pela autoridade responsável pelo processo.

Além disso, no processo administrativo, ao contrário do que ocorre no processo judicial, é possível, em instância superior, em nome dos princípios da legalidade e da verdade material:

- a) alegar o que não foi arguido de início;
- b) reexaminar a matéria de fato; e
- c) produzir novas provas.

No que diz respeito à possibilidade de juntada de documentos, o art. 60 da Lei de Processo Administrativo a prevê expressamente:

O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes [...].

O *princípio da verdade material* encerra, em si, a liberdade na produção das provas e

*[...] autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro*

*processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela [...].*<sup>17</sup>

## 7 O direito de defesa e contraditório e a exigência de motivação como limites à preclusão administrativa

Além dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, que limitam a preclusão nos processos administrativos, dois outros, com o mesmo efeito de limitar a preclusão, são especialmente relevantes: o *princípio da ampla defesa e do contraditório*, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal; e o *princípio da motivação*, decorrente, implicitamente, do princípio da publicidade e da sujeição da Administração Pública ao controle externo.

O princípio da ampla defesa, conforme está expresso no referido dispositivo constitucional, é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas. Pelo art. 2º, parágrafo único, X, da Lei 9.784/1999, devem ser assegurados, nos processos administrativos, os

[...] direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio [...].

O princípio do contraditório, por sua vez, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade no processo: quando uma das partes faz uma alegação, deve necessariamente ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Nos processos sancionatórios, o princípio supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta. Exige, pelo menos: (i) notificação dos atos processuais à parte interessada; (ii) possibilidade de exame das provas constantes do processo; (iii) direito de assistir à inquirição de testemunhas; (iv) direito de apresentar defesa escrita.

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei 9.784/1999 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter

cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei (art. 3º, II, III e IV). O art. 46 repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Além disso, a mesma lei impõe a *intimação* do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 25); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentação de alegações, em caso de interposição de recursos (art. 62).

Um dado que é relevante para o direito de defesa, especialmente nos processos que possam resultar em sanção para o interessado, diz respeito ao ato que instaura o processo. Normalmente, na Administração direta, a instauração se dá por meio de portaria ou outro ato equivalente. Nos processos de que possa resultar aplicação de penalidade ao administrado, essa é uma peça fundamental para o direito de defesa e o contraditório (do mesmo modo que a denúncia nos processos criminais), porque a correta descrição dos fatos, a indicação dos dispositivos legais infringidos e a sanção cabível permitem ao acusado saber do que tem que se defender e quais as provas hábeis para esse fim. O ato de instauração delimita o objeto do processo. Por essa razão, se fatos novos surgirem após a notificação do interessado, o ato de instauração terá que ser aditado, com nova notificação ao interessado e abertura de novos prazos, sob pena de infringência ao direito de defesa e ao contraditório.

Nenhum fato novo surgido, descoberto ou invocado pela Administração, posteriormente à instauração do processo, pode ser levado em consideração na aplicação da sanção, sem que seja notificado o interessado para que exerça o direito de defesa e o contraditório. Ocorre, no caso, a preclusão para a Administração Pública do poder de levar em consideração os fatos novos, não mencionados na

<sup>17</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 696.

portaria de instauração, a menos que garanta o direito de defesa e o contraditório.

É preciso que as autoridades responsáveis pelo desenvolvimento dos processos administrativos tenham sempre presente a ideia de que o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os recursos que lhe são inerentes, constitui princípio constitucional que se harmoniza muito mal com a preclusão, na esfera administrativa, de faculdades processuais do interessado. Não adianta excessivo rigor quanto ao cumprimento das exigências formais, como o cumprimento de prazo para recorrer, para alegações finais, para instrução processual, se essas exigências prejudicarem o direito à ampla defesa e o contraditório e dificultarem ou impedirem a adequada motivação da decisão.

É evidente que, como regra geral, o administrado tem que cumprir as normas procedimentais previstas em lei. No entanto, se o interessado demonstrar que o descumprimento ocorreu por razões justificáveis, como a insuficiência do prazo, a dificuldade na obtenção de determinados documentos ou diligências, as manifestações meramente protelatórias da parte contrária (como os denunciamentos de irregularidades ou os usuários de serviços públicos, por exemplo) ou outras razões devidamente demonstradas, deve a Administração acatá-las, ao invés de decretar a preclusão. A preclusão indevidamente aplicada pode ferir o direito à ampla defesa e ao contraditório.

A Lei de Processo Administrativo não faz exigências rigorosas quanto aos prazos para apresentação de provas e de alegações (a não ser no art. 40, já comentado). O art. 3º, inciso III, coloca entre os direitos dos administrados o de “*formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente*”. Portanto, mesmo que o interessado já tenha apresentado suas alegações e elementos de prova no momento devido, dentro do prazo para defesa, nada impede que outras sejam apresentadas posteriormente, *antes da decisão*. Essa possibilidade está expressamente prevista no referido dispositivo da lei, que ainda obriga a Administração a levar em consideração as novas alegações e novas provas. Além disso, a mesma possibilidade existe na fase recursal, como está previsto no art. 60, já referido.

Outro dado relevante é que o *motivo* constitui um dos elementos do ato administrativo. O motivo equivale ao pressuposto de fato e de direito que

justifica a prática do ato administrativo. Se o fato não ocorreu ou ocorreu de forma diferente da invocada pela autoridade administrativa, o ato será ilegal por vício quanto ao motivo. A lei de ação popular (Lei 4.717, de 29/06/1965) dá, no art. 2º, o elenco dos vícios do ato administrativo, dentre eles a “inexistência dos motivos”. E, no parágrafo único, alínea *d*, define esse vício estabelecendo que

[...] *a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido [...]*.

Ora, a preclusão de ônus processuais do administrado, declarada pela Administração Pública por razões meramente formais, poderá provocar a ilicitude da decisão final do processo, por vício quanto ao motivo e quanto à motivação. Nesta, a autoridade tem que indicar as razões de fato e de direito (motivo) em que se baseou a decisão. Se tais razões não foram devidamente apuradas e demonstradas, a decisão será ilegal e poderá ser impugnada inclusive pela via judicial, em que se pleiteie a invalidação do ato por vício quanto ao motivo.

Veja-se que o art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999 inclui a motivação entre os princípios de observância obrigatória nos processos administrativos. E o parágrafo único, VII, exige “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”. Além disso, o art. 50 exige que sejam motivados os atos administrativos, com *indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos* e dá o elenco das hipóteses em que a motivação tem que ser feita, dentre elas incluindo os atos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções, decidam recursos administrativos, decorram de reexame de ofício, deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais, importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Por mais essas razões, a preclusão, em detrimento do administrado, é muito mais limitada no processo administrativo do que no processo judicial. Repita-se: a aplicação rígida dos prazos e formalismos processuais poderá levar a Administração Pública a ter que arcar com o ônus de um processo judicial em que o interessado irá pleitear a invalidação da decisão administrativa. Bastará demonstrar que a decisão se fundamentou em motivação inadequada, porque

deixou de levar em consideração os pressupostos de fato (motivos) que dariam licitude ao ato.

## 8 Da preclusão do direito de recorrer

No que diz respeito à preclusão do direito de recorrer, o art. 63 da Lei 9.784/1999 assim estabelece:

Artigo 63 – O recurso não será conhecido quando interposto:

- I – fora do prazo;
- II – perante órgão incompetente;
- III – por quem não seja legitimado;
- IV – após exaurida a esfera administrativa.

Para a hipótese do inciso II, o § 1º do art. 63 da Lei 9.784/1999 determina que “*será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso*”. Não se trata de hipótese de preclusão, como também não o é a contida no inciso III, já que, não se enquadrando o recorrente na situação de legitimado (tal como definido no art. 9º da Lei), não tem o direito de recorrer.

É nos incisos I e IV que o dispositivo contempla hipóteses de preclusão para o recorrente: a primeira é *preclusão temporal*, já que o recurso foi interposto fora do prazo; e a última é *preclusão consumativa*, já que, com a exaustão da esfera administrativa, exaure-se também o direito de recorrer. Nos dois casos, a preclusão atinge o interessado, porque impede que a autoridade conheça do recurso. Mas não atinge, *de forma absoluta* e sim relativa, o órgão responsável pelo processo, tendo em vista que, não obstante ocorrendo uma das situações previstas no art. 63, *caput*, permanece o ônus de rever de ofício o ato considerado ilegal. É o que estabelece o § 2º do art. 63, *in verbis*:

§ 2º. *O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.*

Duas observações são relevantes quanto ao § 2º do artigo 63:

a) A primeira é no sentido de que, conforme assinalado, a revisão de ofício de ato ilegal não constitui decisão discricionária do órgão competente para apreciar o recurso; o princípio da legalidade impõe o *poder-dever* de rever o ato quando constata a existência de vício que o invalide. É inteiramente inaceitável que, reconhecendo a procedência das alegações quanto à ilegalidade do ato recorrido, a autoridade administrativa simplesmente deixe de corrigi-lo, sob a alegação de que ocorreu a preclusão temporal em prejuízo do recorrente. E, em

se tratando de processo de natureza sancionatória, o dever é ainda mais incontestável diante do princípio da verdade material. Não se nega que a Administração Pública pode deixar de anular atos ilegais quando da invalidação puder resultar maiores prejuízos do que a manutenção do ato; mas é evidente que essa possibilidade não existe quando a decisão possa afetar direitos individuais, a exemplo do que ocorre com os processos sancionatórios.

O dispositivo nada mais faz do que trazer para o direito positivo entendimento desde longa data defendido pela doutrina. Foi o posicionamento que adotamos desde a primeira edição do livro *Direito Administrativo*,<sup>18</sup> muito anterior à Lei de Processo Administrativo. Nele já afirmávamos que, nos casos em que os prazos são estabelecidos em benefício da própria Administração,

[...] nada impede que ela conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado; isto porque, no exercício da função de tutela da legalidade, a Administração pode e deve, até mesmo sem provocação do administrado, rever os seus atos ilegais, até com o objetivo de evitar demandas judiciais inúteis, que poderão terminar com decisão a ela desfavorável [...].

A Lei de Processo Administrativo afastou a possibilidade de conhecimento do recurso, porém previu a possibilidade de revisão *ex officio*.

b) A segunda observação diz respeito à ressalva contida na parte final do dispositivo: “*desde que não ocorrida preclusão administrativa*”. Muitas críticas têm sido feitas a essa redação, porque, ao mesmo tempo em que o *caput* estabelece duas hipóteses de preclusão, para vedar que o recurso seja conhecido pela autoridade competente, o § 2º prevê o poder de revisão de ofício, desde que não ocorrida a preclusão.

Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz,<sup>19</sup> interpretando esse dispositivo, entendem que houve falta de técnica legislativa, porque o § 2º trata de *revisão* e o *caput* trata dos recursos administrativos. Em seu entender,

[...] a revisão, em sede administrativa, por impulso de ofício somente se afeiçoará aos enfoques constitucionais [...], se a propósito instaurado novo processo administrativo (verdadeira ação rescisória

<sup>18</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 424.

<sup>19</sup> *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

*administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil), com a participação de todos os interessados antes envolvidos [...].*

Apesar do maior respeito devido aos ilustres juristas, permitimo-nos deles discordar.

Para dar sentido aos dois dispositivos, aparentemente contraditórios, tem-se que entender que, no *caput*, estão previstas hipóteses de preclusão para o recorrente; e, na ressalva contida na parte final do § 2º, cogita-se de preclusão para a autoridade administrativa. No primeiro caso, a preclusão acarreta a perda de faculdade processual para o recorrente; no segundo, para a Administração Pública.

Chega-se a essa conclusão por diversas razões: (i) a lei fala em preclusão “*administrativa*”, permitindo a interpretação de que quis se referir à perda de um ônus processual pela Administração Pública; (ii) se a lei estivesse se referindo à preclusão para o recorrente, ficaria sem qualquer sentido uma das normas: ou a do *caput*, que previu hipóteses de preclusão do direito de recorrer, ou a do § 2º, que só possibilita a revisão de ofício se não ocorrida a preclusão do direito de recorrer; (iii) o § 2º estabelece uma *regra geral*, que é o poder de revisão *ex officio*, e uma exceção a essa regra, já que esta deixa de aplicar-se quando a autoridade já perdeu o poder de fazê-lo em decorrência de ter ocorrido a preclusão desse poder; por outras palavras, se o dispositivo está tratando do poder de revisão *ex officio*, a preclusão só pode referir-se à preclusão desse poder; (iv) deve-se sempre dar preferência a interpretações que harmonizem os dois dispositivos e não que transformem um deles em letra morta, já que a lei não utiliza palavras inúteis; (v) a revisão *ex officio*, como novo processo (verdadeira ação rescisória, defendida por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz), semelhante à revisão criminal, está prevista no art. 65 da lei, para as hipóteses em que surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada; por outras palavras, são duas hipóteses de revisão *ex officio* previstas na lei: a do art. 63, § 2º, para os processos administrativos em geral, quando a Administração, embora não conhecendo do recurso extemporâneo, reconhece que as alegações são aceitáveis e procede à revisão, desde que não tenha perdido o poder-dever de fazê-lo; a do art. 65, específica dos processos sancionatórios, que pode ser feita a qualquer tempo, mesmo após o encerramento do processo, pelo não cabimento de

novos recursos, quando ocorrerem fatos novos que demonstrem que a sanção aplicada foi inadequada.

São várias as hipóteses em que pode ocorrer a preclusão, para a Administração Pública, do poder de revisão do ato recorrido, tal como previsto no § 2º do art. 63, como, por exemplo: (i) esgotamento do prazo decadencial para invalidação dos atos favoráveis ao interessado, conforme previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999; (ii) decisão judicial transitada em julgado sobre a mesma matéria tratada no recurso; (iii) ocorrência de prescrição judicial, a impedir a Administração de apreciar a matéria, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da indisponibilidade do interesse público; (iv) perda do prazo para decidir, fixado no art. 59, §§ 1º e 2º, hipótese em que a competência se desloca para a autoridade superior; (v) avocação do processo pela autoridade hierarquicamente superior; (vi) prática de ato administrativo incompatível com o ato anterior (preclusão lógica); (vii) promulgação de nova lei mais benéfica para o interessado; (viii) ocorrência de uma das hipóteses de coisa julgada administrativa referidas no item 4.

Em qualquer dessas hipóteses, dentre outras possíveis de ocorrerem, estará precluso, para a autoridade a quem foi dirigido o recurso, o poder de revisão *ex officio*. Essa é a interpretação possível da parte final do § 2º do art. 63, até porque evita a interpretação que leve ao absurdo de entender-se que uma parte do dispositivo fica sem aplicação. Além disso, o *princípio da economia processual* recomenda que a revisão seja feita no curso do mesmo processo em que a matéria ainda está sendo examinada e pode sofrer alteração antes da exaustão dos recursos cabíveis. Seria pelo menos irrazoável que, embora reconhecendo desde logo a procedência das alegações do recurso, a autoridade tivesse que aguardar o término dos recursos, para só então proceder à revisão *ex officio*.

Pelas razões invocadas, a correta interpretação do art. 63, § 2º, da Lei de Processo Administrativo é a de que, apresentado o recurso fora do prazo ou após exaurida a esfera administrativa, a revisão de ofício só não será possível se tiver ocorrido algumas das hipóteses de preclusão do poder de revisão *ex officio* para a Administração Pública.

## 9 Da preclusão quanto à invalidação dos atos ilegais

Uma vez exaurido o processo administrativo, pela interposição de todos os recursos cabíveis, ainda é possível a invalidação dos atos ilegais, mediante provocação do interessado ou por iniciativa do próprio Poder Público.

O interessado pode requerer a invalidação da decisão com fundamento no direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição.

E a Administração Pública pode fazê-lo como decorrência de seu poder de autotutela, reconhecido pelas Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal. Pela primeira,

[...] a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos"; pela segunda, que absorveu a primeira, "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial [...].

O texto dessa súmula, que constitui mera aplicação do princípio da legalidade, acabou por se incorporar ao art. 53 da Lei 9.784/1999.

Só ocorre a preclusão (ou decadência) desse direito de revisão na hipótese prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999, ou seja, no caso de atos administrativos "de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários", salvo comprovada má-fé.

Em consequência desse poder de autotutela, a qualquer momento em que o interessado apresente o seu pedido de anulação, acompanhado da devida comprovação, a Administração tem o poder-dever de proceder a invalidação, desde que reconheça a procedência das alegações. Não a aproveita em nada a alegação de exaustão das vias administrativas, quando ainda há possibilidade de pleitear a invalidação na esfera judicial, por não ocorrência de prescrição.

## 10 Da *reformatio in pejus*

O princípio da *reformatio in pejus*, adotado no processo penal, impede que haja o agravamento da pena na decisão dos recursos.

Na Lei de Processo Administrativo existem duas normas que tratam do agravamento da situação

do administrado pelo órgão competente para decidir o recurso: o art. 64, que se aplica aos *recursos administrativos* em geral, e o art. 65, específico para os *pedidos de revisão* de processos de que resultem sanções.

Nos termos do art. 64,

[...] o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência [...].

Pelo parágrafo único,

[...] se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão [...].

Vale dizer que a lei afasta o princípio da *reformatio in pejus*, apenas exigindo que, antes da decisão que agrave a situação do interessado, se assegure o direito de apresentar suas alegações. Na realidade, o órgão responsável pelo processo deverá garantir ao recorrente o direito à ampla defesa e ao contraditório, com possibilidade, inclusive, de apresentar novas provas; sem isto, haverá afronta ao art. 5º, LV, da Constituição. Não há possibilidade de agravamento da situação se o órgão atuar de ofício, porque, nesse caso, haveria também ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

É o ensinamento, muito preciso e incontestável, de Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz,<sup>20</sup> quando afirmam:

*A tutela da ampla defesa envolve a possibilidade de, sem ser surpreendida, a parte rebater acusações, alegações, argumentos ou interpretações tais como dialeticamente postos, para evitar sanções ou prejuízos. Ver sua posição agravada sem contraditório, quando sequer houve recurso da parte contrária, é validar a restrita defesa, e não a ampla defesa de que cuida a Constituição. E é também fazer letra morta dos princípios da isonomia e da boa-fé (assim se pronunciou o STJ no MS 6.478-DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 29/05/2000, p. 110). Nem se diga que a repulsa à reformatio in pejus poderia conduzir à consolidação de ilícitos absolutos ou à fuga à verdade material: o que se defende é a impossibilidade do agravamento sem recurso (ao menos adesivo) da Administração ou sem abrir margem ao precedente contraditório, na relação processual administrativa;*

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 155.

*mas a decisão do Estado-juiz poderá indicar o cabimento do enquadramento mais severo, daí podendo o Estado-administração vir a praticar os atos que entenda necessários e/ou convenientes, sem sacrifício das tutelas constitucionais básicas, antes lembradas.*

Não é diferente o pensamento de Egon Bockmann Moreira,<sup>21</sup> quando ensina que

[...] nenhum gravame inédito aos autos poderá ocorrer sem o conhecimento prévio e o exercício da ampla defesa e contraditório por parte do recorrente. Inclusive, poderão ser realizadas diligências probatórias, e o órgão julgador deverá levar em conta a manifestação do recorrente na motivação da decisão [...].

Diferente é a hipótese de que trata o art. 65 e seu parágrafo único, assim redigidos:

*Artigo 65 – Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.*

*Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*

A revisão do processo, também inspirada em igual instituto do processo penal, apresenta as seguintes características, segundo o disposto no art. 65:

a) é cabível a qualquer tempo; não tem sentido a imposição de prazo para cabimento da revisão, pois isto destoaria da natureza *sui generis* do instituto que tem por fim corrigir um erro no julgamento; se houve erro e a sua correção pode beneficiar o administrado, seria pelo menos irrazoável e contrário à moralidade administrativa sujeitar a revisão a um limite temporal;

b) a revisão supõe que já tenha se encerrado o procedimento pelo não cabimento de novos recursos;

c) só é possível se surgirem fatos novos (ou fatos anteriores só posteriormente conhecidos) ou circunstâncias relevantes (como, por exemplo, inovação legislativa ou a interpretação mais benéfica para o interessado);

d) pode ser feita a pedido ou de ofício;

e) somente é prevista para os processos de que resultam sanções; em outros tipos de processo, de natureza não sancionatória, se surgirem fatos

novos que comprovem a nulidade da decisão, restará ao administrado o direito de requerer a anulação do ato.

Nos processos de revisão, não é possível o agravamento da sanção. É o que está expresso no art. 65, parágrafo único.

## 11 Da aplicação da lei posterior mais benéfica

O art. 5º, XL, da Constituição Federal determina que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Essa norma é vista como corolário do princípio da anterioridade da lei penal, consagrado no inciso XXXIX do mesmo dispositivo constitucional, pelo qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Comentando o inciso XL, José Afonso da Silva<sup>22</sup> justifica a exceção da retroatividade mais benéfica, ensinando que

[...] se o Estado reconhece, pela lei nova, não mais necessária à defesa social a definição penal do fato, não seria justo nem jurídico alguém ser punido e continuar executando a pena cominada em relação a alguém, só por haver praticado o fato anteriormente [...].

E acrescenta o autor que

[...] a lei nova também retroage se altera o regime anterior em favor do réu – seja, por exemplo, cominando pena menor ou estabelecendo atenuante, ou qualquer outro benefício [...].

Não existe na Lei de Processo Administrativo norma expressa admitindo a aplicação retroativa da lei posterior que seja mais benéfica ao administrado. No entanto, o mesmo princípio da retroatividade benéfica deve ser aplicado, já que são idênticos os fundamentos. Também em relação aos ilícitos administrativos tem aplicação o princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal): do mesmo modo que no Direito Penal, perde completamente o sentido de justiça a manutenção de penalidade para um ato que deixou de ser considerado ilícito pela lei posterior. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito pelo qual *onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal (ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio)*.

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 359.

<sup>22</sup> *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138.

Pela mesma razão, se a lei não se alterou, mas mudou a interpretação adotada pela Administração Pública, a regra é a de que a nova interpretação não pode retroagir. Essa vedação consta expressamente do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999. No entanto, se a nova interpretação for mais favorável ao acusado, ela deve ser aplicada, pelos mesmos fundamentos que recomendam a retroatividade da lei mais benéfica. A mesma conclusão tem sido adotada em matéria penal, embora o Código Penal silencie. Veja-se o que ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:<sup>23</sup>

*Digno de indagação, igualmente, é se a proibição de retroatividade afeta apenas a lei ou também a jurisprudência. Embora se considere que mudança de orientação jurisprudencial não constitui violação ao princípio da legalidade, afigura-se evidente que tal fato não deixa de colocar em xeque valores que estão intimamente vinculados a essa ideia. Daí a necessidade que os Tribunais atuem com extrema cautela nesse processo de revisão jurisprudencial.*

*De qualquer sorte, sustenta Figueiredo Dias que “o cidadão que atuou com base em expectativas fundadas numa primitiva corrente jurisprudencial não estará completamente desprotegido, já que poderá por vezes amparar-se numa falta de consciência do ilícito não censurável, que determinará a exclusão da culpa e em consequência da punição”.*

Se a Administração, mesmo sem alteração legislativa, adotou interpretação mais favorável, essa interpretação deve beneficiar o acusado. Se a interpretação for desfavorável, segue-se o mesmo princípio que veda a retroatividade da lei.

## 12 Conclusões

Os princípios do processo judicial não podem ser transpostos para o processo administrativo sem que sejam respeitadas as peculiaridades do regime jurídico a que se submete a Administração Pública.

O princípio do formalismo abrandar-se pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material, do interesse público, cabendo falar em informalismo ou formalismo moderado.

A coisa julgada não tem o mesmo efeito que nos processos judiciais, já que a decisão administrativa é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, em

decorrência do princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não existe no Direito Administrativo a coisa julgada material.

A preclusão, para o administrado, sofre maiores restrições do que nos processos judiciais, porque, estando a Administração sujeita ao princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. A consequência é que os prazos impostos ao interessado para apresentar suas alegações e provas, bem como para recorrer, se desrespeitados, não impedem a Administração de rever o ato impugnado, se reconhecer a procedência das alegações e provas, ainda que extemporâneos, desde que não tenha ocorrido a preclusão, para a Administração, do seu poder de revisão.

A preclusão dos ônus processuais tem que se harmonizar com o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como com o princípio da motivação, especialmente nos processos sancionatórios.

O poder de invalidação dos atos administrativos só é alcançado pela preclusão (ou decadência), após cinco anos da data em que foi proferida a decisão de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. Fora dessa hipótese, não ocorre preclusão: o interessado pode pleitear a anulação e a Administração Pública pode fazê-la a qualquer tempo.

O princípio da *reformatio in pejus*, que impede o agravamento da sanção, tem aplicação nos processos administrativos sancionatórios, quando se trate de pedido de revisão baseado no surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Tem aplicação nos processos administrativos o princípio da aplicação da lei posterior mais benéfica. A mudança de interpretação da lei, se prejudicial ao administrado, não retroage.

## Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. A lei de processo administrativo federal: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes

<sup>23</sup> Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 570.

de (Org.). *Processo administrativo. Temas polêmicos da Lei 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 185-201.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo – Comentários à Lei 9.784/1999*. 3. ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo – Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZYMLER, Benjamin. A procedimentalização do direito administrativo brasileiro. *Fórum administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002.

## O princípio da boa-fé no Direito brasileiro

Arnoldo Wald\*

Confiança é a expectativa que surge, numa comunidade, de um comportamento honesto e cooperativo por parte dos outros membros da sociedade, com base em normas aceitas por todos. Francis Fukuyama<sup>1</sup>

*A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, onde todos ganham, sociedade solidária, com um projeto comum de abertura, de trocas e de comunicação.* Alain Peyrefitte<sup>2</sup>

Para entender adequadamente a incidência do princípio da boa-fé e sua extensão no Direito brasileiro, é preciso analisar sucessivamente a posição que o legislador e a jurisprudência tiveram antes e depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

### A) Da situação anterior à vigência do Código Civil de 2002

Tanto o Código Comercial de 1850 como o Código Civil de 1916 se referiam à boa-fé<sup>3</sup>, considerando a boa-fé subjetiva, ou seja, a simples ausência de má-fé. Não há, pois, dúvida que, até 1970, não existia, no Direito brasileiro, a formulação do princípio da boa-fé objetiva como regra de aplicação geral.<sup>4</sup>

Já anteriormente, a partir de 1930, o legislador, a doutrina e os tribunais brasileiros desenvolveram mais amplamente a teoria da imprevisão e passaram a admitir, conseqüentemente, a revisão dos contratos<sup>5</sup>, inclusive com base na teoria da boa-fé.

A noção de boa-fé se sedimentou no Direito brasileiro, com o sentido específico que teve no art. 242 do Código Civil alemão, (BGB), tanto pelo fato de ter o Código Civil brasileiro, por ocasião de sua elaboração, sofrido a sua influência como em decorrência da aplicação mais ampla que dela fizeram os tribunais germânicos, em decorrência da inflação nos anos 1920/1930. Trata-se de considerar a boa-fé como instrumento para resguardar tanto a confiança e a lealdade, entre as partes, como o próprio equilíbrio contratual inicialmente estabelecido. No fundo, a invocação da boa-fé não se destina a corrigir ou mudar o contrato, nem a nele incluir cláusulas que não previu, mas de manter o espírito e não a letra das cláusulas contratuais e o equilíbrio inicialmente existente entre as partes, que pode ensejar a atualização das prestações.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que admitiu a indexação das indenizações, sem que tivesse havido previsão legal, inspirou-se explicitamente no art. 242 do BGB, como ressalta o voto do Ministro Rodrigues de Alckmin no acórdão líder que tratou da matéria. Esclarece o eminente juiz que o juiz brasileiro deveria seguir o exemplo dos tribunais da Alemanha, que aplicaram o art. 242 para reajustar os débitos, assinalando que:

Há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos se executam de boa-fé para que nesse texto fimassem a concessão de revalorização de dívidas, forçando o legislador à disciplina do tema.<sup>6</sup>

Pouco tempo depois, todavia, o mesmo tribunal completava o seu pensamento entendendo que, nos termos da Constituição brasileira, somente a lei e o contrato podem criar obrigações, não sendo lícito ao juiz fazê-lo.<sup>7</sup>

\* Advogado. Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Fundador do Escritório Wald e Associados Advogados.

<sup>1</sup> FUKUYAMA, Francis. *Trust - the social virtues & the creation of prosperity*. New York: The Free Press, 1995, p. 26.

<sup>2</sup> PEYREFITTE, Alain. *La société de confiance*. Paris: Editions Odile Jacob, 1995, p. 10.

<sup>3</sup> Art. 131, 1, do Código Comercial, e art. 85 do Código Civil, que trata da matéria em geral, sem prejuízo de numerosas outras referências específicas nos arts. 1.442 a 1.446, 1.404, 622, 968, 490, 500 etc.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *La bonne foi dans la formation du contrat*, e WALD, Arnoldo, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*. In: *La bonne foi (Journées Louisianaises)*, publicação da Association on Henri Capitant, tomo XLIII, Paris: Litec, 1992.

<sup>5</sup> FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 329 e ss..

<sup>6</sup> Voto do Ministro Rodrigues Alckmin no Recurso Extraordinário 79.663 (Recte. Auto Viação Tabu Ltda. e do Estado de São Paulo) em 03/04/1975, dando ensejo ao acórdão do Tribunal Pleno de 18/09/1975, publicado na RTJ 79/515 (fev. 1977).

<sup>7</sup> Conflito de Atribuições 35, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 02/12/1987 e cujo acórdão foi publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 650, pp. 181 a 205, dez. 1989.

Na mesma época, a doutrina brasileira reexaminou o conceito de boa-fé, para dar-lhe uma nova acepção mais ampla e construtiva, seguindo o exemplo da jurisprudência alemã que considerara o art. 242 do BGB como devendo dominar a totalidade do direito dos contratos na lição de Crome, Esser e Staudinger. Coube ao Professor Clovis V. do Couto e Silva, em estudos de direito comparado<sup>8</sup> e em tese de concurso<sup>9</sup>, destacar a evolução que a boa-fé teve na Alemanha, concluindo que cabia introduzir o mesmo conceito no Direito brasileiro.

Na sua tese, afirmou Clóvis V. do Couto e Silva, após referir-se aos ensinamentos do Direito romano, que:

Modernamente fato similar ocorre com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o § 242 do BGB.<sup>10</sup>

Acrescenta que:

O princípio da boa-fé, no Código Civil Brasileiro, não foi consagrado, em artigo exposto, como regra geral, ao contrário do Código Civil Alemão.

Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também com os usos de tráfico.<sup>11</sup>

Conclui Clóvis V. Couto e Silva que:

O princípio da boa-fé para determinar 'o que' e o 'como' da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação.<sup>12</sup>

[...]

Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude ('nostra res agitur'), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe

dever de aplicação a tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum. (grifamos)

*Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam.*<sup>13</sup> (grifamos)

Não há dúvida, na doutrina brasileira, que o princípio da boa-fé, inspirado pelo art. 242 do BGB e com o sentido que tinha no direito alemão, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal e desenvolvido por Clóvis V. do Couto e Silva, tendo prevalecido até a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro de 2002.

É o que reconhece o professor Miguel Reale, coordenador dos trabalhos do novo Código Civil, que escreveu:

Se o direito dos contratos não surge exclusivamente dos princípios da autodeterminação e autovinculação, como ocorria no passado, é porque sobre eles incidem, com cada vez maior peso, os princípios da boa-fé objetiva – cuja expressão mais consagrada está no parágrafo 242 do Código Civil Alemão – e da função social do contrato, este decorrência lógica do princípio da função social da propriedade, de foro constitucional, e ambos contemplados de forma expressa no Projeto do Código Civil, em tramitação na Câmara dos Deputados, mas que mesmo hoje vigoram no direito civil brasileiro.

Assinala, neste particular, Clóvis do Couto e Silva que a inexistência, no vigente Código Civil brasileiro, de artigo semelhante ao citado parágrafo 242, 'não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica com significado de regra de conduta', o que vem sendo aceito sem ressalvas pela melhor e mais recente jurisprudência [...].<sup>14</sup> (grifamos)

No mesmo sentido Judith Martins-Costa na sua tese de doutorado<sup>15</sup>, e em outra obra<sup>16</sup>, assim como

<sup>8</sup> COUTO E SILVA, Clovis V. do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, conferência realizada na 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, em Porto Alegre, em 18/07/1979 e publicada na obra *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis V. do Couto e Silva*, organizada por Vera Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58.

<sup>9</sup> COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*, tese. Porto Alegre, 1964.

<sup>10</sup> Op. cit. na nota anterior, p. 29.

<sup>11</sup> Idem, p. 30.

<sup>12</sup> Idem, p. 31.

<sup>13</sup> Idem, p. 32.

<sup>14</sup> REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel. *Questões atuais de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 125.

<sup>15</sup> MARTINS-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, especialmente pp. 287 e seguintes.

<sup>16</sup> MARTINS-Costa, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 195.

numerosos outros autores<sup>17</sup> que todos se referem ao BGB e às lições de Clóvis V. do Couto e Silva para definir o papel da boa-fé.

Assim, não há dúvida que, até 2002 inclusive, a lei só se referia à boa-fé subjetiva e a jurisprudência e a doutrina só admitiam utilizar o conceito para garantir os deveres implícitos decorrentes da letra e do espírito do contrato, fazendo a adequada distinção entre obrigações e deveres de maior ou menor densidade, considerando a natureza do contrato e a posição respectiva das partes, uma em relação à outra.

Com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, passou a legislação especial a consagrar amplamente tanto o princípio da boa-fé como a imprevisão e a revisão contratual, ampliando os conceitos tendo em vista a proteção especial assegurada ao consumidor, funcionando o direito da defesa do consumidor como um direito especial em relação aos demais ramos do direito privado (Direito Civil e Direito Comercial)<sup>18</sup>.

As normas do Código Civil de 1916 continuaram em vigor até janeiro de 2003, regendo todas as operações já realizadas até a mencionada data e incidindo sobre alguns efeitos futuros de contratos anteriores que não ferissem a ordem pública. É o que dispõe o art. 2.035 do Código Civil de 2002 de acordo com o qual:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos, de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos [...].

A doutrina é mansa e pacífica na matéria, afirmando que:

*Daí porque deve-se interpretar restritivamente a noção de direito adquirido, de molde a que não alcance, de forma nenhuma, os efeitos futuros de negócios jurídicos que, posto praticados legalmente no passado, são hostilizados pela lei nova. Até a entrada em vigor desta, há de se proteger os efeitos produzidos pelo ato jurídico perfeito, sempre que definitivamente incorporados ao patrimônio de alguém [...].*<sup>19</sup> (grifamos)

É, pois, evidente que, em relação a atos e fatos ocorridos até janeiro de 2003 e que produziram todos os seus efeitos, descabe a aplicação do novo Código Civil, limitando-se a boa-fé a garantir a lealdade, a confiança e o equilíbrio contratual inicialmente estabelecido, só podendo o juiz ou o árbitro deduzir ou criar deveres jurídicos previstos pela lei ou pelo contrato e que neles estejam implicitamente incluídos, constituindo mera atualização das prestações em virtude de fatos supervenientes. As obrigações de informação, conselho e cooperação só existem, pois, em relação a esses atos, dentro dos limites em que foram previstas ou são decorrentes de textos legais e contratuais, nos quais sejam explícitas ou implícitas. Não se pode, conseqüentemente, criar outros deveres jurídicos que não sejam derivados ou decorrentes do contrato. A boa-fé dentro da concepção vigente até a entrada em vigor do Código Civil não permite construções para corrigir o contrato, limitando-se elas, quando baseadas na boa-fé, a interpretá-lo no contexto dinâmico da vida hodierna.

## B) A situação decorrente da entrada em vigor do novo Código Civil

Houve duas influências que foram sofridas pelo novo Código de 2002 no que se refere a boa-fé. De um lado, manteve-se a tradição inspirada no art. 242 do BGB de uma boa-fé que interpreta, integra e complementa o contrato. De outro, sentiu-se, especialmente, nos contratos de adesão, a influência do Código de Defesa do Consumidor que utilizou a boa-fé, a teoria da imprevisão e a revisão contratual como instrumentos de defesa do consumidor, dando ao juiz amplo poder de corrigir as eventuais injustiças

<sup>17</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e, Teoria geral da boa-fé objetiva, *Revista do Advogado* – AASP, n. 68, p. 100, dez. 2002; USTÁRROZ, Daniel, As origens da boa-fé objetiva no Novo Código Civil, Síntese, Porto Alegre, p. 3, jan. 2003, e PEZZELALA, Maria Cristina Cereser, O princípio da boa-fé objetiva no direito alemão e brasileiro, *Revista do Direito do Consumidor*, n. 23-24, p. 199, jul./dez. 1997.

<sup>18</sup> WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 621.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 214.

decorrentes do contrato ou até da aplicação da lei no caso concreto.

O alcance do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002 constitui, aliás, questão polêmica, pois alguns autores entendem que deveriam constar da lei as diretrizes para que houvesse uma melhor definição do conceito, como ocorre no Código Civil holandês.<sup>20</sup>

Também entendem alguns professores que, no Código Civil de 2002, a boa-fé só incide em relação à interpretação do ato jurídico, não permitindo que possa suprir as falhas ou lacunas e muito menos corrigir as cláusulas contratuais. É, por exemplo, o entendimento do Professor Antonio Junqueira de Azevedo que, manifestando-se em relação ao Projeto do Código Civil cujo texto foi mantido na redação definitiva do diploma legal, escreve:

*Com relação às deficiências, a regra da boa-fé tem funções que chamo de 'pretorianas' em relação ao contrato. O chamado 'direito pretoriano', no direito romano, foi aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir e corrigir o direito civil. Havia o direito civil estrito (direito civil mais rigoroso); o direito pretoriano veio adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia.*

[...]

*A interpretação de acordo com a boa-fé está tanto no art. 421 quanto no primeiro artigo da Parte Geral do Projeto sobre interpretação dos negócios jurídicos. Mas as outras duas funções, aquela que é supplendi e a outra que é corrigendi, não estão no Projeto. No caso da função supplendi, há dois aspectos: um é o problema dos deveres anexos. A cláusula de boa-fé – sempre comentada por todos os tratadistas, por todos os manuais – cria deveres anexos ao vínculo principal. Existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal expresso, e, depois, há os deveres colocados ao lado, ora ditos secundários, ora anexos, especialmente o dever de informar e, mais um dever negativo, o de manter sigilo sobre alguma coisa que um contratante soube da outra parte, ou também deveres ditos positivos, como o de procurar colaborar com a outra parte (daí até mesmo uma visão talvez excessivamente*

*romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si) [...].<sup>21</sup>*

(grifamos)

De qualquer modo ou o novo Código Civil manteve o entendimento anterior em relação à boa-fé, limitando-se a explicitá-lo ou, ao contrário, admitiu, mas somente em determinados casos, a conceituação da boa-fé dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Essa dualidade de posições acabou ensejando interpretações distintas das várias disposições que o novo Código contém na matéria e especialmente no que se refere aos arts. 113, 421, 422 e 423, que têm a seguinte redação:

*Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

*Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

Se, no art. 423, que se refere aos contratos de adesão e em alguns outros casos, nos quais existe evidente superioridade econômica de um dos contratantes em relação ao outro, a boa-fé justifica um papel corretivo do juiz para criar um novo equilíbrio, o mesmo não acontece, todavia, nos contratos empresariais nos quais as partes têm situações análogas.

Tratando-se de operação comercial entre grandes empresas, a boa-fé não significa a criação de novos deveres não previstos pela lei ou pelo contrato, mas tão somente a interpretação dos já existentes de acordo com os princípios da confiança e da lealdade que devem existir entre os contratantes e considerando-se a função social e econômica do contrato.

A doutrina tem aludido a diversos graus de densidade ou intensidade, que deve ter a aplicação do princípio da boa-fé, considerando-se a natureza dos

<sup>20</sup> Escreve o Professor Antonio Junqueira de Azevedo:

“No caso do Projeto de Código Civil, infelizmente não há essas diretrizes. O Projeto limita-se a dizer que os contratantes devem comportar-se segundo a boa fé. Os Códigos modernos trazem as diretrizes” (O princípio da boa-fé nos contratos. In: *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*, publicação do Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 129).

<sup>21</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *Revista dos Tribunais*, v. 775, p. 14, maio 2000.

atos jurídicos, mas também a situação respectiva dos contratantes um em relação ao outro.

Assim, o respeito à confiança passou a ser considerado, recentemente, como um princípio geral do Direito, incidente tanto nas relações privadas como no setor público. Dito de forma simples, o assim chamado princípio da confiança demanda previsibilidade da conduta de todos os integrantes do convívio social, inclusive do Estado, das empresas e das pessoas nas suas relações com os demais.

Ultrapassada a fase em que dele se tratava apenas incidentalmente, como um mero valor ético subjacente, o princípio da confiança tornou-se objeto de tratados, leis e decisões jurisprudenciais em vários países. A inclusão da confiança entre os valores jurídicos legalmente protegidos é, entretanto, fato relativamente novo. Cabe, assim, para a devida compreensão do assunto, investigar brevemente a evolução do seu reconhecimento histórico.

### C) O princípio da confiança

O princípio da proteção da confiança nasceu, portanto, muito atrelado à necessidade de se assegurar uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco. Vamos ver, porém, que o seu papel, hoje, é muito mais amplo, abrangendo até as relações de direito público e constituindo um verdadeiro princípio geral do Direito.

A confiança legítima é considerada criadora de um direito subjetivo, fazendo prevalecer, em determinados casos, a vontade declarada sobre a vontade real<sup>22</sup>. O que pode parecer estranho, na responsabilidade decorrente da frustração da confiança, é que, em determinados casos, o outro contratante não pretendeu obrigar-se nem cometeu alguma falta, não tendo necessariamente agido com culpa ou dolo, mas, não obstante, tornou-se devedor ou responsável perante o qual nele confiou. Há, todavia, uma condição básica e que consiste no fato de ter o prejuízo decorrido da confiança que inspirou o responsável, criando-se uma expectativa em favor de outrem, que assim se torna credor no momento da frustração que passa a sofrer.

Na realidade, desloca-se, com essa nova fonte das obrigações, o foco que o Direito tinha em relação à responsabilidade, vinculando-a tradicionalmente ao comportamento do responsável, ou seja, do devedor. No caso de aplicação do princípio da confiança, enfatiza-se o direito do credor à segurança, ou seja, ao cumprimento das promessas por ele deduzidas do comportamento alheio em virtude da relação de confiança.

Como afirma Jean Calais-Auloy, a proteção do devedor não é esquecida, mas, no caso, passa após a do credor<sup>23</sup>. É, aliás, uma das tendências da evolução mais recente da responsabilidade civil, a que nela vislumbra um dever de garantir a segurança de pessoas e dos bens. Ainda em meados do século passado, Georges Ripert observava uma mudança de prisma na evolução da responsabilidade civil. No capítulo intitulado “*a distribuição dos riscos*” do seu livro sobre o regime democrático e o Direito Civil, examinava a evolução que tinha ocorrido, partindo do conceito de responsabilidade para chegar ao de reparação e afirmando que:

O direito contemporâneo, por todas essas razões, olha o lado da vítima e não o do autor.

[...]

*É a razão pela qual o nosso direito atual tende a substituir a ideia de responsabilidade pela de reparação do dano.*<sup>24</sup>

A doutrina concluiu que a responsabilidade, em muitos casos, deixou de ser tratada como obrigação do autor do dano, para adquirir a virtualidade de crédito da vítima. Especialmente nas relações entre os indivíduos e os grupos e nas relações de massas, como é o caso dos acidentes de circulação e de trabalho, como também dos prejuízos decorrentes da atividade empresarial que cria riscos, o crédito a favor da vítima passa a não mais depender da culpa do autor. Ou seja, complementando o direito pela equidade, concluiu-se que “quando a justiça comutativa da responsabilidade é impotente para reparar a fatalidade de uma desgraça, cabe à justiça distributiva assumir o seu papel”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 181.

<sup>24</sup> RIPERT, Georges. *Le regime démocratique et le droit civil moderne*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, n. 169, p. 309.

<sup>25</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation.

<sup>22</sup> CALAIS-AULOY, Jean. L'attente légitime une nouvelle source du droit subjectif. In: GUYON, Yves. *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur*. Paris: Dalloz, 2003, p. 180.

Embora tenha sua noção muito atrelada, por seu próprio desenvolvimento histórico acima analisado, à proteção do contratante mais débil, o princípio da confiança a ela não se equipara. É preciso distinguir o princípio da confiança da maior proteção dada à parte economicamente mais fraca, embora, em alguns casos, as consequências de ambos possam ser idênticas.

Existe, por exemplo, uma patente relação entre o princípio da confiança e o antigo princípio fundamental de que os pactos devem ser cumpridos — que não se aplica, como se sabe, apenas quando há desigualdade entre os contratantes. Há também uma relação entre a confiança e a garantia do equilíbrio contratual (que, do mesmo modo, não é necessariamente aplicável apenas à parte mais fraca da relação). Com efeito, partindo-se da premissa de que o acordo de vontade tenha sido comutativo, considera-se que há uma expectativa — que deve ser garantida — de que essa comutatividade seja mantida e respeitada durante toda a sua execução.

O princípio da confiança, além disso, complementa o da função social do contrato: significa que o respeito ao equilíbrio contratual, que deve estar presente em todo o direito privado, deve ser apurado de acordo com as circunstâncias de cada caso. Deve-se atentar para a finalidade de ambas as declarações de vontade, isto é, para a expectativa gerada, para a extensão da confiança depositada por cada uma das partes na celebração do negócio.

Cabe, no entanto, fazer uma ressalva. Não é toda e qualquer confiança que deve ser tutelada. É indispensável que a expectativa da parte seja legítima e razoável para ser protegida pelo princípio da confiança. Quer se trate de situação em que uma pessoa espera exercer um direito contra outrem, ou obter um bem ou serviço com determinadas qualidades e em certas condições, ou, ainda, não sofrer um prejuízo em virtude de estar usando produtos colocados no mercado, é sempre preciso que a confiança seja, em outras palavras, justificada.

A proteção da confiança — assim como a atribuição de uma função social ao contrato ou a proteção da boa-fé — não constitui uma espécie de ação afirmativa, em virtude da qual os interesses do mais fraco devessem merecer maior proteção. Significa

tão-somente que a finalidade da declaração de vontade não deve ser distorcida no interesse de uma das partes e em detrimento da outra. No particular, a posição do direito civil é equilibrada e não se confunde com a adotada seja pelo Direito do Trabalho seja pelo Direito do Consumidor.

As dúvidas que existiam na matéria foram dirimidas pelo Professor Miguel Reale, em elucidativo artigo que tem, em certo sentido, o valor de interpretação autêntica do novo Código Civil, cuja elaboração coordenou. No seu estudo, faz inicialmente alusão aos textos constitucionais que garantem a livre iniciativa, considerada como “*um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito*” e a condenação dos abusos de direito, que caracteriza como sendo “*uma das formas de constitucionalização do Direito Privado*”. Em seguida, lembra a distinção existente entre três sistemas de ordenamento jurídico, conforme a relevância que dão respectivamente aos direitos individuais e aos interesses sociais, para esclarecer que:

*Na elaboração de ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis; ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a ‘socialização dos contratos’: ou, então assume uma posição intermédica combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.<sup>26</sup>*

A confiança contém, assim, evidentemente, um elemento ético da maior relevância, podendo até afirmar-se que a recente jurisprudência incorporou ao direito um valor que anteriormente era simplesmente moral e não jurídico.

Há, como já se pode intuir, uma estreita vinculação entre o princípio da confiança e o da boa-fé objetiva. Ao dever de atuar com boa-fé corresponde o direito de outrem de ver realizada a sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou, de boa-fé, no cocontratante ou em terceiro. Protege-se a confiança nas afirmações feitas, mesmo que o sejam de modo incidental, na aparência do produto, na representação da empresa, etc. A confiança, em certo sentido, é o outro lado da moeda da boa-fé. A diferença

*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, I, p. 19. Já defendíamos ideias análogas em nossa monografia a respeito da responsabilidade civil, publicada pelo DASP, em 1953, pp. 72-74.

<sup>26</sup> REALE, Miguel. Função social do contrato, *O Estado de São Paulo*, 22/11/2003.

é que o enfoque, na proteção da confiança, não está na existência de um intuito de lesionar da outra parte, mas, sim, apenas e tão somente, na existência de uma expectativa legítima por parte de um dos contratantes.

Mas a confiança não é apenas o valor que almeja proteger o princípio da boa-fé objetiva. É possível considerá-la como um princípio autônomo, pois o seu conteúdo é mais dilatado, servindo de fundamento a diversas outras normas e aplicando-se a também diversas outras hipóteses, independentemente da boa-fé.

A proteção da confiança não se restringe, aliás, ao âmbito dos contratos. É um princípio incidente sobre as mais diversas relações estabelecidas entre os atores sociais. É com base na confiança depositada em outrem, que, por exemplo, em certos casos, se valoriza a declaração unilateral de vontade que justifica os efeitos do mandato aparente, bem como a irretratabilidade de decisões administrativas.

Embora tenha se desenvolvido e ganhado destaque no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para se supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao revés, por sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao princípio da moralidade (art. 37 da Constituição).

Adiante será visto quais manifestações do princípio da confiança têm sido tuteladas no Direito brasileiro. Pode-se afirmar, apenas, em conclusão, que, de um modo geral,

*[...] a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas [...].*<sup>27</sup>

Tanto assim que se conclui que a confiança “é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa-fé ou se concretize um abuso de direito”<sup>28</sup>. Deve-se, assim, apreciar a confiança de acordo com o critério abstrato, sem prejuízo de, excepcionalmente, usar um critério concreto,

considerando as circunstâncias peculiares de cada caso na busca por soluções equitativas.

As questões da confiança e da boa-fé também foram apreciadas no campo do Direito Comercial, no REsp 256.456, da relatoria do Ministro Ruy Rosado, com votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Sálvio Teixeira dando provimento ao recurso para reequilibrar as prestações das partes, de acordo com a seguinte ementa:

*COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado.*

*O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço.*

*Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CCComercial).*

*Recurso conhecido e provido.*<sup>29</sup>

O mencionado acórdão é importante por várias razões. É anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002 e extrai os princípios da boa-fé objetiva e da confiança das regras de Direito Civil e Comercial então vigentes, em particular do art. 1.125 do Código Civil de 1916, que proíbe que o preço seja fixado por uma das partes, e do art. 131 do Código Comercial, que determina que a conduta do comerciante obedeça sempre à boa-fé. Por outro lado, confirma decisão de primeira instância que se refere expressamente ao princípio da confiança, citando a doutrina portuguesa liderada pelo Professor Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro.

No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo tinha entendido que o contrato era aleatório e que, conseqüentemente, cada uma das partes deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos por ela assumidos. No entanto, divergiu o acórdão do STJ, concluindo que, assim mesmo, era preciso manter o equilíbrio das prestações. É o que se verifica pelo trecho final do voto do relator:

*No caso dos autos, a eg. Câmara entendeu que o contrato aleatório pode manter o desequilíbrio entre as partes: ‘o contrato firmado pelas partes não é de adesão, e sim normativo, não houve qualquer desequilíbrio econômico porque aleatório, não*

<sup>27</sup> ROCHA, Antonio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Dissertação de doutoramento. 2. tiragem. Lisboa: Almedina, 2001, p. 1.234.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 1.248.

<sup>29</sup> Julgamento unânime da 4ª Turma de 22/03/2001.

houve qualquer afronta ao princípio da boa-fé dos produtores' (fl. 968).

*Tenho, no entanto, que o contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranjas), ao lançar as despesas à conta de uma das partes, contém desequilíbrio não admitido na nossa legislação, pois deixou ao critério da compradora a fixação do preço e lançou os custos sobre o produtor, sem risco para o adquirente, o que viola a regra do art. 1125 do CCivil, invocada pelos recorrentes e não aplicada pela eg. Câmara. Além disso, a boa-fé objetiva impunha às partes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado, assim como observado na r. sentença. Reza o art. 131 do CComercial, que o contrato comercial deve ser interpretado conforme a boa-fé. O r. acórdão negou vigência a esse dispositivo ao consagrar a desigualdade expressa nos contratos de adesão.*<sup>30</sup>

A mesma tese do respeito à confiança depositada pelas partes foi adotada na jurisprudência que, finalmente, se sagrou vencedora no caso da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil. Considerou o STJ que cada um dos contratantes devia assumir parte do risco da desvalorização cambial, pois esta atingiu níveis que não foram por eles previstos. Trata-se de decisões que se fundamentaram no voto do Ministro Ari Pargendler, no REsp 472.594-SP, tendo sido acompanhado pelos Ministros Aldir Passarinho Junior, Castro Filho, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro<sup>31</sup>.

O referido voto reconhece que ambas as partes esperavam que fosse ocorrer uma menor valorização da moeda estrangeira, assumindo, pois, o respectivo risco. Tratava-se de desvalorização do Real, que era previsível, mas não foi prevista pelas partes, ensejando o desequilíbrio econômico do contrato. Foi o seguinte o entendimento que prevaleceu no STJ, conforme se verifica no voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler:

*As partes contavam com a estabilidade do real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se – a despeito da posição pública do Governo – que ela não subsistiria, porque comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, prejudicaria irremediavelmente a política econômica, toda*

*atrelada à chamada âncora – o vocábulo diz tudo – cambial.*

*A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, impõe-se uma solução de equidade.*

*O acórdão recorrido, data vênia, errou ao aliviar o consumidor daquela parcela de onerosidade que poderia suportar, não excessiva, lesando gravemente o arrendador ao imputar-lhe integralmente os efeitos do fato superveniente.*

*Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento para que as diferenças resultantes da desvalorização do real sejam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão de metade – compensadas as custas e os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca.*<sup>32</sup> (os grifos são nossos)

Por sua vez, o Ministro Aldir Passarinho Junior teve o ensejo de salientar que:

*[...] é fato que inicialmente vantajoso para o consumidor o atrelamento das prestações do contrato à variação da moeda norte-americana, porque estável durante a primeira fase do plano real, em que o reajuste, assim feito, era inferior à TR e ao IPC, essa situação alterou-se drasticamente a partir de janeiro de 1999, em face das turbulências externas, que vieram a afetar a economia brasileira, significativamente dependente de investimentos e aplicações estrangeiras.*

*Era elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreendidos com a alta do dólar. Ela sempre existiu, lamentavelmente a estabilidade é que constituía a exceção.*

*Mas, inegável negar que também não era esperado um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, a inviabilizar o adimplemento de prestações antes plenamente suportáveis.*

*Tais contratos firmados com os consumidores eram derivados de outros – isso é notório, inclusive por inerentes aos primeiros – assumidos pelas financeiras*

<sup>30</sup> REsp 256.456.

<sup>31</sup> Decisão por maioria da 2ª Seção de 12/02/2003, rel. Ministro Aldir Passarinho, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 180, out./dez. 2003.

<sup>32</sup> Voto vencedor no REsp, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 185, out./dez. 2003.

*no exterior, daí igualmente vinculados à moeda alienígena.*<sup>33</sup>

Com relação à jurisprudência em matéria de correção cambial nos arrendamentos mercantis, o Ministro Ari Pargendler teve o ensejo de esclarecer que a solução, por ele proposta e que acabou sendo vencedora no STJ, não se inspirava na fórmula salomônica. Significava, ao contrário, uma divisão dos riscos assumidos voluntariamente pelas partes, que justificava a bipartição dos eventuais prejuízos decorrentes da diferença entre a variação cambial e a correção monetária, tanto mais que o arrendatário obtivera juros menores do que os que lhe seriam cobrados se o financiamento fosse em reais. Tendo a vantagem em relação aos juros, era justo que arcasse com a correção cambial, mas se esta viesse a se tornar excessivamente onerosa — como era o caso — caberia, no seu entender, ao Poder Judiciário encontrar uma solução equitativa.

#### D) A boa-fé no Direito Administrativo

Mais recentemente, o princípio da confiança tem sido invocado também para fundamentar a preservação dos contratos administrativos, em particular dos contratos de concessão. As cortes superiores brasileiras têm rechaçado a modificação, *a posteriori*, dos contratos de concessão unilateralmente por parte da Administração ou, até mesmo, por via de ações judiciais intentadas, por exemplo, pelo Ministério Público, associações e por entes políticos, questionando elementos fundamentais ao contrato de concessão.

Os tribunais superiores têm entendido que, alterando posteriormente o contrato de concessão, o Estado brasileiro lesa a confiança do investidor que participou do processo de licitação, celebrou contratos e empregou seus recursos no País. Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, de extrema relevância sobre o assunto, amplamente divulgada pela imprensa, mantendo o índice de reajuste das tarifas de telefonia contratualmente previsto, por entender que os

contratos de concessão devem ser respeitados para o bem do País.<sup>34</sup>

Além disso, o mesmo tribunal tem reconhecido que a quebra do equilíbrio dos contratos de concessão de rodovias, com a suspensão judicial do direito à cobrança ou ao reajuste de pedágio, despreza os vultosos investimentos feitos pela concessionária, causando perplexidade nos investidores, o que acaba prejudicando o usuário que se buscou proteger e lesando a ordem pública administrativa<sup>35</sup>.

O Superior Tribunal também entendeu que os acordos de acionistas já firmados pelo Poder Público não podem, por mudança na orientação política de Governo, simplesmente ser suspensos. Confira-se, nesse sentido, voto da lavra da ilustre Min. Eliana Calmon, que apreciou um pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança, interposto contra ato do Governo do Paraná, que anulou acordo de acionistas firmado a propósito da privatização de companhia de saneamento do estado:

*Entendo que os pactos e contratos firmados entre os órgãos públicos e os particulares, principalmente aqueles que envolvem altos investimentos e se dirigem à execução de serviços básicos, não podem ficar ao sabor de injunções políticas e ideológicas. Os contratos e acordos são firmados para a garantia de ambas as partes, não podendo o poder público, senão por razões emergenciais, romper unilateralmente as avenças.*

*Na hipótese dos autos o Estado, sem alegar emergência alguma, alterou unilateralmente por decreto, um acordo celebrado no governo antecedente, alegando ser ele ilegal e contrário aos interesses do Estado. [...]*

*A incerteza quanto à finalização da lide pendente aconselha que não se coloque em perigo o destino da empresa, com alterações irreversíveis no capital social da SANEPAR.*

*Assim sendo, por cautela e em nome da segurança jurídica, concedo a liminar nesta cautelar inominada, prestigiando o contrato [...]*<sup>36</sup>.

Deve-se destacar, para concluir, a decisão do então presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro Edson Vidigal, ao apreciar o pedido de

<sup>33</sup> Voto vencedor no REsp, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 185, out./dez. 2003.

<sup>34</sup> STJ, AgRg na Suspensão de Liminar n. 57-DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 1º/07/2004.

<sup>35</sup> STJ, AgRg na SS 76, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20/09/04.

<sup>36</sup> MC 8.527-PR, J. 02/07/2004.

suspensão de segurança 1.404. No caso, debatia-se a aplicabilidade da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e de um decreto administrativo que, instituindo vagas destinadas a idosos em transporte interestadual sem indicação da fonte de custeio e de seus critérios, faziam com que as empresas de transporte ficassem sujeitas a arcar com os custos do benefício concedido pela lei. Pontuou a respeito da matéria tratada nesse trabalho o ilustre ministro, não sem alguma dose de humor:

*Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em Dólares. Nem nos Reais da nossa atual unidade monetária, que exhibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada.*

[...]

*Ora, as leis terão que obedecer sempre à ordem constitucional, à lógica do Estado de Direito Democrático, o qual se funda em valores e em princípios, segundo a ideia de que a democracia há de buscar sempre o melhor para todos.*

*Assim, não pode haver, por exemplo, uma lei suprimindo o direito de propriedade. Nem uma lei em confronto, por exemplo, com o ato jurídico perfeito. Ou seja, com o que foi legalmente contratado.*

*Os transportes coletivos, rodoviários, ferroviários, aquaviários, marítimos, aéreos, se realizam por ações de empresas mediante contrato de concessão ou permissão do poder público. Essas concessões ou permissões têm prazo de validade, podendo ser canceladas, suspensas, renovadas ou não, tudo conforme os parâmetros de exigências reciprocamente pactuadas.*

*Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o poder público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela Lei.*

*Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que toda Lei pode vir em cima da iniciativa privada impondo uma ordem desse tipo, sem a correspondente contraprestação pecuniária, é desafiar o contrato, é ofender diretamente o mandamento maior da Constituição.*

[...]

*Assim, o contrato de autorização, concessão ou permissão de uma linha de ônibus, por exemplo, há que prever – e isso está previsto desde a promulgação da Carta de 1988 – as formas de ressarcimento pelo Estado das despesas da empresa para o cumprimento dessa ordem constitucional.*

*Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.<sup>37</sup>*

Extraí-se, em suma, das decisões acima comentadas que a confiança do particular no fiel cumprimento do contrato é considerada um princípio geral que deve ser estritamente observado pelo Poder Público.

Decisões como estas são importantes para garantir a preservação de institutos já consagrados do Direito Administrativo, como o das concessões, bem como o sucesso de novos, como o das parcerias público-privadas (PPP). A condição básica dessa parceria é a confiança que deve existir entre os parceiros, exigindo-se lealdade e respeito mútuo aos contratos e aos modelos inicialmente concebidos.

Com efeito, nas parcerias público-privadas, o Estado despe-se, em certo sentido, das suas prerrogativas para atuar em igualdade de condições com o seu parceiro. Essa boa-fé de ambas as partes, que é o segredo para o sucesso das PPP, foi caracterizada, com muita felicidade, como sendo uma verdadeira “cumplicidade”, no bom sentido da palavra. Salientou-se, assim, o caráter construtivo do novo instrumento jurídico, que é a parceria na qual os contratantes não têm interesses contraditórios, mas cooperam para alcançar o mesmo fim, sem sacrifício dos seus direitos e garantias, que foram objeto do edital e do contrato.

Efetivamente, nos últimos vinte anos, o País conseguiu restaurar o regime democrático, abrir os seus mercados, restabelecer a credibilidade internacional, alcançar a estabilidade monetária, aprovar um novo Código Civil e a lei de responsabilidade fiscal e iniciar um grande movimento de reformas necessárias em virtude da globalização.

Mas, para que mantenha o interesse do investidor de continuar a colocar os seus recursos e os de terceiros na infraestrutura, é fundamental que o Judiciário, na esteira dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, garanta a efetividade dos contratos e demais acordos a que se vinculou o Poder Público, mantendo e fazendo crescer a confiança nas

<sup>37</sup> STJ, SS 1.404/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 10/09/2004.

instituições. Como bem assentou o Min. Edson Vidigal, na decisão monocrática acima já referida:

*Um País com tantos problemas como os da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraísos fiscais; um País precisado de tantos investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos.*

Também o Supremo Tribunal Federal se tem referido à boa-fé objetiva e à proteção da confiança justificada tanto nos casos de aparência da legitimidade do ato como também para justificar a eventual responsabilidade do Poder Público por atos lícitos por ele praticados que causam prejuízo injustificado. Foi o que decidiu o STF no caso da Varig<sup>38</sup>, da Transbrasil e outros.

Como bem salienta André Haurion<sup>39</sup>, estamos diante de um novo Direito Administrativo que é mais de consumo do que de comando do Estado,

numa sociedade baseada na confiança, que é simultaneamente um valor moral e um valor jurídico.

## E) Conclusões

Verificamos, assim, como é relevante a construção jurídica que se fez em torno do conceito de confiança, que foi alçado ao nível de valor jurídico, consagrado pela jurisprudência como meio de assegurar o respeito aos contratos, à vontade das partes, e também à boa-fé e ao equilíbrio contratual, conciliando, portanto, a função social e econômica dos negócios jurídicos.

Podemos, pois, concluir que, com a adoção do princípio da confiança, estamos ingressando, nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo:

*[...] em uma nova etapa do Direito Privado brasileiro, com novas regras e a correção de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana.*

*Nessa moldura, na qual florescerá certamente uma nova e fecunda literatura jurídica, ao lado de teses e estudos de toda ordem, renasce a própria crença no Direito como instrumento de aperfeiçoamento da convivência social.<sup>40</sup>*

<sup>38</sup> RE 571.969/DF.

<sup>39</sup> HAURIUO, André. Le droit administratif de l'État. In: *Mélanges offerts à Louis Trotabas*. Paris : LGDJ, 1970, p. 224.

<sup>40</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O novo Código Civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 72.

# Direitos fundamentais culturais e direitos de autor — breve nota

Jorge Miranda\*

## 1 A cultura e a Constituição

I – Sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição<sup>1</sup>.

Do mesmo modo que, ao garantirem a propriedade e a liberdade de comércio e indústria, as Constituições do século XIX confirmavam certa ordem econômica (a do liberalismo individualista e concorrencial), também, ao garantirem a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, salvaguardavam certa ordem cultural (a do liberalismo político e do iluminismo ou pós-iluminismo). Mais ainda: convictos de que, sem educação, a liberdade não poderia vingar, os liberais preocuparam-se com a criação de escolas, por vezes em normas programáticas das Constituições.

Mas é apenas o Estado social que introduz *de pleno* os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos econômicos como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura

e, em último turno, de transformação da condição humana; e que, para os tornar efetivos, prevê múltiplas incumbências dos Poderes Públicos.

Assim como se fala em Constituição econômica, também se fala agora em Constituição cultural como conjunto de princípios e preceitos com relativa autonomia, respeitantes a matérias culturais — embora sem perda da unidade sistemática de todas as normas constitucionais. E não falta quem preconize que se fale, ainda, em Estado de cultura<sup>2</sup>.

II – Do seu prisma particular, Peter Häberle propõe uma teoria da Constituição como ciência de cultura, pois a Constituição não se reduz a um documento jurídico; ela envolve todo um conjunto cultural, é expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de autorrepresentação cultural de um povo, espelho do seu legado e fundamento da sua esperança.

Uma Constituição viva, enquanto obra de todos os seus intérpretes numa sociedade aberta, patenteia, através da forma e do conteúdo, as informações, as experiências e o saber popular acumulados. E, por isso, cabe sempre perguntar se o texto tem correspondência na cultura política de um povo e se os cidadãos se identificam com as suas partes especificamente jurídico-constitucionais. Um texto constitucional deve ser literalmente *cultivado* para que resulte numa Constituição.

A Constituição, ordem jurídica fundamental tanto do Estado como da sociedade, *deve ser compreendida como uma realização cultural*<sup>3</sup>.

\* 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 “Mutações Tácitas” da Constituição no Direito Constitucional Português, Europeu e da América do Sul. Participou ativamente na redação da Constituição Portuguesa e das Constituições de Timor-Leste e de São Tomé e Príncipe.

<sup>1</sup> Cfr., em geral, Vasco Pereira da Silva, *A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4. ed., Coimbra, 2007, pp. 620 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2. ed., Coimbra, 2010, pp. 923 e ss.

<sup>2</sup> Cf., por exemplo, Enrico Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Nápoles, 1961: o Estado de cultura seria aquele que assentaria no desenvolvimento da cultura e na liberdade cultural. E a Constituição bávara de 1946 fala em “Estado de Direito, de cultura e social”.

<sup>3</sup> *1789 als Teil der Geschichte Gegenwart und Zukunft des Verfassungstaates*, 1998, trad. castelhana *Libertad, igualdad, fraternidad — 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, 1998, maxime pp. 45 e ss.; e *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed., 1996, trad. castelhana *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000; *L'État constitutionnel*, Paris, 2004, maxime pp. 13 e ss.

## 2 A cultura ao longo das Constituições portuguesas

I – Sem esquecer as políticas da língua, do ensino, das artes e da ciência que marcaram diversas fases da história do Estado português antes do constitucionalismo (desde D. Dinis a D. Maria I, desde D. João III ao Marquês de Pombal), justifica-se, sobretudo, um conspecto do tratamento da cultura nas nossas seis Constituições escritas modernas.

Naturalmente, a observação mostra-nos, mais uma vez aqui, o contraste entre as quatro Constituições liberais de 1822, 1826, 1838 e 1911, a Constituição autoritária de 1933 e a Constituição democrática de 1976.

II – A Constituição de 1822 prescrevia a existência “em todos os lugares onde convier” de escolas primárias suficientemente dotadas (art. 237º) e de estabelecimentos para o ensino das ciências e artes (art. 238º); declarava livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público (art. 239º); cometia às câmaras municipais “cuidar das escolas de primeiras letras” (art. 223º, IV); e cominava a incapacidade eleitoral dos que, para o futuro, chegando à idade de vinte e cinco anos, não soubessem ler e escrever, se tivessem menos de dezessete anos quando se publicasse a Constituição (art. 33º, VI).

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 trouxeram como novidade a instrução primária gratuita (arts. 145º, § 30º, e 28º-I, respetivamente) e a garantia da propriedade intelectual (arts. 145º, § 24º, e 23º, § 4º).

A Constituição de 1911 impôs a obrigatoriedade do ensino primário elementar (art. 3º, 11).

III – As duas grandes diferenças da Constituição de 1933 em face dos anteriores — a abertura a direitos positivos e à intervenção do Estado e a limitação das liberdades — patenteiam-se bem no domínio da cultura.

A República dita corporativa baseava-se no “livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização” (art. 5º); o título IX da parte I tratava “Da educação, ensino e cultura nacional”; e o Estado obriga-se a facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir a educar os filhos (art. 13º, 4) e a manter escolas de todos os graus e institutos de alta cultura (art. 43º). Em contrapartida, a liberdade de ensino ficava sujeita a lei especial (art. 8º, § 2º) e as artes e as ciências

deviam respeitar a Constituição, a hierarquia e a ação coordenadora do Estado (art. 43º, § 2º).

Mas, pela primeira vez entre nós — e quase sem paralelo no estrangeiro — a Constituição (embora estranhamente no título sobre domínio público e privado do Estado) declarava “sob proteção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais” e proibia a sua alienação a favor de estrangeiros (art. 52º).

IV – Por último, no tocante à Constituição de 1976, não menos se exibem as suas características de extensão, intensidade e complexidade de regulamentação.

Tendo em conta, nos direitos fundamentais (parte I) a dicotomia *direitos, liberdades e garantias* – *direitos económicos, sociais e culturais*<sup>4</sup>, encontram-se direitos concernentes à cultura tanto numa como noutra sede (títulos II e III da parte I)<sup>5</sup>.

Como elementos novos contam-se, sobretudo, um preceito específico sobre liberdade de criação cultural, donde constam os direitos de autor (art. 42º), a vedação ao Estado de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, ideológicas ou religiosas (art. 43º, 2); e um capítulo só sobre direitos culturais (direitos *positivos* culturais), com incumbências ao Estado no domínio da ciência, da democratização da educação e da cultura e da proteção do património cultural (arts. 73º e ss.).

A primeira, a segunda, a quarta e a quinta revisões constitucionais trariam alterações e aditamentos significativos, em especial eliminando um ou outro elemento ideológico-proclamatório; explicitariam o direito de criação de escolas particulares e cooperativas; formulariam um artigo muito abrangente sobre fruição cultural; e prescreveriam incumbências do Estado concernentes à língua portuguesa.

V – Remetendo para outros estudos o tratamento das matérias da educação<sup>6</sup>, nem considerando especificamente as concernentes à ciência, importa, desde já, salientar aqui duas normas.

<sup>4</sup> Sobre o seu significado, v. *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5. ed., Coimbra, 2012, pp. 100 e ss. e 162 e ss.

<sup>5</sup> Ao contrário do que faz, por exemplo, as Constituições italiana (arts. 33º e 34º) e brasileira (arts. 205º e ss.).

<sup>6</sup> *Manual ...*, IV, 3. ed., Coimbra, 2000, pp. 429 e ss.

A primeira é a norma, segundo a qual o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (art. 43º, 2). A segunda a que, para assegurar o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural, chama à colaboração os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do patrimônio cultural, as organizações de moradores e os outros agentes culturais [arts. 73º, 3, e 78º, 1, corpo, e alínea b)].

VI – Corolário do princípio geral do pluralismo inerente ao Estado de Direito democrático (art. 2º), o art. 43º, 2, significa a não identificação com qualquer filosofia, estética, política, ideologia ou religião, sendo vedado elevar qualquer delas a conteúdo da ação do Estado no âmbito educativo e cultural.

Ou, como foi afirmado com clareza na Assembleia Constituinte, está aí “a recusa de filosofia, de estética oficial, de ideologia oficial e de religião oficial” e “a recusa de *controlo* político do conteúdo da cultura e da educação” e “da unicidade em matéria cultural”<sup>7</sup>. “A liberdade cultural é um direito individual. A isenção doutrinária do Estado um dever do Estado para com a coletividade”<sup>8</sup>.

Mas esta regra — o contrário seria absurdo — não impede o Estado de assegurar o ensino e a valorização da língua portuguesa [art. 9º, alínea f)] e de proteger e valorizar o patrimônio cultural [arts. 9º, alínea e), e 78º] e a língua gestual portuguesa [art. 74º, 2, alínea h)], de assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua e o acesso à cultura portuguesa [art. 74º, 2, alínea i)]. Ou de promover uma educação que contribua para o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade e para a participação democrática na vida coletiva (art. 73º, 2, e art. 26º, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Os objetivos e valores a que aqui se apela são coessenciais à ordem constitucional democrática, não fazem mais do que recortar o quadro básico

em que o contraditório inerente a uma sociedade livre deve desenvolver-se e o Estado não lhes pode ser indiferente. É neste quadro básico que podem manifestar-se e conviver todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas.

VII – Quanto à norma do art. 73º, 3, o seu alcance consiste em, negando o exclusivismo do Estado, abrir a porta às iniciativas culturais das diversas formações sociais aí mencionadas ou instituições presentes na sociedade civil, como as famílias [arts. 36º, 5, e 67º, 2, alínea c)], as confissões religiosas (art. 41º, 5), as organizações de trabalhadores [art. 58º, 2, alínea c)], as organizações juvenis (art. 70º, 3) ou as organizações de cidadãos portadores de deficiência (art. 71º, 3).

É norma coerente com outras que, similarmente, apelam à colaboração de grupos de interessados na efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais: as associações de consumidores (art. 60º, 3), as associações representativas de beneficiários de segurança social (art. 63º, 2), as associações de defesa do ambiente (art. 66º, 2), as associações de famílias [art. 67º, 2, alínea g)], as associações e coletividades desportivas (art. 79º, 2).

## 5 A cultura *stricto sensu* na Constituição

A cultura *stricto* ou *strictissimo sensu* (considerada à margem da educação e da ciência) aparece no texto constitucional:

- no art. 42º, ao garantir a liberdade de criação cultural e os direitos de autor;
- no art. 58º, alínea c), ao incumbir o Estado de promover a formação cultural dos trabalhadores;
- no art. 70º, sobre juventude;
- no art. 72º, 2, sobre terceira idade;
- nos arts. 73º, 1, e 78º, 1 e 2, alínea a), ao declarar o direito de todos à fruição e criação cultural;
- no art. 74º, 2, alínea d), ao incumbir o Estado de garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados da criação artística;
- no art. 78º, 2, alínea a), 2ª parte, ao incumbir o Estado de corrigir as assimetrias existentes no país quanto aos meios e instrumentos de ação cultural;
- no art. 78º, 2, alínea b), ao incumbir o Estado de apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva nas suas múltiplas formas e expressões e

<sup>7</sup> Deputado Sottomayor Cardia, in *Diário*, 61, de 10 de Outubro de 1975, p. 1.879.

<sup>8</sup> Deputado Sottomayor Cardia, *ibidem*, p. 1.888. No debate (pp. 1.877 e ss.) intervieram também na mesma linha os Deputados Costa Andrade e José Augusto Seabra e em posições antagónicas ou diferentes os Deputados Sousa Pereira, Vital Moreira, Francisco Miguel e Manuel Gusmão.

uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade<sup>9</sup>;

– no art. 78º, 2, alínea e), 2ª parte, ao incumbir o Estado de assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;

– no art. 90º, ao impor a coordenação dos planos de desenvolvimento econômico e social com a política cultural.

## 6 Quadro dos direitos culturais

A Constituição reserva o termo *direitos culturais* para os consignados no capítulo III do título III da parte I. Não são, de modo algum, os únicos e justifica-se estabelecer um quadro mais amplo, esteado no seu contexto global.

Afastando da análise a liberdade de aprender e ensinar e o direito à educação, encontramos três categorias básicas:

- a) Direitos relativos à identidade cultural;
- b) Liberdades culturais;
- c) Direitos de acesso aos bens culturais.

Não parece adequado falar, compactamente, em direito à cultura<sup>10</sup>, por causa da diversidade desses direitos e porque a expressão melhor se ajustaria aos direitos do terceiro grupo.

## 7 Direitos relativos à identidade cultural

I – Direitos relativos à identidade cultural são:

– o direito à identidade cultural como componente ou desenvolvimento do direito à identidade pessoal<sup>11</sup> ou do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, 1), pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum [art. 78º, 2, alínea c)] faz parte também da individualidade de cada pessoa;

– o direito de uso da língua, sabendo-se como a língua materna, por seu turno, é o primeiro elemento distintivo da identidade cultural<sup>12</sup>;

– o direito de defender, especialmente em juízo, o património cultural [art. 52º, 3, alínea a)].

Afirmar estes direitos — e os correlativos deveres — torna-se particularmente necessário no contexto de uma integração europeia, em que importa salvaguardar o estatuto da língua portuguesa como língua de vocação universal; e em face de uma globalização, em que o domínio dos meios audiovisuais e cibernéticos acompanha a hegemonia política e financeira.

II – Os não portugueses que se encontrem ou residam em Portugal (art. 15º) também têm direito à sua identidade cultural. No entanto, no seu exercício têm de compaginar com a própria inserção na vida coletiva, o que pressupõe o conhecimento e o uso da língua portuguesa [arts. 9º, alínea f), e 11º, 3] e o respeito pelos princípios da Constituição e da ordem pública portuguesa.

Um correto multiculturalismo requer diálogo, reconhecimento de diferenças, tolerância e comunicação entre culturas para enriquecimento recíproco; não criação de espaços e de grupos fechados, autoensimesmamento, recusa de participação e de interesses comuns<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Nesta incumbência deve inserir-se o poder de exigir programas e espaços culturais de qualidade no serviço público de rádio e televisão (arts. 38º, nº 5 e 73º, nº 3).

<sup>10</sup> De resto, em rigor, não existe um direito à cultura, como não existe um direito à saúde; o que há é um feixe de direitos de liberdade e de acesso à cultura, tal como há um direito à proteção da saúde.

<sup>11</sup> Assim, Rui Medeiros e António Cortês, anotação em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 1. ed., Coimbra, 2005, p. 285.

<sup>12</sup> Cf., entre tantos, Jonathan Poul, *The Official Language Problem*, in *American Political Science Review*, Junho de 1991, pp. 495 e ss.; *Langues et Droits – Langues du Droit, Droit des Langues*, obra coletiva, Bélgica, 1999; Valeria Piergigli, *Langue minoritarie e identità culturale*, Milão, 2001; *Langues et Constitutions*, obra coletiva, Paris-Aix, 2004; Christian Lehmann, *On the value of a language*, in *European Review*, v. 14, 2, maio de 2006, pp. 151 e ss. V. também António Marques dos Santos, *Algumas considerações sobre o Direito e a língua ou a ignorância dos juristas não aproveita a ninguém*, in *Scientia Juridica*, 2001, pp. 19 e ss.

<sup>13</sup> Com “sublinha Jürgen Habermas, *Die Einbestekung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996, trad. francesa *L’intégration républicaine*, Paris, 1998, p. 93: “O direito democrático à autodeterminação inclui o direito de preservar a sua própria cultura política, mas não inclui o direito de afirmar uma forma de vida cultural privilegiada. No contexto de uma Constituição de Estado de Direito democrático, diversas formas de vida podem coexistir, beneficiando de direitos iguais. Importa, porém, que se revejam numa cultura política comum aberta a impulsos vindos de formas de vida novas”. Cf. ainda os outros autores citados em *Manual ...*, III, 5. ed., Coimbra, 2004, p. 75 e Luísa Leal de Faria, *A questão do multiculturalismo nos Estados Unidos e na Europa: semelhanças e diferenças*, in *Europa – Globalização e multiculturalismo*, obra coletiva, Vila Nova de Famalicão, 2006, pp. 199 e ss.

## 8 As liberdades culturais

I – Liberdades culturais são:

– a liberdade de criação cultural (arts. 42º, 70º, 2, e 78º, 1);

– a liberdade de expressão cultural (arts. 42º e 37º);

– a liberdade de divulgação de obras culturais (art. 42º, 2);

– a liberdade de fruição cultural, liberdade de acesso aos bens de cultura, sejam os meios e instrumentos de ação cultural (literatura, música, teatro, cinema, etc.), sejam os bens do patrimônio cultural [art. 78º, 1 e 2, alínea a)];

– a liberdade de iniciativa cultural, liberdade de promover eventos culturais [arts. 73º, 3, e 78º, 2, corpo e alínea b)].

Como garantia:

– a proibição da censura (art. 37º, 2).

II – A liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica é, também uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade (cf. art. 26º, 1)<sup>14</sup>.

Pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objeto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer Poder Público ou privado.

Mas para que seja possível *produzir* cultura, torna-se necessário *receber* cultura, o que implica educação. Não há liberdade de criação cultural sem liberdade de aprender, e também de ensinar (art. 43º, 1); assim como não se torna uma liberdade acessível a todos sem direito à educação (arts. 73º e ss.)

III – A liberdade de cultura não é apenas liberdade de criar. É, a um tempo, liberdade de divulgar e liberdade de fruir. E a liberdade de divulgar revela-se manifestação qualificada da liberdade de expressão. Assim como não há liberdade de pensamento sem liberdade de expressão do pensamento, não há liberdade de criação sem liberdade de divulgar aos outros o resultado da criação.

A obra intelectual e a obra científica possuem uma necessária dimensão comunicativa e até comunitária. E a obra artística, por mais pessoal, subjetiva e interiorizada que seja, adquire ou pode adquirir, mais cedo ou mais tarde, um análogo sentido; ela não existe somente para a realização e a fruição do próprio autor; acabando por ser divulgada, vem a propiciar a fruição por outros.

IV – Sem liberdade de criação não pode haver divulgação e fruição. Reciprocamente, só pode criar cultura quem recebe e frui cultura, a que correspondem determinadas incumbências do Estado [do já citado art. 78º, 2, alíneas b) e a)].

Este um caso paradigmático de entrosamento incidível de direitos, liberdades e garantias e de direitos econômicos, sociais e culturais, de *liberdade cultural* e de *democracia cultural* (art. 2º).

V – Na maior parte dos casos, justamente pela necessidade de comunicação, a criação cultural implica a liberdade de iniciativas e eventos culturais, como a edição de livros ou de discos, as produções de cinema, teatro ou de outros espetáculos, a organização de congressos, conferências, seminários, etc., a realização de exposições, a preparação de programas informáticos.

A liberdade dos criadores, a liberdade de arte, literatura e ciência implica então a liberdade dos habitualmente chamados operadores culturais [arts. 73º, 3 e 78º, 2, corpo, e alínea b)] e a liberdade de mecenato (Decreto-Lei 74/1999, de 16 de março, com numerosas alterações, e Lei 26/2004, de 8 de julho). Sem a liberdade de iniciativa e de organização — correlacionada com a liberdade de iniciativa empresarial (art. 61º, 3) — impedem-se ou diminuem-se drasticamente quer a criação quer a expressão e a fruição da cultura.

Não menos importante vem a ser ainda a liberdade de associação e de fundação cultural (arts. 46º e 73º, 3).

VI – Confrontando o art. 42º com o art. 73º, 4 e o art. 76º, 2, parece decorrer uma clara distinção.

No art. 42º dir-se-ia estar presente a liberdade de criação e de divulgação individual, ao passo que naqueles outros se manifestaria uma liberdade institucional — a das associações e instituições culturais e científicas de qualquer tipo (associações científicas, academias, institutos de investigação, etc.) e a autonomia universitária.

<sup>14</sup> Seguimos aqui as nossas anotações em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2. ed., Coimbra, 2010, pp. 923 e ss.

Não deve, porém, realçar-se demais a distinção, no tocante à ciência, porque ela só é possível, cada vez mais, no enquadramento que prestam essas associações e instituições.

VII – A liberdade de criação cultural não sofre condicionamentos ou restrições.

Já a liberdade de expressão e a de divulgação se acham sujeitas — com respeito pelo seu conteúdo essencial e pelo princípio da proporcionalidade (art. 18º, 2 e 3) — aos limites constantes do art. 29º, 2 da Declaração Universal: têm de respeitar os direitos dos outros e as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática<sup>15</sup>. Daí, por exemplo, a classificação dos espetáculos, com a consequente regulamentação do acesso de menores (cfr. Decreto-Lei 396/1982, de 21 de setembro, com as alterações do Decreto-Lei 116/1983, de 24 de fevereiro) e até a cominação de certos tipos de crimes<sup>16</sup>.

## 9 Direitos de autor e direitos fundamentais

I – A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 consagravam a propriedade intelectual (“Garante-se aos inventores a propriedade das suas descobertas e aos escritores dos seus escritos, pelo tempo e pela forma que a lei determinar”, lia-se no segundo destes textos). A Constituição atual vai mais longe:

– Em primeiro lugar, porque alude, em geral, a “proteção legal dos direitos de autor, abrangendo, portanto, como consta do art. 9º do Código de Direitos de Autor, quer os direitos morais (os respeitantes à paternidade, à genuinidade e à integridade das obras), quer os patrimoniais (os respeitantes à sua disposição, à sua fruição e à sua utilização);

– Em segundo lugar, porque essa proteção legal aparece como decorrência imediata do direito à invenção, à produção e à divulgação da obra científica, literária ou artística e, mais amplamente, da liberdade de criação<sup>17</sup>.

II – Nenhuma dúvida pode subsistir de que os direitos morais, ali consignados se reconduzem a direitos, liberdades e garantias.

Já algumas dúvidas pode haver quanto aos direitos materiais. No sentido lato de direitos assentes na Constituição, podem aí ser inseridos; não no sentido específico de direitos perante o Estado, por quase sempre estarem em causa apenas relações entre particulares.

No entanto, o problema é semelhante ao que se suscita acerca de muitos outros direitos, como direitos dos cônjuges entre si e dos pais em relação aos filhos (art. 36º, 3, 5 e 6 da Constituição), os direitos dos jornalistas nos órgãos de comunicação social [art. 38º, 2, alíneas a) e b)], o direito de não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos (art. 53º), os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54º, 4 e 5), os direitos dos representantes sindicais nas empresas (art. 55º, 6), certos direitos sociais dos trabalhadores (art. 59º, 1) ou os direitos dos consumidores (art. 60º).

A razão por que, a despeito de tudo, esses direitos patrimoniais ou materiais podem ser

*de autor e direitos conexos*, Coimbra, 1992, *Direito de autor e direitos fundamentais*, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 181 e ss., e *O direito de autor no ciberespaço*, in AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 2000, pp. 83 e ss.; Miguel Moura e Silva, *Protecção de programas de computador na União Europeia: em busca de um equilíbrio entre a protecção da propriedade intelectual e o direito da concorrência*, in *Direito e Justiça*, 1993, pp. 253 e ss.; A. Ferrer Correia e Almeno de Sá, *Direito de autor e comunicação pública de emissões de rádio e televisão*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994, pp. 1 e ss.; *Execução pública pelo autor, direitos conexos e gestão colectiva*, *ibidem*, 1999, pp. 1 e ss.; Luiz Francisco Rebelo, *Introdução ao Direito de Autor*, Lisboa, 1994; Jorge Miranda, *A Constituição e os direitos de autor*, in *Direito e Justiça*, 1994, 1, pp. 47 e ss.; Manuel Lopes Rocha e Pedro Cordeiro, *A protecção jurídica do software*, Lisboa, 1995; Rui Saavedra, *A protecção jurídica do software e da internet*, Lisboa, 1998; Alexandre Dias Pereira, *Jornalismo e direito de autor*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1999, pp. 591 e ss.; *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, 2001, e *Direitos de autor e liberdade de informação*, Coimbra, 2008; José Alberto Vieira, *A protecção dos programas de computador pelo Direito de Autor*, Lisboa, 2005; Cláudia Trabuço, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra, 2006; J. J. Gomes Canotilho, *Liberdade e exclusivo na Constituição*, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2. ed., Coimbra, 2008, pp. 217 e ss.; Dário Moura Vicente, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008; José Luís Bonifácio Ramos, *Direito do Património Cultural*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coord. de Paulo Otero e Pedro Gonçalves), Coimbra, 2009, pp. 255 e ss.; Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Coimbra, 2011.

Cfr. também Marina Santilli, *Il diritto d'autore nella società della informazione*, Milão, 1988; Maurício Cozer Dias, *Domínio público – Uma justa causa*, São Paulo, 2010.

<sup>15</sup> V. *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5. ed., Coimbra, 2012, pp. 189 e ss.

<sup>16</sup> Ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251º do Código Penal), instigação pública ao crime (art. 298º), ultraje de símbolos estrangeiros (art. 323º) e nacionais e regionais (art. 326º), ofensa à honra do Presidente da República (art. 328º), incitamento à desobediência coletiva (art. 330º).

<sup>17</sup> Cfr. Alberto Sá e Melo, *O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português*, Lisboa, 1989; José de Oliveira Ascensão, *Direito*

englobados no catálogo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, no das garantias institucionais<sup>18</sup> está em que, previstos na Constituição, não podem ser eliminados ou desvitalizados pelo legislador ordinário e, por outro lado, em que o Estado fica incumbido de os proteger. O dever de proteção por parte do Estado é, como a doutrina vem reconhecendo<sup>19</sup>, um elemento caracterizador de regime jurídico irredutível.

III – Nem existe conflito entre estes direitos materiais e o direito à fruição cultural (art. 78º)<sup>20</sup>, visto que se situam em vertentes diversas.

O acesso de todos os cidadãos a obras científicas, literárias e artísticas não pode fazer-se com sacrifício dos seus autores (que nelas puseram o seu esforço) e, em última análise, do seu direito ao trabalho (art. 58º). Só pode operar-se, se necessário, através dos meios específicos de efetivação dos direitos sociais<sup>21</sup>.

## 10 Propriedade privada e direitos de autor

I – Não surpreende que, na atual Lei Fundamental portuguesa, não coincidam o tratamento da propriedade privada e o dos direitos de autor.

Como se sabe, são as seguintes as notas que marcam aquele, mesmo depois das sucessivas revisões constitucionais<sup>22</sup>.

a) O direito de propriedade é deslocado do catálogo dos direitos, liberdades e garantias para o dos direitos económicos, sociais e culturais (título III, e não título II, da parte I) – o que, sem bulir com a sua estrutura, pelo menos em parte, análoga à dos direitos, liberdades e garantias, comporta assinaláveis repercussões sistemáticas<sup>23</sup>;

b) Para lá da afirmação genérica do art. 62º — semelhante às das Constituições precedentes, inclusive quanto ao direito a indemnização em caso de expropriação por utilidade pública — a Constituição como que recorta estatutos parcelares da propriedade noutros lugares, em razão de certas finalidades a prosseguir — assim, a propriedade da habitação [art. 65º, 2, alínea c)], a propriedade dos solos urbanos (art. 65º, 4), a propriedade dos meios de produção [arts. 80º, alíneas b) e c), 82º e 83º] e a propriedade agrícola (arts. 97º, 98º e 99º);

c) É conferida uma relevância específica à propriedade quando produto ou consequência da aplicação do trabalho ou como instrumento de trabalho<sup>24</sup>, conforme sucede nos preceitos sobre acesso à habitação própria [art. 65º, 2, alínea c)], sobre propriedade dos trabalhadores emigrantes (art. 89º, 1, 2ª parte) e sobre acesso à propriedade da terra daqueles que trabalhem ou explorem a terra [arts. 96º, 1, alínea b), e 97º, 2];

d) Em conexão com tal relevância e com a incumbência prioritária do Estado de “operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento” [art. 81º, alínea b)], reonhece-se também um *direito à propriedade* — este, com nítida estrutura de direito económico, social e cultural — um direito de acesso à propriedade do maior número de cidadãos.

II – Por seu turno, no tocante aos direitos de autor, da Constituição resultam:

a) Ao contrário do que se verifica com a propriedade sobre coisas corpóreas, a ligação direta e imediata desses direitos materiais de autor à liberdade – mas, do mesmo passo, e agora em consonância com o favor prestado pela Constituição a algumas formas de propriedade, a sua ligação ao trabalho (a propriedade intelectual é sempre fruto do trabalho);

b) Enquanto espaço de autonomia pessoal perante o Poder Público, a propriedade privada (sobre coisas corpóreas) tem uma natureza que se reconduz à dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, os direitos de autor não só traduzem em si mesmo essa autonomia como derivam essencialmente do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação;

<sup>18</sup> Sobre garantias institucionais, v. *Manual ...*, IV, cit., pp. 88 e ss.

<sup>19</sup> Cfr., por todos, recentemente, Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*, Lisboa, 2015.

<sup>20</sup> Cfr., sobre o problema, Luís Menezes Leitão, op. cit., pp. 47 e 48.

<sup>21</sup> Cfr. *Manual ...*, IV, cit., pp. 474 e ss.

<sup>22</sup> V. Jorge Miranda, *Manual ...*, IV, 2. ed., 1993, pp. 130 e ss., 173, 174, 464, 465 e 471.

<sup>23</sup> Outras Constituições que separam a propriedade da liberdade são a alemã de Weimar (art. 153º), a italiana (art. 42º), a indiana (art. 300º-I), a equatoriana (arts. 48º e ss.), e, até certo ponto, a espanhola (art. 33º), a colombiana (art. 58º), a eslovena (art. 67º) e a cabo-verdiana (art. 66º). Trata-a simultaneamente em sede de direito e de ordem económica a Constituição brasileira (arts. 5º-XXIII a XXXI e 170º-III e 184º e ss.).

<sup>24</sup> Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1990, p. 309.

c) A sujeição plena quer dos direitos morais quer dos direitos materiais de autor a todo o regime dos direitos, liberdades e garantias — ao regime substantivo (arts. 18º, 19º e 21º da Constituição), ao regime orgânico [arts. 168º, 1, alínea b), e 164º, alínea j), 1ª parte] e ao regime atinente a limites materiais de revisão constitucional [art. 288º, alínea d)]<sup>25</sup>.

## 11 A conformação legislativa

Qual o papel do legislador ordinário perante os direitos de autor? De que latitude ou margem de discricionariedade pode ele gozar?

Falando em proteção legal dos direitos de autor, a Constituição parece admitir, desde logo, a necessidade de uma intervenção ou conformação legislativa. Nem se trata de qualquer desvio ao princípio da aplicação imediata dos preceitos concernentes a direitos, liberdades e garantias (art. 18º, 1), visto que a regulamentação — neste domínio como no de tantos outros direitos, liberdades e garantias — se mostra conveniente, ou até, imprescindível, para se preencher o conteúdo dos direitos, para se traçarem fronteiras entre diversas situações, para se propiciarem certeza e segurança jurídica. De resto, sendo múltiplos os tipos de obras culturais a proteger (livros, composições musicais, filmes, quadros, patentes, etc.), para cada um tem de se procurar disciplina adequada.

A Constituição permite medidas ablativas da propriedade (sobre coisas corpóreas), designadamente de bens de produção, observados certos pressupostos (arts. 62º, 2, e 83º). Não de direitos de autor<sup>26</sup>.

Diversa é a caducidade do Direito de Autor, salvo disposição especial, setenta anos após a morte do seu criador, mesmo que a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente (art. 31º do Código do Direito de Autor)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. *Manual ...*, IV, cit., pp. 467 e ss.

<sup>26</sup> Cfr. já Lopes Graça, *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*, I, Coimbra, 1878, p. 94: a propriedade literária é mais liberalmente garantida quanto à expropriação que a propriedade material, ao passo que esta é mais protegida do que aquela quanto à duração.

<sup>27</sup> Por isso, se enfatiza a tensão entre a garantia dos direitos de autor e a tutela da obra como património de toda a coletividade (Marina Santilli, *op. cit.*, pp. 92-93).

## 12 As entidades de gestão coletiva de direitos de autor

I – Um dos traços mais nítidos da evolução do Direito de Autor nas últimas décadas tem-se revelado o desenvolvimento de formas de gestão coletiva. Não sendo viável, nem ajustada a gestão por cada autor, individualmente, dos seus direitos e interesses materiais, ele associa-se com outros procurando melhor assegurá-los e ultrapassar, assim, situações desfavoráveis ou de desigualdade perante terceiros.

Como observa Adolf Dietz, a gestão coletiva dos direitos de autor é praticamente inerente à própria natureza das obras intelectuais, as quais podem ser simultaneamente utilizadas por um grande número de pessoas, ao contrário dos objetos materiais. Mas o reagrupamento dos autores e a coletivização dos seus direitos de exploração não são só a consequência inelutável do carácter universal das obras intelectuais; procedem, antes, do estatuto social de cada autor isolado, que se considera não tanto um empresário ou um trabalhador independente quanto um trabalhador intelectual<sup>28</sup>.

É só a partir do momento em que os autores se reagrupam em sociedades de autores, continua este autor, que eles têm a possibilidade de explorar, numa vasta escala, o Direito de Autor e de obter a remuneração que consagra a sua atividade intelectual. A constituição destas sociedades corresponde também à preocupação de controlar certas formas de utilização maciça de obras protegidas que teria sido inconcebível sem a expansão das técnicas modernas<sup>29</sup>.

Ou, segundo escreve José de Oliveira Ascensão, ainda hoje o exercício individual dos direitos é de regra em certas categorias de obras ou de autores — o escritor, o escultor, o arquiteto. Mas, em relação a outras obras, a intervenção pessoal do autor torna-se impraticável; isso verificou-se, primeiro, nas obras teatrais e nas musicais, em que o controle das utilizações possíveis escapava aos meios individuais<sup>30</sup>.

O advento da sociedade de consumo, com a multiplicação dos meios de comunicação de massas, ampliou extremamente o domínio em que a gestão

<sup>28</sup> *Droit d'Auteur dans la Communauté Européenne*, Bruxelas.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>30</sup> *Direito de Autor*, cit., p. 152.

dos direitos só pode ser coletiva. Com isso se abriu a problemática das entidades de gestão, como intermediários fatais na gestão de certas categorias de obras. E com isto se dá a desindividualização do direito de autor<sup>31</sup>. Em vastos domínios do direito de autor, quem quiser explorar o direito, a não ser que crie situações para si mesmo insustentáveis, terá de aceitar a intermediação dum entidade de gestão coletiva. A visão bipolar legal autor individual-utente esconde a realidade autor-entidade de gestão coletiva-utente, e os negócios de gestão são celebrados exclusivamente pela entidade de gestão<sup>32</sup>.

II – A Constituição não prevê as entidades de gestão coletiva de direitos de autor — nem se justificaria que as previsse, porquanto tal excederia o papel ordenador que lhe cabe. Elas encontram-se, porém, previstas, em termos muito genéricos, no Código de Direito de Autor (art. 73º) e reguladas pela Lei 83/2001, de 3 de agosto).

O contexto sistemático dos direitos de autor não se compadeceria com outra solução. Imbricados com a liberdade de criação cultural e, ao mesmo tempo, com a liberdade de iniciativa econômica, a sua gestão coletiva tem de se operar, naturalmente, através de formas peculiares de Direito privado, sejam associações em sentido estrito (art. 46º da Constituição), sejam cooperativas (art. 61º, 1).

Não se afiguraria correto enquadrar as entidades de gestão coletiva entre as associações públicas — quer dizer, entre pessoas coletivas de tipo corporacional constituídas para a prossecução de interesses públicos e dotadas dos necessários poderes jurídico-administrativos<sup>33</sup>.

As associações públicas são instrumentos de descentralização administrativa, como explicita o art. 267º, 1 da Constituição. Não realizam um intuito de publicização do direito de associação, mas um desiderato de *associativização* da organização estatal<sup>34</sup>. Não se trata de convolar associações livres em

associações sob tutela do Estado ou de as aproveitar para objetivos estranhos à vontade dos seus membros. Trata-se, sim, de estender a dinâmica das associações a uma parte da Administração suscetível de se abrir às suas virtualidades.

Como se encontram, porém, numa zona de fronteira, a Constituição é extremamente rigorosa na sua admissibilidade: elas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas e não podem absorver funções próprias de associações sindicais, ou de outras associações (art. 267º, 4). Tem de haver uma justa medida entre a organização jurídica pública e os benefícios advenientes e entre a soma dos poderes a conferir-lhes e o sentido globalizante do interesse público assumido pelo Estado. E, em caso algum, poderia conceder-se à lei a faculdade de criar ou de erigir em associações públicas quaisquer entidades, porque tal equivaleria a, no limite, esvaziado de conteúdo o princípio da liberdade de associação<sup>35</sup>.

Entremostra-se outra a realidade dos entes de gestão coletiva de direitos de autor. Baseados em interesses privados exclusivos ou dominantes, são manifestações da sociedade civil, não entrosamentos dela com o aparelho de poder; criados para uma melhor concretização dos fins próprios dos que os integram, não prosseguem fins públicos — ainda que o poder público não possa alhear-se da sua existência e tenha de evitar que, por qualquer sorte, colidam com o interesse público que lhe incumbe zelar: mas, por mais significativas que venham a ser as interferências que, por causa deste interesse, tenham de sofrer da parte da lei e da atividade administrativa, não hão-de ser tais e tantas que as afastem da disciplina geral das associações.

III – O regime legal vai todo, em conformidade, portanto, com a Constituição, no sentido da liberdade associativa:

– A criação de entidades de gestão coletiva é de livre iniciativa dos titulares de Direito de Autor e dos direitos conexos (art. 2º, 1, da Lei 83/2001);

– As entidades revestem a natureza de associações e de cooperativas (art. 2º, 2);

– A sua atividade respeita, entre outros, os princípios de organização e gestão democráticas,

<sup>31</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 696.

<sup>33</sup> Jorge Miranda, *As Associações Públicas no Direito Português*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1985, p. 66. Cfr., entre tantos, e mais recentemente, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3. ed., Lisboa, 2006, pp. 423 e ss. e Autores citados.

<sup>34</sup> *As associações públicas ...*, cit., loc. cit., p. 81.

<sup>35</sup> Cfr. pareceres s 1 e 2/78 da Comissão Constitucional, de 3 e 5 de janeiro de 1978, respetivamente, in *Pareceres*, IV, pp. 144 e ss. e 176 e ss.

participação dos associados ou cooperantes, justiça na repartição e na distribuição dos rendimentos cobrados no exercício da gestão coletiva [art. 4º, alíneas *a*), *c*) e *d*]);

– As entidades escolhem livremente os domínios do objeto da sua atividade e prosseguem autonomamente a sua ação, no âmbito dos seus estatutos e da lei (art. 5º);

– As entidades regem-se por estatutos livremente elaborados, com respeito pelas disposições legais aplicáveis (art. 15º).

IV – Não deixa, entretanto, de se estabelecer alguns condicionamentos, fundados nas implicações externas da atividade destas associações ou cooperativas e na sua relevância para a democratização da cultura (art. 73º, 3, da Constituição, de novo):

– As entidades de gestão coletiva estão obrigadas a aceitar a administração dos direitos de autor e

dos direitos conexos que lhes sejam solicitadas, de acordo com a sua natureza e as suas atribuições, nos termos dos respetivos estatutos e da lei (art. 11º da Lei 83/2001);

– A aplicação dos princípios e regras próprias do Direito da Concorrência é exercida no respeito pela específica função e existência desta, no âmbito da propriedade intelectual e, de acordo com as disposições reguladoras de Direito nacional e internacional (art. 16º);

– As entidades de gestão coletiva encontram-se sujeitas a tutela inspetiva pelo Governo (arts. 24º e ss.);

– Para resolução de conflitos cria-se no departamento governamental competente uma comissão de mediação e arbitragem, sendo a arbitragem obrigatória quando prevista na lei (arts. 25º e ss.).

## Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão

Sérgio Cruz Arenhart\*

### Resumo

O artigo busca estabelecer as linhas gerais a respeito do processo estrutural, no Direito brasileiro, a partir da experiência da ação civil pública do carvão, em Criciúma/SC. O texto sustenta que o processo civil brasileiro precisa adaptar-se às exigências dos litígios públicos, de modo a permitir um tratamento adequado deste tipo de assunto. Ele também mostra como esta demanda em particular obteve sucesso com o emprego de medidas e técnicas incomuns, não habituais da prática nacional.

Palavras-chave: Processo estrutural. Audiências públicas. Ação coletiva. Políticas públicas.

### 1 Políticas públicas e instrumentos processuais de seu controle

O controle jurisdicional de políticas públicas, ainda que se possa, academicamente, questionar sob diversas óticas, é um fato inquestionável. Diversas decisões incidem sobre esse tema, o que impõe ao direito processual preocupar-se sobre o assunto e oferecer instrumentos adequados para o tratamento desse tipo de tema.

E, nessa preocupação, é fácil perceber que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais quanto o processo coletivo brasileiro atual mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.<sup>1</sup>

Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito — que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu — faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos — frequentes no âmbito jurisdicional atual — nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no País. E, pior, ao condicionar a distribuição desses recursos a partir do ajuizamento das ações individuais, faz com que eles sejam alocados segundo: a) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos). Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições “menos desfavoráveis” e, portanto, que não serão

\* Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor em Direito pela *Università degli Studi di Firenze*, (Itália). Professor dos programas de graduação e pós-graduação da UFPR. Procurador Regional da República.

<sup>1</sup> Embora evidente essa inadequação, é fácil perceber que muitas ações individuais lidam cotidianamente com políticas públicas, como denuncia Ada Pellegrini Grinover (“O controle de políticas

públicas pelo Poder Judiciário”. Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito. v. 7, n. 7, 2010, pp. 29-35).

aqueles que mais necessitam da proteção da política pública.

As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, *grosso modo*, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo<sup>2</sup> e, em consequência,

passa a ter a prerrogativa de dizer — *sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente* — aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige.<sup>3</sup> Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo *aliena* exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo *bipolarizado*,<sup>4</sup> onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra.

A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.

Nessa toada, considera-se que os processos coletivos são regidos pelo princípio da demanda, no sentido de que o Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido. Ora, isso supõe que o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é aquele que melhor atende às exigências do direito material. Ocorre que, em um

<sup>2</sup> No ordenamento brasileiro, tornou-se comum o discurso que vênos direitos difusos e coletivos novas formas de relações jurídicas, caracterizadas por sua transindividualidade e por sua indivisibilidade. Nesse sentido, afirma-se que o processo coletivo é *uma nova modalidade de processo*, desenhada exatamente para atender a esses interesses, que não poderiam ser protegidos no modelo tradicional de processo. Todavia, essa ótica possui um grave defeito, muitas vezes não percebido: a grande maioria dos direitos hoje chamados de difusos e coletivos *sempre foi protegida no direito brasileiro*, embora eles fossem antes atribuídos a pessoas determinadas. Pense-se, por exemplo, no patrimônio público ou no meio ambiente. Pode-se mesmo dizer que esses são “novos direitos” que não eram tutelados anteriormente? Parece certo que não! Recorde-se, apenas por curiosidade, que até mesmo as Ordenações do Reino tratavam da proteção ambiental, estabelecendo por exemplo como crime de “injúria ao rei” o corte de árvores frutíferas (Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LIX) ou vedando o lançamento de produtos que pudessem matar peixes nos rios e lagoas (Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXVIII). A alusão à “injúria ao rei”, antes mencionada, é interessante porque remete à técnica tradicional de proteção desses interesses (hoje qualificados como metaindividuais) naquela época: atribuir sua titularidade ao Estado ou a quem o represente. Assim também ocorreu no Brasil mais recente, em que tradicionalmente direitos como o meio ambiente (florestas, rios etc) ou o patrimônio público (aí incluído o patrimônio artístico e cultural) eram atribuídos ao Poder Público, como se fossem bens seus. Em todo caso, vê-se que tais direitos eram tutelados anteriormente, ainda que sob a lógica individual. Portanto, o reconhecimento do caráter “metaindividual e indivisível” desses direitos, na realidade, não implica a caracterização de um verdadeiro “novo direito”, mas apenas a

ruptura do paradigma individualista no tratamento de interesses que já eram reconhecidos há muito tempo. E essa ruptura se dá exatamente na medida em que, no tratamento judicial desses interesses, há de prevalecer não a vontade de um imaginado titular, mas o interesse social e coletivo. O magistrado, ao lidar com litígios que envolvem esses direitos - e, de modo mais amplo, todos os sujeitos envolvidos nesses processos - precisa buscar o interesse social em sua substância, que muitas vezes se apresentará no conflito entre valores públicos diferentes. Assim, por exemplo, não é raro que contra a tutela do meio ambiente se oponha o interesse ao desenvolvimento regional ou ao livre trabalho. De todo modo, a tônica da tutela coletiva está na percepção da necessidade de se adotar outra posição (de todos os atores responsáveis por lidar com esses interesses) na tutela de tais interesses. Não há nesse campo, propriamente, a necessidade de se pensar em “novos direitos” aqui; o que é fundamental é pensar em uma nova postura dos sujeitos do processo.

<sup>3</sup> No mesmo sentido é a crítica de Martin Redish (*Wholesale justice - constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. Stanford University Press: Stanford, 2009, passim).

<sup>4</sup> O termo bipolar designa processos que se desenvolvem sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a solução deva pender necessariamente para uma ou outra (v., CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard law review*. v. 89, n. 7, maio-1976, pp. 1.281-1.282).

meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo *que é tão somente “representado” pelo autor da ação coletiva*, fica evidente o disparate dessa conclusão. Como é possível que alguém que não é o titular do direito possa dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência? Não obstante a obviedade dessa indagação, parece que ela é irrelevante na lógica do processo coletivo brasileiro, que trabalha tranquilamente com essa possibilidade.

De modo idêntico, trabalha-se no processo coletivo amplamente com o princípio dispositivo. Assim, vê-se como normal o exercício da “prerrogativa” de não recorrer de certa sentença desfavorável à comunidade, ou daquela de não produzir determinada prova, ou ainda do pleito de cumprimento da sentença de procedência. Tem-se como absolutamente regular que a má atuação do autor da ação coletiva, na condução do processo, implique prejuízo à tutela da coletividade ou do grupo “substituído”, quase como se fosse cabível aqui um raciocínio semelhante ao da “culpa *in eligendo*”. Afinal, que importa se o autor da ação coletiva não apresentou, por deficiência sua, algum argumento relevante à proteção do interesse coletivo? Ou que não tenha recorrido de uma sentença de improcedência, que poderia eventualmente ser revertida em outra instância?

Nesses exemplos, tem-se nítida a percepção de que a tutela coletiva, no Brasil, é submetida à mesma lógica do processo individual. Se o autor se desincumbe mal da condução do processo, deve-se-lhe imputar o prejuízo correspondente. Ocorre, porém, que aqui se está diante de valores *coletivos*, que interessam à toda coletividade ou a um grupo significativo de pessoas e que, em regra, possui natureza indisponível. Como é possível tratar esses interesses sob a mesma *ratio* aplicada a direitos individuais disponíveis, para os quais o processo civil clássico foi moldado?

Conclui-se, portanto, que o processo coletivo brasileiro, embora adaptado para atender a algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas. Por outras palavras, porque o processo coletivo brasileiro mantém-se arraigado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo

e a todas as consequências dessa lógica, os mesmos defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo.

## 2 Um procedimento adequado ao debate judicial de políticas públicas

Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com *todo o problema*, sob suas várias perspectivas.

Para tanto, esse procedimento exige a satisfação de dois requisitos indispensáveis.

De um lado, a redefinição da noção de contraditório. O contraditório visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz,<sup>5</sup> aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial.<sup>6</sup> Ainda assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia.

Impõe-se, por isso, pensar em um processo diferenciado, normalmente tratado sob o nome de processo estrutural.<sup>7</sup> Nesses processos, objetiva-se

<sup>5</sup> Sobre essa noção de contraditório, como direito de influência, v. entre tantos outros, TROCKER, Niccolo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 367 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. “Contraditório”. *Dicionário de princípios jurídicos*. Org. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Elsevier, 2011, pp. 193 e ss.; ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 190 e ss.

<sup>6</sup> TROCKER, Niccolo. *Ob. cit.*, pp. 436-437.

<sup>7</sup> Sobre o tema v., CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard law review*. v. 89, n. 7, maio-1976, passim; FISS, Owen. “The forms of justice”. *Harvard law review*. nov.-1979, v. 93, n. 1, passim; Id. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, passim; RENDLEMAN, Doug. *Complex litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. Nova Iorque: Thompson Reuters

decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.<sup>8</sup>

Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae* são fundamentais. Audiências que permitam a participação ampla da comunidade envolvida, embora não disciplinadas expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo, são indispensáveis. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, em que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia.

Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. O processo comum, de cunho individual, trabalha sempre com a lógica de que há

duas visões sobre o problema, *que são necessariamente antagônicas*: um quer cobrar, mas o outro não quer pagar; um quer a propriedade de bem que é contestada por outro etc. No ambiente das políticas públicas, porém, a visão deve ser diferente. De um lado, porque os processos envolverão, sem dúvidas, *várias visões e vários interesses diferentes*, que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos. Por outro lado, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum.

É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de “representantes adequados” de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis.

Além da necessidade de uma revisão conceitual da noção de contraditório, os processos estruturais também impõem um procedimento diferenciado, que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo individual.

Elementos como a *adstrição* da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa, quando se pensa em processos estruturais.<sup>9</sup>

Ainda que, neste estudo, não se pretenda examinar esses aspectos procedimentais, um exemplo pode aclarar a impossibilidade de recorrer ao rito tradicional nesse tipo de processo.

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência — e a consequente ideia da *adstrição* — o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte-autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas

Foundation Press, 2010, pp. 498 e ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis. Justicia colectiva. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, esp. pp. 182 e ss. No direito brasileiro, v. ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. Revista de processo. São Paulo: RT, nov.-2013, n. 225, passim; Id., A tutela coletiva de interesses individuais. 2. ed., São Paulo: RT, 2014, pp. 371 e ss.; JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes – Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, passim; VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. Salvador: JusPodium, 2013, passim. A técnica também é chamada, na doutrina norte-americana, de *prophylactic injunction* (THOMAS, Tracy A. “The continued vitality of prophylactic relief”. *The review of litigation*. Out-2007, v. 27, n. 1, p. 113) ou de *institutional remedies* (FLETCHER, William A. “The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy”. *The Yale law journal*. Yale, mar-82, v. 91, n. 4, p. 635; EISENBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C. “The ordinary and the extraordinary in institutional litigation”. *Harvard law review*. Jan-80, v. 93, n. 3, p. 465).

<sup>8</sup> DOBBS, Dan B. Law of remedies. 2. ed., St. Paul: West Group, 1993, p. 641. V. tb., FLETCHER, William A. Ob. cit., pp. 638-639. Este último autor, aliás, refere-se aos litígios policêntricos para designar os conflitos típicos das medidas estruturais. Segundo ele, “polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem ‘centers’, each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others”(ob. cit., p. 645). O termo vem da obra *The Logic of Liberty*, de Michael Polanyi (Oxon: Routledge, 1951) e é também empregado por Fuller, para designar os litígios aqui estudados (ob. cit., pp. 394-395).

<sup>9</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. loc. citis.

daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial.<sup>10</sup>

Em linhas gerais, portanto, é fácil concluir que um processo apto a lidar com políticas públicas não pode pautar-se pelo regime clássico do processo civil brasileiro. Exige inúmeras soluções diversas, além de uma mentalidade totalmente distinta daquela que governa o direito processual tradicional.

### 3 O ordenamento brasileiro e os processos estruturais. O caso peculiar da ação do carvão

Viu-se que o processo brasileiro não comporta, sob seus princípios e seu procedimento tradicionais, os requisitos necessários para uma adequada discussão de políticas públicas.

Não obstante isso, nota-se também que o Judiciário brasileiro tem cotidianamente sido chamado a intervir em políticas públicas, às vezes com resultados muito interessantes. De fato, ainda que muitos critiquem essa atuação do Poder Judiciário, sob argumentos que vão desde a ideia da “Separação dos Poderes” até a discussão da legitimidade dos magistrados para atuar nesse campo, é inegável que a judicialização de políticas públicas é fato presente no foro brasileiro. A questão, portanto, deixa de centrar-se na discussão sobre a possibilidade dessa intervenção, passando a importar mais o debate a respeito do modo e do ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial.

E o que se vê é que, embora sem a previsão específica de um rito diferenciado, ou sem a percepção da lógica diversa imposta por esse tipo de demanda, vários processos judiciais comportam-se segundo esses novos critérios e, com isso, aproximam-se daquilo que se espera para tal modalidade de atuação jurisdicional.

Um primeiro exemplo que pode ser considerado como um protótipo de processo estrutural são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional — nulas, portanto, na ótica do processo clássico — e extrapolem obviamente o pedido da parte-autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável. Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Identicamente, seria absurdo supor que competiria à parte-ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela.

Na proteção do meio ambiente, também o Judiciário tem-se mostrado sensível às particularidades das situações examinadas, admitindo certa adaptação dos princípios do processo clássico. Muitas decisões em ação coletiva ambiental têm imposto a obrigação de sujeitar qualquer modificação na área afetada à prévia manifestação (ou orientação) do órgão ambiental competente, ou ainda a de condicionar a prática de certos atos com repercussão ambiental à prévia autorização do órgão de fiscalização ambiental.

Talvez um dos casos mais interessantes nesse campo de proteção ambiental seja o tratamento dado à questão da mineração do carvão na área de Criciúma/SC.<sup>11</sup> Em 1993, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública (Autos 93.8000533-4) junto à Justiça Federal de Criciúma, pretendendo impor às rés (mineradoras e a União, perfazendo um total de 24 réus) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração.

Em janeiro de 2000, foi proferida sentença, pelo então Juiz Federal Paulo Afonso Brum Vaz (hoje,

<sup>10</sup> Obviamente, essa possibilidade depende das particulares circunstâncias do caso concreto, e sempre com a devida observância do contraditório, na perspectiva antes delineada.

<sup>11</sup> A propósito desta ação, ver a página eletrônica: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>>, criada durante a execução da sentença de procedência, para dar maior publicidade e conseguir a maior participação social no gerenciamento do problema da mineração de carvão naquela localidade.

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região), em que se impôs aos réus (mineradoras, seus sócios-gerentes, mandatários ou representantes, sucessores, União e Estado de Santa Catarina) oferecer, em seis meses (contados da intimação da sentença) um projeto de recuperação da região, contemplando, pelo menos,

[...] todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento [...].

Em apoio à ordem, foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto. Por fim, a sentença ainda impôs às mineradoras que adequassem sua conduta às normas de proteção ambiental, em sessenta dias, sob pena de interdição; e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região. Finalmente, a sentença impôs ao Ministério Público Federal opinar sobre o projeto de recuperação que seria apresentando, o qual seria posteriormente chancelado pelo Poder Judiciário.

Em razão de apelações interpostas, os sócios das carboníferas (bem como uma das carboníferas condenadas) foram excluídos da responsabilidade, ampliando-se ademais o prazo para a recuperação dos recursos hídricos atingidos com o dano ambiental reconhecido. Posteriormente, foram também interpostos recursos especiais, parcialmente providos, apenas para rearranjar a responsabilidade de cada um dos condenados e definir com maior precisão a sua extensão.<sup>12</sup> Após embargos de declaração

opostos por alguns dos sujeitos envolvidos, o feito foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, para análise de recurso extraordinário apresentado. O recurso não foi admitido, tendo sido objeto de agravo regimental, que também foi desprovido.<sup>13</sup> Não conhecidos os embargos declaratórios opostos contra esse acórdão, transitou em julgado a decisão de procedência parcial da ação civil pública em setembro de 2014.

é a ferida sob a perspectiva de que deveria o estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se for a auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A descon sideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento 'abuso de direito'; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil-Ibracoque Mineração Ltda. não conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte" (STJ, 2ª Turma. REsp. 647.493/SC. rel. Min. João Otávio Noronha. j. 22.05.07, DJU 22/10/07, p. 233).

<sup>13</sup> STF, 2ª Turma. RE 612.592-AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 27/06/14.

<sup>12</sup> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo

Paralelamente ao trâmite recursal, o Ministério Público Federal deu início à execução provisória da sentença. Embora a sentença estivesse sujeita a reexame necessário, foi autorizada, em antecipação de tutela, o início dos atos executivos. A complexidade da matéria — e da efetivação do comando sentencial — recomendou que o cumprimento se desdobrasse em várias fases, posteriormente desdobradas também em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado.

Na primeira fase, que vai de 2000 a 2004, ainda não se tinha muito bem delineada a dimensão do problema e a extensão da condenação. Porque a sentença havia imposto, genericamente, a obrigação de reparar o dano ambiental, ainda não se tinha a precisa definição daquilo que seria necessário de modo exato para o cumprimento dessa imposição, nem o perfeito delineamento da extensão da área a ser reparada. Nessa fase, enfim, obteve-se informações que subsidiaram, posteriormente, a adoção de medidas mais concretas capazes de enfrentar a complexa tarefa da reparação ambiental.

A segunda fase da execução — de 2004 a 2005 — tem como ponto culminante a consolidação pelo Ministério Público Federal de uma estratégia para o enfrentamento do problema. Valendo-se de sua assessoria técnica — e do aporte de informações do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral — conseguiu-se identificar as fragilidades das informações antes trazidas pelas rés condenadas e adotar medidas para padronizar os projetos antes apresentados por estas, comprometendo-as de modo concreto ao emprego de medidas para a recuperação ambiental. As informações trazidas por aquela assessoria, ademais, permitiram desenhar com maior determinação exatamente que medidas deveriam ser adotadas por cada uma das rés, a curto, a médio e a longo prazo, para a recuperação do ambiente degradado.

Na terceira fase — de 2006 a 2009 — os réus foram efetivamente obrigados a apresentar os projetos segundo a padronização indicada pelo Ministério Público Federal, de modo a permitir um controle preciso dos atos que estavam sendo adotados e daqueles que deveriam ser tomados. Com isso, concretizava-se os deveres impostos aos condenados, sendo possível cobrar deles medidas concretas com prazo específico. Ademais, nessa época também se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Esse grupo,

formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental. Releva salientar que as decisões desse grupo não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso de todos, o que foi vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença.<sup>14</sup>

Também nesse período foi elaborada uma “proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento para as áreas degradadas pela mineração de carvão no Estado de Santa Catarina”. Esse documento permitiria acompanhar de modo mais próximo e preciso a situação da poluição da região (causada pela exploração do carvão) e serviu de base para a ulterior elaboração de relatórios técnicos, por parte do GTA, que monitoravam as consequências da implementação das medidas de redução da poluição.

Em base desses elementos, conseguiu-se elaborar vários acordos com os réus, para a recuperação dos danos ambientais (19 acordos, ao todo). Em razão desses acordos, 73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para a recuperação ambiental, a ser executado até o ano de 2020.

Por fim, tem-se atualmente a quarta fase do cumprimento da sentença judicial, em que basicamente se busca a efetiva implementação daqueles cronogramas e, de modo mais amplo, dos projetos de recuperação ambiental. Pautando-se por uma atuação que privilegia o contato direto com as partes, com os técnicos e com as áreas objeto da recuperação ambiental, e pela construção de soluções consensuais, tenta-se objetivar o mais possível as medidas que devem ser adotadas para a solução da questão. Também nesse período foi construída uma página na *internet* para permitir o acompanhamento, pelo público, das medidas que foram e estão sendo adotadas, de modo a engajar toda a sociedade no projeto de recuperação da área.

Vê-se, portanto, a complexidade que assumiu essa ação estrutural e as várias soluções inusitadas que

<sup>14</sup> Somente em casos intransponíveis, em que se formasse alguma minoria, seria exigível a intervenção judicial, uma vez estabelecido o contraditório.

foram exigidas para dar efetividade à decisão judicial primeira.

Esse único exemplo de ação estrutural, com seus vários desdobramentos, é capaz de oferecer algumas importantes linhas para que se tenha um processo desse tipo com chances de funcionar realmente.

É o que se verá adiante.

#### 4 Alguns instrumentos processuais harmônicos com a intervenção em políticas públicas. Experiências tomadas da ACP do carvão

A experiência tomada a partir do caso mencionado pode contribuir com interessantes técnicas para lidar com políticas públicas no âmbito judicial.

Talvez a mais importante de todas seja a relevância das soluções consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes. Sem dúvida, esse tipo de solução é muito melhor do que a imposição de uma decisão do órgão imparcial, que pode desagradar a todas as partes do processo e a toda a sociedade atingida. Essa solução consensual, sem dúvida, contribui também para a obtenção de soluções que sejam tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do Direito.

Para tanto, o direito processual atual oferece ferramentas bastante úteis. Assim, a expansão do emprego de técnicas como a mediação e a conciliação, tal como preconizado pelo novo Código de Processo Civil, é fundamental.<sup>15</sup> Pensar o processo que lida com políticas públicas sem a pressão do tempo e da rigidez da sequência de atos processuais pode contribuir para oferecer a maturação suficiente para encontrar soluções mais adequadas ao caso concreto. Ademais, o diálogo franco entre as partes — eventualmente sem a participação do juiz, cuja intervenção pode, em alguns casos, inibir certas colocações ou dificultar a exposição de algumas informações — pode colaborar para que cada parte tenha a exata dimensão dos problemas enfrentados pela outra e, assim, para que se possa ter contornos mais precisos do conflito a ser resolvido.

Como efeito reflexo da otimização das técnicas consensuais, tem-se a redução do potencial de recursos contra os atos judiciais, que pode ser um dos grandes entraves à solução adequada desse tipo de controvérsia. De fato, muitas vezes, a pendência de recursos — e a possibilidade de ulterior modificação de alguma linha de atuação — pode ser o suficiente para estimular as partes a não se contentar com a decisão já tomada e a procurar medidas para protelar o cumprimento de obrigações já fixadas judicialmente.

Por outro lado, a legitimidade das soluções consensuais sobre políticas públicas depende, indubitavelmente, da permeabilidade dessas negociações à participação dos grupos que podem ser atingidos e de especialistas no tema.<sup>16</sup>

A intervenção da comunidade envolvida é fundamental para que a solução obtida realmente espelhe os anseios sociais. Não é raro que alguns acordos, embora concluam o processo, o fazem desagradando exatamente o público que deveria ser beneficiado. Em tais situações, evidencia-se que a participação do “legitimado extraordinário” da ação coletiva deixou de representar a coletividade, para representar algum interesse outro, desvirtuando o âmago da autorização legal para sua intervenção desse tipo de causa. Além disso, a participação social permite o controle — pelo público que será impactado pela decisão — sobre o conteúdo, as razões e as possibilidades da solução acordada. Sabendo os motivos que levaram a certo acordo, é possível que a sociedade tenha maior compreensão sobre os limites existentes (em relação a outras possíveis soluções) e sobre a utilidade de determinada cláusula ou de determinada prestação. Também é possível, com isso, que esses grupos exerçam seu legítimo poder de opor-se aos termos do acordo, demonstrando sua insatisfação com a atuação do legitimado extraordinário, do Poder Público ou do Poder Judiciário. Enfim, essa intervenção é essencial para a legitimidade e para o controle da solução consensual.

A participação de especialistas na área, por sua vez, oferece aos sujeitos do processo (aí incluído o

<sup>15</sup> Nessa linha, destaca-se não apenas o art. 334, do novo CPC, mas também regras genéricas, como o art. 139, inc. V, da mesma lei, que prevê como incumbência do juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

<sup>16</sup> V., sobre a questão, GRINOVER, Ada Pellegrini. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. WATANABE, Kazuo. “PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional”. Revista consultor jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acessado em: 26 de maio de 2015.

juiz) contornos mais precisos do litígio e de possíveis soluções cabíveis.<sup>17</sup> Essa intervenção é capaz, de um lado, de expor aspectos, problemas e interesses não percebidos inicialmente, quando do ajuizamento da causa. É também capaz de mostrar alternativas de composição do conflito que funcionou em conflitos semelhantes ou que possuam viabilidade técnica.

Para admitir todas essas intervenções, são fundamentais, como já se observou, as *audiências públicas*. Talvez seja correto dizer que os processos que lidam com políticas públicas jamais podem existir sem audiências públicas e que esse tipo de ato é o motor desses processos. Não se pode admitir audiências de conciliação ou de mediação das quais participem apenas as partes formais do litígio. Também não se pode tolerar que os verdadeiros interessados no litígio sejam aliados do debate judicial. Por isso, tais audiências públicas acabam não apenas permitindo a participação de grupos que devem ser ouvidos sempre nessas causas (técnicos e sociedade afetada), mas ainda sendo fundamental para legitimar a atuação do autor da ação coletiva e a intervenção judicial nesse assunto.

Por essa razão, as audiências, em processos coletivos que discutem políticas públicas, não podem desenhar-se a partir da lógica do Código de Processo Civil. A elas deve-se permitir ampla participação social e, sempre que possível, devem elas desenvolver-se próximo à comunidade a ser atingida.

De outra parte, além da ênfase nas técnicas de composição consensual e na participação técnica e social, impõe-se a estruturação de mecanismos de fiscalização e diálogo na implementação das soluções obtidas.

Em algumas áreas do direito privado, aliás, tipificadas por litígios complexos, com multiplicidade de interesses, há normas expressas que admitem a criação de decisões *microinstitucionais*.<sup>18</sup> Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei 12.529/2011 (mas, mesmo antes dela, a Lei

8.884/1994) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, inciso VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art. 61, § 2º, inciso VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. O art. 52 da lei, a seu turno, estabelece que

[...] o cumprimento das decisões do Tribunal [administrativo] e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal [...].

Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96 e 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2º, da lei).

Em outros campos, não há legislação com amplitude semelhante. Todavia, isso não deve ser visto como a vedação ao seu emprego. Ao contrário, as cláusulas abertas presentes na legislação brasileira (v.g., art. 461, CPC/1973; arts. 139, IV, 536 e 537, CPC/2015; art. 84, CDC) devem ser enxergadas com o potencial suficiente para a criação desses mecanismos. Afinal, abre-se espaço amplo para que o juiz empregue medidas de indução e de sub-rogação necessárias a dar cumprimento às suas decisões (consensuais ou não).

Ao lado disso, a amplitude com que a legislação processual trata dos administradores judiciais (v.g., arts. 148-150, 677 e 719, CPC/1973; arts. 159-161, 862-863, 866-869, CPC/2015) parece ser suficiente para autorizar a criação de grupos de acompanhamento, seja para sugerir medidas específicas para alguns problemas, seja para fiscalizar o atendimento a metas e a decisões do Judiciário, seja para acompanhar o desenvolvimento de planos de implementação de certas políticas. Tais grupos, ademais, devem contar com representantes da coletividade e com especialistas (além de representantes das partes), de modo a replicar a representatividade que se exige durante todo o curso da demanda que discute política pública.

<sup>17</sup> Como se viu no caso da ACP do Carvão, a intervenção do corpo técnico do Ministério Público Federal foi fundamental, na fase de execução, para objetivar as medidas que seriam necessárias, dando maior concretude àquilo que poderia ser exigido para a satisfação da determinação de recuperação ambiental imposta pela sentença.

<sup>18</sup> A expressão “microinstitucionalidade” se refere à criação de auxiliares do juiz, com capacidade de acompanhar, fiscalizar e implementar a decisão judicial (sobre isso, v. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 186).

Também se exige, em processos que discutem políticas públicas, adaptações procedimentais, como visto inicialmente. Especialmente temas como os limites (e a própria estabilidade) da coisa julgada, o princípio da congruência e a rigidez da sequência procedimental exigem revisitação à luz das necessidades de ampla participação no processo. É necessário ainda aparelhar o Judiciário de modo que consiga adequadamente desempenhar sua atividade. E é fundamental mudar a mentalidade dos gestores da administração judicial, para que possam perceber a importância desse tipo de litígio e oferecendo o devido valor aos magistrados envolvidos (com sua necessária qualificação) e às próprias causas (em estatísticas e na necessidade de se dar maior tempo à solução dessas controvérsias).

Trata-se aí de oferecer um conjunto de técnicas e instrumentos processuais aptos a tornar viável a intervenção, *de modo responsável*, judicial em políticas públicas.<sup>19</sup>

## 5 Conclusão

Como última palavra neste singelo texto, fica a reflexão de que ainda há muito a avançar na discussão judicial de políticas públicas.

O que se vê na experiência forense é que, muito pela falta de subsídios adequados e suficientes, as políticas públicas são, muitas vezes, tratadas pelo Judiciário de modo totalmente inadequado.

O tratamento adequado de políticas públicas no Judiciário exige outra postura dos sujeitos envolvidos e outra estrutura do processo judicial. Para tanto, uma reforma legislativa é necessária. Porém, é ainda mais necessária a alteração da mentalidade dos agentes envolvidos no controle judicial de interesses metaindividuais. Afinal, como há muitos anos lembra Barbosa Moreira,

[...] quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição [...].<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Destaca-se, nesse campo, o Projeto de Lei 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, elaborado a partir de iniciativa dos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Lucon. O projeto, preocupado com a reordenação de técnicas adequadas à intervenção de políticas públicas, oferece importantes diretrizes para a atuação judicial nesse campo.

<sup>20</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Efetividade do processo e técnica processual". Temas de direito processual – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

## O Direito em Santo Agostinho

Ronaldo Rebello de Britto Poletti\*

### 1

Para cuidarmos da concepção agostiniana sobre o Direito, é indispensável uma referência à sua vida e à sua obra.

Aurélio Agostinho<sup>1</sup> foi Bispo de Hipona. Foi o maior dos padres da Igreja e um dos maiores pensadores de todos os tempos. A filosofia cristã com ele atinge o seu apogeu. Seu pensamento moldou a Igreja durante toda a Idade Média, em grande parte, até os nossos dias.<sup>2</sup> Hans Küng o elege como um dos paradigmas fundamentais da história do Cristianismo. Nenhuma figura entre Paulo e Lutero foi tão influente na Igreja Católica e na teologia quanto ele, que é o pai da teologia ocidental.<sup>3</sup>

\* 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.

<sup>1</sup> Ver sobre Agostinho, Julián Marías, *História da Filosofia*, 3. ed. Porto, Souza & Almeida, 1973, pp. 126-132; Paul Johnson, *História do Cristianismo*, Rio de Janeiro, Imago, 2001, pp. 139 e ss.; Bertrand Russel, *History of Western Philosophy*, Londres, Routledge, 1961, cap. IV; Peter Brown, *Santo Agostinho. Uma biografia*, Rio de Janeiro, Record, 2005; Wolfgang Röd, *O caminho da filosofia*, Brasília, UnB, 2004, v. I; J. A. Giannotti, *Lições de Filosofia Primeira*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, cap. IX; Umberto Padovani e Luís Castagnola, *História da Filosofia*, 12. ed. São Paulo, Melhoramentos, 1978; Etienne Gilson, *A Filosofia na Idade Média*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 1995, cap. II – Os Padres Latinos e a Filosofia; idem, *Introdução ao estudo de Santo Agostinho*, São Paulo, Discurso editorial e Paulus, 2006; Guido Fassò, *Historia de La Filosofia del Derecho*, v. I, Antiguedad y Edad Media, p. 137 e ss.; Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, *Curso de Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2007, cap. 8; Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofia del Derecho y del Estado*, 10. ed. Madrid, Alianza Editorial, 1970, v. I, pp. 263 e ss.; Henry Chadwick, *A igreja Primitiva. História da Igreja 1*, Lisboa, Ed. Ulisseia, 1969, pp. 233 e ss.; Wayne Morrison, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 67 e ss.

<sup>2</sup> Cf. Philotheus Boehner – Etienne Gilson. *História da Filosofia Cristã. Desde as Origens até Nicolau de Cusa*. Trad. Raimundo Vier, O.F.M., 6. ed., Petrópolis, Vozes, 1995, p. 139.

<sup>3</sup> Hans Küng. *Cristianesimo*. Milão, Bur Saggi, 1997; v. tb. Idem, *Igreja Católica*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2002. A propósito, eis um

Foi o último homem antigo e o primeiro homem moderno. É incrível que Agostinho do norte da África, séculos IV e V, esteja até hoje tão presente, tanto em seus acertos como nos seus erros e polêmicas. Hanna Arendt escreveu sua tese de doutorado sobre ele. O cardeal Ratzinger, Bento XVI, afirma que a ele deve tudo, como padre, como bispo e como teólogo.<sup>4</sup> Óbvio a sua influência em Descartes, Calvino, mesmo em Kant, na psicanálise de Freud, no jansenismo.

Foi maniqueísta (tipo de movimento gnóstico), depois céptico e agnóstico, neoplatônico e, afinal, influenciado por Santo Ambrósio e pela sua própria mãe, recebeu o batismo em 387.<sup>5</sup>

Sustentou dura luta contra o cisma dos donatistas, a heresia de Pelágio e o maniqueísmo, ao qual aderira na mocidade e depois o refutou, embora jamais tenha se livrado da discussão sobre a relação entre o bem e o mal.

Sua vida foi, também, fascinante e coincidiu com a crise do Mundo Antigo em face da queda de Roma e de seu Império no Ocidente. Essa situação foi, aliás, uma das razões da meditação de Agostinho sobre o valor da sociedade terrena, do Estado e do Direito, diante dos desígnios da Providência Divina.

Agostinho nasceu em Tagasta (Souk-Ahras) cerca de 100 km de Annaba (Hipona), na Argélia, litoral, província de Numídia. Mônica, sua mãe, era cristã e exerceu influência na sua vida e conversão. Ele estudou letras e retórica em Cartago, de onde foi a Roma e depois a Milão (residência do Imperador). Teve

parágrafo de Paul Johnson: “Foi o gênio da trevas do Cristianismo imperial, o ideólogo da aliança entre Igreja e Estado e o gerador da mentalidade medieval. Depois de Paulo que forneceu a teologia básica, ele fez mais para moldar o Cristianismo que qualquer outro ser humano.” (op. cit. p. 136).

<sup>4</sup> Bento XVI, Os Padres da Igreja: de Clemente Romano a Santo Agostinho, São Paulo, Paulus, 2012.

<sup>5</sup> Cf. Philotheus Boehner – Etienne Gilson. *História da Filosofia Cristã*, cit. p. 144. Desde Ambrósio as organizações das comunidades tinha adotado as estruturas, que vingam até hoje, como as que excluem as mulheres do clero e das atividades sacramentais; separação entre clérigos e leigos; preeminência dos bispos (cf. Mircea Eliade, *História das Crenças e das Ideias Religiosas*, v. III, Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 50).

importante ligação com a mãe de seu filho Deodato, porém não se casou por motivos de ordem legal.

Leu *Hortensius* de Cícero. O texto desaparecido é um elogio à filosofia e despertou em Agostinho o amor pela sabedoria.

## 2

Escreveu em latim e foi o primeiro padre da Igreja a fazê-lo. Não gostava da língua grega. Suas obras integram um extenso campo de especulação religiosa, filosófica e por consequência, também, política.<sup>6</sup>

É o padre da Igreja que mais deixou obras: escritos filosóficos, apologéticos, doutrinários, morais, monásticos, exegéticos, anti-heréticos, cartas, homilias. É provável que tivesse colaboradores estenógrafos, tendo em vista a quantidade de textos que escreveu.

As *Confissões* (400) tem dois significados: revelar as falhas e louvar a Deus. Foi o livro mais lido na Antiguidade e representa um gênero literário inédito. Forma específica literária do Ocidente.<sup>7</sup> Nas *Confissões* estão anotados todos os episódios de vida e ainda inúmeras das convicções religiosas e filosóficas.

## 3

A *doutrina cristã* (397) dominará a história da Cultura cristã na Idade Média.<sup>8</sup>

Todo o pensamento de Agostinho é, à obviedade, inseparável do Cristianismo, ainda que tenha recebido influência do neoplatonismo de Plotino.

Quanto ao Cristianismo, convém observar que a religião de Jesus de Nazaré, o filho de Maria, é inédita e singular na história, uma vez que ela sintetiza a ideia de Deus que se fez Homem e do Homem que se fez Deus. O Cristianismo deu um significado à História da humanidade e a cada um dos homens. Iniciou uma nova era em face do mundo anterior, embora contenha

elementos das civilizações que o precederam e, até, o ensinaram.

Não obstante a sua origem judaica e a incorporação do pensamento grego, o Cristianismo constitui um fato surpreendente.

O Deus dos judeus e dos cristãos é um Deus pessoal, não um princípio metafísico, como séculos depois os deístas conceberão a divindade (o Deus dos filósofos).

A lei judaica não é universal, não vale para os gentios. São Paulo, convertido ao Cristianismo, dirá que a nova religião não distingue entre os judeus e os gentios.

O Messias veio para todos. O messianismo significa a busca de um encontro ou reencontro com Deus, uma promessa aos judeus, quando de seu cativo na Babilônia e de sua presença no Egito, até a sua recondução por Moisés à terra prometida.

A mensagem cristã, no entanto, não se volta para os acontecimentos do tempo presente: o reino de Deus não é deste mundo. Não trata da renovação da sociedade e das instituições. Jesus não é um zelote contra o domínio romano. “Meu reino não é deste mundo [...]” “Dáí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.” O Evangelho explicará a preocupação de Agostinho com a cidade de Deus e a dos homens, bem como o problema do Estado com a religião.<sup>9</sup>

O Cristianismo representa uma grande transformação moral no sentido social; uma exortação à transmutação de todos os valores, como Nietzsche proporia séculos mais tarde.

## 4

Não se tratava de observar a lei divina, como a concebiam os fariseus. Nem de alcançar o caminho da filosofia para o conhecimento racional do transcendente, como os gregos. O fundamento estava em encontrar o Deus no Cristo e no interior de cada uma das criaturas. Trata-se do triunfo da ideia de pessoa. O homem criado à imagem e semelhança de Deus, que mostrou a sua face e se apresenta na pessoa de Jesus. O primeiro e grande mandamento é amar a Deus acima de todas as coisas e o segundo é amar o próximo como

<sup>6</sup> Obra com inúmeros títulos, cerca de cem livros, v. g. *De vera religione, Confessiones, De Trinitate, De Civitate Dei, De libero arbitrio, Contra Fausto manichaeum, De spiritu et littera, De diversis quaestionibus*. Ver a lista completa, com resenha, em Cf. Philotheus Boehner – Etienne Gilson. *História da Filosofia Cristã*, cit. pp. 140-1.

<sup>7</sup> *Confissões*, trad. J. Oliveira Santos, S. J. e A. Ambrósio de Pina, S.J., São Paulo, Ed. Abril, 1973.

<sup>8</sup> Agostinho, *A doutrina cristã: manual de exegese e formação cristã*, São Paulo, Paulus, 2002.

<sup>9</sup> A palavra Estado em todo o presente texto é utilizada no seu sentido genérico e não na sua significação moderna de Estado nacional, soberano, territorial.

a si mesmo. Ama-se a Deus, amando-se o próximo. Encontra-se Deus na pessoa do próximo e na de si próprio. Alguém disse que foi buscar no Evangelho um livro e encontrou uma pessoa. A caridade (o amor) está no centro da religião cristã e preside toda a sua teologia. Amar a Deus, como ele nos amou, a ponto de sacrificar o seu filho para a nossa salvação e liberdade. Nem a fé, nem a esperança valem nada sem o amor. Agostinho afirmará que amamos o próximo mesmo sem o querer. A ideia de pessoa emana da religiosidade, impregnada de elementos gregos e integrará toda a axiologia da construção do Direito, presente nos ordenamentos jurídicos gerados na concepção ocidental.<sup>10</sup>

## 5

Quanto à influência de Platão no pensamento de Agostinho, por intermédio de Plotino, ela revela o que não se pode afastar: a helenização do Cristianismo. Roma e seu Império constituíram-se nas condições de tempo e espaço para o desenvolvimento de uma religião nova e universal.

Quando se fala em Roma menciona-se, necessariamente, Grécia.<sup>11</sup> Nietzsche dirá que o Cristianismo é o platonismo dos pobres (da plebe!?).

O Cristianismo restaura todas as significações para o delineamento completo da cultura ocidental.<sup>12</sup> Dá início a uma nova ordem, sem prejuízo dos valores essenciais da cultura greco-latina. Assim, como religião, tem a sua origem no oriente geográfico, porém como síntese cultural insere-se na chamada Cultura Ocidental.

A grande transformação inicia-se com a união entre o helenismo e a latinidade. A unidade espiritual e moral vai ser atendida pela Providência Divina por intermédio da Revelação Cristã.

O Cristianismo não é uma cultura, mas uma revelação religiosa com extraordinária força para estabelecer uma visão do mundo e do homem, e com isso, fornecer modelos para a ação, fundados em novos valores. Assim sendo e apesar de a religião cristã não ser uma nova cultura, até mesmo os agnósticos, os ateus, os deístas, os materialistas de todas as tendências, não têm como negar a decisiva influência de natureza cultural que ela desencadeia de forma constante e permanente para todos os séculos. Foi primeiro uma seita judaica, mas universalizou-se pela ação dos judeus helenizados, no ambiente do Império romano (já este moldado no Império macedônico da civilização helenística). Jesus Cristo e todos os seus discípulos eram judeus, provavelmente fariseus, que eram mais adiantados do que os saduceus. O apóstolo Paulo de Tarso, um judeu grego, além de cidadão romano, era homem de grande cultura e, antes da sua conversão na estrada de Damasco, estava destinado a realizar estudos para ser rabino. São Paulo foi decisivo para a catolicização do Cristianismo, valendo-se da circunstância geopolítica do Império, transformando a nova religião, que nascera no seio do judaísmo, em uma religião universal. Paulo escreveu suas cartas em grego koiné, o da cidade de Alexandria, a língua, aliás de todo o Novo Testamento.

A Patrística grega e latina, os padres gregos e latinos, os apologistas, enfim, iniciaram a grande revolução conciliadora, já acenada por São Paulo, entre a filosofia grega e a religião judaico-cristã.<sup>13</sup>

Os padres da Igreja foram fundamentais nessa tarefa de harmonizar a filosofia grega com o Cristianismo, tanto a patrística grega (mais racionalista), como a latina (a fé prevalece sobre a razão; a vontade sobre o intelecto).

As epístolas de São Paulo foram escritas antes dos Evangelhos e, como eles, o foram em grego. Essa referência é fundamental, pois os judeus helenizados, como o próprio apóstolo Paulo, foram os responsáveis pela referida aproximação, assimilação e síntese

<sup>10</sup> Basta ver a Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E o Código Civil, art. 1º, "Toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil."

<sup>11</sup> Toynbee escreveu um livro em que trata a civilização grega e romana como um só fenômeno.

<sup>12</sup> Ver a propósito Adolpho Crippa, *Introdução à Filosofia*, cit. p. 87 e ss. A mensagem de Cristo revolucionou o mundo grego e romano ao unir as duas pontas, trazendo a fé para o plano da história. Deus encarnado em Cristo representou uma espécie de emancipação do homem e a grande novidade do Cristianismo – sua 'tentação' é o amor (cf. "A paixão segundo o revolucionário", a propósito de Luc Ferry e Lucien Jerphagnon, *A Tentação do Cristianismo*, São Paulo, Objetiva, 2011).

<sup>13</sup> Ver Etienne Gilson. *A Filosofia na Idade Média*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 1995. A palavra "apologia" significa defesa. Apologetas são os antigos escritores cristãos que defendiam a nova religião das acusações dos pagãos e dos judeus e a difundiam em termos adequados à cultura do seu tempo, utilizando de alguma forma a própria filosofia grega (cf. Bento XVI, op. cit. p. 21).

decorrente, do mundo antigo grego com a nova religião.

O Evangelho de São João e as cartas de São Paulo possibilitam uma interpretação filosófica da figura do Cristo e essa foi a base para a aproximação com o mundo grego dos filósofos. Fusão do Novo Testamento com a tradição platônica, isto é, com a filosofia grega.<sup>14</sup>

Clemente de Alexandria (n. em Atenas, sec. II) foi pioneiro do diálogo entre fé e razão para alcançar-se conhecimento da Verdade, o Cristo, o Verbo de Deus, o Logos. A autêntica gnose é o conhecimento da Pessoa. Clemente afirmou que Deus dera a filosofia aos gregos, como um testamento seu.<sup>15</sup>

Eusébio de Cesareia, bispo (339), mais historiador que filósofo, procurou justificar a religião cristã contra os pagãos, demonstrando o parentesco entre a verdade cristã e o que a filosofia grega tinha de melhor. Platão teria reconhecido o mesmo Deus de Moisés. Pressentir-se-ia em Platão o Verbo e a imortalidade da Alma?

O Cristianismo deixou de ser uma ruptura com o mundo pagão para ser considerado uma continuação e aperfeiçoamento do mundo greco-romano.

Ainda assim, os padres elaboraram também teorias da justiça, como a entendemos hoje: conjunto de regras ideais de comportamento intersubjetivo dos homens. Há uma verdadeira simbiose entre a tradição hebraica e a filosofia grega.

A moral cristã, além de religiosa, representa uma moral social, conservando sempre um fundo teológico e um caráter voluntarista. A lei é estabelecida pela vontade de Deus, lei positiva, como o Decálogo revelado a Moisés, acrescida de uma ética grega referida a uma lei natural, ditada pela razão humana.

## 6

Dentro deste quadro é que se anota a presença de alguns homens em Alexandria, que virão a influenciar o pensamento de Santo Agostinho, sem contudo abalar-lhe os fundamentos da fé cristã.

Entre o século III e o I a. C., a Bíblia foi traduzida para o grego (Septuaginta).

A vulgata latina, trad. de São Jerônimo, é do fim do século IV e início do V d. C.

Alexandria era uma metrópole, o mercado do mundo na encruzilhada das estradas da África e da Ásia, no ponto de estrangulamento do Mediterrâneo. No século III, época de Clemente e de Orígenes, a cidade tinha um milhão de habitantes, uma Biblioteca incomparável, onde estava o centro do helenismo. Assumira a importância de Atenas, já em declínio. Todas as filosofias, todas as morais, todas as religiões ali encontravam guarida.<sup>16</sup> Lá é que aparecerá Filon (20 a. C-50), filósofo grego de origem judaica esteve próximo do Cristianismo. A exegese de Filon está carregada de elementos platônicos e estoicos e é comparável a de Moisés Maimônides e a de escolásticos do século XIII. Filon procurou conciliar o Velho Testamento com Platão e Aristóteles. Foi inspirador do neoplatonismo e da literatura cristã (*Sobre a vida contemplativa; Deus é um Ser imutável*). Deu explicações alegóricas a respeito de trechos do Gênesis. Fez uso da aritmética simbólica (Pitágoras). Conhecia a jurisprudência, tanto a judaica como a grega. Aproximou a fé hebraica do pensamento grego.

Outra figura importante que apareceu em Alexandria foi Amônio Saccas, na primeira metade do século III d. C. A princípio cristão (ou judeu), renegou a fé para abraçar a filosofia grega e, assim, ajudou a fundar o neoplatonismo. Plotino (205-270)<sup>17</sup>, Orígenes (185-254) e Longino (213-245) foram seus discípulos,

<sup>14</sup> “De pé no meio do Areópago, Paulo disse: Varões atenienses, em tudo vos vejo extraordinariamente religiosos, porque, ao passar e contemplar os objetos do vosso culto, achei um altar no qual está escrito: Ao Deus desconhecido. Pois o que venerais, sem conhecer, é o que vos anuncio” (Atos 17, 22-23).

<sup>15</sup> Cf. Bento XVI, op. cit. p. 34.

<sup>16</sup> Cf. A. Hamman, *Os Padres da Igreja*. 2. ed. São Paulo, Paulinas, 1985, p. 79. Bento XVI, falando sobre São Clemente de Alexandria, assinala que ele nasceu, provavelmente, em Atenas em meados do século II. Alexandria foi a “cidade-símbolo” daquele fecundo cruzamento entre diferentes culturas que caracterizou a época helenística. “[...] O Alexandrino constrói a segunda grande ocasião de diálogo entre o anúncio cristão e a filosofia grega. Sabemos que São Paulo no Areópago em Atenas, onde Clemente nasceu, fez a primeira tentativa de diálogo com a filosofia grega, em grande parte falhada, mas lhe disseram: ‘Ouviremos novamente’. Agora Clemente retoma esse diálogo, e o eleva ao mais alto nível na tradição grega.” (cf. Bento XVI, op. cit. pp. 31-35).

<sup>17</sup> cf. Didier Julia, *Dictionnaire de la Philosophie*, Paris, Larousse, 1964. Sobre Plotino, Jean-Paul Dumont, *Elementos de História da Filosofia Antiga*, Brasília, UnB, 2004, quinta parte. Ver Plotino, *The Six Enneads*, Great Books v. 17, Chicago, Britannica, 1952.

sendo que o primeiro continuou a ter presente o seu ensinamento.<sup>18</sup>

Plotino retira de Platão o idealismo e a célebre dialética do amor, que permite ao filósofo elevar-se até a intuição do Bem Soberano. Daí a teoria das três hipóstases, alma, inteligência, unidade. A filosofia de Plotino alimentará, por intermédio de Agostinho, a filosofia reflexiva e a concepção da razão como atividade.

Em Alexandria, quando um cristão diz Platão, leia-se Plotino e, por intermédio de Orígenes, a doutrina de Amônio Saccas.

Para Agostinho, Deus é a bondade absoluta e o homem condenado na eternidade é recuperável apenas pela graça divina.

## 7

No *De civitate Dei* (413-426)<sup>19</sup>, há a inserção de todas as visões e concepções de Agostinho. O livro enfrenta as heresias, incluindo o maniqueísmo, contrapondo-se ao ceticismo e ao relativismo, e enfrentando as heresias do donatismo e do pelagianismo.

Agostinho sintetiza, no livro, todo o seu pensamento, utilizando-se da história grega e romana, das filosofias da Antiguidade e das Escrituras.

Ele oferece uma matriz para todo o pensamento medieval: a justiça consiste em submeter-se à vontade de Deus.

O ponto mais relevante para a apreciação da ideia de Direito em Agostinho está na sua refutação ao pelagianismo.

Há grande controvérsia em relação ao pelagianismo, que nega a intervenção de Deus na História. Há naquela corrente uma exacerbação da liberdade, sendo por isso oposto do maniqueísmo, que não aceita a liberdade do homem.

Pelágio foi um monge inglês (360-420) e teve idas e vindas na condenação pela Igreja. Ele sustentava

um livre arbítrio absoluto. O homem seria capaz de obedecer a Deus, sem a graça. Não estaria corrompido pelo pecado original e poderia alcançar a salvação, por si só. O homem, pleno de bondade, disporia de caminhos livres.

O Pelagianismo agitou o Cristianismo Ocidental a partir de 410.

No debate entre Pelágio e Santo Agostinho, verifica-se uma clara oposição entre a graça e a liberdade. Enquanto para Pelágio, o homem teria o poder de fazer o bem e de dirigir-se a si próprio; para Agostinho, no entanto, a graça é auxílio da liberdade, não seu rival.

Os pelagianos negaram o nascimento da humanidade no pecado original, por isso ela não necessitaria da redenção de Cristo, opondo-se, por conseguinte, à praxe de batizar as crianças para a remissão dos pecados. Restringiram a graça divina, limitando-a somente ao auxílio externo da liberdade.

Na polêmica, Agostinho acabou por conceder elementos à doutrina da predestinação: Deus determinaria para o bem e para o mal as liberdades.<sup>20</sup>

Para Agostinho, a graça é necessária para o homem lutar contra as tentações. Sem a graça não existe o livre arbítrio. Ela precede todos os esforços da salvação. A graça possibilita a escolha do bem. No entanto, nem todos os homens receberam a graça divina. Alguns são predestinados à salvação. Tal controvérsia jamais foi solucionada.

Agostinho buscou a conciliação entre a graça e a liberdade. Elas não se excluíam, mas se completariam.

No *De civitate Dei* há uma permanente referência às dualidades, o que tem que ver com resquícios do maniqueísmo: eleitos e condenados; inteligível e sensível; alma e corpo; espírito e matéria; bem e mal; luz e trevas; ser e não ser; expressões da cidade terrena e da cidade de Deus; *lex aeterna* e *lex temporalis*; Direito natural absoluto e Direito natural para os homens; justiça divina e justiça humana.<sup>21</sup>

A história é uma luta entre dois reinos: o de Deus e o mundo.

<sup>18</sup> Cf. verbete em *Dicionário Patrístico e de Antiguidades Cristãs*. Petrópolis, Vozes, 2002. Org. Angelo Di Berardino. Plotino conduz (UnO) ao misticismo. Luta contra os cristãos e os gnósticos. Hipóstase: suporte, base. "substâncias individuais primeiras" (santo Tomás). União hipostática: 3 pessoas da trindade.

<sup>19</sup> *A cidade de Deus (contra os pagãos)*, trad. Oscar Paes Leme, Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2 volumes, 2006.

<sup>20</sup> cf. verbete Pelágio – Pelagianos – Pelagianismo, *Dicionário Patrístico e de Antiguidades Cristãs*. Trad. Cristina Andrade. Petrópolis, Vozes, 2002.

<sup>21</sup> Para outros exemplos desse dualismo platônico, ver Eduardo C. N. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, op. cit. pp. 198 e ss.

A polêmica repercutiu na modernidade.<sup>22</sup>

A refutação ao pelagianismo não significa qualquer concessão ao relativismo maniqueísta, portanto, a contrário senso, inadmissível o Direito ser concebido como algo passível de incertezas ou de visões contraditórias, a não ser nas circunstâncias de concreções mais explicáveis pelas deficiências humanas do que pela ausência do dogmatismo jurídico necessário.

Quanto ao pelagianismo, que exacerba a liberdade do homem, tendo em vista que desde a criação a criatura humana assumiu a responsabilidade pelos seus caminhos, a heresia não é condenável por isso, sim porque exclui a graça. Esta é que há de possibilitar a regeneração e a recuperação de tudo que a humanidade criou de negativo.

Ao explorar a tese dualista de Platão, Agostinho cristianizou o maniqueísmo (as duas forças do bem e do mal, da luz e das trevas) e afastou o ceticismo, opondo a ele a fé.<sup>23</sup>

## 8

Deus nos deu a liberdade e a razão, uma vontade livre, embora previsse o abuso que dela faríamos (*De libero arbitrio*). A vontade livre é uma verdade primária e evidente. O homem é consciente de determinar-se a si próprio e ser responsável por seus atos. O Direito será sempre a disciplina da liberdade e, também, considerará que o homem tem uma vontade livre e, por isso, é responsável pelos seus atos. O pecado para Santo Agostinho consiste em uma ação, um dizer ou desejo contra a lei eterna, a qual é a razão ou vontade de Deus. Razão e vontade divinas são uma única coisa. Essa posição agostiniana é diferente do jusnaturalismo de Pelágio, que entendia serem a natureza e a razão humanas as fontes da conduta do homem, concebido este como uma criatura não corrompida.

Antes mesmo da polêmica com Pelágio, Agostinho retira de Cícero a definição de justiça: disposição do espírito, que respeitando o interesse

comum, atribui a cada um o seu valor e que tem sua origem na natureza. O Direito natural é uma força inata e a justiça uma conformidade com a vontade de Deus.<sup>24</sup>

Não parece lei aquela que não for justa. A lei positiva, histórica (*lex temporalis*) não é válida se não estiver de acordo com a lei eterna (*lex aeterna*). Esta lei eterna é a razão suprema (*summa ratio*), como em Cícero a lei natural. A *lex naturalis* se manifesta na alma racional.<sup>25</sup>

Agostinho interpreta a lei natural acessível à razão de acordo com a regra de ouro, ainda num sentido de lei verdadeira e racional como em Cícero: não fazer a ninguém o que não se deseja que se faça a si, isto é, não fazer o mal a ninguém e fazer, sempre que possível, o bem a todos como o que se deseja para si.<sup>26</sup>

Não obstante Agostinho não distinguisse razão e vontade de Deus, seus escritos acabaram por fundamentar a divisão entre os filósofos medievais intelectualistas e os voluntaristas. Para os primeiros, o Direito natural reside na razão divina e portanto humana, pois o homem é dotado de razão, como criatura feita à imagem e semelhança com Deus. Para os voluntaristas, a vontade de Deus é que predomina e deve refletir no Estado.<sup>27</sup>

O voluntarismo de Agostinho sustenta que a justiça não é apenas a conformidade com a *summa ratio*, mas aquela querida por Deus.

Santo Agostinho firmou uma concepção contra a lei do eterno retorno presente em tantos mitos

<sup>24</sup> V. Guido Fassò, op. cit., tendo em vista *De diversis quaestionibus* (388-96).

<sup>25</sup> Idem, ibidem, tendo em vista *De libero arbitrio*.

<sup>26</sup> Cf. Roberto H. Pich, verbete in *Dicionário de Filosofia do Direito* (coord. Vicente de Paulo Barreto), São Leopoldo/Rio de Janeiro, Editoras Unisinos/Renovar, 2006.

<sup>27</sup> Santo Tomás de Aquino, séculos depois, compatibilizou, de uma certa forma, as duas tendências. A lei humana é fruto da razão e esta reflete a lei eterna, que é a lei do universo, não se confundindo com a lei divina (a das Escrituras). Não se despreze, assim, a positividade do Direito, embora ele possa ser cotejado com o Direito Natural, algo interior, no coração do homem. A desconformidade entre a lei eterna e a lei humana pode ensejar reações, sem necessariamente invalidar a segunda. A discussão sobre a compatibilidade ou não entre aquelas leis não permite, em princípio, o descumprimento da lei posto pela autoridade. Salva-se, assim, o positivismo jurídico, que não permite ao aplicador do direito, embora por ele interpretado, julgar a bondade da norma ou sua conformidade com o Direito Natural.

<sup>22</sup> A predestinação apareceu na obra de Calvino (1509-1564). Além disso, os iluministas assumiram um pouco o pelagianismo (a ideia de um homem bom é de Pelágio). A propósito, Tzvetan Todorov. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo. Companhia das Letras, 2012.

<sup>23</sup> Wayne Morrison, op. cit. p. 68.

(Fênix, Prometeu, Sísifo), sempre uma destruição e regeneração do cosmos, para em lugar dessa monocórdica repetição apontar para o verdadeiro fim dos tempos. A História tem um sentido, não é um eterno retorno, não se move em círculos. O tempo é linear, não cíclico.<sup>28</sup>

O homem é o sujeito da história e ao mesmo tempo um ser histórico. Cada época pode recolher um passado para si, ao fito de aprimorar-se. A questão, todavia, está em que Deus ofereceu ao homem as alternativas possíveis e ele, homem, ao escolher o seu próprio caminho, o da liberdade, assumiu a responsabilidade de seus atos. O homem é o responsável por todos os males e daí ser portador de todas as esperanças. Se ele criou a guerra, a peste, a fome, a morte, todos os cavaleiros do Apocalipse, será capaz de extinguir todos os males e de desconstituir a própria escravidão. Apesar de todas as condições e circunstâncias, não é a história que engendra o homem, mas o homem é que faz a história, de igual maneira que o homem não é fruto da sociedade, mas esta é que decorre da natureza e da criatividade humana. O único caminho possível, único progresso factível é o da consciência moral. Nesse sentido, apesar de todos os terríveis percalços, há uma perspectiva otimista na avaliação de como a humanidade, ou parte considerável dela, tem revelado uma série de normas positivadas ou não, fruto da dogmática jurídica ou de direito natural, normas indicadoras da valorização da vida e da dignidade da pessoa.

A doutrina agostiniana pressupõe uma ordem objetiva. Reconhecê-la constitui condição da vontade e do entendimento. A vontade reconhece a ordem, respeitando-a mediante uma reta apreciação dos valores, aplicada às ações. O fim da moralidade é a manutenção da reta ordem identificada com a bondade objetiva, enquanto o mal reside na transgressão daquela ordem que, perturbada pela vontade do homem, é restaurada pela justiça divina. A identificação do ideal moral com a reta ordem revela influência do helenismo ou do ideal grego de beleza e do ideal romano da lei. As normas da razão e da vontade remontam a uma única fonte, daí a sua validade, evidência e necessidade. O que vale

para as leis matemáticas, vale para as normas éticas: viver segundo a justiça; antepor as coisas superiores às inferiores; atribuir valor idêntico às coisas iguais, sempre que estiverem em um mesmo nível; dar a cada um o que é seu.<sup>29</sup>

A ordem social não é senão um prolongamento da ordem moral fundamental, ou seja, da reta ordem do amor. A moralidade e a vida feliz são inseparáveis da vida social na comunidade. Agostinho, portanto, está bem conforme ao Direito Romano, onde a moral, o Direito e a política estão confundidos em um único fenômeno. O amor é fundamento da comunidade e o fim da sociedade está na paz, sendo a ordem a sua condição.<sup>30</sup>

No *De civitate Dei* se releva uma tensão entre as exigências da religiosidade (misticismo, transcendência axiológica, verdadeiro fim do homem) e as exigências terrenas da sociedade cristã, organizada em uma Igreja visível, instituição jurídica e substancialmente política.

Relevante a consideração da realidade humana, que parece impor-se à formulação jurídica. A natureza do homem é, em parte, razão, mas é também permeada de defeitos (apetites, egoísmo, ambição). O Direito há de considerar o homem como, de fato, ele é, uma ambiguidade, capaz de grandes gestos de amor e de ações as mais torpes. O homem está marcado pelo pecado original e isso deve ser observado na organização social, incluindo a ordenação jurídica. Daí a concepção agostiniana de um duplo Direito natural. Um primário, absoluto, o do homem em estado de graça. Outro, o secundário, o único possível à criatura humana, depois da queda, considerando as baixas paixões, mas buscando o Direito natural primário.<sup>31</sup>

Qual seria a causa da queda de Roma, se não o abandono da religião? Qual o valor do Estado, na verdade a cidade do demônio?

A cidade de Deus se confunde com o corpo místico transcendente, a Jerusalém celeste, a comunhão dos santos, já como Igreja visível.

<sup>28</sup> Cf. Jacques Maritain, *Sobre a Filosofia da História*, São Paulo, Herder, 1962, p. 12, tendo em vista *A Cidade de Deus*, de Agostinho.

<sup>29</sup> Cf. Philotheus Boehner – Etienne Gilson. *História da Filosofia Cristã*, cit. pp. 187-8.

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*, pp. 195-6.

<sup>31</sup> Cf. Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 429.

A cidade terrena, o Estado, nasce da violência, do sangue, do delito, como se verifica na origem de Roma, um fratricídio (Rômulo e Remo) semelhante ao de Caim contra Abel. Caim funda a primeira cidade do mundo. Rômulo funda Roma. A cidade dos homens é a sede do pecado.

Agostinho não cuida do melhor regime político, nem do estado ideal para os cidadãos. A cidade de Deus consiste na comunidade dos eleitos por Deus, tendo lugar verdadeiro no céu. Ela não tem referência institucional humana. Está na Terra como peregrina e ligada ao mundo pela vida social dos santos.<sup>32</sup>

Nas duas cidades não há oposição entre Igreja e Estado, mas duas atitudes éticas diferentes, que refletem nas ações humanas. A diferença está entre o amor a Deus e o amor a si mesmo. A teoria está sob a perspectiva teológica do fim dos tempos. Sendo o amor a motivação humana básica, a única direção que pode ser exigida do cristão é amor a Deus e ao próximo. A ausência deste amor fundamenta a rejeição a todas as outras teorias política e religiosas.<sup>33</sup>

Para que o Estado possa ter valor é preciso que reine nele a justiça de acordo com o querer de Deus, que foi a direção dos primeiros séculos do Cristianismo. A justiça se revela como fundamento da paz.

Se não houver justiça os Estados são tão somente empresas criminosas.

*remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia*

Não há valor no Estado sem justiça. Os reinos sem justiça são gangues de criminosos, semelhantes a todos os reinos. Um pirata infesta os mares com um pequeno navio. Alexandre o faz com uma esquadra e é chamado de imperador.<sup>34</sup>

Agostinho aceita a definição romana de *iustitia*, a de dar a cada um o que é seu (o seu *ius*). *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D. 1.10 pr.)

A justiça implica dar a Deus, servi-lo e não fugir ao seu domínio.

Lei e governo são instrumentos para a ordem e coerência dentro da sociedade, sem o que a paz entre os cidadãos não existe. O Direito é fim e limite do Estado, ele o é como uma ordem imposta pela providência de Deus, em face das ações volitivas más do ser humano, que tentam destruir a ordem natural.<sup>35</sup>

Uma verdadeira sociedade é uma associação de homens de acordo com o que amam (ver adiante o conceito de povo). A graça de Deus pode ajudar o verdadeiro amor, mas a desobediência às ordens divinas pode ensejar uma novidade perversa.

Agostinho aceita, em parte, a definição de povo dada por Cícero, que o influenciara para dirigir-se à filosofia, mediante a leitura do diálogo *Hortêncio*, obra hoje perdida.

Cícero definiu povo como não um ajuntamento qualquer de homens unidos, mas a reunião de muitos, associados em virtude de um consenso sobre o direito e de interesses comuns.<sup>36</sup>

O grande santo refere-se ao povo dos justos, tementes a Deus, unidos pela fé e pela caridade. Onde não houver justiça não existirá a comunidade de interesses e a república será impossível (*quia res populi non est, ubi ipse populus non est*).<sup>37</sup>

Não haverá povo se este não estiver unido por um comum direito (tal como na definição de Cícero). Não haverá Direito se não estiver fundado na justiça. Sem isso não haverá comunidade "estatal", pois o processo de criação da ordem jurídica nem sempre será justo. A qualidade de uma ordem justa somente pode ter origem na vontade de Deus.<sup>38</sup>

Agostinho assume a seguinte definição de povo: o conjunto de seres racionais associados em torno de um consenso da comunidade sobre os objetos amados.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>36</sup> Cícero, *De Re-publica*, VI, 13, Paris, Belles Lettres, 1980.

<sup>37</sup> Cf. *De civitate Dei*; também Ronaldo Poletti, *Conceito Jurídico de Império*, Brasília, Consulex, 2009, pp. 176 e ss.; há, ainda, a monografia de Ratzinger, *Volk und Haus Gotter in Augustins Lehre Von der Kirche*, Munique, 1954).

<sup>38</sup> Wayne Morrison, *op. cit.* p. 73.

<sup>39</sup> *Populus est coetus multitudinis rationalis, rerum quas diligit concordiam communiore sociatus.*

<sup>32</sup> Cf. Roberto H. Pich, *op. cit.*

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>34</sup> Wayne Morrison, *op. cit.*, p. 78, extraindo o texto de *De civitate Dei*, Livro IV, 4.

Seguindo o fundamento de que das cosmovisões decorrem as concepções também jurídicas, claro é que Agostinho tinha uma visão espiritual do homem, concebido como uma unidade substancial de corpo e alma, graças a uma estreita união destes dois componentes. E, quanto ao Universo, as suas ideias cosmológicas nasceram em parte de sua reação contra o dualismo materialista dos maniqueus, como

também de sua resistência a algumas concepções do neoplatonismo. Agostinho opõe a essas teorias a doutrina cristã da criação.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Cf. Philotheus Boehner – Etienne Gilson. *História da Filosofia Cristã. Desde as Origens até Nicolau de Cusa*. Trad. Raimundo Vier, O.F.M., 6. ed., Petrópolis, Vozes, 1995, pp. 180 e 172.

Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.415, de 16/01/2017.**

Altera as Leis 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral.

Publicada em 17/02/2017.

**Decreto 8.972, de 23/01/2017.**

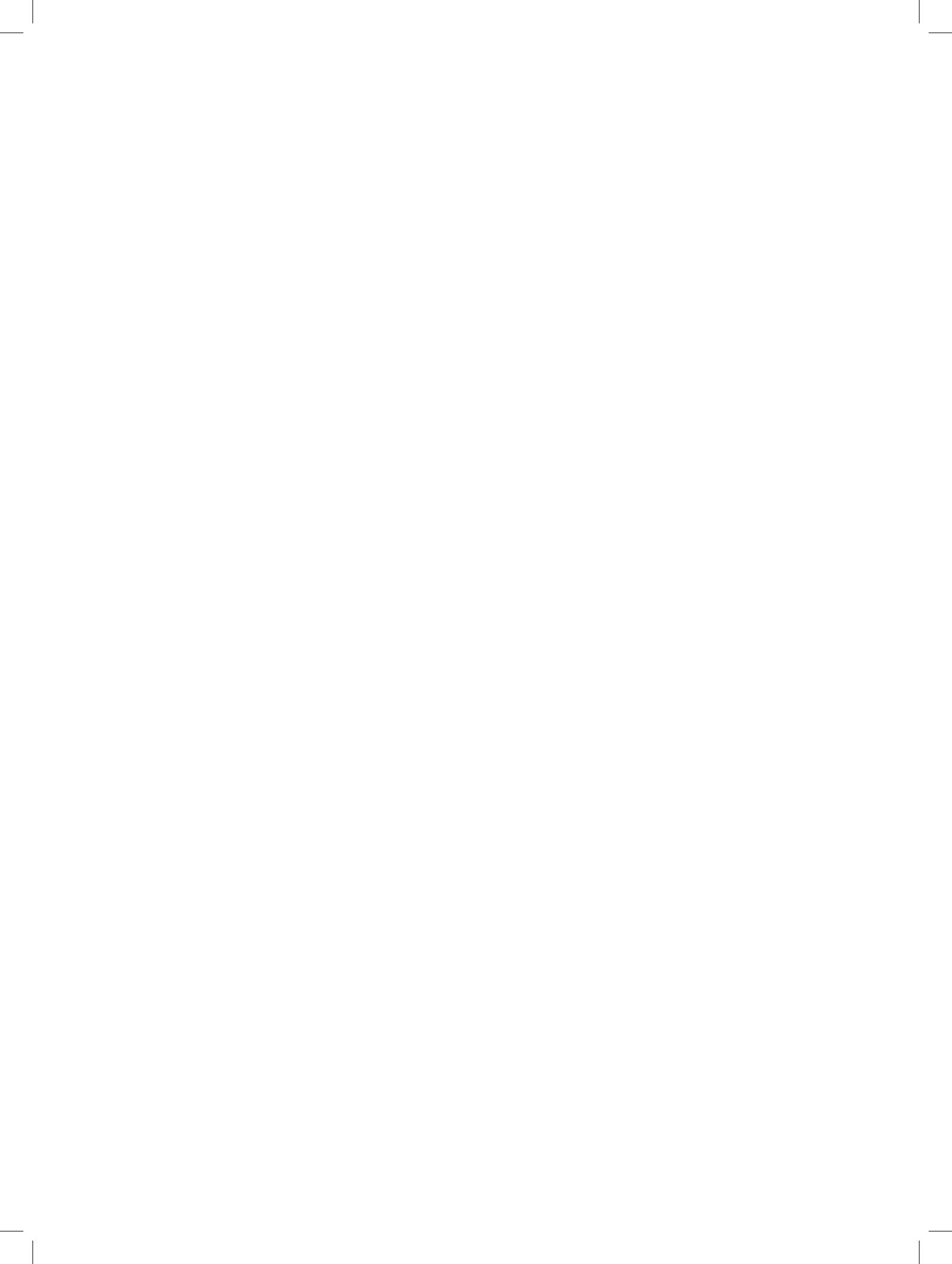
Institui a Política Nacional de Recuperação da Vegetação Nativa.

Publicado em 24/01/2017.

**Decreto 8.989, de 14/02/2017.**

Altera o Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990, que aprova o Regulamento Consolidado do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, para dispor sobre normas regulamentares do saque da conta vinculada do referido fundo.

Publicado em 15/02/2017.



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Corte Especial

*Processo Civil. Conflito negativo de competência. Feitos relativos às taxas. Conflito de competência conhecido para declarar competente a 4ª Seção deste Tribunal.*

I. No presente caso, tem-se que deve incidir a competência da 4ª Seção deste Tribunal Regional Federal, em face do estabelecido no art. 8º, *caput* e § 4º, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo em vista as matérias que compõem as 4 (quatro) áreas de especialização deste Tribunal.

II. A teor do que estabelece o acima transcrito art. 8º, *caput* e § 4º, IV, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal, compete à 4ª Seção desta Corte Regional Federal processar e julgar os feitos relativos às taxas.

III. Conflito negativo de competência conhecido, para declarar competente o eminente relator da 4ª Seção deste Tribunal Regional Federal, ora suscitante, para processar e julgar o conflito de competência suscitado pelo MM. juiz federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão (fls. 2-5 dos autos digitais).

(Conflito de Competência 0074716-81.2010.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal I'talo Mendes, unânime, *e-DJF1* de 24/01/2017, p. 494)

## Terceira Seção

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Naturalização. Jurisdição contenciosa. Inaplicabilidade do art. 119, § 1º, da Lei 6.815/1980.*

I. Nos termos do art. 119, *caput*, da Lei 6.815/1980, deferido, no âmbito do Ministério da Justiça, o pedido de naturalização, será emitido certificado relativo a cada naturalizando, o qual será solenemente entregue pelo juiz federal da cidade onde tenha domicílio o interessado, sendo que, "onde houver mais de um juiz federal, a entrega será feita pelo da Primeira Vara" (§ 1º).

II. A competência da 1ª Vara com competência cível a que se refere o § 1º do art. 119 da Lei 6.815/1980 abrange apenas procedimento de jurisdição voluntária de entrega de certificado de naturalização.

III. Havendo controvérsia a respeito do direito à naturalização, após indeferimento de pedido administrativo, a caracterizar a natureza contenciosa da pretensão formulada em juízo, a competência para processar e julgar a demanda se dá por sorteio, a fim de fazer valer a garantia constitucional do juiz natural.

IV. Conflito conhecido e provido, declarando-se a competência do juízo suscitado, da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

(Conflito de Competência 0027012-62.2016.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, *e-DJF1* de 08/02/2017, p. 98)

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Registro de imóvel incluído no domínio da União. Incompetência do juizado especial federal.*

I. A demanda em que se busca registro de imóvel integrante do patrimônio da União não pode ser processada e julgada no juizado especial federal, por força do art. 3º, § 1º, II, da Lei 10.259/2001.

II. Conflito conhecido e provido, declarando-se a competência do juízo suscitado, da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará.

(Conflito de Competência 0042084-65.2011.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/02/2017, p. 82)

*Processual Civil. Execução fiscal. Ajuizamento anterior à vigência da Lei 13.043/2014. Revogação da competência delegada. Distribuição ao juízo de Direito. Remessa ao juízo federal. Impossibilidade. Ressalva na própria lei.*

I. A execução fiscal ajuizada no juízo estadual antes da vigência da Lei 13.043/2014 não pode ser remetida para a Justiça Federal, diante da ressalva da mencionada lei, no art. 75.

II. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitado, Juízo de Direito da Comarca de Ouro Branco/MG.

(Conflito de Competência 0070856-96.2015.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/02/2017, p. 96)

*Processual Civil. Conflito de competência. Recusa da distribuição por dependência. Distribuição por sorteio determinada. Nova distribuição para a mesma vara. Recusa. Impossibilidade. Sistema de distribuição.*

I. O programa utilizado por todo o sistema de justiça para efetuar as distribuições por sorteio é complexo. Não pode ocorrer a distribuição sequencial a partir da chegada das petições iniciais e não pode existir regra fixa, do tipo, primeiro as varas pares e depois as ímpares, sob pena de fácil burla ao sistema. Diante da necessidade de se mesclar várias formas de distribuição, mas sem provocar desigualdade entre as diversas unidades, o sistema faz certa equalização no final de um período determinado.

II. Se não há um padrão específico — e não pode haver —, é possível que possa existir distribuição por sorteio para a mesma vara que recusou a distribuição por dependência, sendo que, no final do período previsto no programa, ocorrerá nivelamento de feitos distribuídos.

III. A regularidade da distribuição, atestada por supervisora do setor, e sem registro de erro pela diretoria do foro, faz com que prevaleça a competência do juízo que recebeu a demanda por sorteio, a fim de fazer valer a garantia constitucional do juiz natural.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitado.

(Conflito de Competência 0025381-83.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/02/2017, p. 97)

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Vara federal e juizado especial federal. Lei 10.259/2001. Ação anulatória de ato administrativo (auto de infração e imposição de multa decorrente de ilícito ambiental). Competência do juízo federal comum (Lei 10.259/2001, art. 3º, § 1º, III).*

I. A Lei 10.259/2001 exclui da competência do juizado especial federal a demanda que visa à anulação de ato administrativo, salvo se se tratar de ato previdenciário ou de lançamento fiscal.

II. A complexidade ou não da discussão envolvendo o ato administrativo que se busca anular é irrelevante para aferir a competência, já que o legislador foi claro ao excluir da competência do juizado especial federal apenas o ato previdenciário e o de lançamento fiscal.

III. Conflito de competência conhecido, para declarar-se competente o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais (suscitado).

(Conflito de Competência 0064123-51.2014.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 08/02/2017, p. 83)

## Primeira Turma

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Associação de servidores públicos. Benefício da gratuidade da Justiça. Ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para obtenção do benefício.*

I. “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”. O novo Código de Processo Civil passou a disciplinar a assistência judiciária gratuita na Seção IV do Capítulo II, revogando expressamente diversos artigos da Lei 1.060/1950, nos termos do seu art. 1.072, III.

II. Qualquer um que seja parte — demandante ou demandada — pode usufruir o benefício da justiça gratuita e bem assim o terceiro, após a intervenção, quando, então, assume a qualidade de parte.

III. À pessoa natural basta a mera alegação de insuficiência de recursos, sendo desnecessária a produção de provas da hipossuficiência financeira. A alegação presume-se verdadeira, admitindo-se, contudo, que cesse por prova em contrário produzida pela parte adversa ou em razão de investigação feita de ofício pelo juiz. Por sua vez, a pessoa jurídica deve comprovar a insuficiência de recursos para fazer jus à gratuidade da justiça, sendo irrelevante possuir finalidade lucrativa ou não. Vale dizer, tanto as pessoas jurídicas com fins lucrativos como as pessoas jurídicas sem fins lucrativos devem demonstrar a insuficiência de recursos para usufruir o benefício da justiça gratuita.

IV. Deve prevalecer a tese adotada pelo STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, sendo irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.

V. Segundo o disposto no § 2º do art. 99 do NCPC, o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

VI. Agravo de instrumento parcialmente provido tão somente para determinar que o juízo oportunize à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

(Agravo de Instrumento 0048371-68.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 26/01/2017, p. 881)

## Segunda Turma

*Previdenciário e Processual Civil. Efeito translativo da apelação. Art. 515, § 2º, do CPC. Sentença anulada. Prosseguimento do feito. Prévio requerimento. Necessidade de observância às regras de transição. STF RE 631.240. Julgamento de mérito da causa está condicionado ao preenchimento das condições da ação.*

I. Por força do chamado efeito translativo do recurso de apelação, compete ao Tribunal conhecer de matérias de ordem pública, mesmo que não tenham sido deduzidas tais questões nas contrarrazões de apelação pelo INSS.

II. O juiz *a quo*, afastando a preliminar de carência da ação por ausência do prévio requerimento administrativo, julgou improcedente o pedido formulado na inicial. O INSS não apresentou contestação de mérito no curso do processo.

III. 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.

IV. A e. Corte Maior estabeleceu, entretanto, os critérios de transição a serem observados nos processos em curso: a) nos casos em que o INSS apresentou contestação de mérito no feito, fica mantido seu trâmite. Isso porque, essa resposta caracteriza o interesse de agir da parte-autora, uma vez que há resistência ao pedido, não havendo que se falar em carência de ação, b) para aquelas ações ajuizadas em juizados itinerantes, a ausência do pedido administrativo não implicará a extinção do feito. Isso se dá porque os juizados se direcionam, basicamente, para

onde não há agência do INSS; c) nas demais ações, o requerente do benefício deve ser intimado pelo juízo para dar entrada no pedido junto ao INSS, no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do processo. Uma vez comprovada a postulação administrativa, a autarquia também será intimada a se manifestar, no prazo de 90 dias.

V. Tal entendimento deve ser prestigiado, para os processos em curso ante a surpresa ocasionada pelo entendimento da Corte Maior, contrária à então jurisprudência majoritária deste Regional e do STJ.

VI. Subsumido o caso concreto ao estipulado na *alínea c* supra, revela-se descabida a imediata extinção do feito nos termos do art. 267, VI, do CPC. A hipótese é de anulação da sentença, uma vez que *o julgamento de mérito da causa está condicionado ao preenchimento das condições da ação*.

VII. Sentença anulada, sendo determinando o retorno dos autos para o regular prosseguimento do feito no juízo de 1º grau, observado o decidido pelo STF no RE 631.240, após o que, cumpridas as formalidades legais, deverá ser proferida nova sentença.

VIII. Apelação da parte-autora prejudicada.

(Apelação Cível 0053913-18.2016.4.01.9199, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, *e-DJF1* de 23/01/2017, p. 658)

## Quarta Turma

*Processual Civil. Desapropriação indireta. Reserva extrativista. Alegação de não estar o imóvel do autor nos limites da reserva. Rejeição do pedido, falta de manifestação do autor. Maltrato ao contraditório e à ampla defesa. Nulidade.*

I. Ajuizada a ação indenizatória (desapropriação indireta), e contestado o feito, sob o fundamento de que o imóvel do autor, dado como desapossado, estava fora dos limites da reserva extrativista, sobreveio sentença de rejeição do pedido, sem prévia manifestação do suplicante, o que caracteriza ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a impor a nulidade do julgado.

II. Apelação provida. Anulação da sentença (e consectários). Retorno dos autos à origem para a reabertura da instrução processual.

(Apelação Cível 0034285-89.2012.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 06/02/2017, p. 353)

## Quinta Turma

*Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Portal da transparência. Implantação. Fiscalização de recursos federais transferidos a entes municipais. Interesse federal. Ocorrência. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal.*

I. Em se tratando de demanda onde se busca a concessão de tutela jurisdicional voltada para a defesa do direito de acesso à informação e à transparência na aplicação de recursos públicos federais, como no caso, afigura-se manifesta a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal e, por conseguinte, da Justiça Federal, para processar e julgar o feito.

II. Apelação provida. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, para fins de regular instrução e oportuno julgamento do mérito da pretensão deduzida na peça de ingresso.

(Apelação Cível 0001701-37.2016.4.01.3826/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 22/02/2017)

## Sétima Turma

*Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Multa imposta pelo Inmetro. Exercício do poder de polícia. Portaria MF 75/2012. Extinção de ofício sob o fundamento de valor irrisório. Art. 20 da Lei 10.522/2002. Impossibilidade. Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime do recurso repetitivo. Apelação provida.*

I. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as execuções fiscais de crédito de autarquia federal promovidas pela Procuradoria-Geral Federal para cobrança de débitos iguais ou inferiores a R\$ 10 mil não devem, com base no art. 20 da Lei 10.522/2002, ter seus autos arquivados sem baixa na distribuição, tendo em vista que o comando inserido no referido artigo refere-se unicamente aos débitos inscritos na Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

II. Nesse mesmo sentido vem decidindo esta Corte, sob o fundamento de que não é razoável impedir o processamento do feito, sob pena de impedir a autarquia de receber valores decorrentes do exercício de seu poder de polícia, com a aplicação de multa. Nesse sentido: AC 0036035-85.2013.4.01.9199/GO; Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, publicação 06/09/2013, *e-DJF1*, p. 499, data decisão 27/08/2013; e AC 0001739-36.2012.4.01.3811/MG; Apelação Cível, Des. Federal Reynaldo Fonseca, Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado), Sétima Turma, publicação 23/08/2013, *e-DJF1*, p. 667, data da decisão 13/08/2013.

III. Apelação provida para reformar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o prosseguimento da execução.

(AC 0005705-81.2009.4.01.3400/BA, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 03/02/2017, p. 1.662)



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), *link* jurisprudência/inteiro teor.

## Corte Especial

*Administrativo, Processual Civil e Constitucional. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Gratificação de Desempenho de Atividade Diplomática – GDAD. Lei 10.479/2002. Gratificação pro labore faciendo e gratificação genérica. Discussão de índole infraconstitucional. Violação reflexa à Constituição. Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.*

I. Ao suscitar o incidente de inconstitucionalidade, o órgão fracionário do Tribunal entendeu que a Lei 10.479/2002, ao criar a Gratificação de Desempenho de Atividade Diplomática – GDAD, estipulou critérios fixos e diferentes para os servidores ativos e inativos/pensionistas, tratamento desigual que ofenderia, em princípio, o disposto no § 8º do art. 40 da Constituição, na redação da EC 20/1998, vigente na época da edição da lei.

II. Ainda que a Lei 10.479/2002 tenha sido revogada pela Lei 11.907/2009, o fato não prejudica o exame da inconstitucionalidade da lei revogada, em controle difuso, tendo em vista a possibilidade da sua aplicação aos casos concretos na constância da sua vigência.

III. A jurisprudência se consolidou pela possibilidade de se conferir, pelo regime das gratificações *pro labore faciendo*, até em homenagem ao princípio da eficiência e profissionalização do serviço público, tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, o que não ocorreria se verificado o caráter genérico da gratificação, a impor a extensão, aos inativos, do mesmo percentual aplicado aos servidores em atividade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

IV. Considerados de forma abstrata, os incisos I e II do art. 8º da Lei 10.479/2002 não padecem de inconstitucionalidade. Havendo a efetiva avaliação dos servidores (art. 3º, § 5º, incisos I e II), a Gratificação de Desempenho de Atividade Diplomática – GDAD terá caráter *pro labore faciendo*, justificando o tratamento diferenciado entre servidores ativos e inativos.

V. Não existindo ou não efetivada a avaliação, de modo a conferir (ou não) caráter (de fato) genérico à vantagem — se genérica ou *pro labore faciendo* —, a discussão resumir-se-ia à indevida aplicação da lei, premissa na qual a inconstitucionalidade, se existente, seria reflexa, não ensejando a declaração de inconstitucionalidade. Precedente da Corte Especial do TRF – 1 (INAC 0035525-17.2006.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* 17/12/2014, p. 6)

VI. Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.

(INAC 0032579-50.2002.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 02/02/2017, p. 4)

## Segunda Seção

*Processual Penal. Mandado de segurança. Medida cautelar criminal. Afastamento dos gestores das empresas ligadas a grupo econômico. Terceiro prejudicado. Cabimento. Ordem econômica fundada na livre iniciativa e na propriedade privada. Culto às normas fundamentais (estruturais e estruturantes). Intervenção judicial na administração de sociedade empresária. Nomeação de gestor vinculado à Receita Federal. Ilegalidade e desproporcionalidade do ato. Concessão da segurança.*

I. Impetração que busca desconstituir ato da 10ª Vara Federal/DF, que, entre outras medidas cautelares, nos autos do Pedido de Busca e Apreensão Criminal 20743-26.2015.4.01.3400/DF, determinou o afastamento

dos gestores de diversas empresas do Grupo Canhedo, nomeando um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil (indicado pelo delegado da Receita Federal do Brasil em Brasília/DF) para “gerir/administrar as referidas empresas.”

II. A regra do não cabimento de mandado de segurança contra decisão passível de recurso não se aplica aos terceiros eventualmente atingidos pelos efeitos do ato judicial impugnado. Consigna a Súmula 202 do STJ que “A impetração de mandado de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”.

III. Avulta, num primeiro momento, a impressão de que a decisão estaria devidamente fundamentada, posto que deferida a partir de (supostas) evidências colhidas no Inquérito Policial 20742-41.2015.4.01.3400, e nos autos das Execuções Fiscais 2007.34.00.028338-1, 12265-34.2012.4.01.3400 e 17389-95.2012.4.01.3400, de fraudes perpetradas, na compreensão de que as empresas “estariam sendo utilizadas com a finalidade de burlar credores, dentre os quais a Fazenda Nacional e o próprio Juízo da Execução Fiscal, frustrando bloqueios e constrições determinadas em desfavor do GRUPO CANHEDO.”

IV. Mas o Direito, fundamentalmente uma regra de convivência social, não vive somente de boas intenções, senão também, e sobretudo, do culto (respeito) às regras estruturais e estruturantes (fundamentais) da ordem jurídica, que guardam e obrigam a todos, e mantêm a sociedade de pé: a ordem econômica e empresarial, por opção constitucional, tem suas fundações, entre outros princípios, na livre iniciativa e, portanto, no respeito à propriedade privada (art.170, II – CF).

V. Embora o juiz possa e deva adotar medidas acautelatórias pontuais para preservar o resultado útil da investigação e, sendo o caso, do processo, isso não equivale a que possa adotar providências que, na prática, importem a asfixia administrativa (e existencial) das empresas, mesmo quando devedoras do Fisco, menos ainda com a nomeação de gestor alheio ao objeto, aos objetivos e aos fins da sociedade empresária.

VI. As empresas têm personalidade jurídica e patrimônio próprios, distintos dos ativos dos seus dirigentes, sócios ou acionistas, muitos deles alheios aos problemas retratados pela decisão impetrada. Não se afigura razoável e proporcional, e sequer constitucional, que o juiz, numa medida cautelar, avance tanto na vida e na administração das empresas representadas pelo impetrante, submetidas a uma autêntica intervenção judicial, quase sempre desastrosa, até mesmo pela falta de identidade do gestor indicado com o objeto e os objetivos da sociedade empresarial.

VII. As empresas passaram a ser administradas por um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, servidor que foi recrutado e treinado para fiscalizar e arrecadar tributos; nunca para administrar empresas, menos ainda aquelas tidas como devedoras do Fisco, dada a colisão frontal de interesses institucionais entre as duas posições, por mais pessoal que seja o agente público.

VIII. São graves as acusações, fiscais e criminais contra as empresas e seus dirigentes, que este voto (obviamente) não as avaliza, mas o fato é que elas devem ser tratadas de forma direta e pontual, a tempo e modo, com comedimento e respeito aos princípios constitucionais que regem a propriedade e a ordem econômica.

IX. Concessão do mandado de segurança.

(Mandado de Segurança Criminal 0043109-74.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 02/02/2017, p. 60)

## Terceira Seção

*Ação rescisória. Cargo público. Exigência de especialização por edital. Ausência de previsão expressa em lei. Violação ao princípio da legalidade. Violação a literal disposição constitucional. Procedência.*

I. O art. 9º da Lei 11.091/2005, que estrutura o plano de carreira dos cargos técnico-administrativos em Educação, no âmbito das instituições federais de ensino vinculadas ao Ministério da Educação, dispõe que “O ingresso nos cargos do Plano de Carreira far-se-á no padrão inicial do 1º (primeiro) nível de capacitação do respectivo nível de

classificação, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas a escolaridade e experiência estabelecidas no Anexo II desta Lei”.

II. O anexo II acima referido não faz qualquer exigência de especialização para o cargo de psicólogo, trazendo como requisito para ingresso apenas o curso superior em Psicologia.

III. Em uma interpretação sistemática do *caput* e dos parágrafos do art. 9º do mencionado diploma, ao dispor que o concurso poderá ser realizado por área de especialização, o § 1º em nenhum momento autoriza a adoção de outros requisitos de ingresso que não aqueles constantes do anexo II.

IV. Assim, ao adotar requisito não previsto em lei, o acórdão rescindendo viola frontalmente o disposto no art. 37, I e II, da Constituição Federal, configurada, portanto, a hipótese de violação à literal disposição de lei prevista no art. 485, V, do CPC/1973. Precedentes.

V. Ação rescisória julgada procedente, para deferir a posse definitiva e o exercício da autora no cargo de psicóloga.

(Ação Rescisória 0030094-09.2013.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 24/01/2017, p. 535)

*Embargos infringentes. Indenização por danos morais. Divergência em relação ao valor da mesma e da verba advocatícia de sucumbência.*

I. Na linha da jurisprudência predominante em tema de fixação do valor da reparação por danos morais, o arbitramento deve levar em consideração as condições sociais e econômicas de ofensor e ofendido, intensidade do dolo ou grau de culpa no comportamento ilícito, efeitos decorrentes e repercussões do fato na comunidade onde ocorrido, além de finalidade pedagógica, de repressão ao agente causador do dano, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos da espécie, sem representar, em contrapartida, enriquecimento injustificável do favorecido.

II. Hipótese em que, sopesados tais elementos, de fato o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para indenizar o dano moral sofrido pela agora embargada, representa o mais adequado para tal finalidade, pois o erro de cadastramento que resultou na inscrição de seu nome em dívida ativa e em cadastro de inadimplentes, incontroversamente ilegítimas, não apresenta nenhuma justificativa razoável, e ganha contornos mais graves ao atingir empresa de médio porte que, com frequência, necessita de crédito e de certidões negativas para o desenvolvimento natural de seus negócios, inclusive a possibilidade de participação em processos licitatórios.

III. Não impressiona a argumentação da União Federal sobre não ser possível se afirmar que a ora embargada viria a se sagrar vencedora em tais certames concorrenciais e, após, firmar contratos daí decorrentes, nem sobre não existir prova de abalo na atividade comercial ou problemas creditícios advindos à empresa, pois provas da espécie interessam para indenização por danos de ordem material.

IV. Embargos infringentes acolhidos apenas em parte, para que prevaleça o douto voto vencido tão só no que diz com o termo inicial da atualização monetária das prestações questionadas, diante do enunciado na Súmula 362 e da jurisprudência dominante no eg. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que deve ela incidir a contar da data do arbitramento (Súmula 362), ou da alteração do valor arbitrado, em grau recursal.

(Numeração única 0000231-78.2004.4.01.3700, Embargos Infringentes 2004.37.00.000235-9/MA, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 08/02/2017, p. 76)

*Embargos infringentes. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Realização de endoscopia digestiva alta para dilatação do esôfago de criança com nove meses de idade. Alta médica indevida. Falecimento que teve como causa não a perfuração de órgão, mas infecção generalizada dele decorrente.*

I. Orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é objetiva, dependendo da demonstração de ação ou omissão da parte de agente estatal, do

evento danoso e do respectivo nexo de causalidade que, quando sustentado em afirmação de erro médico, como na hipótese em causa, reclama prova de sua ocorrência.

II. Conquanto os elementos constantes nos autos deixem ver a adequação do tratamento a que foi submetida a criança até a realização de endoscopia digestiva alta para dilatação de seu esôfago, mostram eles inescusável falha no serviço hospitalar com a concessão de alta sem realização de exame indicativo da higidez física da menor, pouco depois da realização de procedimento invasivo e de não tão baixo risco, à vista de um quadro clínico precário desde seu nascimento, e que não era estável por ocasião da alta, mostrando anormalidade quando menos presumida em razão de choro e febre permanentes, principalmente se considerada a resposta do laudo pericial, de que a perfuração de órgãos é uma das complicações mais frequentes advindas de tais procedimentos; de que quadros de dor, vômito e sangramento eventuais, no período pós-dilatação, representam parâmetros clínicos na avaliação de eficácia do método, mas certamente febre alta não, ainda que em infante de tenra idade, somando-se a tudo informações em documento referente ao momento da anestesia, indicando a necessidade de anestesia geral e a impossibilidade de progressão do aparelho, após a introdução do fio guia e sangramento moderado.

III. Responsabilidade civil da entidade hospitalar devidamente caracterizada.

IV. Embargos infringentes parcialmente acolhidos, prevalecendo o duto voto vencido tão somente para, no tocante ao direito à pensão por morte, fixar seu termo inicial a contar da data em que a falecida menor completaria quatorze anos de idade, na linha da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, pois, mantendo ele decreto de improcedência da pretensão deduzida na lide, não o reconhecia como existente também no particular.

(Embargos Infringentes 0001445-02.1998.4.01.3802/MG, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 08/02/2016, p. 75)

## Primeira Turma

*Constitucional e Administrativo. Servidor público. Mandado de segurança. Médico perito do INSS. Alteração da jornada de trabalho para 40 (quarenta) horas semanais. Possibilidade. Art. 19 da Lei 8.112/1990. Discricionariedade da Administração. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Carreira previdenciária. Lei 11.907/2009. Possibilidade de opção por jornada de trabalho inferior com remuneração proporcional. Sentença mantida.*

I. Cuida-se de decisão proferida na regência do CPC de 1973, sob o qual também foi manifestado o recurso, e conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não são alcançadas pela lei nova, de sorte que não se lhes aplicam as regras do CPC atual, inclusive as concernentes à fixação dos honorários advocatícios, que se regem pela lei anterior.

II. Na hipótese, os impetrantes são ocupantes do cargo de médico perito do INSS e pretendem manutenção da jornada de trabalho em 30 (trinta) horas semanais sem redução da remuneração ou, mesmo que mantida a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, tenham direito ao aumento proporcional da remuneração.

III. A Lei 8.112, de 1990, dispõe, em seu art. 19, na redação dada pela Lei 8.270/1991, que *os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.*

IV. É firme o entendimento na jurisprudência de que, não havendo direito adquirido a regime jurídico, é possível a alteração da jornada de trabalho dos servidores públicos mediante edição de norma legal, observada a discricionariedade da Administração e assegurando-se a irredutibilidade de vencimentos dos servidores. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

V. No caso dos servidores da carreira previdenciária, a partir da edição da MP 441/2008, posteriormente convertida na Lei 11.907/2009, foi estabelecida jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, conforme art. 4º da Lei 10.855/2004, que dispõe sobre a estrutura da carreira previdenciária, facultando-se *a mudança de*

*jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais para os servidores ativos, em efetivo exercício no INSS, com redução proporcional da remuneração, mediante opção a ser formalizada a qualquer tempo (§ 1º).*

VI. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 25.027/DF, relator Ministro Carlos Velloso, ao decidir que a jornada diária de trabalho do médico servidor público é de 4 (quatro) horas, fundamentou seu voto no sentido de que *normas gerais que hajam disposto a respeito da remuneração dos servidores públicos, sem especificar a respeito da jornada de trabalho dos médicos, não revogam a norma especial*, situação que se amolda ao caso dos autos, em que houve edição de norma específica dispondo sobre a jornada de trabalho dos servidores da carreira previdenciária, entre as quais a de médico perito (Leis 11.907/2009 e 10.876/2004).

VII. Apelação dos impetrantes desprovida.

(Numeração única 0024559-87.2009.4.01.3800, Apelação Cível 2009.38.00.025264-0/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 1º/02/2017, p. 526)

*Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Tempo de estudos no exterior. Não aproveitamento. Reversão. Proventos integrais para proventos proporcionais. Direito revisional da Administração Pública. Decadência. Ocorrência. Extinção do processo com julgamento do mérito. Possibilidade. Honorários corretamente fixados. Sentença mantida.*

I. No presente caso, a autora teve revista a aposentadoria com proventos integrais para a espécie com proventos proporcionais, tendo em vista o não aproveitamento do período de 4 anos, no qual permaneceu fora do País, em curso de doutorado, quando já decorriam mais de 5 anos da edição da vigência da Lei 9.784/1999. Feita a revisão, a Administração a instou à restituição ao Erário das verbas tidas por indevidamente pagas no período questionado.

II. A fluência do prazo decadencial do direito de revisão pela Administração Pública de aposentadoria ocorrida em 1992 inicia-se a partir da vigência da Lei 9.784/1999, e não da prática daquele ato. De tal modo, ilegítima a revisão operada em 2006 no benefício de aposentadoria da apelada, porquanto fora do prazo prescricional. Extinção do processo com julgamento do mérito que se impõe. Precedente. (AC 0039059-66.2006.4.01.3800/MG, Primeira Turma – TRF1.)

III. Em face de condenação contra a Fazenda Pública, são razoáveis os honorários advocatícios estipulados em 10% do valor da condenação, conforme entendimento já pacificado na 1ª Turma, a fim de se atender ao disposto no art. 85, § 3º, NCPC. Na espécie, considerando o proveito econômico perseguido pela parte-autora, os R\$ 2.000,00 arbitrados a esse título não podem ser considerados excessivos.

IV. Apelações e remessa oficial desprovidas.

(Numeração única 0020862-02.2006.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.021104-5/DF, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 1º/02/2017, p. 381)

*Previdenciário. Benefício de pensão especial. Portador de hanseníase. Lei 11.520/2007. Filho de quem esteve sob internação e isolamento compulsórios. Particularidades que determinam a concessão do benefício.*

I. Cuida-se de decisão proferida na regência do CPC de 1973, sob o qual também foi manifestado o recurso, e conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não são alcançadas pela lei nova, de sorte que não se lhes aplicam as regras do CPC atual, inclusive as concernentes à fixação dos honorários advocatícios, que se regem pela lei anterior.

II. A Lei 11.520 prevê pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986.

III. Com o isolamento, famílias inteiras foram destruídas, já que alguns enfermos nunca mais viram seus familiares e amigos novamente. A maioria dos pacientes internados nos hospitais-colônias findava por reconstruir, nesse contexto, novos laços afetivos, com casamentos, 'adoção' de crianças portadoras de hanseníase por casais sem filhos, pois os filhos nascidos de mulheres acometidas da doença eram proibidos, por lei, de viver com a mãe.

IV. No caso dos autos, trata-se de dramática situação de filha de portadores de hanseníase, que foram internados compulsoriamente, e após a morte destes foi 'adotada' por outros internos, de modo que toda a sua infância e juventude foi nesse ambiente, sendo posteriormente acometida da mesma enfermidade, conforme ficou demonstrado, pelas provas materiais e testemunhais produzidas, que permaneceu, sucessivamente, internada e isolada compulsoriamente em hospital-colônia no período alegado, com os pais, naturais e 'adotivos', todos acometidos de hanseníase, preenchendo os requisitos necessários à concessão do benefício previsto no art. 1º da Lei 11.520/2007.

V. No que se refere à data de início da pensão prevista na Lei 11.520/2007, esta deve ser fixada na data do requerimento administrativo e não na data de publicação da citada lei, pois a própria lei estabelece que a pensão será devida a quem, enquadrando-se na situação nela prevista, a requerer, cf. art. 1º da referida lei, dependendo-se, portanto, de requerimento do interessado.

VI. Correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, observada quanto aos juros a Lei 11.960, de 2009, a partir da sua vigência.

VII. Honorários advocatícios de 10% da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ.

VIII. O benefício deve ser imediatamente implantado, em razão do pedido de antecipação de tutela, presentes que se encontram os seus pressupostos, com fixação de multa, declinada no voto, de modo a não delongar as respectivas providências administrativas de implantação do benefício previdenciário, que tem por finalidade assegurar a subsistência digna do segurado.

IX. Apelação da parte-autora provida para, antecipando os efeitos da tutela tão somente quanto ao pagamento das parcelas vincendas, julgar procedente o pedido de pensão especial, prevista na Lei 11.520/2007, a partir da data do requerimento administrativo, com pagamento dos valores em atraso, acrescidos de juros e correção monetária, aplicando-se os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Honorários advocatícios fixados em 10% das prestações vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do STJ.

(AC 0000381-29.2014.4.01.3823/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 1º/02/2017, p. 34)

*Administrativo. Servidor público. Adicional de localidades estratégicas. Lei 12.855, de 2013. Regulamentação inexistente. Impossibilidade de sua implementação pelo Poder Judiciário. Súmula Vinculante 37. Antecipação de tutela indevida.*

I. A Lei 12.855, de 2013, ao instituir a indenização devida aos ocupantes dos cargos que menciona pelo exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, determinou que as localidades estratégicas de que trata o *caput* serão definidas em ato do Poder Executivo, por município, considerando-se a localização do município em região de fronteira e a dificuldade de fixação de efetivo, cf. art. 2º e inciso.

II. A Constituição de 1988 dispõe sobre o poder regulamentar em seu art. 84, inciso IV, conferindo ao presidente da República a competência privativa para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

III. As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é *condicio juris* da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo. (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 14. ed., 1989, p. 108)

IV. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula Vinculante 37, na mesma dicção da Súmula 339).

V. Sem a regulamentação, o adicional de que trata a Lei 12.855, de 2013, é indevido.

VI. Reversão dos honorários advocatícios.

VII. Apelação e remessa oficial providas, para julgar improcedente o pedido de adicional de localidades estratégicas; antecipação de tutela revogada.

(Apelação/Reexame Necessário 0001621-52.2015.4.01.4200/RR, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, maioria, *e-DJF1* de 08/02/17, p. 879)

## Segunda Turma

*Previdenciário. Pensão por morte. Dependência econômica. Genitora. Art. 16, § 4º, da Lei 8.213/1991. Ausência de comprovação. Exercício de atividades laborais pela suposta dependente. Mero auxílio financeiro do falecido segurado.*

I. Para que os dependentes do segurado tenham direito à percepção do benefício de pensão por morte, perfaz-se necessária a presença de alguns requisitos à sua concessão, quais sejam: a) o óbito do segurado; b) a qualidade de dependente; e c) a dependência econômica, que pode ser presumida ou comprovada (art. 16, § 4º, da Lei 8.213/1991).

II. Consoante a orientação jurisprudencial desta Corte Regional, “a comprovação da real dependência econômica dos pais em relação aos filhos não se confunde com o esporádico reforço orçamentário e tampouco com a mera ajuda de manutenção familiar, não tendo a autora se desincumbido satisfatoriamente, de forma extreme de dúvidas, de comprovar que era dependente econômica de seu falecido filho” (AC 1998.38.00.029737-8/MG, rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado), Segunda Turma, *e-DJF1*, de 07/04/2008, p. 120), ainda mais porque, conforme se extrai do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS em seu nome, ela possui diversos registros de vínculos empregatícios no período de 1982 a 2000, que antecedeu ao falecimento de seu filho, bem ainda comprovação de ter laborado entre 01/07/2002 — dois meses após o falecimento do instituidor da pensão — e 14/11/2005, interstício este intercalado pela percepção de auxílio-doença por acidente de trabalho entre 13/03/2004 e 31/05/2004, o que, por si só, refuta a alegação de que vivia às expensas do segurado falecido.

III. Em que pese a existência de precedentes jurisprudenciais no sentido de ser suficiente a prova testemunhal para fins de comprovação da relação de dependência econômica, e que esta não necessita ser exclusiva, na espécie, apesar de as testemunhas afirmarem que o *de cujus* era responsável pelo sustento da casa e da mãe, ora autora, são tais depoimentos contraditórios com o retromencionado CNIS, que indica no sentido diametralmente oposto, ou seja, de que a autora sempre exerceu atividades laborais e que seu filho prestava mero auxílio financeiro ou reforço orçamentário na manutenção familiar da residência em comum.

IV. Em razão da inversão na distribuição do ônus da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), ressalvada, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do NCPD, a condição suspensiva de exigibilidade a que faz jus por litigar como beneficiária da justiça gratuita, considerando que a demanda foi processada independentemente do adiantamento das custas processuais respectivas.

V. Apelação e remessa oficial providas. Pedido julgado improcedente.

(Numeração única 0014865-67.2008.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.014931-8/DF, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, *e-DJF1* de 27/01/2017, p. 4.445)

## Terceira Turma

*Penal e Processual Penal. Introdução clandestina de estrangeiro no País. Art. 125, XII, da Lei 6.815/1980. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo comprovado. Reconhecimento da coisa julgada em relação ao delito do art. 125, XII, da Lei 6.815/1980 praticado por um dos réus. Cerceamento de defesa não caracterizado. Pedido de perícia de voz. Interceptações telefônicas. Indeferimento fundamentado pelo magistrado de primeiro grau. Dosimetria da pena. Redução das penas.*

I. Reconhecimento de coisa julgada em relação ao delito do art. 125, XII, da Lei 6.815/1980 praticado por um dos réus, porquanto já condenado pelo mesmo delito nos autos de outra ação penal. Coisa julgada que não se verifica em relação à outra apelante que alegou a preliminar.

II. O juiz pode, justificadamente, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que haja qualquer afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos exatos termos do §1º do art. 400 do CPP. Ademais, não está obrigado a realizar todas as provas destinadas a consubstanciar a tese defensiva do réu, inserindo-se a necessidade de realização de diligências no poder discricionário do julgador. Hipótese em que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento, pelo magistrado, de perícia de voz quando desinfluyente para o deslinde dos fatos. Pedido de diligência indeferido de forma fundamentada.

III. A restituição de coisas apreendidas no curso do inquérito ou da persecução penal condiciona-se à demonstração cabal da propriedade dos bens pelo requerente (art. 120, *caput*, do Código de Processo Penal), ao desinteresse inquisitorial ou processual na manutenção da apreensão (art. 118 do Código de Processo Penal) e a não classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal, requisitos que devem ser analisados cumulativamente.

IV. Sem que haja prova cabal da origem lícita dos bens requeridos, a devolução é medida indevida no presente momento, ainda mais porque a materialidade e a autoria do crime ainda constituem objeto de discussão na ação penal, de modo que eventual restituição dos bens, que tiverem o perdimento decretado, deve aguardar o julgamento da apelação. Indeferido o pedido de restituição dos bens requeridos pelo réu Zhu Ming Wen.

V. Acervo de provas insofismável quanto à existência de uma organização criminoso, de caráter estável e permanente, com ramificações em diversos pontos do Brasil e no exterior, cuja finalidade era trazer chineses, notadamente da cidade de Fujian, para a cidade de São Paulo, onde trabalhariam em condições sub-humanas.

VI. Delito de introdução clandestina de estrangeiro suficientemente comprovado em todos os seus requisitos, nos termos do art. 125, inciso XII, da Lei 6.815/1980. Provas documentais e testemunhais contundentes quanto à prática delitiva e a existência do dolo.

VII. Dosimetria reformada para adequar as penas às diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Redução das penas aplicadas aos réus na sentença.

VIII. Apelações dos réus parcialmente providas, para reduzir as penas que lhes foram impostas na sentença, reconhecendo-se, ainda, quanto a um dos réus, a coisa julgada em relação ao delito do art. 125, XII, da Lei 6.815/1980.

(Numeração única 0003961-85.2009.4.01.4100, Apelação Criminal 2009.41.00.003964-9/RO, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, *e-DJF1* de 16/01/2017, p. 27)

*Processo Penal. Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Omissão. Contradição. Fiança. Quebra. Cometimento de crime doloso posterior ao benefício de liberdade provisória com fiança. Prisão preventiva. Decretação. Garantia da ordem pública.*

I. Há omissão no acórdão que não leva em conta o fato de o embargado ter quebrado a fiança ao cometer crime doloso logo após obter liberdade provisória.

II. Cabe revogar a liberdade provisória, reestabelecer a prisão em flagrante e convertê-la em preventiva, nos termos do art. 310, II c/c o art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, quando se demonstra que o embargado pratica crimes dolosos como meio de vida, seguidamente, sendo uma ameaça ao convívio social pacífico a sua permanência em liberdade.

III. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

(Embargos de Declaração em Recurso em Sentido Estrito 0036904-75.2015.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Márcio Sá Araújo (convocado), unânime, *e-DJF1* de 03/02/2017, p. 1.245)

*Penal e Processual Penal. Descaminho. Art. 334 caput do Código Penal. Preliminar de nulidade da sentença. Absolvição mantida. Fundamento diverso. Princípio da insignificância.*

I. “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Súmula 160 do STF.

II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal entende que o delito de descaminho é crime formal, não sendo necessária a constituição definitiva do crédito tributário para sua consumação.

III. Tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho nos casos em que o valor do tributo devido, em razão do ingresso irregular da mercadoria, não é considerado relevante sequer pela Fazenda Nacional, a teor do art. 20 da Lei 10.522/2002, que prevê o arquivamento dos autos das execuções fiscais de débitos, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.

IV. No caso, de acordo com o auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal, os produtos apreendidos, de procedência da China, Taiwan e República da Coreia, foram estimados em R\$ 7.090,00 (sete mil e noventa reais), sendo, portanto, o valor do imposto devido pelo réu muito aquém do limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que a Fazenda Pública considera interessante executar.

V. No mérito, mantida a sentença absolutória, ainda que por fundamento diverso, ou seja, pela aplicação do princípio da insignificância.

VI. Apelação não provida.

(ACR 0010459-12.2008.4.01.3300/BA, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.229)

*Processual Penal. Habeas corpus. Corrupção. Associação criminosa. Fraude a licitação. Direcionamento de contratos na área de limpeza e saneamento urbanos. Atividades complexas interligadas. Participação de servidores públicos. Interesse da União. CF, art. 109, inciso IV. Crimes conexos. Súmula 122/STJ. Incidência. Competência da Justiça Federal. Preliminar afastada. Mérito. Suspensão do exercício de função pública. Matéria já apreciada em impetração precedente. Prejudicialidade. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.*

I. A denúncia refere-se a condutas ilícitas praticadas por organização criminosa, da qual o paciente é acusado de integrar como membro de um de seus núcleos, que revelam atividades ilícitas interligadas entre si, viabilizadas ou facilitadas por servidores públicos, supostamente corruptos, de órgãos estaduais e federais, o que evidencia o interesse da União e atrai a competência da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 109, inciso IV). Incidência do enunciado da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

II. O afastamento cautelar do exercício da função pública ocupada pelo paciente ocorreu sem prejuízo do recebimento dos vencimentos dos respectivos cargos ocupados, tendo em vista a interpretação dada ao art. 319 do Código de Processo Penal pelo Superior Tribunal de Justiça.

III. A questão de mérito, relativa ao cabimento da medida cautelar de afastamento do paciente da função que exercia, já foi apreciada quando do julgamento do HC 0020808-02.2016.4.01.0000/MG, cuja ação de origem é a mesma deste *writ*, tendo o acórdão denegatório transitado em julgado em 09/08/2016.

IV. Caso em que o afastamento do paciente da função pública deu-se pelo fato de, supostamente, estar envolvido na prática de desvio de recursos federais repassados ao Município de Governador Valadares/MG pelo Ministério da Integração Nacional (Secretaria Nacional de Defesa Civil), liberados em razão de enchentes que acometeram o município no final do ano de 2013.

(*Habeas Corpus* 0022049-11.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.249)

## Quarta Turma

*Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Oferecimento de vantagem a servidor do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Denúncia. Corrupção ativa. Falta de justa causa. Ausência dos seus pressupostos de fato. Denúncia sem o elemento informativo mínimo. Configuração de coação ilegal. Concessão da ordem. Trancamento da ação penal.*

I. A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, constitui ônus da denúncia (art. 41 – CPP), peça que oficializa a ação penal pública, o que não acontece na hipótese, na qual a peça não contém, em relação ao acusado (paciente), o mínimo narrativo que o preceito exige, com a necessária descrição circunstanciada que lhe permitisse o exercício, na sua plenitude, do direito de defesa.

II. Alude o MPF, a respeito da (suposta) participação do acusado no crime de corrupção ativa (art. 333 – CP), a referências indiretas, em diálogos fragmentários de terceiros — “ele” iria “conversar com o pessoal”; “falou com o pessoal”; e “acha que é porque ele [...] vai ter reunião com o pessoal” —, que constituiriam indícios de que teria autorizado o acerto da corrupção, mas sem nenhuma prova material, direta ou indireta, dessa autorização, que confira alguma verossimilhança às afirmativas.

III. Não aponta a denúncia nenhuma prova ou indício de participação do paciente no ato específico da ação típica, ou que tenha dirigido finalisticamente a ação dos demais agentes, o que mais ainda se impunha pelo fato de que nunca fora investigado no âmbito do inquérito policial denominado “Operação Zelotes” nem alvo de diligências encetadas pela Polícia Federal ou pelo MPF, tampouco objeto de referência em diálogos nas interceptações telemáticas e na quebra de sigilo de dados.

IV. O acusado não é “presidente” do Grupo Safra nem gestor da empresa que fora alvo da investigação policial, a JS Administração de Recursos S/A., senão acionista majoritário, mas sem exercer cargo de direção, conforme ficha cadastral completa da empresa, desde a sua constituição, com as sucessivas diretorias nomeadas, e conforme o seu Estatuto Social.

V. A mera circunstância de ser acionista majoritário da empresa investigada, no âmbito da qual teriam sido praticados, por um de seus diretores, os atos considerados delituosos pelo órgão do MPF, não autoriza, sem base factual, a presunção do envolvimento pessoal do paciente, até mesmo pela separação entre propriedade e gestão, típica das sociedades anônimas, com a profissionalização da diretoria.

VI. O acusado, hoje com 77 anos de idade e acometido de complicações cardiovasculares e do Mal de Parkinson, doença degenerativa, crônica e progressiva, está, de fato, afastado dos negócios, vivendo fora do Brasil desde 2012, tendo inclusive, assim como sua mulher, feito a Comunicação de Saída Definitiva do País à Secretaria da Receita Federal em 16/07/2012.

VII. Sua vinda ao Brasil, em 17/08/2014, quando se realizava o monitoramento de conversas telefônicas de terceiras pessoas, fato que, na visão da acusação, seria indicativo da sua suposta participação nos fatos delitivos, não tem, de forma escoteira, sem a devida contextualização fática, essa aptidão ou valia probatória, tanto mais que, a ser verdadeira a ilação, não impediria que agisse da mesma forma a partir da Europa, onde reside.

VIII. A denúncia, em relação ao paciente, não atende ao preceito do art. 41 – CPP. Torna-se evidente a falta de justa causa para a ação penal, entendida como o “conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria.”

IX. Concessão da ordem de *habeas corpus* (art. 648, I – CPP). Trancamento da ação penal.

(*Habeas Corpus* 0060233-36.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Neuza Alves, rel. p/ acórdão Des. Federal Olindo Menezes, maioria, e-DJF1 de 20/01/2017, p. 30)

*Administrativo. Processual Civil. Improbidade administrativa. Preliminares de inaplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos e de nulidade por não concessão de novo prazo para apresentação de defesa prévia rejeitadas. Irregularidades na aplicação e gestão de recursos federais destinados a programas e ações de saúde. Auditoria CGU.*

*Comprovação. Prova material e testemunhal. Ofensa aos arts. 10, incisos V, VIII, XI, e 11, inciso II, da Lei 8.429/1992. Dolo caracterizado.*

I. “O Superior Tribunal de Justiça admite ‘a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/1992, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente’ (REsp 1.282.046, RJ, relator o Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* de 27/02/2012). (AgRg no AgRg no REsp 1316294/RJ, rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015, *DJe* 24/06/2015).” Preliminar que se rejeita.

II. Não tendo havido supressão de fase processual, eis que foi o primeiro recorrente devidamente notificado para apresentar defesa prévia, indevido se falar em nulidade processual, máxime porquanto eventual prejuízo foi por ele próprio causado. Preliminar que igualmente se rejeita.

III. Para a configuração do ato de improbidade é necessária a demonstração do elemento subjetivo consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos pela culpa, nas hipóteses do art. 10, eis que o ato ímprobo, mais do que ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave evidenciadora de má-fé para que se possa configurar.

IV. Os elementos subjetivos caracterizadores das condutas dolosas e culposas dos recorrentes ficaram exteriorizados, porquanto, na condição respectiva de prefeito e de secretário de finanças do Município de Miracema do Tocantins – TO à época dos fatos noticiados, tiveram responsabilidade direta nos ilícitos apurados de forma conclusiva na auditoria realizada no período de 19 a 23/07/2004, pela Controladoria Geral da União – CGU, em parceria com o Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, exteriorizada no referido Relatório de Fiscalização 220.

V. Em relação ao não cumprimento da totalidade do Convênio 1.110/2001, o qual objetivou a “Execução de Melhorias Sanitárias e Domiciliares”, a Notificação 71/2008 GAB/EQ. Convênio Coreto/FNS, datada de 18/11/2008 (fl. 235), mostra que, na gestão subsequente à do segundo recorrente, a Fundação Nacional de Saúde cobrava a devolução do valor referente à parcela não executada do referido convênio, evidenciando, desse modo, em conjunto com as demais provas dos autos, que além de não ter sido realizada a execução total do objeto específico, também não houve a devida prestação de contas.

VI. Comprovado está nos autos que somente foi executado o percentual de 39,8% do aterro sanitário, apesar de ter havido prestação de contas atestando o pagamento de todos os serviços atinentes ao Convênio específico 3.430/2001.

VII. Apelações desprovidas.

(Numeração única 0005566-82.2008.4.01.4300, Apelação Cível 2008.43.00.005566-8/TO, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 26/01/2017, p. 1.515)

*Penal. Processo Penal. Art. 273, § 1º-B do Código Penal. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Atipicidade. Não ocorrência. Apelação desprovida.*

I. A sentença apelada demonstrou suficientemente a materialidade, a autoria e o elemento subjetivo do tipo penal pelo qual foram condenados os acusados, ora apelantes, denunciados pelo cometimento do crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, motivo pelo qual não há que se falar na ausência ou insuficiência de provas a embasar um decreto condenatório.

II. A materialidade delitiva encontra-se sobejamente comprovada nos autos pelos seguintes documentos: (i) Auto de Apreensão acostado à fl. 14, o qual descreve o material apreendido, a saber, 240 cartelas do medicamento Pramil, contendo 20 comprimidos cada; bem como (ii) Laudo Pericial de fl. 52 atestando a presença, nesse medicamento, da substância Sildenafil, a qual “não está incluída na legislação vigente sobre substância sujeitas a

controle especial". Atesta referido laudo, também, que a Resolução RE 2.999 da Anvisa, de 12/09/2006, determinou a proibição da importação, comércio e uso do Pramil "por não possuir registro na Anvisa".

III. A autoria delitiva foi plenamente demonstrada, vez que os réus importaram, mantiveram em depósito para venda e venderam o medicamento Pramil — princípio ativo Sildenafil, mercadoria sem registro junto à Anvisa.

IV. O dolo dos réus, elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em exame, também foi devidamente demonstrado, já que as provas produzidas nos autos demonstram a vontade livre e consciente dos acusados de importar e comercializar medicamento proibido no Brasil, desobedecendo às normas exigidas pela Anvisa — órgão competente —, cientes do caráter ilícito de suas condutas.

V. Não prospera, portanto, a alegação de ausência de dolo formulada pelos apelantes, não havendo que se falar, na espécie, em atipicidade de suas condutas.

VI. Sentença mantida.

VII. Apelação desprovida.

(Apelação Criminal 0056020-72.2012.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado), unânime, e-DJF1 de 02/02/2017, p. 296)

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Deputado federal. Desnecessidade de ingresso da Câmara Federal ou de sua mesa diretora na lide. Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado.*

I. A inicial imputa ao agravante, em ação de improbidade administrativa, a utilização de material produzido por servidores lotados na superintendência federal do Ministério da Pesca e Agricultura em Minas Gerais – SFPA/MG em sua promoção pessoal como deputado federal, em função da sua reeleição de 2014.

II. Não cabe, nessa discussão, a inserção da Câmara dos Deputados na relação processual, por cuidar-se de parlamentar federal, tanto mais que se trata de órgão que sequer ostenta personalidade jurídica. Também não se evidencia no pedido da ação de improbidade situação que atente contra direito subjetivo da Mesa Diretora da Casa Legislativa. A imputação tem repercussão restrita à esfera jurídica do recorrente, que responde pelos seus atos, na vida civil ou na sua atuação pública.

III. Admite-se que os corpos legislativos (suas Mesas Diretoras), e mesmo os tribunais, órgãos materialmente despersonalizados, possam residir em juízo na defesa das suas prerrogativas, em mandados de segurança (sobretudo), revestindo-se, como tais, apenas de personalidade de natureza processual, hipótese que não se apresenta.

IV. O agravante está sendo processado por (suposta) improbidade, em virtude de atos praticados subjetivamente, no exercício da função pública, que não afetam a sua Casa Legislativa nem as suas prerrogativas. Não tem incidência na espécie o preceito do art. 21 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

V. Agravo de instrumento não provido. Agravo interno julgado prejudicado.

(Agravo de Instrumento 0044277-77.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 07/02/2017, p. 248)

*Processual Penal. Execução penal. Agravo. Transferência de presos para presídio federal. Extrema urgência. Possibilidade. Instrução a posteriori. Detentos assistidos pela DPU. Desprovimento do recurso.*

I. Admite a lei a transferência daqueles que estiverem presos, provisoriamente ou por sentença condenatória transitada em julgado, para presídio federal de segurança máxima, na hipótese em que haja fundada ameaça ao interesse da segurança pública ou do próprio preso (art. 3º – Lei 11.671/2008). Embora a transferência deva ser precedida de instrução (art. 5º, § 2º), é admissível, em casos de extrema urgência, que a instrução ocorra depois de transferência, seguindo-se a manutenção ou a revogação da medida (art. 5º, § 6º).

II. Em atenção ao exercício da ampla defesa, recomenda-se, para os fins instrucionais previstos no art. 5º, § 6º, da Lei 11.671/2008, a intimação pessoal dos advogados constituídos pelos presos, mesmo que já estejam sendo

assistidos pela Defensoria Pública da União – DPU. Hipótese em que, além do tempo decorrido, quiçá retirando o objeto (utilidade) do recurso, a falta de intimação não expressa prejuízo, dada a assistência jurídica de qualidade prestada pela DPU.

III. Agravo desprovido.

(Agravo em Execução Penal 0002264-24.2012.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 10/02/2017, p. 1.627)

## Quinta Turma

*Constitucional. Ação civil pública. Direitos indígenas. Legitimidade passiva da União. Omissão do Poder Público. Exploração das riquezas por não índios e fornecimento de bebidas alcoólicas aos índios. Intervenção do Poder Judiciário. Legitimidade.*

I. “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (RE 183188, Celso de Mello, STF). Em sendo assim e objetivando a presente demanda a proteção do patrimônio e das populações indígenas, não há que se falar em ilegitimidade da União para figurar no polo passivo.

II. No caso, o Ministério Público Federal, após várias denúncias de presença de intrusos nas terras indígenas em discussão, explorando as riquezas lá existentes e fornecendo bebidas alcoólicas aos índios, ajuizou a presente ação civil pública para implementação de diversas medidas, de responsabilidade da Funai, do Ibama e da União.

III. Demonstrada, pois, a omissão do Poder Público em adotar as medidas necessárias a salvaguardar o patrimônio e os direitos dos povos indígenas, a intervenção do Poder Judiciário para fins de compelir a Administração a executar as atribuições que lhe são afetas é medida que se impõe, não havendo que se falar, no caso, em violação do princípio da separação dos Poderes.

IV. Na linha determinante da remessa oficial, tida por interposta, entendo que a sentença recorrida deve ser reformada, apenas, no ponto em que estabeleceu o prazo de 90 (noventa) dias, a contar do trânsito em julgado, para cumprimento da obrigação de fazer pela Funai, da criação e instalação de um posto indígena na região do Rio Maici, no Estado do Amazonas. A tutela específica, mandamental e de urgência, nos termos do art. 461 e respectivo § 5º do CPC, impõe-se, na espécie, no sentido de que essa obrigação seja cumprida, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da intimação deste julgado, pois, a partir da sentença monocrática (datada de 17/02/2010), já decorreram dois anos (24 meses) e quase nove meses, sem que nada tenha sido feito, neste sentido, em face da descompromissada ordem judicial, deixando à deriva os interesses coletivos dos povos indígenas, na região afetada.

V. Apelação desprovida e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.

(Numeração única 0004529-95.2003.4.01.3200, Apelação Cível 2003.32.00.004528-5/AM, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 30/11/2012, p. 677)

*Processo Civil. Apelação. Execução acórdão TCU. Fraude contra credores. Ação pauliana. Ausência de prova de consilium fraudis. Improcedência. Apelação desprovida.*

I. Apelação interposta contra sentença, na qual o magistrado julgou improcedente ação revocatória proposta pela União, buscando anular alienação de imóvel realizada por ex-prefeito contemporaneamente à propositura de

ação de execução de título executivo extrajudicial derivado de condenação do TCU em julgamento de contas de repasse a municípios.

II. Constitui fraude contra credores toda diminuição maliciosa de patrimônio com o objetivo de inviabilizar o cumprimento de obrigação, diferenciando-se do instituto da fraude à execução, uma vez que na medida processual o ato continua válido entre os contratantes, sendo apenas ineficaz em relação à pretensão executiva — enquanto que na fraude contra credores o negócio jurídico é anulado e o bem retorna ao patrimônio do devedor.

III. No caso examinado, está comprovada que a alienação do bem se deu após a condenação pelo TCU, que a venda reduziu o patrimônio do devedor a ponto de inviabilizar o cumprimento da obrigação pecuniária perseguida pela União e que o bem foi alienado por preço de mercado.

IV. Não foi comprovada a existência de conluio entre as partes na realização do negócio jurídico, o que inviabiliza o acolhimento do pedido de anulação em razão da ausência de um dos requisitos, que é a má-fé bilateral com o intuito de lesar terceiros.

V. O pagamento do preço de mercado pela alienação conjugado com a falta de comprovação de que vendedor e comprador atuaram de forma concertada para lesar credores do alienante e a inexistência de registro de gravame ou bloqueio sobre a matrícula do imóvel inviabiliza o acolhimento da pretensão, nos termos da sentença.

VI. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(Numeração única 0000125-46.2009.4.01.3311, Apelação/Reexame Necessário 2009.33.11.000125-4/BA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 23/01/2017, p. 732)

*Administrativo e Processual Civil. Ação de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização. Contrato de arrendamento de área pública no aeroporto de Goiânia/GO. Posto de abastecimento de veículos. Revenda de combustíveis. Subcontratação de terceiro para a exploração do posto. Atraso na desocupação do imóvel. Inadimplemento das taxas de ocupação devidas a partir da notificação para a entrega do bem. Responsabilidade contratual da arrendatária. Pagamento. Não comprovação. Mora não afastada.*

I. A arrendatária de área pública no aeroporto, destinada para posto de abastecimento de veículos, responde perante a arrendante pelos prejuízos causados por terceiro subcontratado para operar e explorar a revenda de combustíveis no local. Com efeito, a subcontratação não afasta as obrigações contratuais previstas no contrato originário, entre as quais estão a observância do prazo de vigência do ajuste e do pagamento da respectiva contraprestação pelo uso do bem. É, portanto, inócuo discutir se houve por parte da arrendatária recusa em desocupar o imóvel, tendo em vista que sua disposição em atender ao requerimento da Infraero não a exime de responder pela recusa da empresa subcontratada e pelas consequências da infração contratual, sem prejuízo, é claro, de ação regressiva contra a referida pessoa jurídica.

II. Por outro lado, não merece prosperar a alegação de ausência de mora, uma vez que os pagamentos teriam ficado “retidos”, em virtude do não envio dos boletos bancários pela credora. Não bastasse tal afirmação ser desprovida de qualquer lastro probatório, é certo que a recorrente poderia ter consignado o pagamento dos valores mensais ante o impasse estabelecido em virtude da não renovação contratual ou de outra forma demonstrado diligência no cumprimento da obrigação contratada.

III. Apelação da ré desprovida. Sentença confirmada.

(AC 0003290-53.2008.4.01.3500/GO, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.390)

*Processual Civil, Administrativo e Consumidor. Ação civil pública. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Prestação de serviços educacionais. Irregularidades em estabelecimento de ensino de saúde. Ausência de autorização do Ministério da Educação ou autorização em desconformidade com as exigências legais. Cursos de ensino superior e*

*profissionalizantes. Cerceamento de defesa. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Violação à separação de Poderes. Inexistência. Procedência do pedido inicial.*

I. O Ministério Público tem legitimidade para tutelar, em ação civil pública, direitos individuais homogêneos, por força do art. 25, IV, e, da Lei 8.625/1993 e do art. 6º, VII, c, da Lei Complementar 75/1993.

II. O termo de ajustamento de conduta não é direito subjetivo do investigado em inquérito civil público. Se ele sequer demonstrou interesse em corrigir as apontadas irregularidades, não pode alegar cerceamento de defesa, por não lhe ter sido oferecido firmar o mencionado termo.

III. O dano moral coletivo tem sede constitucional e constitui-se em lesão à moral de determinada comunidade, que se vê agredida pela prática de atos que abalam a tranquilidade do grupo. Em razão da gravidade de que se reveste o dano moral, importa salientar que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode resultar em dano moral difuso. É necessário que o fato transgressor seja de tal monta extraordinário que venha a desbordar dos limites da tolerabilidade. Deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

IV. Ao ofertar ao consumidor serviços educacionais sem autorização do MEC para tanto ou com autorização em desconformidade com as exigências legais, bem como sem as mínimas condições de segurança e de estrutura, a instituição de ensino realizou prática comercial abusiva em relação à sociedade, a caracterizar, indubitavelmente, a ocorrência de dano moral coletivo.

V. Por outro lado, os danos patrimoniais suportados pelos alunos são evidentes, tendo em vista que tiveram custos para a transferência para outras instituições e eventualmente para repetição de disciplinas cursadas, sem falar das despesas realizadas para custear integralmente cursos sem autorização do MEC.

VI. Apelações desprovidas. Sentença confirmada.

(AC 0005523-89.2004.4.01.3200/AM, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.378)

*Processual Civil. FGTS. Execução fiscal. Prazo prescricional. Supremo Tribunal Federal. Alteração de entendimento no julgamento do ARE 709.212/DF. Modulação dos efeitos da decisão. Prescrição não consumada. Cerceamento de defesa não caracterizado. Sentença mantida.*

I. O Supremo Tribunal Federal, depois de reconhecida a repercussão geral do tema, atualizou sua jurisprudência, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo – ARE 709.212/DF, na sessão realizada em 13/11/2014, alterando o prazo prescricional aplicável à cobrança de débitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, de trinta para cinco anos, com modulação dos efeitos da decisão.

II. A contagem da prescrição, no caso em exame, deve se iniciar em 13/11/2014, uma vez que a regra de modulação é clara ao estabelecer que, estando já em curso o prazo prescricional — como ocorre na espécie, aplica-se o que ocorrer primeiro: o fim do prazo trintenário contado da decisão de arquivamento ou do prazo quinquenário contado da decisão do Supremo Tribunal Federal (13/11/2014). Com efeito, no caso dos autos, os fatos geradores são de 1990 a 1994 de modo que a prescrição aplicável deve ser a quinquenal. Ausente a alegada prescrição.

III. Alegação de cerceamento de defesa não caracterizada, uma vez que foi concedido ao embargante prazo para a especificação de provas, que transcorreu sem qualquer manifestação.

IV. Esta Corte já decidiu que “não existe nulidade na CDA por não ter sido acompanhada dos nomes dos empregados cujas contribuições não teriam sido recolhidas, uma vez pacífico o entendimento de que a inexistência, na CDA, de relação nominal dos empregados não conduz à nulidade do título.” (AC 0026650-92.2005.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, de 18/12/2015).

V. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0002767-11.2013.4.01.3809/MG, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.411)

*Constitucional e Administrativo. Anulação de auto de infração. Concessão do serviço público de energia elétrica. Interrupção no fornecimento de energia elétrica em três estados. Resolução Normativa da Aneel 63/2004. Comprovação de falhas operacionais. Impossibilidade técnica de atuação do Operador Nacional do Sistema (ONS). Legalidade do ato administrativo. Aplicação de penalidade de multa. Cabimento. Substituição por advertência. Impossibilidade. Arbitramento da multa. Adequação.*

I. Nos termos do art. 6º, XV, da Resolução Normativa Aneel 63/2004, constitui infração administrativa a interrupção ou desligamento do fornecimento de energia elétrica, o qual atingiu, no dia 1º de janeiro 2005, parte dos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e região leste de Minas Gerais.

II. O fato de a interrupção no fornecimento da energia elétrica ter durado alguns minutos não afasta a responsabilidade da recorrente, sobretudo porque a referida norma condena qualquer desligamento do sistema elétrico, sem discriminar o tempo de duração do problema.

III. O respectivo auto de infração reveste-se de legalidade, uma vez que foram comprovadas falhas operacionais na prestação do serviço público por parte da concessionária.

IV. Não há que se falar em substituição da multa por advertência, tendo em vista que a conduta praticada pela concessionária se amolda à previsão contida no inciso XV do art. 6º da Resolução Normativa 63/2004, caso em que é aplicável tão somente multa.

V. A fixação da multa em 0,1018% do faturamento relativo a doze meses, obtido a partir da receita anual de Furnas, está em total consonância com os arts. 14 e 15 da mencionada Resolução, não prosperando a alegada desproporcionalidade.

VI. Apelação da autora desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única 0017911-98.2007.4.01.3400, Apelação Cível 2007.34.00.018010-2/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), e-DJF1 de 09/02/2017, p. 329)

*Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Requisito de escolaridade. Inscrição para o cargo de professor da Universidade Federal de Itajubá – Unifei. Exigência de diploma de graduação na área de conhecimento “materiais metálicos”. Candidato pós-graduado stricto sensu na área concorrida. Habilitação profissional comprovada. Ordem concedida.*

I. Afigura-se escoreita a sentença monocrática que afastou a exigência da apresentação de diploma de graduação em Engenharia de Materiais, Metalúrgica ou Mecânica, porquanto o impetrante possui grau de escolaridade em muito superior à que restou exigida para o cargo para o qual concorreu, mostrando-se, pois, desarrazoado obstaculizar o acesso do impetrante ao serviço público, na espécie, tendo em vista que o candidato, graduado em Engenharia Química, possui mestrado em Engenharia Metalúrgica e de Minas e doutorado em Engenharia Metalúrgica e de Materiais, é detentor de conhecimentos mais elevados do que o exigido e possui qualificação profissional necessária ao exercício do cargo público pretendido nos autos.

II. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(Reexame Necessário no Mandado de Segurança 0039519-09.2013.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 22/02/2017)

*Administrativo. Reexame necessário. Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Exame médico. Avaliação clínica cardiológica. Edital. Imprecisão. Amputação da falange distal (polegar) esquerda. Ausência de déficit funcional importante. Capacidade para exercício da atividade policial. Princípio da razoabilidade. Sentença confirmada.*

I. Na hipótese dos autos, não se afigura razoável a eliminação de candidato em etapa específica de concurso público para apresentação de exames médicos, quando faltante apenas um dentre os inúmeros solicitados, mormente quando o item do edital foi impreciso ao indicar a necessidade de apresentação de laudo médico de avaliação clínica cardiológica em separado como requisito para aprovação na fase de avaliação de saúde do concurso em referência.

II. Tendo sido comprovado por meio de laudo pericial e declarações médicas de que a existência de amputação traumática da falange distal do 1º quirodáctilo (polegar) esquerdo do candidato não gera incapacidade ao exercício das atividades diárias da carreira policial, não se justifica sua eliminação do certame para policial rodoviário federal.

III. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(Reexame Necessário 0082767-61.2013.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 22/02/2017)

*Constitucional e Administrativo. Processo seletivo. Ingresso no serviço militar temporário. Limite máximo etário. Ausência de previsão legal. Descabimento. Dedução de tempo de serviço em serviço público civil. Abusividade. Afronta aos princípios da isonomia e da razoabilidade.*

I. Não encontra respaldo legal a exigência de limite etário máximo para o ingresso no serviço militar temporário, uma vez que está previsto em portaria do Departamento-Geral de Pessoal do Exército Brasileiro, o que está em total dissonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, manifestado em regime de repercussão geral, no Recurso Extraordinário 600.885, no sentido de que critérios de limite de idade devem ser fixados em lei *stricto sensu*. Ademais, na espécie, não há que se falar na aplicação da Lei 5.292/1967, tendo em vista que não se refere à profissão da autora, não sendo possível estender seus efeitos para a regulação do ingresso de qualquer profissional no serviço militar temporário.

II. De igual modo, embora a dedução do tempo de serviço público municipal prestado sob o regime da CLT esteja estabelecida pelo Decreto 45.002/2002, sua exigência afronta os princípios da razoabilidade e da isonomia, na medida em que prejudica apenas aqueles que não trabalharam na iniciativa privada, ou seja, aqueles que trabalharam por determinado tempo no serviço público civil. Além disso, não procede a alegada falta de recepção da Lei 6.880/1980 pela Constituição Federal, encontrando-se vigente a norma, segundo a qual a contagem de tempo de serviço prestado em órgão da Administração Pública direta e indireta e das fundações de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios para fins de inatividade, o que não ocorre na espécie dos autos. Por fim, são inaplicáveis ao caso as disposições da Lei 12.705/2012, que regula o ingresso nos cursos de formação de oficiais e sargentos das carreiras do Exército, não se referindo ao serviço militar temporário.

III. Apelação da União Federal desprovida. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0002539-47.2015.4.01.3815/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 22/02/2017)

## Sexta Turma

*Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Comunidade quilombola. Indicativo de edificação na área em litígio. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Inspeção judicial. Parcial provimento.*

I. Na origem, buscou a parte-autora a reintegração de posse do imóvel supostamente esbulhado, tendo o juízo *a quo* deferido a medida pela comprovação dos requisitos. Sobre o referido imóvel repousa alegação de ser ocupado previamente pela comunidade quilombola, que dali retiraria sua subsistência. Pela presença de dúvida quanto à natureza jurídica da ocupação do imóvel e, notadamente, por existir indicativo de edificação imediata sobre a área em conflito, foram sobrestados os efeitos da decisão agravada, ante o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

II. Com a finalidade de se esclarecer suficientemente o quanto discutido em relação à presença ou não de elementos atinentes à tradicionalidade quilombola e à exata delimitação dessa ocupação, se de fato existir, reputa-se útil a realização da prova de inspeção judicial sobre todo o imóvel em litígio, que deverá ser produzida nos estritos termos da lei, inclusive a possibilitar o íntegro exercício da defesa.

III. Agravo de instrumento conhecido, e parcialmente provido, com o fim de suspender os efeitos da decisão agravada até a prolação de sentença na ação originária, além de determinar a realização de inspeção judicial, na forma da lei.

(Agravo de Instrumento 0071391-25.2015.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 25/01/2017, p. 2.373)

*Administrativo e Processual Civil. Ação ordinária. Rede Ferroviária Federal – RFFSA. Contrato de concessão de transporte ferroviário de carga na malha centro-leste. Débitos trabalhistas referentes a período anterior à assinatura do contrato. Assunção pela União. Responsabilidade até a data da transferência dos contratos de trabalho. Compensação. Possibilidade.*

I. O exame da petição inicial revela não se tratar de coisa julgada, porquanto a autora não pretende revisar ou modificar as decisões da Justiça do Trabalho, mas sim assegurar o direito de ressarcimento de valores com os quais arcou em razão de condenação trabalhista referente a período anterior a contrato de concessão, havendo pedido certo e determinado, bem como a especificação do montante que pretende ser indenizada.

II. As parcelas objeto da condenação trabalhista imposta à autora constam dos autos, revelando exatamente quais são as ações trabalhistas e respectivas condenações que amparam o pleito autoral, em mídia digital devidamente quando do ajuizamento da ação, que traz cópia completa das reclamações trabalhistas ajuizadas pelos empregados individualizados.

III. A responsabilidade da União, decorrente do fato de ser sucessora da extinta RFFSA, está prevista no item 7 do Edital PND/A-08/96/RFFSA, que rege o procedimento de seleção de empresa para concessão do serviço público de transporte ferroviário de carga na malha centro-leste, e que o item 7.1 do Edital prevê responsabilização da RFFSA por seus passivos, a qualquer título e de qualquer natureza jurídica, de modo que, tendo sido a autora condenada em processo judicial trabalhista por verbas trabalhistas referentes a período anterior à assinatura do contrato de concessão, legítima a ampla pretensão de ressarcimento, inclusive, das custas processuais, dos honorários advocatícios, dos honorários periciais e de outras verbas processuais.

IV. Apenas poderão ser cobradas da União, na qualidade de sucessora da extinta RFFSA, as verbas trabalhistas a que a autora fora condenada e que se relacionam a débitos relativos ao período anterior à assinatura do contrato de concessão, não estando nelas compreendidas verbas devidas em razão de rompimento imotivado do liame empregatício, se ele ocorreu em momento posterior. Exclusão das verbas decorrentes de rescisão imotivada levada a efeito pela empresa ALL após a assinatura do contrato de concessão, e que tenham por fato gerador tão somente a ruptura injustificada, sob pena de violação do quanto pactuado entre as partes.

V. O Superior Tribunal de Justiça já definiu ser possível a compensação dos valores devidos pela ex-RFFSA com os créditos aos quais a União faz jus, tendo em vista que, apesar da vedação legal de compensação de direitos creditórios com rendas ou receitas a recolher em face da Fazenda Pública, a Rede Ferroviária Federal, enquanto sociedade de economia mista, possuía natureza jurídica de direito privado e, dessa forma, não se aplica a ela a regra do art. 54 da Lei 4.320/1964. A posterior sucessão pela União nos direitos e obrigações da RFFSA não tem o condão de alterar a natureza jurídica dos contratos por ela firmados nem os débitos deles resultantes, que permanecem com a natureza jurídica de direito privado, razão pela qual é plenamente cabível a compensação, na forma do art. 368 do Código Civil. (STJ: REsp 1254786/RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 03/06/2013; REsp 1075808/RJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011; REsp 1065070/RJ, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 28/06/2010 e TRF: AC 0037066-82.2010.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 22/06/2016).

VI. Tendo sucumbido a União praticamente na totalidade dos pedidos, deve ela responder pelas custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, a ser quantificado em sede de liquidação de sentença.

VII. Recurso de apelação da autora conhecido e parcialmente provido, para reconhecer o direito da autora ao ressarcimento de valores pagos em razão de condenações/acordos trabalhistas relativos a empregados da extinta RFFSA e condenar a União ao pagamento dos valores suportados pela autora a título de tais débitos trabalhistas que tiveram seus fatos geradores em período anterior à assinatura de contrato de concessão, excluindo-se as verbas decorrentes de rescisão imotivada levada a efeito pela empresa ALL, após a assinatura do contrato de concessão, e que tenham por fato gerador tão somente a ruptura injustificada, sob pena de violação do quanto pactuado entre as partes.

(Apelação Cível 0037067-67.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, *e-DJF1* de 25/01/2017, p. 2.248)

*Civil. Processual Civil. Apelação civil. Execução trabalhista pretérita. Erro de magistrado. Mandado de prisão contra pessoa diversa do fiel depositário. Denúnciação à lide do juiz do Trabalho pela União. Inexistência de dolo ou fraude na conduta do juiz. Descabimento de dano moral e de responsabilidade civil da União. Loman. CPC. Sentença mantida.*

I. O autor, executado em ação trabalhista pretérita, nomeou bens à penhora a fim de quitar sua dívida com a Justiça do Trabalho. A chefe de pessoal de sua empresa recebeu e assinou o auto de depósito, no qual constavam bens destinados ao leilão público que, entretanto, já haviam também sido constritos em outras ações — circunstância omitida naquele momento.

II. O autor-executado impediu que a oficiala de justiça notificasse sua funcionária, depositária fiel, do mandado judicial cujo teor determinava que fosse colocado à disposição da justiça valor correspondente à avaliação dos bens. O empresário, consciente das medidas judiciais cabíveis àquele que cria obstáculos para a realização da justiça, não pode alegar surpresa quanto às consequências de seus atos.

III. Ao contrário do nome da depositária fiel, o nome do réu figurou no cabeçalho de inúmeros documentos juntados aos autos, tais como o mandado de citação, penhora e avaliação, sendo involuntária e natural a internalização daquele nome continuamente destacado no processo. Em tal erro, escusável, poderia incorrer qualquer servidor público envolvido nesta questão, ou seja, existem elementos suficientes que denotam a falta de atenção e não a vontade de prejudicar o autor.

IV. O cabimento de dano moral e da conseqüente responsabilização civil por erro de magistrado, segundo o art. 133 do CPC e o art. 49 da Loman, para ser caracterizado, necessita da comprovação do dolo ou fraude na conduta judicial — requisitos inexistentes na causa. Precedentes: CJ 6492, rel. Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/1986, DJ 28/11/1986, p. 23.460, ement. vol-01443-01, p. 4.

V. Apelação do autor de que se conhece e a que se nega provimento, e recurso de apelação adesivo da União a que se julga prejudicado.

(AC 0005258-78.2005.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, *e-DJF1* de 03/02/2017, p. 1.516)

## Sétima Turma

*Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Natureza não tributária. Ordem dos Advogados do Brasil. Cobrança judicial de anuidades. Mínimo de anuidades previsto no art. 8º da Lei 12.514/2011. Norma aplicável somente aos processos ajuizados na sua vigência. Precedente do STJ. Sentença mantida.*

I. Já se encontra pacificado no STJ o entendimento segundo o qual as anuidades exigidas pela OAB não têm natureza tributária. São títulos executivos extrajudiciais, consubstanciados em espécie de instrumento particular que veicula dívida líquida.

II. O art. 8º da Lei 12.514, publicada em 31/10/2011, introduziu no ordenamento jurídico o conceito de que os conselhos de fiscalização profissional “não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”.

III. A colenda Sétima Turma já se pronunciou que o fato de não se exigir lei para a fixação de anuidades da OAB, sendo válida, para tanto, a resolução, não exclui tal autarquia do comando genérico de política judiciária quanto ao valor mínimo para fins de cobrança em executivo regido pela LEF. A Lei 12.514/2011 não excluiu a OAB do seu comando (AGA 0026995-94.2014.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, *e-DJF1*, de 19/09/2014, p. 715).

IV. Ajuizada a execução *na vigência da Lei 12.514/2011*, a cobrança não pode prosseguir, pois a soma das multas administrativas com as anuidades *é inferior* ao limite mínimo de que trata o art. 8º da Lei 12.514/2011. Importante ressaltar que o limite mínimo se refere ao *valor monetário de 4 anuidades*, não à cobrança de 4 anuidades em si, como bem explicitado pelo STJ (REsp 1466562/RS, rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, *DJe* 02/06/2015).

V. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0004194-54.2014.4.01.3503/GO, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, *e-DJF1* de 27/01/2017, p. 4.464)

*Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda pessoa jurídica. Multa de ofício. Redução de 75% para 20%. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.*

I. “Quanto à multa aplicada pela omissão de rendimentos e lançamento de ofício no percentual de 75%, em que pese seu caráter “educativo”, como forma de sanção objetivando desestimular a sonegação, ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois demonstra ser desmedida, elevada, e assume contornos de confisco patrimonial, violando o art. 150, IV da CF. Sendo assim, em observância ao disposto no art. 59 da Lei n. 8.383/91, razoável a redução da multa de 75% para 20%”. (AC 2004.38.00.004997-4/MG, rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, 7ª Turma, decisão 19/01/2016, publicação 29/01/2016.)

II. Destarte, restou evidenciado o caráter confiscatório da multa em comento, que está em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo, portanto, ser mantida a sentença, que a reduziu ao percentual de 20% (vinte por cento).

III. Apelação e remessa oficial não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0003203-82.2013.4.01.3901/PA, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, *e-DJF1* de 03/02/2017, p. 1.684)

## Oitava Turma

*Tributário. Internacional Público. Processual Civil. Ação ordinária. Imposto de Importação. Redução de alíquota. Acordo de Complementação Econômica 39. Resolução/Aladi 252/1999. Não implementação dos requisitos. Auto de infração. Triangulação comercial. País não integrante da Aladi. Pedido improcedente. Sentença mantida. Preliminar de intempestividade do recurso rejeitada. Apelação não provida.*

I. É de se rejeitar a preliminar de intempestividade da apelação se o recurso foi protocolado dentro do prazo de 15 (quinze) dias de que dispunha a parte, na forma do art. 513 do CPC/1973, vigente à época da publicação da sentença, ainda que tenha sido encaminhado pela recorrente a órgão outro — no caso, a Turma Recursal da SJPA —, pois tal fato, considerado erro escusável pela jurisprudência, não é suficiente para impedir sua apreciação pela turma julgadora.

II. A comprovação da origem da mercadoria, que se faz mediante o certificado de origem, o qual deve ser apresentado juntamente com a fatura comercial no momento do despacho aduaneiro, constitui condição imprescindível para que a importação seja beneficiada com a redução tributária recíproca estabelecida pelos países integrantes da Associação Latino-Americana de Integração – Aladi, no Acordo de Complementação Econômica 39.

III. Na espécie, a despeito de o Certificado de Origem 32805 (ALD 1000830345) atestar a origem venezuelana das mercadorias produzidas pela PDVSA Petroleo Y Gas S.A., tal documento consigna expressamente que essas mercadorias correspondem à Fatura Comercial 102258-0, a qual, porém, não foi apresentada no momento do desembaraço aduaneiro. Assim, ao submeter a Declaração de Importação 00/0542967-0 a despacho perante a fiscalização aduaneira, a apelante apresentou fatura comercial diversa — Fatura Comercial PIFSB 679/2000, que, embora faça referência ao Certificado de Origem ALD 1000830345, fora emitida pela Petrobras International Finance Company – PIFCO, pessoa jurídica então sediada nas Ilhas Cayman, país não integrante da Aladi.

IV. Na operação de importação ora em análise figuram como importadora pessoa jurídica brasileira e como exportadora outra pessoa jurídica sediada em país não integrante da Aladi, fato que afasta, de forma peremptória, a pretensão ao tratamento tributário privilegiado, tendo em vista que, por não ter amparo no certificado de origem, que se refere a uma outra fatura, não está respaldada na legislação internacional de regência, devendo se sujeitar ao regime normal de tributação, sem redução de alíquota, haja vista que a norma disciplinadora desse benefício, a exemplo das que preveem isenção, deve ser interpretada literalmente (CTN, art. 111, inciso II).

V. A chamada triangulação comercial, com participação de empresa sediada em país não participante da Aladi, desnatura a importação para fins da redução de alíquota do Imposto de Importação, se não atendidos, como no caso presente, os requisitos do art. 9º da Resolução/Aladi 252/1999.

VI. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0000019-92.2011.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 27/01/2017. p. 5.885)

*Tributário. Imposto de Renda. Retenção sobre pagamentos feitos por sociedade de economia mista. Redução de percentual. Imprudência. Confisco e quebra da isonomia. Inexistência. Apelação denegada.*

I. Alegação de nulidade da sentença rejeitada, uma vez que o julgado está suficientemente fundamentado, de modo a dar a conhecer as razões subjacentes à formação da convicção do magistrado de primeiro grau.

II. No mérito, a apelante se insurge contra a retenção de Imposto de Renda no percentual de 4,8% sobre os pagamentos a ela feitos por sociedades de economia mista. Aduz que a retenção em tal percentual inviabiliza sua atividade, caracteriza confisco e fere o princípio da isonomia. O pedido é para que o percentual aplicado seja de 1,5%, como determina, entre outras normas, o art. 647 do Regulamento do Imposto de Renda.

III. A retenção impugnada pela apelante tem previsão no art. 34 da Lei 10.383/2003, combinado com o art. 64 da Lei 9.430/1996, e não configura confisco, quebra da isonomia ou violação ao princípio da capacidade contributiva. A antecipação preconizada pelas disposições legais em tela tem por fim inibir a evasão fiscal, como bem sublinhado na sentença, e não implica confisco ou enriquecimento indevido do Estado, porquanto fica sujeita ao ajuste periódico entre o montante recolhido e o tributo efetivamente devido pela pessoa jurídica, tal como ocorre regularmente com as pessoas físicas, que muitas vezes recolhem Imposto de Renda além do devido e são contempladas, no ajuste anual, com a restituição.

IV. Toda a argumentação da apelante está calcada no suposto prejuízo à manutenção de suas atividades empresariais, em função da retenção de valores muito superiores ao que ela efetivamente deve como Imposto de Renda e em razão da dificuldade de se ressarcir do indébito.

V. A perícia judicial não revelou tal quadro de risco iminente à continuidade da atividade empresarial desenvolvida pela apelante, pois deixou claro que os créditos tributários retidos foram integralmente compensados, de modo que não se configurou enriquecimento indevido do Estado ou confisco.

VI. Prova técnica que não confirmou a situação periclitante desenhada pela apelante nem qualquer dano concreto às suas atividades.

VII. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia, pois não se demonstrou que outros contribuintes que estejam em situação idêntica à da apelante venham recebendo tratamento diverso por parte da Fazenda Nacional. O só fato de a alíquota de retenção do Imposto de Renda ser menor nos pagamentos recebidos, por exemplo,

das administrações públicas estaduais e municipais não implica quebra de isonomia, pois a distinção das pessoas jurídicas tomadoras dos serviços é suficiente, por si, para afastar a identidade dos cenários. Ausente demonstração patente de inconstitucionalidade ou ilegalidade, não cabe ao Poder Judiciário perquirir as razões que levaram o legislador a fixar uma alíquota de retenção de Imposto de Renda maior para determinada hipótese, porque isto representaria usurpação das atribuições constitucionais de um Poder pelo outro, em manifesta violação ao princípio da separação dos Poderes.

VIII. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0020333-60.2004.4.01.3300 / BA, rel. Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário (convocado), unânime, e-DJF1 de 27/01/2017, p. 5.767)

*Tributário. Prescrição quinquenal. Contribuição de intervenção no domínio econômico: Senac, Sesc e Sebrae. Associação civil sem fins lucrativos. Não comprovada. Exigibilidade das contribuições.*

I. Impetrado o presente MS em 30/03/2007, a prescrição é quinquenal (RE 566.621-RS, “repercussão geral”, r. Ministra Ellen Gracie, Plenário do STF).

II. “As empresas prestadoras de serviços estão sujeitas às contribuições ao Sesc e Senac, salvo se integradas noutro serviço social” (Súmula 499/STJ).

III. É constitucional a contribuição para o Sebrae, qualificada como de intervenção do domínio econômico (RE 396.266, rel. Ministro Carlos Velloso), sendo dispensável lei complementar para sua instituição e da “desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte” (ARE 710.133 AgR, rel. Ministra Rosa Weber, 1ª Turma do STF).

IV. Embora conste no estatuto social que é associação civil sem fins lucrativos, ficou suficientemente demonstrado que a impetrante “congrega empresários, com a finalidade de aprimorar as atividades econômicas por eles desenvolvidas”. Está obrigada, portanto, ao recolhimento das contribuições para o Sebrae, Sesc e Senac.

V. Apelação da impetrante desprovida.

(Apelação em Mandado de Segurança 0008281-79.2007.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Novély Vilanova, unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.777)

*Constitucional e Tributário. Ação de rito ordinário. Exclusão de contribuinte do Paes. Art. 12 da Lei 10.684/2003. Violação ao contraditório e ampla defesa. Inexistência. Decisão da Corte Especial deste Regional na INAC 2005.34.00.031482-0/DF. Apelação não provida.*

I. A Corte Especial deste Regional, na INAC 2005.34.00.031482-0/DF, por maioria, firmou o entendimento no sentido de que “o art. 12 da Lei 10.684/2003, que prevê a exclusão do sujeito passivo optante pelo Programa de Parcelamento Especial – PAES, independentemente de sua notificação prévia, não ofende os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório estabelecidos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, restando afastado o suscitado vício de inconstitucionalidade” (rel. p/ acórdão Des. Federal João Luiz de Sousa, DJ de 05/09/2016).

II. Apelação não provida.

(Numeração única 0033336-05.2006.4.01.3400, Apelação Cível 2006.34.00.034271-7/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 10/02/2017, p. 2.312)

*Tributário. Débitos previdenciários. Repactuação de parcelamento. Suspensão temporária. Situação de emergência ou estado de calamidade pública. Art. 103-B da Lei 11.196/2005. Aplicabilidade apenas aos parcelamentos firmados com base na Lei 11.196/2005.*

I. O art. 103-B da Lei 11.196/2005 autoriza a repactuação do parcelamento dos débitos previdenciários, mediante suspensão temporária, na forma do seu regulamento, para o município em situação de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência de seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

II. Conforme regulamentado pelo Decreto 7.844/2012, a modificação legislativa instituída com a inclusão do art. 103-B na Lei 11.196/2012 estabelece suspensão de parcelamento que se aplica apenas aos parcelamentos firmados pelo município com base na Lei 11.196/2005 e não repercute na modalidade de parcelamento prevista na Lei 10.522/2002.

III. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0009723-40.2012.4.01.3304/BA, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 de 17/02/2017, p. 2.077)

*Tributário. Cofins e PIS. Dedução de despesas relacionadas à prestação de serviço. Restrição pelo Ato Declaratório Interpretativo 4/2007. Ilegalidade.*

I. As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que tratam do princípio da não cumulatividade em relação ao PIS e à Cofins, ambas no art. 3º, II, não criaram restrição nenhuma aos bens e serviços utilizáveis como insumos na prestação de serviços de asseio e conservação, um dos objetos sociais da agravante. Tais leis definem como insumos todos os bens e serviços necessários à prestação de serviços em geral. O Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, ao restringir a compensação a cargo de tais empresas, excluindo os insumos como vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados, acabou por contrariar previsão legal.

II. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.

III. Apelação da autora a que se dá provimento, para suspender integralmente a eficácia do Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, desde sua entrada em vigor, possibilitando à demandante creditar-se dos valores dos insumos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados, além das despesas já contempladas na sentença.

IV. Condenação da União ao ressarcimento das custas adiantadas pela autora e ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais deverão ser calculados sobre o valor da causa atualizado, no menor percentual dentro da faixa em que se enquadrar o presente feito após a atualização da base de cálculo, nos termos do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil.

(Numeração única 0036270-96.2007.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.036423-0/DF, rel. Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário (convocado), e-DJF1 de 17/02/2017, p. 2.009)



## Terceira Turma

*Penal e Processual Penal. Extração de quartzito. Parque Nacional da Serra da Canastra. Explorar matéria prima pertencente à União sem autorização legal (art. 55 da Lei 9.605/1998). Extrair recurso mineral sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença (art. 2º da Lei 8.176/1991). Concurso formal de crimes. Prescrição. Causar dano à unidade de conservação (art. 40 da Lei 9.605/1998). Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria da pena. Reparação de danos.*

I. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entende que, em hipótese como a dos autos, existe concurso formal entre o delito tipificado no art. 55 da Lei 9.605/1998 e o do art. 2º da Lei 8.176/1991. (Precedentes do STJ e desta Turma.)

II. O art. 55 da Lei 9.605/1998 dispõe sobre a proteção ao meio ambiente, e o delito descrito no art. 2º da Lei 8.176/1991 versa sobre a ordem econômica. Sendo distintos os bens tutelados, ocorre concurso formal de crimes.

III. Nos termos do art. 109 do Código Penal, a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença final regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. O delito tipificado no art. 55 da Lei 9.605/1998 prevê pena máxima de 1 (um) ano de detenção. Prescrito na hipótese.

IV. Declarada extinta a punibilidade do acusado José Donizete Ferreira quanto ao delito previsto no art. 55 da Lei 9.605/1998, em razão da prescrição da pretensão punitiva pela pena *in abstracto*, nos termos dos arts. 107, IV; e 109, V, ambos do CP, combinado com o art. 61 do Código de Processo Penal.

V. A unidade de conservação Parque Nacional da Serra da Canastra no Estado de Minas Gerais foi criada pelo Decreto Federal 70.355/1972, que também estabeleceu seus respectivos limites territoriais. A área de unidade de conservação, em sua totalidade, desapropriada ou não, está submetida a regime especial de administração e proteção constitucional (art. 225, III, da CF) (Precedentes desta Corte).

VI. Conforme estabelece o § 3º do art. 36 da Lei 9.985/2000, carece de prévia autorização do órgão competente todo o empreendido que afetar quaisquer das partes que compõem a unidade de conservação.

VII. Constatado que o apelante praticou atividade mineradora em área de conservação, causando danos ao meio ambiente, não há como afastar sua condenação nas sanções do art. 40 da Lei 9.605/1998.

VIII. Dosimetria da pena em consonância com os arts. 59 e 60 do CP.

IX. Na hipótese incide a agravante descrita no art. 15, II, I (conduta praticada no interior de espaço territorial especialmente protegido, qual seja, área de preservação permanente — topo de morro), e as causas de aumento dos arts. 53, I e II, c (ter acarretado erosão do solo e crime praticado contra espécies endêmicas e ameaçadas de extinção), todos da Lei 9.605/1998.

X. A reparação por danos, com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, impõe condição mais gravosa ao acusado, em termos de consequência da condenação, dessa forma deve ser arbitrada apenas aos delitos posteriores à modificação dada ao referido dispositivo pela Lei 11.719 de 20/06/2008. Retroceder norma para alcançar a situação em exame é ofender o princípio constitucional expresso (art. 5º, XL, da CF).

XI. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida.

(Apelação Criminal 0001069-58.2008.4.01.3804/MG, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), e-DJF1 de 24/01/2017, p. 826)

## Quarta Turma

*Processo Penal. Crime de dano à unidade de conservação. Art. 40 da Lei 9.605/1998. Elemento objetivo-descritivo do tipo penal. Regularização fundiária. Configuração do crime. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Agravante do art. 15, II, alínea I, da Lei 9.605/1998. Bis in idem. Sentença reformada. Apelação parcialmente provida.*

I. O Parque Nacional da Serra da Canastra, no Estado de Minas Gerais, foi criado pelo Decreto 70.335/1972, que previu uma área total correspondente a 200.000 ha (duzentos mil hectares), tendo sido regularizada área equivalente a 72.000 ha (setenta e dois mil hectares). E, embora não tenha sido promovida a expropriação daquelas propriedades privadas localizadas na área remanescente, esse fato, por si só, não exime a responsabilidade dos proprietários de observarem as limitações impostas pelo novo contexto ambiental e social surgido com a criação desta área de preservação. Precedentes.

II. O elemento objetivo-descritivo do tipo penal em questão, referente à “unidade de conservação”, configura-se independentemente da regularização fundiária (mediante expropriação e indenização) da respectiva área de abrangência, motivo pelo qual é forçoso o reconhecimento da tipificação da conduta do apelado na espécie, porquanto se subsume ao art. 40 da Lei 9.605/1998.

III. Na hipótese dos autos, a autoria e materialidade do delito são comprovadas por meio das declarações prestadas por parte das testemunhas, pelo próprio auto de infração (fl. 12), comunicação de crime (fl. 14), pelo relatório de fiscalização (fl. 16), pelas fotografias de fls. 18-19 e 25, bem como pela própria confissão parcial do acusado.

IV. Consoante entendimento firmado por esta Corte “A conduta imputada ao apelado, prevista no art. 40 da Lei n. 9.605/1998, é ‘Causar dando 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 sua localização’. Ou seja, a circunstância agravante prevista no art. 15, II, “I”, da mesma Lei constitui o crime em tela, dessarte, a majoração da pena pela incidência da agravante em tela configuraria *bis in idem*” (ACR 0001160-17.2009.4.01.3804/MG, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1, p. 450, de 29/09/2014).

V. Apelação provida em parte.

(Numeração única 0002817-96.2006.4.01.3804, Apelação Criminal 2006.38.04.002817-5/MG, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado), unânime, e-DJF1 de 10/02/2017, p. 1.610)

## Quinta Turma

*Ambiental. Ibama. Auto de infração. Anulação. Destruição de vegetação nativa sem licença da autoridade ambiental competente. Multa. Redução. Arbitramento em conformidade com a legislação ambiental. Conversão em prestação de serviços. Impossibilidade. Unidade de conservação. Pedido improcedente. Sentença mantida.*

I. A Lei 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, disciplina, em seu art. 72, as sanções a serem aplicadas.

II. O autor objetiva anular auto de infração e a multa decorrente que lhe foi aplicada pelo Ibama em razão do desmatamento de vegetação nativa sem licença ambiental, bem como extinguir processo administrativo e termo de embargo relacionados ao cometimento da infração. Subsidiariamente, requer a conversão da multa em prestação de serviços ou a redução do seu valor.

III. O art. 5º, §§ 1º e 2º, do Decreto 6.514/2008 estabelece que a sanção de advertência poderá ser aplicada para as infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente, consideradas como aquelas em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), ou que, no caso de multa por unidade de medida, a multa aplicável não exceda o valor referido. Precedentes deste Tribunal.

IV. No caso, o autor foi autuado pela destruição de 11,7425 ha de vegetação nativa, objeto de especial preservação, sem autorização do órgão ambiental competente, sendo-lhe imposta multa no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), de modo que, na forma do art. 5º, § 1º, do Decreto 6.514/2008, não se aplica a sanção de advertência por unidade de medida superior a R\$ 1.000,00 (mil reais), pois a multa cominada ultrapassou aquele valor.

V. O valor da autuação revela-se razoável e proporcional com os parâmetros estabelecidos pelo art. 75 da Lei 9.605/1998 (mínimo de R\$ 50,00 — cinquenta reais — e máximo de R\$ 50.000.000,00 — cinquenta milhões de reais) o que afasta a pretensão de redução do respectivo montante.

VI. Não se mostra possível a substituição da multa aplicada pelo Ibama por prestação de serviços, uma vez que, embora seja considerada a baixa escolaridade do autor e seu amparo sob a justiça gratuita, a prática do ato ilícito ocorreu em área de preservação permanente.

VII. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0002741-67.2014.4.01.4200/RR, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.427)

*Ambiental. Ação civil pública. Indenização por dano material e dano moral coletivo. Fraude ao Sistema de Documento de Origem Florestal (DOF) do Ibama. Inserção de créditos fictícios na base de dados. Operação Ouro Verde II. Ônus da prova. Fato constitutivo do direito. Dúvida milita contra o autor. Dano ambiental material não comprovado. Ausência do dever de recomposição da área degradada. Arbitramento do dano moral coletivo. Quantia adequada e proporcional ao dano. Desprovimento dos apelos.*

I. O pedido deduzido pelo Ministério Público Federal decorre da operação Ouro Verde II, deflagrada em 2007 pela Polícia Federal, que constatou a existência de quadrilha, amplamente articulada, com envolvimento de mais de 60 empresas, que fraudava o sistema de emissão de Documento de Origem Florestal (DOF) — que corresponde a uma licença obrigatória para o controle do transporte e armazenamento de produtos e subprodutos florestais de origem nativa, implantado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama —, bem como os dados oficiais, para fins de extração e comercialização ilegal de madeira da Amazônia.

II. Não obstante os graves fatos descobertos e comprovados pela referida operação, bem como o esforço das autoridades envolvidas no sentido de punir as condutas ilegais, é forçoso reconhecer que não há como materialmente ligar o comportamento do infrator recorrido com a extração ilegal da madeira em si e a provável degradação ambiental da área atingida. Não há como afirmar que a conduta do promovido deu causa ao dano ambiental material relatado na petição inicial, nem sequer é possível apontar e delimitar — com a certeza necessária para uma condenação judicial — qual é o dano, onde ocorreu e quais foram as circunstâncias que o rodearam. Os documentos colacionados pela parte-autora dão conta apenas de que houve uma fraude no sistema de controle florestal, sendo que o conjunto probatório a esse respeito é bastante expressivo. Todavia, demonstrar a fraude no sistema de certificação florestal não é o mesmo que provar que o promovido realizou condutas ilícitas que redundaram em prejuízo material para o meio ambiente. Trata-se, em verdade, de uma questão de prova. Nos termos do inciso I do art. 369 do CPC, compete ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito invocado. A dúvida ou a insuficiência de prova quanto ao fato constitutivo do direito milita contra a parte requerente, devendo esta sofrer com as consequências processuais do mau êxito do exercício do referido ônus. Com efeito, não há que se falar em indenização por dano material nem em dever de reparação de área degradada.

III. O *quantum* fixado, na espécie, no montante de R\$ 50.000,00, a título de indenização por dano moral coletivo está em harmonia com os parâmetros da razoabilidade, mostrando-se, pois, justo à reparação do dano sofrido.

IV. Apelações do MPF e do Ibama desprovidas. Sentença mantida.

(Numeração única 0011762-07.2008.4.01.3900, Apelação Cível 2008.39.00.011795-0/PA, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 10/02/2017, p. 1.775)

*Ambiental, Administrativo e Processual Civil. Ibama. Criação de pássaros em cativeiro. Falta de cadastramento. Infração ambiental. Lei 9.605/1998. Multa. Legalidade da autuação. Sentença reformada.*

I. Apelação interposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – Ibama contra sentença que julgou procedente pedido de anulação de multa de R\$ 1.500,00 imposta pela autarquia ambiental, por manutenção de 3 (três) espécimes da fauna silvestre em cativeiro, sem a devida autorização da autoridade competente.

II. A legislação ambiental não exclui a responsabilidade do infrator ao argumento de sua conduta não ter representado efetiva lesão ao meio ambiente, por desconhecimento da ilicitude ou insignificância. Tais circunstâncias, quando muito, interferem na graduação da penalidade aplicável.

III. A Lei 9.605/1998 traz não só normas e infrações de natureza penal, mas também de natureza administrativa. A conjunção de ambas confere base legal à imposição da pena administrativa, sem prejuízo das sanções penais, conforme já decidiu o STJ, sob a relatoria da Ministra Denise Arruda, no julgamento do REsp 1.091.486/RO: “[...] a norma em comento (art. 46 da Lei 9.605/1998), combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/1998, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita [...]”.

IV. Os regulamentos, decretos, portarias e instruções normativas expedidos em decorrência da Lei 9.605/1998 não criaram um tipo novo, limitando-se a definir as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente e passíveis de punição administrativa. Foi aplicada, no caso dos autos, multa correspondente a R\$ 500,00 por pássaro apreendido.

V. O art. 74 da Lei 9.605/1998 estabelece que “a multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado”. Art. 75, dispõe que “o valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta milhões de reais)”.

VI. Na forma do art. 5º, § 1º, do Decreto 6.514/2008, não se aplica a sanção de advertência, caso a multa máxima cominada ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00.

VII. Apelação do Ibama a que se dá provimento.

(Numeração única 0020368-33.2008.4.01.3800, Apelação Cível 2008.38.00.020824-1/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 23/01/2017, p. 729)

## Sexta Turma

*Administrativo e Ambiental. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Auto de infração. Multa. Legitimidade de agente de defesa florestal para lavrar auto de infração. Queimada de mata nativa sem autorização. Presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, não ilidida. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. Apelação desprovida.*

I. A apelante foi autuada por haver queimado, sem autorização do órgão ambiental, 20 hectares de pasto e 200 hectares de mata nativa.

II. A competência de agente florestal para a lavratura de infração ambiental se encontra definida na Lei 9.605/1998, em seu art. 70, § 1º, *in verbis*: “São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha”.

III. No exercício de suas atividades, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) tem o poder/dever de autuar quem quer que descumpra as determinações decorrentes do exercício adequado de seu poder de polícia, sendo o que ocorreu no caso em tela, pois a empresa requerente foi autuada por descumprir os comandos previstos nos arts. 28 e 40 do Decreto 3.179/1999.

IV. O valor das multas impostas à requerente é proporcional às infrações cometidas, razão pela qual não há que se falar em desproporcionalidade.

V. Não logrando a autora/apelante apresentar provas capazes de ilidir a presunção de legitimidade e veracidade do auto de infração lavrado pelo Ibama, fica mantida a penalidade administrativa aplicada.

VI. A responsabilidade do poluidor, segundo a legislação ambiental, é objetiva, ou seja, independe de dolo ou culpa, para que o agente seja obrigado a recompor o dano ambiental causado.

VII. Apelação desprovida.

(Numeração única 0000451-69.2006.4.01.4100, Apelação Cível 2006.41.00.000453-0/RO, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 25/01/2017, p. 2.222)



## Apelação Cível 0001877-75.2013.4.01.3905/PA

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

Cuida-se de apelação interposta, com pedido de efeito suspensivo, contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Redenção/PA, que, nos autos de ação proposta por Miguel Furtunato de Sousa em desfavor de União Federal, Fundação Nacional do Índio – Funai e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, objetivando transitar livremente com seus animais e residir com sua família na área Apyterewa, bem como exercer agricultura de subsistência no local, até o cumprimento de acordo firmado em virtude de processo de desocupação, julgou improcedente o pedido inicial, reconhecendo ainda a prescrição da pretensão autoral.

Em suas razões recursais (fls. 477-490), o recorrente sustenta que não há que se falar em prescrição, tendo em vista que sua pretensão somente surgiu com a homologação da demarcação da área indígena, ocorrida em 29/08/2011. Defende o direito à indenização das benfeitorias erigidas de boa-fé no local, conforme teria sido acordado entre as partes como requisito para a desocupação do imóvel. Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso a fim de permanecer no bem público em questão.

\*\*\*

Não obstante os argumentos lançados pelo apelante, não merece prosperar a pretendida atribuição de efeito suspensivo, uma vez que a homologação da demarcação da terra indígena se deu por Decreto Presidencial s/nº, de 19/04/2007, sendo este o termo inicial da prescrição. Ademais, o eventual direito à indenização por benfeitorias não garante necessariamente o direito ao reassentamento na área litigiosa. Por fim, a pretensão liminar do recorrente contraria decisão anterior deste egrégio Tribunal sobre a mesma terra indígena, no sentido de desautorizar o reassentamento dos antigos ocupantes da área, sob pena de confronto entre indígenas e não indígenas, assim como vai de encontro aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em outros feitos referentes às terras Apyterewa, conforme registrado na decisão de fls. 452-456, *in verbis*:

Outrossim, a Ação Civil Pública 2005.39.01.00339-7 que tramitou na Subseção Judiciária de Marabá/PA, acolheu o pedido proposto pela FUNAI e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para reintegrar a posse da área esbulhada a comunidade Parakanã-Apyterewa, determinando que os réus se abstenham de promover novas ocupações, reocupações e edificações, sob pena de aplicação de multa. O feito passou a ser executado na ação 2009.01.001365-6.

8. O TRF1 no julgamento do Agravo de Instrumento 0076233-53.2012.4.01.0000/PA, verificou que somente parte do imóvel denominado Fazenda Belauto (50%) pertenceria ao Espólio de José Luiz de Freitas, como fato incontroverso, assim, por não haver justificativa da ocupação de toda área da fazenda, por ser de grande extensão, determinou que o Incra transferisse as famílias para fração do imóvel compreendida entre a saída para Tucumã e Ourilândia e a saída para as Fazendas do Srs. Randolfo e César Randolfo, excluindo-se, portanto, a outra fração de 50% do imóvel.

9. Já o STJ, na suspensão liminar nº 1.758 – PA (2013/0172236-0), ante o decisum em agravo proposto no TRF1, entendeu que a retirada das famílias de parte da fazenda da Belauto poderia comprometer a integridade física das referidas pessoas e bens lá houveram sido constituídos, assim, deveria ser dado primazia à manutenção da situação atual determinando que as famílias retiradas da APTERewa continuassem a ocupar a terra, acenando para as hipóteses possíveis, caso comprovação da propriedade da área denominada Belauto, a eventual e futura solução para composição de prejuízos em perda e danos.

10. Posteriormente, com a distribuição de diversas ações perante a Subseção Judiciária de Redenção/PA questionando o descumprimento do termo de ajuste estabelecido pela Portaria 220/11, o TRF1 em nova decisão, vem atribuindo efeito suspensivo às decisões proferidas neste juízo, no sentido de que tal descumprimento do acordo não autoriza, como pretexto, a manutenção e o retorno dos não índios à área, pois, muitos posseiros foram considerados de má-fé, não possuindo direito a qualquer tipo de indenização ou possibilidade de reassentamento.

11. Vejo, portanto, que a concessão da medida liminar nestas circunstâncias, colide frontalmente com o decidido na Ação Civil Pública 2005.39.01.00339-7, ao mesmo tempo em geraria perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois traria risco à ordem e segurança públicas, já que teria o condão de paralisar o plano governamental, reengatilhando o confronto dos indígenas e não indígenas, trazendo ainda forte cenário de especulação das áreas (APYTEREWA/BELAUTO), o que vai contra a preservação do interesse público.

12. Não obstante tal situação, acena ainda para o quadro de desordem, os relatos apontados pelos demandados, acerca da existência de vários posseiros que acabaram retornando para a APYTEREWA, mantendo também ocupação da BELAUTO, de forma cíclica, o que corrobora com a transformação do cenário fático anteriormente proposto.

13. Merece destaque ainda que o Supremo Tribunal Federal no pedido de Suspensão da Tutela Antecipada 780 Pará, proposto pela FUNAI, com base nas Reclamações 12.756/PA e 17.035/PA, que tramitavam no superior Tribunal de Justiça, considerando ainda a análise rigorosa da questão, deferiu o pedido para que fossem suspensas todas as decisões nos autos das ações de obrigação de fazer, as quais deferiram o retorno dos posseiros não índios à área, por conseguinte, mantendo a ocupação destes na "Fazenda Belauto", em consonância com a decisão preferida pelo STJ no julgamento da Suspensão Liminar 1758.

Com efeito, não há que se falar em probabilidade de provimento do recurso ou relevância da fundamentação apresentada pelo recorrente, a justificar o excepcional efeito suspensivo na apelação.

Em face do exposto, a teor do art. 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, *indefiro o pedido de efeito suspensivo*.

(Apelação Cível 0001877-75.2013.4.01.3905/PA, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), e-DJF1 de 27/01/2017, p. 4.869)

## Mandado de Segurança Criminal 0073281-62.2016.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Marcelo Rebello Pinheiro (convocado)

Luizelton Borges da Silva, preso preventivamente, impetra mandado de segurança contra ato do MM. juiz federal da Subseção de Paragominas, Seção Judiciária do Estado do Pará, que negou autorização "*para participar da cerimônia de posse ao cargo de vereador na cidade de Itinga do Maranhão/MA, ao qual foi eleito legitimamente*" (fl. 3).

Alega que, apesar de estar preso preventivamente, "*ficou na 3ª colocação como candidato mais votado para o cargo de Vereador*" nas eleições de 2016, assim, a decisão impugnada "*claramente violou direito líquido e certo do Impetrante*" prescrito em lei (Lei 7.210/1984, arts. 120 e 121).

Sustenta que, também, o art. 15 da Constituição Federal veda a cassação de direitos políticos, cuja perda só se dará por condenação transitada em julgado; que "*o simples fato de determinado indivíduo ter inquéritos ou processos penais em curso não inviabiliza a perda de seus direitos eleitorais, pois carece nestes casos um nexo de causalidade entre os direitos políticos e a conduta criminal*".

Assevera que, quanto aos requisitos para a antecipação de tutela de urgência prevista no art. 300 do Código de Processo Civil, estão preenchidos:

- "*A evidência da probabilidade do direito está presente conforme demonstrado ao longo do mandamus, com supor na Constituição Federal, casos concretos e Lei Orgânica do município, onde claramente se vê a garantia do direito do Impetrante de participar da Cerimônia de Posse ao cargo de Vereador mesmo estando em caráter de prisão provisória*";

- "*Quanto ao perigo do dano, também se faz presente, haja vista restarem apenas 15 dias para a Cerimônia de Posse e menos de 4 (quatro) dias para o início do Recesso Forense. Sendo assim, caso essa tutela não seja deferida, todos os direitos mencionados pelo Impetrante serão violados, acarretando assim prejuízos ao mesmo, visto que a Lei Orgânica do município exige a presença física da pessoa eleita para tomar posse, sob pena de perda do mandato (art. 49, § 2º, mencionado acima)*".

Diante disso, requer a concessão de tutela provisória de urgência antecipada a fim de conceder a permissão para que o impetrante possa ser escoltado até a cidade de Itinga do Maranhão/MA, a fim de participar da cerimônia de posse para o cargo de vereador, que será realizada no dia 1º/01/2017 às 09:00hs.

Vejamos.

O mandado de segurança, remédio de natureza constitucional, visa proteger direito líquido e certo, exigindo-se, para seu cabimento, que o ato judicial seja manifestamente ilegal, abusivo ou teratológico.

Pois bem, consta do ato impugnado:

[...]

No que tange à saída temporária de LUIZELTON BORGES DA SILVA, está lastreada no art. 120, da Lei de Execuções Penais, que prescreve:

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do art. 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra preso.

Nesse contexto, o pedido deve ser feito ao diretor do estabelecimento penitenciário.

Todavia, não custa ressaltar que não há óbice ao exercício dos direitos políticos do réu, eis que a diplomação poderá ser efetivada através de procuração, conforme Resolução - TSE n. 19.766/96 (Consulta n. 307 Distrito Federal). [...] (grifei - fl. 25).

Com efeito, conforme se observa a decisão impugnada não é ilegal, abusiva ou teratológica, uma vez que está fundamentada na legislação da espécie.

Leciona Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.

(in "MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÕES CONSTITUCIONAIS" - São Paulo: Malheiros - 33 - ed. 2010, p. 37 - grifei).

Na hipótese, como visto do ato impugnado, o art. 120 da Lei de Execuções Penais *não contempla* a possibilidade ao preso provisório se deslocar do presídio onde se encontra preso, mediante escolta, para tomar posse no cargo de vereador.

Ora, a autorização para sair do estabelecimento penal é excepcional e, no caso, não preenche um dos requisitos para o reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante, no caso, *não está previsto em lei específica*.

Isto posto, *indefiro* o pedido de liminar.

(Mandado de Segurança Criminal 0073281-62.2016.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Marcelo Rebello Pinheiro (convocado), *e-DJF1* de 26/01/2017, p. 180)

## Agravo de Instrumento 0052867-43.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Transexpert Vigilância e Transporte de Valores S/A e TV Transacional Transporte de Valores, Segurança e Vigilância Ltda. contra decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para a retirada de toda e qualquer eficácia do ato administrativo exarado no processo punitivo 9429/2015-DELES/DREX/SR/DPF/RJ, que determinou o cancelamento das atividades das autoras, ora agravantes.

O r. juízo *a quo* assim decidiu, negando o pedido, ao entendimento de que haveria uma contumácia das empresas em transgredir as normas que regem a atividade de segurança privada, em condutas que não seriam diminutas, mas fatos que, por si só, revelariam que a Administração não teria desbordado de seu poder sancionador, não se revelando suficientes os argumentos expostos na petição inicial para afastar os efeitos do ato impugnado.

Ponderou o ilustre juízo de primeiro grau que competiria ao Departamento de Polícia Federal autorizar o funcionamento das empresas de segurança e vigilância, sendo as punições fruto do exercício de sua competência legal, de modo que, em sede de cognição sumária, não haveria como aferir se o DPF teria ultrapassado os limites da legalidade.

Em suas razões recursais alegam as agravantes, em síntese, que:

i) em 03/07/2014, o gerente da filial da cidade de Cabo Frio/RJ teria determinado, sem consulta à diretoria da empresa, que o serviço de transporte de valores (cerca de 2 milhões e cem mil reais) fosse feito por dois policiais militares do Estado do Rio de Janeiro de folga, em um veículo comum, embora blindado leve, mas que iam se encontrar com carro forte;

ii) durante o trajeto, teria havido uma colisão, de sorte que um dos policiais abaixou o vidro sendo atingido por arma de fogo, vindo a óbito, o que ensejou os Autos de Infrações 441/2014, 442/2014, 444/2014, 4445/2014 e 446/2014, por incidir nas penas dos art.s 173,I, 170,II, 170 XIV, 171 XI e 172 II, todos da Portaria 3233/12-DG/DPF;

iii) o AI 441/2014 gerou o Processo GESP 2014/10458, dando ensejo à portaria punitiva 425/2015, que aplicou a punição da empresa de cancelamento da autorização de funcionamento, o que ensejou o ajuizamento da Ação 2680497.2015.401.3400, onde foi deferida a tutela de urgência, durante o plantão judicial, para sustar os efeitos da referida penalidade;

iv) em 08/06/2015 e 09/06/2015, funcionários do Banco do Brasil teriam relatado problemas e divergências em valores guardados na empresa, bem como irregularidades no transporte, o que deu ensejo ao AI 6674/2015 e a suspensão da empresa de contratar com a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil e as Portarias 33.620 e 33.621 suspenderam as autorizações de funcionamento das empresas recorrentes, que foi objeto da Ação 2991-07.2016.4.3400, cuja liminar foi concedida;

v) pela terceira vez, foi publicado em 28/03/2016 no DOU o julgamento do recurso da empresa TRANSEXPERT, no processo punitivo 9429/2015-DELESP/DREX/SR/DPF/RJ;

vi) haveria abusividade da punição, haja vista que não teria ficado caracterizada a reincidência das empresas nas condutas apontadas;

vii) seria inaceitável o *bis in idem* pelo que a empresa não se exime em responder civil e administrativamente pelos fatos, de maneira que o DPF não poderia proceder como cobrador dos danos eventualmente experimentados pelos bancos.

Pugnam pela concessão da antecipação de tutela para suspender toda e qualquer eficácia do ato administrativo, proferido no Processo 9429/2015-DELESP/DREX/SR/DPF/RJ, até ulterior decisão.

É o relatório. Decido.

O presente recurso tem a finalidade de anular o ato administrativo, exarado no Processo GESP 2014-10458, que cancelou a autorização de funcionamento das atividades das empresas agravantes.

A atuação administrativa se fundou no fato de as empresas recorrentes terem procedido com irregularidades na própria atividade fim, conforme descrito no item 39:

A recusa das empresas em cumprir obrigações contratuais firmadas, quando se omitiu na apresentação de documentos solicitados pela Caixa, ao negar a entrada de funcionários do Banco do Brasil na base da transportadora, além dos atrasos na entrega de numerário, perda parcial de depósitos e organização indevida de numerário, indica má-fé das empresas a atuação contrária às normas jurídicas vigentes, tornando o grupo empresarial nocivo à coletividade.

Nessa esteira, foi apurado no bojo do referido processo administrativo que as agravantes estariam realizando atividade em desacordo com a legislação em circunstâncias que indicam a prática de atividades ilícitas, contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público e à segurança do Estado e da coletividade, infringindo as regras estipuladas na Lei 7.102/1983, que por sua vez dispõe:

Art. 14 - São condições essenciais para que as empresas especializadas operem nos Estados, Territórios e Distrito Federal:

I - autorização de funcionamento concedida conforme o art. 20 desta Lei; e

II - comunicação à Secretaria de Segurança Pública do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

[...].

Art. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal:

- conceder autorização para o funcionamento:

a) das empresas especializadas em serviços de vigilância;

b) das empresas especializadas em transporte de valores; e

c) dos cursos de formação de vigilantes;

II - fiscalizar as empresas e os cursos mencionados dos no inciso anterior;

III - aplicar às empresas e aos cursos a que se refere o inciso I deste art. as penalidades previstas no art. 23 desta Lei;

IV - aprovar uniforme;

- V - fixar o currículo dos cursos de formação de vigilantes;
- VI - fixar o número de vigilantes das empresas especializadas em cada unidade da Federação;
- VII - fixar a natureza e a quantidade de armas de propriedade das empresas especializadas e dos estabelecimentos financeiros;
- VIII - autorizar a aquisição e a posse de armas e munições; e
- IX - fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados.
- X - rever anualmente a autorização de funcionamento das empresas elencadas no inciso I deste art..

O Decreto nº 89.056/83, em regulamentação da norma legal, fixa:

Art. 30. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

- I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, e à segurança de pessoas físicas;
- II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

§ 1º As atividades de segurança privada desenvolvidas por empresas especializadas em prestação de serviços, com a finalidade de proceder à segurança de pessoas físicas e de garantir o transporte de valores ou de qualquer outro tipo de carga, serão consideradas, para os efeitos deste Regulamento, segurança pessoal privada e escolta armada, respectivamente.

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos I e II deste art., poderão se prestar:

- a) ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas;
- b) a estabelecimentos comerciais, indústrias, de prestação de serviços e residências;
- c) a entidades sem fins lucrativos;
- d) a órgãos e empresas públicas.

§ 3º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa.

§ 4º As empresas de que trata o § 2º deste art. serão regidas pela Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, por este Regulamento e pelas normas da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal.

§ 5º A propriedade e a administração das empresas especializadas que vierem a se constituir são vedadas a estrangeiros.

§ 6º Os diretores e demais empregados das empresas especializadas não poderão ter antecedentes criminais registrados.

No presente caso, entendo que não configura ato ilegal ou abusivo a recusa da Administração Pública em autorizar a permanência do funcionamento de empresa de prestação de serviços de segurança e vigilância privada armada que não preenche os requisitos exigidos pela legislação de regência, mais especificamente, como no caso, em que o processo administrativo encerrou-se seguindo o devido processo legal.

Ressalte-se que as recorrentes foram autuadas por condutas consideradas graves, não se vislumbrando a alegada desproporcionalidade na punição aplicada, haja vista que o art. 23 da Lei 7.102/1983 não condiciona a aplicação da pena de cancelamento à comprovação de reincidência, senão vejamos:

Art. 23 - As empresas especializadas e os cursos de formação de vigilantes que infringirem disposições desta Lei ficarão sujeitos às seguintes penalidades, aplicáveis pelo Ministério da Justiça, ou, mediante convênio, pelas Secretarias de Segurança Pública, conforme a gravidade da infração, levando-se em conta a reincidência e a condição econômica do infrator:

- I - advertência;
- II - multa de quinhentas até cinco mil Ufirs: (Redação dada pela Lei nº 9.017, de 1995).
- III - proibição temporária de funcionamento; e
- IV - cancelamento do registro para funcionar.

Parágrafo único - Incorrerão nas penas previstas neste art. as empresas e os estabelecimentos financeiros responsáveis pelo extravio de armas e munições.

Por sua vez o art. 173 da Portaria 3.233/2012 estabelece:

Art. 173 - É punível com a pena de cancelamento da autorização de funcionamento para as atividades de segurança privada a empresa especializada e a que possui serviço orgânico de segurança que realizar qualquer das seguintes condutas:

I - seus objetivos ou circunstâncias relevantes indicarem a prática de atividades ilícitas, contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público e à segurança do Estado e da coletividade;

Ademais, não há que se falar em *bis in idem* na medida em que as empresas foram punidas por violação ao art. 173, I, da Portaria 3.233/2012-DG-DPF, em razão das reiteradas condutas ilícitas e não pelo mesmo fato.

Frise-se que a mera alegação de agir com arbitrariedade, por óbvio, não tem o condão de evidenciar lesão clara de direito supostamente violado.

Por outro lado, mostra-se indiferente o rumo das indenizações aos bancos diante da independência das esferas administrativa e civil.

A farta documentação juntada aos autos reveste de plausibilidade de que a atividade desenvolvida pelas agravantes não mais pode ser conceituada como de interesse público, pilar da autorização de seu funcionamento e ínsito ao juízo discricionário da Administração.

Inexiste, assim, comprovação de ilegalidade no procedimento administrativo, tendo sido observada a garantia ao contraditório e à ampla defesa e motivadas as decisões que aplicaram a penalidade ante a constatação de irregularidades que serviram de suporte fático para o exercício do poder de polícia.

A sanção de cancelamento encontra respaldo nos arts. 23, IV, da Lei 7.102/1983 c/c 173, I, da Portaria 3.233/2012-DG-DPF e foi mantida no exercício regular do poder de polícia, inexistindo ilegalidade.

Nesse sentido, confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA. CANCELAMENTO DO REGISTRO DE FUNCIONAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. LEGALIDADE DA SANÇÃO.

1. A Ação Mandamental foi impetrada contra ato do Ministro de Estado da Justiça, que manteve a sanção de cancelamento do registro da impetrante, autuada por exercer suas atividades com autorização vencida.

2. De acordo com a Lei 7.102/1983, o funcionamento das empresas de segurança privada está condicionado à obtenção de autorização no âmbito do Ministério da Justiça, que deve ser renovada anualmente.

3. No caso dos autos, o processo de revisão foi arquivado porque a empresa deixou de sanar irregularidades, a despeito de ter sido notificada para fazê-lo. Posteriormente, foi autuada por funcionar irregularmente.

4. Inexiste comprovação de ilegalidade do procedimento administrativo, tendo sido observada a garantia ao contraditório e à ampla defesa, bem como motivada a imposição da penalidade.

5. A sanção de cancelamento possui respaldo legal e foi aplicada no exercício regular do poder de polícia, inexistindo direito líquido e certo à sua revogação. Precedente do STJ.

6. Segurança denegada. (MS 14.359/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE FUNCIONAMENTO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA.

É exercício regular do poder de polícia e hierárquico a manutenção de decisão pelo cancelamento de registro de funcionamento de empresa de vigilância privada, que não satisfaz os requisitos básicos de funcionamento, nem saneia os vícios nas oportunidades que lhe são concedidas.

Ausência de direito líquido e certo à cassação da punição.

Segurança denegada.

(MS 6.771/DF, Rel. Ministro CASTRO FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2001, DJ 04/06/2001 p. 51, REPDJ 11/06/2001 p. 89).

Isso considerado, *indeferro* o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

(Agravado de Instrumento 0052867-43.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 24/01/2016, p. 1.004)

**Agravado de Instrumento 0032359-76.2016.4.01.0000/DF**

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Associação Educacional Nove de Julho interpõe agravo de instrumento contra decisão que, proferida nos autos da Ação de Procedimento Ordinário 0030989-47.2016.4.01.3400 ajuizada em desfavor da União e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência, que objetivava suspender os §§ 2º, 3º e 5º do art. 33 da Portaria Normativa MEC 15, de 8 de julho de 2011, na redação dada pela Portaria MEC 23, de 30 de dezembro de 2014, assim como para que procedesse ao repasse dos Certificados do Tesouro Nacional Série E – CFT-Es, referentes aos encargos educacionais dos meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, ainda para que fosse determinada a apresentação do demonstrativo analítico do encargo educacional financiado para os meses de competência de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, e sua respectiva composição com CPF de cada aluno, de modo a permitir a aferição, pela parte-autora, do correto adimplemento das obrigações dos réus.

O pedido subsidiário formulado pela autora consistia “[...] na determinação para que os réus efetuem, até o dia 30 de junho de 2016, a emissão e o repasse de ¼ (um quarto) dos CFT-Es referentes aos encargos educacionais de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, tal como será feito para os seis associados da Abraes”.

O juízo *a quo* indeferiu os pleitos, ao fundamento de que “o pedido ventilado nos autos enquadra-se às hipóteses legais de proibição da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública”.

Sustenta a agravante que está devidamente credenciada ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – Fies e que recebe como forma de remuneração títulos denominados Certificados Financeiros do Tesouro – CFT-E, equivalente ao valor das mensalidades escolares objeto do financiamento, sendo que, após o abatimento dos tributos a que alude o art. 10 da Lei 10.260/2001, os CFT-Es são recomprados pelo FNDE e creditados em espécie em conta-corrente da instituição.

Alega que, em 30/12/2014, foi editada a Portaria Normativa MEC 23/14, promovendo alterações no cronograma para emissão de certificados, estabelecendo dois cronogramas: um para grupos educacionais com menos de 20.000 alunos beneficiários do Fies, com periodicidade mensal e outro, para grupos educacionais com 20.000 ou mais alunos, prevendo emissões e repasses a cada 45 dias.

Esclarece, ainda, que para esse segundo grupo, tendo em vista que o repasse referente a 30 dias será realizado a cada 45 dias, das 12 parcelas anuais, o FNDE fará 8 emissões, ficando pendentes para o ano seguinte 4 parcelas, que se acumularão com o passar dos anos, ampliando-se drasticamente o prazo de recebimento dos grupos educacionais com 20.000 ou mais alunos beneficiários do Fies, causando um desequilíbrio econômico, bem como ferindo o princípio da isonomia entre as instituições de ensino superior que possuem até 20.000 alunos e as que com 20.000 ou mais alunos.

Defende que,

[...] nos termos do art. 7º, §2º, c/c art. 13 da Lei 10.260/2001, o FNDE tem a obrigação legal de repassar e recomprar a *totalidade* dos Certificados Financeiros (CFT-E) gerados neste interregno – no máximo, trimestral –, e não apenas dois terços, pagando um mês a cada 45 dias, tal como indevidamente estabeleceu a Portaria Normativa MEC 23/2014 [...].

Afirma, ainda, que houve frontal violação do ato jurídico perfeito, consubstanciado no termo de adesão ao Fies celebrado com o Poder Público na data de 1º/04/2010.

Informa que a questão já foi submetida ao crivo do Poder Judiciário pela Associação Brasileira para o Desenvolvimento do Ensino Superior e, em sede de liminar, foi determinada a suspensão dos efeitos da Portaria Normativa MEC 23/14, porém como não faz parte da Abraes, não foi beneficiada pela decisão judicial.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, objetivando a suspensão da eficácia dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 33 da Portaria Normativa MEC 15/2011, na redação dada pela Portaria MEC 23/2015, para obrigar os agravados a efetuarem, imediatamente, a emissão e o repasse dos CFT-Es referentes aos encargos educacionais dos meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, bem como para que seja apresentado o demonstrativo analítico do encargo educacional financiado para os meses de competência de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, e sua respectiva composição com CPF de cada aluno, de modo a permitir a aferição, pela agravante, do correto adimplemento das obrigações dos agravados, sob pena de multa diária em caso de descumprimento da ordem.

Foi formulado pedido subsidiário, para

[...] minimamente, obrigar os Agravados a efetuar, até o dia 30 de junho de 2016, a emissão e o repasse de ¼ (um quarto) dos CFT-Es referentes aos encargos educacionais de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, tal como será feito para os seis associados da Abraes, sob pena de multa diária em caso de descumprimento da ordem [...].

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Neste juízo de cognição sumária, verifico que assiste razão à agravante, uma vez que se mostram relevantes os argumentos deduzidos no sentido de que a nova sistemática de remuneração pelos serviços prestados no âmbito do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – Fies (Portaria MEC 23/2014) está gerando sérios prejuízos à agravante, na medida em que os Certificados Financeiros do Tesouro – CFT-Es serão emitidos e disponibilizados a cada 45 (quarenta e cinco) dias entre cada parcela e abrangerá um único mês de competência de encargos educacionais a cada emissão, ou seja, a cada 45 dias serão pagos os serviços prestados referentes somente a 30 dias.

Dessa forma, forçoso reconhecer que, se prevalecer a sistemática imposta pela Portaria MEC 23/2014, no final de um ano, tendo em vista que serão realizadas somente 8 emissões anuais para a agravante, a instituição de ensino não receberá CFTs referentes a 4 meses, causando uma defasagem entre serviço prestado e repasse que se acumulará durante os anos, e poderá gerar um grande descompasso, sendo que a desvantagem da agravante tenderá somente a aumentar.

Nesse contexto, patente que, ao longo do tempo, a nova regra imposta pelas agravadas gerará sérios prejuízos à agravante e ainda poderá afetar todo o sistema do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – Fies, pois desestimulará a permanência das instituições de ensino superior, bem como a possibilidade de novas adesões.

Em igual sentido já decidiu este Tribunal:

[...]

A princípio, razão parece assistir à agravante.

8. A Portaria Normativa n. 23/2014-MEC estabeleceu que as parcelas de Certificados Financeiros do Tesouro (CFT) serão emitidas e disponibilizadas às entidades mantenedoras com número igual ou superior a 20.000 matrículas financiadas pelo Fies a cada 45 dias entre cada parcelas, e abrangerá um único mês de competência de encargos educacionais a cada emissão. Ou seja, a cada 45 dias serão pagos os serviços prestados referente somente a 30 dias. No final de um ano, tendo em vista que serão realizadas somente 8 emissões anuais para as IES com mais e 20.000 alunos matriculados no Fies, a instituição de ensino terá a receber CFTs referentes a 4 meses, ficando a sua conta esses alunos. enquanto não receber o respectivo repasse da União.

9. Essa defasagem entre serviço prestado/repasse se acumulará durante os anos, e poderá gerar um grande descompasso, que poderá desestimular as entidades de ensino superior a se credenciarem ao Fies, o que gerará um prejuízo ao estudante, que terá o acesso ao ensino superior mais limitado ainda.

10. Observo que o fato de somente poderem ser recompradas as CFT's que excederem aos débitos previdenciários e demais tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, não garante que naquele momento a mantenedora já tenha recebido por todos os encargos educacionais a que tenha direito, tendo em vista que o período pago sempre será menor que a prestação educacional, e a desvantagem da mantenedora tenderá somente a aumentar.

11. Sendo o período de recompra trimestral, considere-se que no primeiro trimestre, a mantenedora ao invés de possuir saldo de CFT's referente a três meses, terá saldo de somente um mês. E assim por diante. Ou seja, ao longo do tempo, essa defasagem somente aumentará. Não haverá equiparação entre serviço prestado/repasse.

12. Dessa forma, presente a verossimilhança das alegações, bem como o perigo da demora, visto que as IES poderão reduzir o número de vagas disponíveis de matrícula pelo Fies, prejudicando o acesso ao ensino superior a milhares de brasileiros.

13. Por fim, entendo por prejudicado o pedido referente à suspensão do §5º do art. 2º da Portaria Normativa n. 23/2014, tendo em vista que, uma vez suspensos os §§ 2º e 3º, é indiferente a forma de apuração do número de matrículas das instituições de ensino.

Pelo exposto, defiro, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determino a suspensão da eficácia da Portaria Normativa MEC n. 23/2014, especificamente no que tange à introdução dos atuais §§2º e 3º do art. 33 da Portaria

MEC n. 15/2011, de modo a se restabelecer a isonomia quanto aos atos de emissão de repasse dos CFT-E devidos a todas as IES participantes do Fies.

Oficie-se ao MM. Magistrado prolator do decism recorrido, encaminhando-lhe cópia desta decisão para conhecimento e cumprimento.

Publique-se. Intimem-se os agravados facultando-lhes apresentar resposta no prazo legal (art. 527, V, CPC).

Brasília, 1º de dezembro de 2015.

Desembargador Federal JIRAIR ARAM MEGUERIAN

Relator

(AI nº 0058042-52.2015.4.01.0000/DF, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, publicado no e-DJF1 de 10/12/2015)

Por meio do presente agravo de instrumento, intentam Associação Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo – Assupero, Centro de Estudos Superiores de Campinas – Cesc, Associação Vitoriana de Ensino Superior – Avies, Associação Paraibana de Ensino Renovado – Asper, Associação Pernambucana de Ensino Superior – Apesu, Associação de Ensino Superior do Piauí – Aespi, Associação de Ensino Superior de Mato Grosso do Sul – Aesms, Associação de Ensino Superior da Grande Florianópolis – Aesgf, Associação Campineira de Ensino Superior e Cultura – Acesc, Associação Educacional Iguacu – Aei, Associação Objetivo de Ensino Superior – Assobes, Associação de Ensino Superior de Alagoas – Aesa, Associação Cearense de Ensino e Cultura – Ascec, Associação de Ensino São José dos Campos – Aesjc, Centro Integrado de Estudos Superiores, Pesquisa e Tecnologia – Ciespt reforma de r. decisão do Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação sob procedimento ordinário proposta contra os ora agravados, indeferiu antecipação dos efeitos da tutela requerida objetivando a suspensão da eficácia da Portaria Normativa MEC nº. 23/2014, especificamente no que tange à introdução dos atuais parágrafos 2º, 3º e 5º do art. 33 da Portaria MEC nº. 15/2011, de modo a se restabelecer a isonomia quanto aos atos de emissão de repasse dos CFT-E devidos a todas as instituições de ensino participantes do Fies.

Em exame de cognição sumária considero relevantes os fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, no sentido de que a Portaria Normativa nº. 23/2014-MEC, estabeleceu que as parcelas de Certificados Financeiros do Tesouro (CFT-E) serão emitidas e disponibilizadas às entidades mantenedoras com número igual ou superior a vinte mil matrículas financiadas pelo Fies a cada 45 dias entre cada parcela, e abrangerá um único mês de competência de encargos educacionais a cada emissão, ou seja, a cada 45 dias serão pagos os serviços prestados referente somente a 30 dias, causando uma defasagem entre serviço prestado e repasse que se acumulará durante os anos, e poderá gerar um grande descompasso, sendo que a desvantagem da mantenedora tenderá somente a aumentar, com possibilidade de lhes advir, até julgamento do agravo, dano irreparável ou de difícil reparação. Entendo presentes os requisitos para a concessão da antecipação da tutela.

Defiro, em parte, o pedido de tutela recursal antecipada, para determinar a suspensão da eficácia da Portaria Normativa MEC n. 23/2014, especificamente no que se refere à introdução dos parágrafos 2º e 3º do art. 33 da Portaria MEC n. 15/2011, de modo a restabelecer a isonomia quanto aos atos de emissão de repasse dos CFT-E devidos a todas as instituições de ensino participantes do Fies.

Comunique-se a presente decisão ao Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, inclusive para as providências necessárias ao cumprimento a presente decisão.

Intimem-se os agravados, nos termos e para os fins do disposto no inciso II do art. 1.019 do novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de outubro de 2016.

Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira

Relator Convocado

(AI nº 0032370-08.2016.4.01.0000/DF, Relator Juiz Federal convocado Rodrigo Navarro de Oliveira, publicado no e-DJF1 de 26/10/2016)

Consta ainda dos autos que a União e o FNDE, em razão da decisão acima transcrita, proferida pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, nos autos do Agravo de Instrumento 0058042-52.2015.4.01.0000, celebrou com a agravante correspectiva, Associação Brasileira para o Desenvolvimento da Educação Superior – Abraes, “Termo de Acordo Judicial”, no qual se comprometeram (cito):

1. A União e o FNDE quitarão o Saldo Remanescente devido à Instituição Associada relativamente ao exercício social de 2015 em razão da PN 23, nos termos abaixo:

I) ¼ (um quarto) do Saldo Remanescente será quitado no ano de 2016, até 30/06/2016 (“Parcela 2016”);

II) ¼ (um quarto) do Saldo Remanescente será quitado no ano de 2017, até 30/06/2017 (“Parcela 2017”); e

III) ½ (metade) do Saldo Remanescente será quitado no ano de 2018, até 30/06/2018 ("Parcela 2018"), que, em conjunto com a Parcela 2016, Parcela 2017, são denominadas ("Parcelas")

No mesmo instrumento de acordo, a União e o FNDE se comprometeram a disponibilizar "em até 10 (dez) dias a contar da data da assinatura do termo de acordo, o demonstrativo analítico do Saldo Remanescente e sua respectiva composição com CPF do aluno e o mês de competência do encargo educacional financiado, o qual será objeto de validação pela Instituição Associada em até 15 (quinze) dias" (fl. 210).

Extrai-se, ainda, do referido termo de acordo trechos que conduzem à conclusão inequívoca de que a União e o FNDE confessaram que estavam agindo em desconformidade com as normas e, assim, comprometeram-se a rever os seus procedimentos (cito):

3.2 O Ministério da Educação (MEC) e o FNDE, no âmbito de sua Governança, firmam o compromisso de cumprir a obrigação legal assumida de, doravante, emitir, repassar e recomprar, nos termos da lei, dentro de cada respectivo exercício social e independentemente do número de matrículas pelo Fies, a totalidade dos Certificados devidos para a integral quitação de todos encargos educacionais devidos pelos estudantes matriculados no Fies no respectivo ano letivo em curso, ressalvado exclusivamente, a parcela referente a dezembro, que será paga na próxima compra, imediatamente subsequente a realizada no exercício financeiro posterior.(fls. 212)

7. O Ministério da Educação (MEC) e o FNDE assumem o compromisso de cumprir a obrigação legal de adotar critérios isonômicos de emissão e de recompra dos Certificados das IES, considerando as disposições do item 3.2 desse Termo; de emitir mensal e integralmente os Certificados e de recomprá-los integralmente nos termos da Lei 10.260, de 12 de julho de 2001, especialmente na forma do art. 13, ressalvadas eventuais alterações decorrente exclusivamente de lei. (fls. 213)

O referido acordo foi homologado nos autos da ação ordinária 0019275-27.2015.4.01.3400 e o processo extinto com julgamento do mérito (fls. 216-217).

Ademais, deve-se buscar efetiva aplicação do princípio da isonomia entre as instituições de ensino superior que aderiram ao Fies.

Tudo considerado, mostram-se presentes os requisitos para o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista que, além da flagrante ilegalidade cometida com a aplicação da Portaria Normativa MEC 23/2014, devem ser considerados os termos do acordo anteriormente citado, uma vez que demonstram que a União e o FNDE assumem os desvios cometidos e se coprometem a cumprir a legislação vigente.

Por fim, também deve ser deferido o pedido de apresentação do demonstrativo analítico do encargo educacional financiado para os meses de competência de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, e sua respectiva composição com CPF de cada aluno, de modo a permitir a aferição, pela agravante, do correto adimplemento das obrigações dos agravados.

Dessa forma, *defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal*, para determinar: (i) a suspensão da eficácia da Portaria Normativa MEC 23/2014, especificamente no que se refere à introdução dos §§ 2º e 3º do art. 33 da Portaria MEC 15/2011, de modo a restabelecer a isonomia quanto aos atos de emissão de repasse dos CFT-E devidos a todas as instituições de ensino participantes do Fies; e (ii) que seja apresentado, no prazo de 10 (dez) dias, o demonstrativo analítico do encargo educacional financiado para os meses de competência de agosto, setembro, outubro e novembro de 2015, e sua respectiva composição com CPF de cada aluno.

(Agravado de Instrumento 0032359-76.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 24/01/2017, p. 991)

## Agravado de Instrumento 0059726-75.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Trata-se a espécie de agravo de instrumento interposto por Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A e VRG Linhas Aéreas S/A contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA, nos autos do Cumprimento Provisório de Sentença 0002348-32.2015.4.01.3902, em que se busca o cumprimento do julgado proferido nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, Município

de Santarém/PA, TAM Linhas Aéreas S/A e Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense, em que se buscou a concessão de provimento judicial, no sentido de que fosse assegurado às pessoas idosas e portadoras de necessidades especiais hipossuficientes o acesso ao sistema de passe livre no transporte aéreo interestadual — duas vagas para idosos e duas para portadores de deficiências —, nos voos originados e com destino à cidade de Santarém/PA.

Na decisão agravada, o juízo monocrático, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público Federal, determinou a inclusão da empresa Gol Linhas Aéreas S/A, na condição de sucessora da Varig S/A, ordenando, também, a sua intimação, para fins de cumprimento provisório do julgado, nestes termos:

1. Com razão o MPF. Proferido acórdão que julgou procedentes vários dos pedidos formulados na exordial em face do qual há pendentes recursos junto às instâncias superiores, os quais ainda não foram objeto de juízo de admissibilidade quanto menos foram dotados de efeito suspensivo. É devida, pois, a execução provisória;
2. Acolho, no mais, o pedido de inclusão da Gol Linhas Aéreas, de vez que se trata da sucessora da empresa Varig, fato este que é notório, além de comprovado pelos dados mencionados pelo MPF na petição que dá início ao presente feito;
3. Determino à TAM e à GOL que, dentro de 60 dias, passem a reservar, nos vôos que partem de Santarém e que aqui chegam, pelo menos 02 assentos para transporte gratuito de idosos e deficientes, observadas as demais exigências (antecedência mínima para reserva, porte do Passe Livre etc.) estabelecidas na Portaria Interministerial 003/2011;
4. Determino à União que, dentro do prazo de 30 dias, por meio dos Ministérios e ou Secretarias competentes, estabeleça mecanismos (formulários, sistemas etc) para fins de preservação do direito à gratuidade no transporte aéreo.
5. Deixo de expedir determinações à INFRAERO, na medida em que se trata de pessoa jurídica distinta da União e que não participou da lide cuja sentença é, agora, objeto de cumprimento.
6. Franqueio ao MPF o acompanhamento das cominações e prazos aqui estabelecidos.

Em suas razões recursais, sustentam as recorrentes, em resumo, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, a argumento de que, na condição de *holding* controladora do grupo Gol, não possuíam responsabilidade por obrigações contraídas pela Varig, uma vez que o leilão ocorreu sob a égide do processo de recuperação judicial da S/A Viação Aérea Rio Grandense, nos termos da Lei 11.101/2005, segundo a qual “o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei” (art. 60, parágrafo único), a descaracterizar, na espécie, a aventada sucessão empresarial. Ademais, ainda que assim não fosse, eventual reconhecimento dessa sucessão não seria da competência do juízo monocrático, mas sim do juízo por onde tramita o processo de recuperação judicial da referida empresa. Acrescentam, ainda, que, na espécie, afigura-se manifesto o cerceamento de defesa, na medida em que, em momento algum, foram instadas a se pronunciar no processo de conhecimento, nem tampouco previamente ouvidas acerca da pretensão veiculada pelo órgão ministerial.

Regularmente intimado, o Ministério Público Federal apresentou suas contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do agravo de instrumento.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos deduzidos pelas recorrentes, não vejo presentes, na espécie, os requisitos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão do almejado efeito suspensivo, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada.

Com efeito, no que pertine à suposta incompetência do juízo monocrático para deliberar acerca da sucessão empresarial, ou não, da Varig S/A pela empresa Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A, impende consignar que, na hipótese dos autos, está-se a tratar, apenas, de sucessão processual, com vistas ao cumprimento do julgado proferido nos autos principais, atualmente, em fase de juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, ali interpostos.

Embora as recorrentes não tenham noticiado nestes autos, a discussão envolvendo esse tema também foi pela recorrente Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A, perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência 149.400/RJ, em cujos autos, o eminente relator, Ministro Marco Buzzi, assim se pronunciou, em sede liminar:

Trata-se de conflito positivo de competência, com pedido de medida liminar, instaurado por GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A, envolvendo o Juízo de Direito da 1.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, no qual se processa a recuperação

judicial da Varig S.A. e outros (arrematada pela suscitante), e o Juízo Federal da 1ª Vara de Santarém - SJ/PA, onde tramita uma ação civil pública contra a sociedade comercial recuperanda e a suscitante.

A arrematante, ora suscitante, sustenta que, apesar de existir decisão do juízo da recuperação judicial, declarando não ter havido a sucessão empresarial na hipótese, os juízos suscitados estão lhe atribuindo a responsabilidade pelo passivo laboral das empresas do Grupo Varig.

Afirma que ficou “expresso no edital que a transferência patrimonial não consentiria na assunção do passivo da Varig, em respeito aos arts 60, parágrafo único e 141, II, da Lei 11.101/05 ” (fl. 02, e-STJ).

Aduz que “este Colendo Tribunal decidiu pela ausência de sucessão e declarou a competência da 1.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro ” (fl. 05, e-STJ).

Em caráter liminar, pugna pelo sobrestamento da execução no sobredito juízo suscitado, bem como a designação do Juízo de Direito da 1.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro para a apreciação de questões urgentes.

No mérito, requer seja declarada a competência do Juízo da recuperação judicial.

É o relatório.

Decido.

A medida liminar deve ser indeferida.

1. Com efeito, em juízo de cognição sumária, não se vislumbra a existência de qualquer ato construtivo em detrimento do patrimônio da empresa em recuperação judicial. Em que pesem os argumentos deduzidos pela suscitante, depreende-se da decisão de fl. 350 (e-STJ), que o Juízo Federal da 1ª Vara de Santarém - SJ/PA apenas determinou à TAM e à GOL a reserva de (02) dois assentos por vôos provenientes de Santarém ou que tenham aquela cidade como destino, para o transporte gratuito de idosos e deficientes, observadas as exigências mínimas de antecedência de reserva, porte de Passe Livre, nos termos da Portaria Interministerial 003/2011.

2. Ante o exposto, indefiro o pedido liminar ora formulado [...].

Como visto, a decisão ora impugnada já fora chancelada, ainda que em sede provisória, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de afastar-se a incidência da norma legal em que se sustenta a pretensão recursal aqui ventilada, ao argumento de que, na espécie, o cumprimento do aludido *decisum* não representa, em princípio, qualquer “ato construtivo em detrimento do patrimônio da empresa em recuperação judicial”.

De ver-se, ainda, que, da leitura dos elementos carreados para os presentes autos, notadamente o Edital de Alienação Judicial, correspondente à Ação de Recuperação Judicial da Companhia Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense (Varig), verifica-se que, dentre as obrigações assumidas pela arrematante, consta, também, aquela alusiva às “Obrigações referentes a Transportes a Executar”, restando ali estabelecido que “serão integralmente assumidas, após a data da Homologação da Arrematação nos termos desse Edital, as obrigações referentes aos transportes a executar das empresas Varig, Rio-Sul e Nordeste, em todas as suas formas de exigibilidade, observada a disponibilidade de assentos não vendidos nos vôos da Unidade Produtiva Varig” — grifei.

Na hipótese dos autos, sobrevindo a assunção, por parte da Gol Linhas Aéreas, o direito à operação das linhas aéreas antes operadas pela Varig, figura-se legítima, em princípio, a determinação imposta no *decisum* impugnado, a desautorizar a pretensão da concessão da antecipação da tutela recursal.

\*\*\*

Com estas considerações, indefiro o pedido de efeito suspensivo formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0059726-75.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 23/01/2017, p. 864)

Numeração única: 0039805-33.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.040035-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Vistos,

Trata-se de pedido de reconsideração (fls. 1.201 a 1.213), formalizado pelos autores-apelantes em relação à decisão de fls. 1.187 a 1.198, que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado às fls. 1.099 a 1.112.

2. Nessa decisão ora objeto do pedido de reconsideração, entendia eu que, aparentemente, inexistia lesão aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, no procedimento administrativo de que resultara a reclassificação das autoras-apelantes, com exclusão da zona secundária e rebaixamento para zona limítrofe, com redução substancial dos *royalties* do petróleo, citando, inclusive, precedente da 6ª Turma, no AI 2007.01.00.057733-7/DF, em que os ora apelantes pretendiam obter a concessão de tutela antecipada por negada tal medida pelo MM. juízo *a quo*. Os fundamentos da r. sentença apelada, fls. 1.059-1.065 transcrevem o voto vencedor da hoje Ministra do STJ, então Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues para julgar improcedente o pleito.

3. Insistem os autores na apelação (fls. 1.068 a 1.085) que embasada a decisão administrativa da ANP em nota técnica (01/2007) onde se faz apenas exposição dos conceitos de zona de produção secundária e zona limítrofe (fl. 1.072) necessário se fazia a realização de perícia para averiguar a situação deles, apelantes. Outrossim, as informações prestadas pela Transpetro indicando que o gasoduto em tela Gasbel conduzira gás natural boliviano, foram elaboradas a pedido de municípios interessados com a exclusão dos autores, com fito de aumentarem seus quinhões de *royalties*. Por outro lado a própria Transpetro ora afirma que o gás era boliviano, ora indica que era proveniente da Bacia de Campos/RJ (Ofícios 3.003/2007 e 3.009/2006).

4. No seu pedido de reconsideração, rebatendo os argumentos da minha decisão impugnada, aduzem:

[...]

Ao decidir o pleito dos requerentes este preclaro Relator asseverou que nos autos se discute “tão somente a observância ou não do devido processo legal em processo administrativo que tramitou na ANP e que, ao final resultou no desenquadramento daqueles entes municipais.”

O cerne da demanda diz respeito ao desenquadramento dos requerentes da zona secundária de produção do Estado do Rio de Janeiro e ao procedimento utilizado para isso.

Não se questiona apenas, como dito, a observância ou não do devido processo legal, mas, sobretudo as causas que levaram ao desenquadramento. Pretendem os requerentes demonstrar na ação que as circunstâncias que levaram ao reenquadramento na zona de produção secundária permanecem inalteradas.

Para melhor elucidar a questão se faz mister a transcrição da legislação que rege a matéria.

[...]

Assim, uma vez verificadas as condições elencadas taxativamente em lei, como ocorreu no presente caso, a agência reguladora determina o reenquadramento. Para que tal ato seja modificado, ou seja, para que se proceda ao desenquadramento dos Municípios da zona secundária em que foram enquadrados é necessário que haja uma alteração da situação inicial, o que não ocorreu no caso em tela

[...]

A alegação utilizada pela Agência reguladora para desenquadrar os Municípios requerentes, de que o gasoduto passou a escoar gás proveniente da Bolívia, cai por terra com a simples observação do mapa de gasoduto, acostado a esta peça (doc 01), de onde se pode aferir que o gás proveniente da Bolívia não chega ao Estado do Rio de Janeiro, vai até São Paulo e de lá segue até o Rio Grande do Sul. Portanto, tal argumento cai por terra.

Quanto à arguição de que o gasoduto Gasbel é posterior à planta de processamento do gás natural, escoando o gás já especificado para a distribuição, cumpre observar as leis que regem a matéria, in casu, as de ns. 9478/97; 7990/89 e o Decreto 01/91.

[...].

5. Pedem ao final:

[...]

Tais as razões expendidas, pugnam os requerentes para que Vossa Excelência reconsidere a decisão vergastada, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para determinar à ANP que, em caráter provisório, mantenha o reenquadramento dos Municípios demandantes na zona secundária, promovendo o pagamento mensal de *royalties*, na forma da legislação de regência, à razão da parcela de 5% (cinco por cento)

No caso de deferimento da almejada tutela recursal, requer seja determinado que a Apelada (ANP) proceda, imediatamente, a reclassificação dos Municípios apelantes e a distribuição dos *royalties* devidos, sem prejuízo de

posteriormente solicitar ao IBGE (Diretoria de Geociências, na Av. Brasil, 15671/Bl. III-B / 3º andar, Parada de Lucas, Rio de Janeiro / tel: (21) 2142-4998, Diretor: Wadih João Scandar Neto) para fazer a devida inclusão dos municípios da Zona de Produção Secundária do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que o mesmo já o fez, por meio do ofício n. 121/06/DGC, quando do enquadramento dos Municípios apelantes.

[...]

*Decido*

6. Vê-se que a questão é complexa, e a sentença usa como fundamento a decisão em agravo de instrumento cujo exame obviamente não abrangeu todas as questões debatidas nos autos. Por outro lado, a cada mês na distribuição dos *royalties* está havendo, em tese, um prejuízo constante para os autores, na probabilidade, remota ou não (não importando tal fato), de haver alteração da sentença no julgamento do apelo.

7. Todavia, por outro lado, ao deferir o pleito antecipatório, há risco de não se conseguir o retorno dos valores pagos a maior, na probabilidade de insucesso na apelação, também remota ou não (não importando tal fato).

8. Contudo, há uma alegação que merece maior atenção, quanto à necessidade de produção de prova pericial no feito administrativo, indeferido pela ANP, devendo no caso, levar em consideração que os autores já foram listados pela apelada como de zona secundária e posteriormente rebaixados para a categoria de zona limítrofe, ora sob argumento do gasoduto (Gasbel) transportar gás estrangeiro, ora gás nacional, ora gás nacional processado.

9. Assim, aparentemente, salvo exame detalhado do feito, o que só pode ser feito no julgamento da apelação, parece necessária realização de tal perícia.

10. Finalmente, o precedente da própria 6ª Turma, referente ao tema e a este mesmo processo, no voto vencido do eminente vogal Desembargador Federal Souza Prudente, indica além de uma solução intermediária ao dilema posto, levou em consideração o fato de que a sentença avançaria além do conteúdo do agravo. Lê-se do voto vencido:

10.1. AI 2007.01.00.057733-7/DF (fl. 1.051):

[...] com a devida vênia do voto da eminente Relatora, e adotando as mesmas razões do voto que proferi no julgamento do AI 2007.01.00.052803-6/DF, em que concluí por dar parcial provimento ao agravo de instrumento da ANP, também na espécie dos autos, dou parcial provimento ao agravo de instrumento do município agravante, para que a ANP deposite o valor estimativo dos royalties pleiteados pelo município agravante perante o juízo monocrático até que se decida a lide, no mérito.

10.2. AI 2007.01.00.052803-6/DF (a que se refere) fls. 1.052-1.503:

[...] entendo que o procedimento sumário do agravo de instrumento, de acordo com o modelo processual do art. 558 do CPC, não autoriza a apreciação pela Corte revisora de qualquer matéria que envolva dilação probatória. Na espécie dos autos, registra a ementa do voto da Relatora, de que:

“A definição de zonas destinadas ao pagamento de royalty é efetivada ‘a partir de critérios referentes às atividades de produção de uma dada área de produção petrolífera marítima e a impactos destas atividades sobre áreas vizinhas’ (art. 3º da Lei 7.525/86), tratando-se, portanto, de ato administrativo praticado pela MP, após apreciação técnica de fatos complexos, cuja legitimidade se presume, não tendo sido produzida a prova inequívoca que autoriza a sustação dos seus efeitos a título de antecipação de tutela (CPC, art. 273).”

Ora, como se vê da leitura desse item da ementa do voto da Relatora, sem dúvida de que a questão de fundo envolve fatos complexos e ampla dilação probatória para se definir exatamente a localização desses municípios a fim de que se conclua se devem ser tutelados seus direitos à percepção dos royalties que pretendem, quer nas vias administrativas quer nas vias judiciais. Entendo, como já tenho inclusive apreciado e decidido em caso similar perante minha relatoria, que o próprio texto legal e o atuar administrativo da MP revelam que a matéria é complexa a ponto de o voto da eminente Relatora já nos noticiar que a MP, tendo editado um ato administrativo em um determinado sentido, que seria o primeiro ato, já reconsiderara a sua posição e editado um segundo ato a revelar, assim, a própria insegurança da administração na definição desses direitos postulados perante a MP. Na esfera judicial a prova tem que ser cabal e exauriente para se definir se os municípios postulantes fazem jus ou não ao pagamento dos royalties que pleiteiam. Enquanto essa prova não se produzir durante o curso do processo de cognição exauriente que tramita perante o juízo monocrático, não vejo como se possa adotar qualquer medida de natureza satisfatória, quer em favor da ANP quer em favor dos municípios. Portanto, seguindo a linha do que vem decidindo monocraticamente em casos similares, dou parcial provimento ao agravo para sustar a eficácia da decisão recorrida que suspendera integralmente a eficácia do ato administrativo da ANP e, cautelarmente, considerando

a relevância da fundamentação dos municípios agravados e o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, com base no modelo processual do art. 558 do CPC, voto no sentido de dar parcial provimento ao agravo da ANP para determinar que o depósito judicial dos valores estimativos a título de pagamento se deva efetuar aos municípios agravados, com referência aos royalties postulados na demanda principal.”

[...].

Pelo exposto, *reconsidero parcialmente a decisão anterior e defiro em parte o pedido de tutela de urgência requerida e determino que a apelada, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, ANP, deposite judicialmente, em conta aberta pela CEF à disposição deste Tribunal, os valores da diferença entre os royalties de zona secundária e os de zona limítrofe que repassa aos autores, desde o corrente mês de dezembro, para posterior entrega a eles, se vitoriosos no apelo ou para redistribuição entre os demais municípios de zona secundária, se a apelação não for provida.*

Quanto à arguição de eventual nulidade de sentença por cerceamento de defesa formulada por outros municípios da zona secundária (fl. 1.888) é matéria que será decidida no julgamento da apelação.

(Numeração única 0039805-33.2007.4.01.3400, Apelação Cível 2007.34.00.040035-6/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 23/01/2017, p. 935)

## Agravo de Instrumento 0071550-31.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Samarco Mineração S.A. interpõe agravo de instrumento contra a parte da decisão que, proferida nos autos da Ação Civil Pública 0023863-07.2016.4.01.3800, ao determinar

[...] a realização de prova pericial emergencial para que se verifique se houve estancamento do vazamento de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida, se as medidas que estão sendo tomadas pelas empresas réis são eficazes, bem como quanto a possibilidade e viabilidade da retirada dos rejeitos depositados nas margens do Rio Doce, seus afluentes e adjacências, [...]

inverteu o ônus da prova.

Sustenta a agravante que a “[...] decisão agravada simplesmente determinou, de forma bastante ampla e genérica, a inversão do ônus da prova, ‘em razão da vulnerabilidade do meio ambiente e da coletividade’, porém, em seu entendimento, “[...] os inúmeros danos alegados na extensa petição ajuizada pelo MPF devem ser comprovadas por ele, não podendo ser objeto de inversão do ônus da prova, tal como o fez a r. decisão agravada” (fl. 8).

Alega, ainda, que “tolerar a inversão do ônus da prova com base no permissivo do art. 6º, inc. VIII, do CDC, é desafiar regra legal expressa da lei das Ações Civil Pública e, em última análise, postulados no Estado de Direito. Assim, a aplicação do art. 6º, inc. VIII, do CDC, ao presente caso, significaria completa inobservância ao princípio da legalidade e às normas de direito positivo” (fl. 9).

Defende que “os danos alegados pelo Agravado, portanto, continuam tendo que ser comprovados por ele, pois a ocorrência de acidente ambiental não pode gerar, por si só, responsabilização pela indenização de danos que sequer foram comprovados” (fl. 9).

Diz, também, que a decisão agravada equivocadamente fundamentou a inversão do ônus na prova no princípio da precaução, entretanto, “[...] a inversão apenas encontra supedâneo no CDC e no CPC e, ainda, assim, não são aplicáveis a este caso” (fl. 10), bem como que “[...] o Agravado é tão suficiente quanto a Samarco, ou mais” (fl. 12).

Narra que

[...] a SAMARCO, juntamente com as suas acionistas VALE e BHP, já firmaram com a União, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo e outros Órgãos Públicos, um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta por meio do qual se comprometeram a reparar integralmente e a compensar adequadamente todos os impactos oriundos do acidente, cabendo ao MPF, portanto, comprovar que referido acordo não seria suficiente para solucionar o caso (fl. 15) [...].

Por fim, esclarece que não está recorrendo da parte da decisão que determinou a realização da prova pericial emergencial, tampouco quanto ao custeio de aludida prova, mas apenas quanto à inversão do ônus da prova, por

entender que não se aplica ao caso o disposto no art. 6º, VIII, do CDC e tampouco a distribuição dinâmica da carga probatória, prevista no art. 357 do CPC, bem como pela ausência de hipossuficiência do agravado.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, determinando-se a suspensão do trecho da r. decisão agravada que determinou a inversão do ônus da prova, até o julgamento final do presente recurso, bem como o provimento integral do agravo de instrumento.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A decisão agravada, ao deferir o pedido de realização de prova pericial emergencial e inverter os ônus da prova, valeu-se dos seguintes fundamentos:

Remetidos os autos ao MPF, este se manifestou às fls. 11465/11466 informando que a documentação apresentada pela empresa ré dá a entender que as medidas para atendimento das ações emergenciais foram tomadas, mas pontua que, mesmo após um ano do desastre, ainda estamos à mercê da sorte e do volume de chuvas para que nova tragédia não ocorra, destacando que o periculum in mora hoje é mais evidente do que antes.

É possível concluir-se, que as tratativas que estavam em curso entre as partes não evoluíram. Não há notícia nos autos de que qualquer dos itens listados à fl. 11.405 tenha sido efetivamente acordado entre as partes. A audiência de conciliação realizou-se em 13/09/2016, ou seja, decorreram-se dois meses, sem que tenha havido qualquer notícia de avanço no acordo, prazo longo demais quando se trata de um dos maiores desastres ambientais do mundo, em que há o risco de que ocorram novos vazamentos com consequências inimagináveis.

O MPF é enfático ao destacar a evidência do atual periculum in mora. Tal perigo de novo desastre pode ser percebido facilmente nos autos suplementares da Ação Civil Pública interposta pela União, autarquias, Estado de Minas Gerais e Estado do Espírito Santo contra as empresas ré, que trata do mesmo desastre ambiental (proc. 69758-61.2015.4.01.3400), em que foi proferida decisão por este Juízo determinando a comprovação do cumprimento da liminar lá deferida. Prestadas as devidas informações pelas ré, verificou-se que não há prova definitiva de que houve o estancamento do vazamento de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida e nem de que as medidas que estão sendo tomadas são totalmente eficazes para esse fim. Verificou-se, ainda, quanto à remoção dos rejeitos, que para a retirada do volume de lama depositado nas margens do Rio Doce, seus afluentes e as adjacências de sua foz existem apenas estudos científicos, ainda sem uma conclusão definitiva sobre a viabilidade e utilidade de sua retirada, dependendo tais projetos de análise e aprovação pelos órgãos ambientais.

Diante do exposto, entendo ser necessária a antecipação parcial de provas a fim de dirimir e corrigir qualquer risco de novo desastre tanto para a população quanto para o meio ambiente.

Necessária a realização de prova pericial emergencial para que se verifique se houve estancamento do vazamento de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida, se as medidas que estão sendo tomadas pelas empresas ré são eficazes, bem como quanto a possibilidade e viabilidade da retirada dos rejeitos depositados nas margens do Rio Doce, seus afluentes e adjacências.

No sistema de persuasão racional adotado pelos arts. 370 e 371 do CPC vigente, cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da produção probatória.

Por sua vez, a decisão recorrida está em total conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução (cito):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.

2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade.

3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA NON AEDIFICANDI. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. DEGRADAÇÃO DECORRENTE DE EDIFICAÇÕES. CONDENAÇÃO A OBRIGAÇÕES DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais voltada à recuperação de Área de Preservação Permanente degradada.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.

[...]

7. Recurso Especial provido para determinar a recuperação da área afetada, reconhecendo-se a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer com pagamento de indenização, esta última a ser fixada na origem.

(REsp 1454281/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF).

2. "Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva." (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1192569/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

Nesse sentido, cito o seguinte precedente deste Tribunal:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRÁFEGO DE VEÍCULO EM RODOVIA FEDERAL COM EXCESSO DE PESO. TUTELA INIBITÓRIA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS DOS USUÁRIOS DE RODOVIAS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV). INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE DANO MATERIAL E MORAL. CABIMENTO. PREJUDICIAL DE COISA JULGADA REJEITADA. I – (...) III - O colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que, "Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, (...), responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução." (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013). IV – (...) VI - Apelação do Ministério Público Federal provida para determinar que a recorrida se abstenha de trafegar em rodovias federais com carga excessiva, sob pena de pagamento de multa pecuniária no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por descumprimento desta ordem judicial, bem assim para condenar a promovida no pagamento de indenização, a título de danos materiais (cujo montante deverá ser apurado na fase de liquidação do julgado) e danos morais coletivos, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº. 7.347/85, bem assim no pagamento das custas processuais devidas.

(AC 0032021-29.2012.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.250 de 17/04/2015)

Igualmente, não há como prosperar o inconformismo da agravante quanto à inversão do ônus da prova com amparo no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, isso porque tal providência já foi chancelada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (cito):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO.

DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - art. 6º, VIII, do CDC c/c o art. 18, da lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido.

(REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. ART. 18 DA LEI 7.347/85. ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.253.844/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, consignou que “não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior (‘A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito’), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas”.

3. A orientação adotada no referido julgado não impede, em absoluto, a inversão do onus probandi, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, hipótese em que caberá ao réu se encarregar do pagamento de eventual prova pericial.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1582602/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/09/2016)

Ademais, entendo que, considerados os danos já causados com o desastre ambiental provocado pelo rompimento da barragem, diante da probabilidade de um novo evento que possa agravar ainda mais a situação caótica que foi instaurada, mostra-se imprescindível a realização da perícia emergencial.

Ocorre, ainda, que são por demais relevantes as informações contidas na decisão agravada, no sentido de que “prestadas as devidas informações pelas rés, verificou-se que não há prova definitiva de que houve o estancamento do vazamento de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida e nem de que as medidas que estão sendo tomadas são totalmente eficazes para esse fim”.

Tudo considerado, *nego sequimento ao recurso* (CPC, art. 1.019, caput c/c 932, IV).

(Agravo de Instrumento 0071550-31.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 23/01/2017, p. 844)

## Agravo de Instrumento 0001885-88.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

AES Tietê S.A. interpõe agravo de instrumento contra decisão que, proferida nos autos da Ação de Procedimento Ordinário 715-66.2017.4.01.3400 – 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, indeferiu o pedido de tutela de urgência, que objetivava “[...] garantir a operação da AES TITÊ com as outorgas a ela já concedidas, suspendendo a aplicação e exigibilidade de quaisquer penalidades objeto do Ofício 2049/2016/SER-ANA (doc. 05), ou quaisquer outras penalidades eventualmente aplicadas pela ANA que tenham relação com o objeto da presente demanda”.

O juízo *a quo* indeferiu o pedido ao fundamento de que “[...] as decisões administrativas, salvo evidência concreta de ilegalidade, não podem ser desconstituídas liminarmente, diante da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos”, bem como que “[...] o ato vergastado, qual seja, o Ofício nº 2049/2016/SRE-ANA não revela qualquer ilegalidade, eis que baseado em *pena expressamente prevista no art. 50, da Lei nº 9.433/1971*, inclusive com base em parecer da procuradoria jurídica da entidade autárquica (vide fl. 106)”.

Sustenta a agravante que detém a outorga (concessão ou autorização) das Pequenas Centrais Elétricas – PCHs Mogi Guaçu, São José e São Joaquim desde 20/12/1999, 18/12/2002 e 18/12/2001, respectivamente, pelo prazo de 30 (trinta) anos, sendo que as mesmas, em conformidade com a legislação à qual estavam submetidas, receberam a devida outorga para o uso da água, mais precisamente, o direito de uso de recursos hídricos que formam o potencial de geração de energia.

Diz que a Agência Nacional de Águas – ANA, após aproximadamente 17 (dezessete) anos, “[...] resolveu exigir da AES Tietê uma nova (e incerta) outorga dos recursos hídricos para as PCHs Mogi Guaçu, São José e São Joaquim”, conforme Ofício 2.049/2016/SER-ANA, de 08/12/2016, que fixou “[...] o prazo de até 30 (trinta) a contar da data de recebimento deste Ofício para *envio dos requerimentos de outorga* e declarações CNARH dos referidos aproveitamentos hidrelétricos, em complemento aos documentos já apresentados, [...]”.

Alega que, à época das outorgas da PCHs, foram observadas todas as exigências previstas nas Leis 9.433/1997 (arts. 1º, IV; 5º, III; e 12, IV) e 9.984/2000 (art. 7º, § 2º), bem como que a Resolução ANA 131, em seu art. 7º, dispôs que “Os detentores de concessão e de autorização de uso de potencial de energia hidráulica, *expedidas até a data desta resolução [11/03/2003], ficam dispensados da solicitação de outorga de direito de uso dos recursos hídricos*”.

Defende, assim, que

[...] somente para os pedidos protocolizados na Aneel a partir de 20/12/2002, de acordo com a Lei 9.984/2000 e Resolução ANA 131/2003, a Aneel deveria promover a prévia declaração de reserva de disponibilidade hídrica junto à ANA para licitar a concessão ou autorizar o uso dos potenciais de energia hidráulica do domínio da União. Ou seja: para empreendimentos novos, de forma que a questão atinente ao uso dos recursos hídricos, desde o princípio, estivesse fixada. Mas jamais para empreendimentos velhos (*rectius*: já existentes/operando em 2003) [...].

Assevera, ainda, que “essa situação foi *ratificada pela ANA*, de forma *específica*, no qual informou a AES TIETÊ, à época, que os empreendimentos já em operação estariam *dispensados* da outorga de direito de uso de recursos hídricos”, conforme o teor do Ofício C17/2004-SOC-ANA, de 19/01/2003”.

Expõe, igualmente, que a Resolução conjunta ANA/Aneel 1.305/2015, em seu art. 2º, § 2º dispôs que a necessidade de nova outorga

[...] não se aplica às concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução, desde que não tenha sido emitido ato de renovação ou prorrogação a partir de 12 de março de 2003 e que não se enquadre no § 1º [...].

Afirma que a manifestação da ANA, de forma abrupta e unilateral, viola a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na medida em que foram celebrados contratos de compra e venda de energia elétrica com terceiros e, assim, ao exigir “[...] nova outorga, como demanda a ANA, pode significar em menor utilização do potencial hidráulico, e conseqüentemente menor geração de energia”,

Sustenta, ainda, que a decisão unilateral da ANA viola os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, depositadas nas outorgas já concedidas, bem como que a Resolução ANA 1.047/2016 não pode afetar as outorgas em vigor, protegidas pela Resolução conjunta ANA/Aneel 1.305/2015, pois, em seu entendimento, “uma vez editada norma válida por meio de Resolução Conjunta, só por Resolução Conjunta, e não sem o devido debate, poderia ser desfeita”.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de garantir a operação das suas PCHs sem a necessidade de nova outorga de uso de recursos hídricos, evitando também a aplicação das penalidades mencionadas do Ofício 2.049/2016/SRE-ANA, bem como o provimento integral do recurso.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Consta dos autos que, por intermédio da Resolução 733, de 18/12/2002 (fls. 111-114), da Aneel, a agravante foi autorizada a estabelecer-se como Produtor Independente de Energia Elétrica, mediante exploração do potencial

hidráulico denominado PCH São Joaquim, “com 3.000 kw de potência instalada” (art. 1º) e pelo prazo de 30 (trinta) anos (art. 7º).

Em relação à PCH Mogi Guaçu, foi celebrado, em 20/12/1999, o Contrato de Concessão 92/99-Aneel-Tietê, “de uso de bem público para geração de energia elétrica” (fls. 118-133), com potência instalada de 7,29 MW e pelo prazo de 30 (trinta) anos (cláusula segunda).

Por sua vez, a Resolução 730, de 18/12/2002 (fls. 138-142) autorizou a agravante a estabelecer-se como Produtor Independente de Energia Elétrica, mediante exploração do potencial hidráulico denominado PCH São José, “com 4.000 kw de potência instalada” (art. 1º) e pelo prazo de 30 (trinta) anos (art. 7º).

Vê-se, assim, que todas as outorgas/autorizações encontram-se ainda vigentes.

Para melhor compreensão da questão controvertida, cabe observar as normas que foram editadas após as outorgas em favor da agravante.

A Agência Nacional de Águas – ANA, em 11/03/2003, editou a Resolução 131, dispondo “sobre procedimentos referentes à emissão de declaração de reserva de disponibilidade hídrica e de outorga de direito de uso de recurso hídricos, para uso de potencial de energia hidráulica superior a 1 MW em corpo de água de domínio da União”.

No art. 1º da referida resolução, constou consignado que “para licitar a concessão ou autorizar o uso do potencial de energia hidráulica em corpo de água de domínio da União, a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel deverá promover, junto à ANA, a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica”.

Em 20/11/2015, foi editada a Resolução Conjunta ANA – Aneel 1.305, estabelecendo “diretrizes e procedimento para outorga de direito de uso de recurso hídricos para empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em curso d’água de domínio da União”, bem como determinando que

[...] o titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídrico emitida pela Agência Nacional de Águas – ANA, deverá solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recurso hídricos de que trata esta resolução [...],

conforme cronograma estabelecido (art. 2º).

A citada resolução conjunta excluiu expressamente da exigência contida no *caput* de seu art. 2º

[...] as concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução, desde que não tenha sido emitido ato de renovação ou prorrogação a partir de 12 de março de 2003 e que não se enquadre no § 1º [...].

Posteriormente, a Agência Nacional de Águas – ANA, ora agravada, editou a Resolução 436, de 25/04/2016, na qual consta:

Art. 1º O titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídricos emitida pela ANA, e cujas concessões ou autorizações tenham sido emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução deverão, além de atender ao disposto no § 3º do Art. 2º da Resolução Conjunta ANA/Aneel nº 1305, de 20 de novembro de 2015, solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos, segundo cronograma disposto no *caput* do Art. 2º da Resolução Conjunta ANA/Aneel nº 1305, de 2015.

Ainda no ano de 2016, foi expedida a Resolução ANA 1.047, de 05/09/2016, revogando a Resolução ANA 436, de 25/04/2016, que dispôs:

Art. 1º O titular de concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União, que não tenha outorga de direito de uso de recursos hídricos emitida pela ANA, e cujas concessões ou autorizações tenham sido emitidas até a edição da Resolução ANA nº 131, de 11 de março de 2003, e que estejam em vigor na data de publicação desta Resolução deverão, além de atender ao disposto no §3º do Art. 2º da Resolução Conjunta ANA/Aneel nº 1.305, de 20 de novembro de 2015, solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos, segundo cronograma disposto no *caput* do Art. 2º da Resolução Conjunta ANA/Aneel nº 1305, de 2015.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos empreendimentos enquadrados no art. 4º da Resolução Conjunta ANA/Aneel nº 1305, de 20 de novembro de 2015, os quais deverão atender, quando da solicitação de suas outorgas de direito de uso de recursos hídricos junto à ANA, aos respectivos prazos da referida Resolução Conjunta.

Art. 2º Para efeitos do art. anterior, a solicitação de outorga de direito de uso de recursos hídricos não implica em irregularidade do ato administrativo que autorizou o uso da água, concedido por entidade ou órgão competente, considerando o prazo ali estabelecido.

Art. 3º Esta Resolução revoga a Resolução ANA nº 436, de 25 de abril de 2016, publicada no Diário Oficial da União de 27 de abril de 2016, seção 1, página 56.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Constata-se, assim, que nas outorgas/autorizações expedidas pela Aneel em favor da agravante, bem como no contrato celebrado, não há previsão acerca da necessidade de outorga específica de direito de uso de recursos hídricos.

Entretanto, não se pode desconsiderar que consta no rol de atribuições da ANA “outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União” e “fiscalizar os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União” (Lei 9.984/2000, art. 4º, incisos IV e V).

De igual forma, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “os atos das Agências Reguladoras, enquanto não declarados inconstitucionais, ostentam presunção de legitimidade e obrigam as empresas que atuam no setor regulado”, bem como que

[...] as Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/ produtor como principalmente para o consumidor/usuário. (REsp 757.971/RS, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 19/12/2008).

Por sua vez, neste juízo de cognição sumária, mostram-se relevantes os argumentos deduzidos pela agravante, no sentido de que o imediato cumprimento do disposto no Ofício 2.049/2016/SRE-ANA, de 08/12/2016, poderá “significar em menor utilização do potencial hidráulico, e conseqüentemente menor geração de energia”, causando prejuízos na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na medida em que poderá não cumprir os contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados com terceiros.

Igualmente, verifica-se a existência de divergências entre a Resolução Conjunta ANA – Aneel 1.305, de 20/11/2015, e a Resolução ANA 1.047, de 05/09/2016, uma vez que ambas as agências, considerando as particularidades de suas competências, decidiram por excluir da exigência de se solicitar à ANA a outorga de direito de uso de recursos hídricos “as concessões ou autorizações de empreendimentos hidrelétricos em operação comercial em cursos d’água de domínio da União emitidas até a edição da Resolução ANA 131, de 11 de março de 2003” (Art. 2º, § 2º). Posteriormente, a ANA, individualmente, revogou o disposto na resolução conjunta.

Consta ainda dos autos, o Ofício 017/2004/SOC-ANA, de 19/01/2003, por intermédio do qual a agravada, de maneira categórica, informa à agravante que “[...] os aproveitamentos hidrelétricos de Santa Inês, São José e São Joaquim já possuem autorizações da Aneel e, portanto, estão dispensados da outorga de direito de uso de recursos hídricos, conforme disposto na Resolução ANA 131, de 2003”.

Deve ser considerado, no caso, que a existência de normas conflitantes e entendimentos excessivamente mutáveis geram insegurança jurídica aos administrados.

Ademais, a aplicação das severas sanções previstas no art. 50 da Lei 9.433/1997 (embargos provisório e definitivo), poderá frustrar o resultado útil do processo originário, no qual a parte-autora, ora agravante, pretende que

[...] sejam declaradas plenamente válidas as outorgas concedidas pela Aneel para as PCH Mogi Guaçu, São José e São Joaquim, bem como seja declarada a desnecessidade de requerer junto à ANA as outorgas de direito de recursos hídricos para esses empreendimentos e outros que eventualmente estejam na mesma situação, afastando, portanto a aplicação da Resolução ANA 1.047/2016 e a exigência constante do Ofício 20149/2016/SER-ANA ou quaisquer atos administrativos análogos em relação à Autora e suas PCHs [...].

Tudo considerado, não obstante a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, vislumbra-se, no caso, a presença dos requisitos necessários ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, isso porque, conforme já decidido reiteradamente pela colenda Quinta Turma deste Tribunal,

[...] a suspensão da execução de penalidades administrativas e dos demais atos daí decorrentes, possui natureza eminentemente cautelar, sob pena de frustrar-se o resultado da demanda instaurada no feito judicial, em caso de sua procedência, com vistas nas garantias fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) [...] (AG 0023559-30.2014.4.01.0000 / DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p. 262 de 27/05/2015).

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a aplicação e exigibilidade de todas as penalidades decorrentes do Ofício 2.049/2016/SRE-ANA, bem como, em relação às PCHs Mogi Guaçu, São José e São Joaquim, quaisquer outras penalidades que tenham como fundamento o disposto no art. 1º da Resolução 1.047, de 05/09/2016.

Tem a presente decisão eficácia até que seja julgado o presente agravo, ou até que a ação seja julgada na primeira instância.

(Agravo de Instrumento 0001885-88.2017.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 23/01/2017, p. 888)

### Agravo de Instrumento 0000268-93.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Sindicado Nacional da Indústria, da Construção e Reparação Naval e *Offshore* – Sinaval em face de decisão que, em ação de rito ordinário, indeferiu pedido de antecipação de tutela por meio do qual o autor, ora agravante, pretende a anulação da licitação deflagrada pela Petrobras para a subcontratação do afretamento e da operação de um navio-plataforma para a exploração do Campo de Libra.

O recorrente alega, em síntese, que a Petrobras, operadora do Consórcio de Libra, está licitando, pela terceira vez consecutiva (após duas tentativas anteriores frustradas), a referida contratação por carta-convite com a participação exclusiva de empresas estrangeiras e sem exigir o percentual mínimo de conteúdo nacional.

Afirma que a Petrobras, simultaneamente, encaminhou à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, fiscal do contrato de partilha, pedido de isenção do compromisso de conteúdo local, conhecido por *waiver* (ainda não decidido na esfera administrativa), sob o argumento de excessividade dos preços propostos nas cartas-convites anteriores.

Sustenta o agravante que a decisão agravada “se pautou em premissas equivocadas” para indeferir a tutela de urgência, afirmando em síntese, o seguinte:

[...] a Lei nº 12.351/2010, ao dispor sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e estratégicas, estabelece no inc. XV do art. 15, que o edital indicará OBRIGATORIAMENTE o conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional. [...] Nesta medida, os percentuais e o detalhamento do conteúdo local mínimo não são meros adereços contratuais. Tratam-se de regras vinculantes, que garantem o desenvolvimento da indústria nacional e devem ser respeitados pelos vencedores do certame.

[...]

O principal argumento que baseou a decisão agravada aduz que, segundo informações da ANP, as propostas apresentadas nas duas primeiras licitações deflagradas pela petroleira teriam se mostrado 40% (quarenta por cento) acima do preço praticado no mercado internacional (redundando em custo adicional de “cerca de 3 bilhões de dólares”), o que, segundo o magistrado, “legitimaria” a elaboração de um novo edital com percentuais de conteúdo local inferiores.

Provavelmente induzido a erro, o magistrado a quo desconsiderou que em nenhum momento a ANP, em sua manifestação, chancelou tal informação fornecida pela Petrobras – que é absolutamente INVERDICA e ABSURDA!

[...]

A própria ANP reconheceu em sua aludida manifestação que só se fez possível uma análise prévia das questões apresentadas pela Petrobras, uma vez que esta não apresentou, até o momento, a documentação complementar solicitada

A ANP conclui sua explanação com a expressa ressalva de que ainda não dispõe de informações precisas quanto ao procedimento aberto pela Petrobras e tampouco assegurou a participação de empresas brasileiras no certame.

[...]

O magistrado a quo não pode afirmar que há excessividade dos preços nacionais. Não há dados concretos para tanto, conforme atesta a própria ANP. Tampouco pode desconsiderar que o mercado nacional não foi sequer chamado a participar dos certames da Petrobras, o que é condição sine qua non para a configuração da hipótese excepcional de concessão do waiver do conteúdo local contratado.

[...]

[...] o verdadeiro cerne da pretensão do Agravante não reside, ao menos a princípio, em discutir a possibilidade da concessão do waiver pleiteado – o que, indiscutivelmente, mediante o preenchimento de requisitos, detém previsão contratual – mas sim a conduta da Petrobras em deflagrar licitação em dissonância com os índices mínimos de conteúdo local aos quais deve obediência, (i) sem convidar fornecedores brasileiros a participar do certame, (ii) sem uma decisão final sobre o tema e, muito menos, (iii) qualquer informação concreta e definitiva acerca do pedido de isenção a tal exigência que formulou perante a ANP. (fls. 16/22 dos autos digitais).

Impugna ainda a determinação de emenda da petição inicial com a retificação do valor da causa.

Requer, ao fim, a antecipação da tutela recursal para que seja determinada a suspensão do certame, agendado para se realizar no dia 16 de janeiro de 2017, bem como a concessão de efeito suspensivo à parte da decisão que determinou a emenda da petição inicial para retificação do valor da causa.

É o relatório. Decido.

A decisão agravada indeferiu a tutela provisória de urgência com os seguintes fundamentos, (cito):

Não vislumbro a fumaça do bom direito.

A legislação de regência não define os percentuais mínimos de conteúdo local, conforme se pode ver dos art.s 2º, VIII e 15, VIII, ambos da Lei 12.351/2010.

Tais percentuais de conteúdo local foram definidos por via da Resolução 5/2013 do Conselho Nacional de Política Energética, sendo reproduzidos e esmiuçados no edital da licitação para a outorga do Contrato de Partilha de Produção no Campo de Libra (item 4.6 do edital – tabela 11).

Esses percentuais, conforme esclarece a própria autora, foram mantidos, por ocasião das duas primeiras licitações para a subcontratação específica do afretamento e da operação da Plataforma de Libra.

Tais licitações, no entanto, se frustraram em razão da suposta excessividade dos preços ofertados.

Segundo a autora, a Petrobras teria atribuído o malogro das duas tentativas aos percentuais mínimos de conteúdo local exigidos, razão por que resolveu reduzi-los na terceira edição da licitação, tratando de requerer à ANP que fosse isenta do compromisso de conteúdo local assumido originariamente.

Segundo a ANP, a manutenção dos percentuais mínimos estabelecidos no contrato de partilha teria implicado, pelas informações prestadas pela Petrobras, nas primeiras licitações, um sobrepreço na menor taxa diária de afretamento proposta da ordem de 40% acima do valor praticado no mercado internacional, o que representaria um custo adicional de US\$ 3 bilhões (fl.406 – item 3), fazendo com que a Petrobras iniciasse um novo processo de contratação estabelecendo percentuais de conteúdo local menores e factíveis, além de deduzir o pedido de waiver específico para o afretamento da plataforma em questão.

Pois bem.

Tal atitude, por parte da Petrobras, tem previsão contratual, conforme se vê do disposto na cláusula 25ª do contrato de partilha, a qual regula as hipóteses de exoneração do compromisso de conteúdo local, como também a redução dos respectivos percentuais (cláusulas 25.8 e 25.9).

Diante da situação retratada pela ANP – onerosidade excessiva da taxa de afretamento ofertada nas primeiras licitações – me parece, em tese, justificável a redução dos percentuais de conteúdo mínimo local especificamente para a subcontratação almejada.

Ademais, não há no referido contrato, ao contrário do afirmado pelo sindicato autor, nenhuma cláusula que obrigue a Petrobras a aguardar um pronunciamento prévio da ANP, sobre o pedido de waiver, para, somente assim, proceder à redução pontual dos percentuais de conteúdo local.

Com efeito, a cláusula 25.9.3 estatui que a solicitação em questão deva ser feita DURANTE a vigência da fase ou etapa para a qual o ajuste é solicitado.

A Petrobras, portanto, não me parece estar dependente da autorização prévia da ANP ou da União ou da PPSA para proceder ao ajuste pontual e específico que entender necessário no percentual de conteúdo local.

Caso a ANP verifique que a redução dos percentuais de conteúdo local não é justificável, adotará as providências cabíveis, oportunamente, aplicando as sanções pecuniárias previstas na cláusula 25.15.

Aliás, me parece que a única cominação possível, diante do descumprimento pontual do referido compromisso, é exatamente a cominação de multa, não havendo previsão expressa de que tal infração tenha o condão de implicar, por exemplo, a rescisão do contrato de partilha.

De qualquer sorte, é importante também chamar a atenção para determinadas salvaguardas normativas e contratuais que parecem ser suficientes para a proteção do conteúdo local mínimo.

O art.1º, § 8º, da Resolução CNPE 5/2013 estabelece que “os valores percentuais, de conteúdo local, dos itens e subitens de engenharia básica e engenharia de detalhamento não poderão ser revistos e, se forem ultrapassados, o adicional poderá ser transferido, a este título, para os módulos subsequentes multiplicados por dois.”

O mesmo se diga do disposto na cláusula 25.8.1 que estatui que “a exoneração da obrigatoriedade de cumprimento do Conteúdo Local não se estende aos percentuais globais de Conteúdo Local, não ensejando, portanto, qualquer dedução de valor”.

E mais.

A cláusula 25.9.2 estabelece que “os ajustes no Conteúdo Local comprometido não se estendem ao Conteúdo Local global”.

As cláusulas 25.8.4 e 25.9.4 reproduzem o disposto na Resolução CNPE 5/2013.

Aparentemente, portanto, a redução/exoneração pontual, específica para a subcontratação do afretamento da plataforma, não tem o condão, em tese, de comprometer o cumprimento do compromisso global de Conteúdo Local.

Tal asserção faz esvaecer não só a invocada fumaça do bom direito, como também o próprio perigo de demora alegado, uma vez que, embora os estaleiros nacionais possam vir a sofrer substancial queda na participação do ambiente de negócios decorrentes da subcontratação do afretamento do navio-plataforma em apreço, o mesmo não se dará – ao menos se forem mantidas incólumes as salvaguardas contratuais e normativas já referidas – no que tange à execução GLOBAL do Contrato de Partilha.

Assinale-se que a verificação da conformidade dos motivos apresentados pela Petrobras para proceder à redução/exoneração pontual do conteúdo local, especificamente para a subcontratação do afretamento do navio-plataforma (excessividade da taxa ofertada anteriormente), depende, lógica e curialmente, não só do devido processo legal administrativo, no âmbito da ANP, como também da devida dilação probatória no curso regular deste processo judicial.

Diga-se, por fim, que a suposta ofensa à publicidade que estaria sendo perpetrada pela ANP, a pedido da Petrobras, ao negar o acesso da autora aos autos do processo administrativo que versa sobre o retroaludido pedido de waiver, também somente poderá ser verificada, com o estabelecimento do contraditório, uma vez que, em tese, há fundamento legal para tanto (Lei 12.527/2011, art.22), eis que é provável que haja segredo industrial a ser protegido no presente caso.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência.

Considerando que o valor atribuído à causa está claramente subestimado, não refletindo o real conteúdo econômico da presente ação, determino que a parte autora emende a petição inicial, providenciando sua retificação, oportunidade em que deverão ser recolhidas as custas complementares, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da inicial e cancelamento da distribuição. (fls. 81/87 dos autos digitais)

Em que pesem os fundamentos da decisão agravada, verifico que a questão deve ser apreciada sob o ângulo da possibilidade de a Petrobras dar início à licitação sem a necessária manifestação da ANP acerca do pedido de isenção do compromisso de conteúdo local — o *waiver* — formulado por aquela sociedade de economia mista.

A Lei 12.351/2010 (que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas e dá outras providências), conceitua “conteúdo local” como a “proporção entre o valor dos bens produzidos e dos serviços prestados no País para execução do contrato e o valor total dos bens utilizados e dos serviços prestados para essa finalidade” (art. 2º, VIII).

Estabelece ainda a citada lei que o edital de licitação indicará obrigatoriamente “o conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional” (art. 15, VIII).

O “Contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural” firmado pela Petrobras com a União, a ANP, a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S/A – PPSA (fls. 276-

398), estabelece os critérios para a concessão do pedido exoneração do cumprimento dos percentuais de conteúdo local — *waiver* (transcrevo):

25.8. A ANP, em caráter excepcional e mediante solicitação do Contratado, poderá exonerá-lo do cumprimento dos percentuais de Conteúdo Local comprometido em relação à contratação de um determinado bem ou serviço quando:

- a) não existir Fornecedor Brasileiro para o bem adquirido ou o serviço contratado;
- b) todas as propostas recebidas de Fornecedores Brasileiros apresentarem prazo de entrega excessivos em relação a congêneres não brasileiros;
- c) todas as propostas recebidas de Fornecedores Brasileiros apresentarem preços de entrega excessivos em relação a congêneres não brasileiros; ou
- d) houver substituição de dada tecnologia para a qual não haja oferta com Conteúdo Local. Nesse caso a exoneração do cumprimento de Conteúdo Local aplica-se somente aos bens e serviços substituídos pela nova tecnologia.

25.8.1 A exoneração da obrigatoriedade de cumprimento do Conteúdo Local não se estende aos percentuais globais de Conteúdo Local, não ensejando, portanto, qualquer dedução de valor.

25.8.2 A solicitação deverá ser feita de maneira circunstanciada e apresentada à ANP durante a vigência da fase ou etapa em que se pretende a exoneração.

25.8.3 Caso a ANP tenha concedido a exoneração de que trata o caput deste parágrafo em função das condições dispostas nas alíneas “a”, “b”, “c” ou “d”, o Contratado fica obrigado a comprovar a realização das condições alegadas para a concessão da exoneração.

25.8.4 A exoneração da obrigação do cumprimento do Conteúdo Local não se aplica aos itens de engenharia básica e engenharia de detalhamento. (g.n.)

O recorrente juntou aos autos documentos relevantes para a comprovação de que o pedido de *waiver* foi formulado, mas ainda está em processamento pela ANP, sem decisão:

a) ofícios da ANP respondendo ao agravante e confirmando que a Petrobras protocolizou pedido de isenção de cumprimento dos percentuais de conteúdo local (*waiver*), fls. 406 e 420;

b) manifestação da Procuradoria Federal junto à ANP nos autos do processo originário no qual confirma a abertura do Processo Administrativo 48610.010000/2016-31, suscita a ilegitimidade passiva da ANP e afirma a ausência da probabilidade do direito do sindicato, fls. 446-466.

Afirma o juízo *a quo*, repita-se, que não há cláusula no contrato de partilha que obrigue a Petrobras a aguardar um pronunciamento prévio da ANP sobre o pedido de *waiver* e que a cláusula 25.9.3 estatui que a solicitação em questão deve ser feita durante a vigência da fase ou etapa para a qual o ajuste é solicitado.

Todavia, a leitura dos documentos juntados aos autos revela que a Petrobras, ao formular antecipadamente o requerimento de *waiver*, parece dar como certo o seu deferimento. No entanto, trata-se de pleito que possui resultado futuro e incerto e que acarretará impacto efetivo no valor das propostas, quando apreciado.

Nesse contexto, embora não se discuta a possibilidade de a Petrobras requerer o *waiver* e de a ANP concedê-lo, afigura-se temerária a abertura de licitação sem que aquela agência (que detém a condição de “reguladora e fiscalizadora” no aludido contrato de partilha) tenha-se manifestado expressamente a respeito, com evidente prejuízo para os representados pelo sindicato agravante, que compõem a indústria naval brasileira.

A própria ANP afirma, no Memorando 449/2016/CCL (datado de 08/12/2016) que “em razão do sobrepreço verificado na primeira licitação, a Petrobras informou que iria iniciar novo processo de contratação, desta vez *com base na sua estimativa de conteúdo local factível*.” (fls. 514-515, grifos acrescidos).

Ora, se a própria empresa que abriu o certame possui estimativa do que seria factível a título de conteúdo local, não há como se imaginar que eventual rejeição do pedido de redução do conteúdo local, ou até mesmo sua concessão parcial, não vá impactar no preço das propostas.

Assim, mesmo que a deflagração de licitação pela Petrobras não dependa de autorização da ANP, *a circunstância de estar pendente requerimento de isenção de cumprimento dos percentuais de conteúdo local (com evidente impacto nos preços das propostas) faz com que seja prudente a suspensão do certame* exatamente para evitar que, diante de eventual negativa do pedido de isenção ou alteração dos percentuais propostos pela Petrobras, venha a ocorrer a eventual anulação de todo o certame que, àquela altura, estará com seu procedimento adiantado.

Verifico, inclusive, que o processo administrativo de apreciação do pedido de *waiver* não é célere. Com efeito, a ANP afirma que referido pleito passará por consulta/audiência pública “garantindo-se desta forma transparência ao processo e dando oportunidade de informação e participação às partes interessadas” e acrescenta que “apenas após o resultado da consulta pública a área técnica poderá elaborar recomendação sobre o pedido de isenção para decisão da Diretoria Colegiada”, fls. 420-421.

Há que se ter presente ainda que até o dia 08/12/2016 a ANP não havia recebido da Petrobras os editais dos procedimentos licitatórios e a documentação respectiva, bem como “eventuais aditamentos, pedidos de esclarecimentos e alterações no plano de execução feitos no decorrer da primeira e da segunda licitações”. Afirma a agência não ter conhecimento dos detalhes do procedimento de licitação adotado e “se teria havido a participação de fornecedores brasileiros nos certames.” (fl. 515).

Quanto ao fundamento contido no *decisum a quo*, acerca da possibilidade da imposição de multa como solução para o descumprimento da cláusula de conteúdo local, entendo que tal penalidade deva ocorrer apenas na fase de execução do contrato, o que, apesar de não impedir, dificulta sua ocorrência, uma vez que a finalidade da norma é a proteção da indústria nacional, não sendo aceitável a utilização da multa como fundamento para o prévio descumprimento do conteúdo local mínimo estabelecido. Tal circunstância, a meu sentir, desvirtuaria a finalidade da norma protetora.

Está configurada, portanto, a probabilidade do direito do recorrente diante da intenção da Petrobras em realizar a licitação sem que se obedeça ao conteúdo local mínimo ou sem autorização do órgão competente para a redução dos percentuais respectivos, em franco prejuízo aos afiliados do agravante.

Igualmente presente o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo pela iminência da abertura do certame, em 16 de janeiro de 2017 (documento de fl. 544).

A agravante pede a suspensão da licitação impugnada sem estabelecer termo final. Considerando que a pendência para a realização do certame é a incerteza quanto ao deferimento da isenção pleiteada, não considero razoável o pleito formulado em toda a sua extensão.

Assim, em juízo precário e inicial, efetivado com os documentos juntados aos autos pelo agravante, *cumpro deferir, parcialmente, o pedido de suspensão do certame, mas tão somente até que a ANP profira decisão acerca do pedido de waiver*.

O agravante postula, ainda, a suspensão da determinação de emenda da petição inicial para retificação do valor da causa.

A leitura da cópia da petição inicial do processo originário, juntada às fls. 93-122, revela que o pedido formulado (suspensão de licitação) não contém pretensão economicamente aferível, fato que permite a fixação do valor da causa por estimativa (no caso, R\$ 100.000,00 – cem mil reais, fl. 121). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. OFENSA AO Art. 535 DO CPC/73. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. VALOR DA CAUSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A recorrente não opôs os competentes embargos declaratórios perante o Tribunal de origem. Logo, revela-se deficiente a fundamentação do recurso que indica violação ao art. 535 do CPC/73, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o valor da causa deve corresponder, em princípio, ao do seu conteúdo econômico, considerado como tal o valor do benefício econômico que o autor pretende obter com a demanda. Contudo, admite-se a fixação do valor da causa por estimativa, quando constatada a incerteza do proveito econômico perseguido na demanda.

3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no REsp 1367247/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 06/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. INCERTEZA DO PROVEITO ECONÔMICO. FIXAÇÃO POR ESTIMATIVA. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser admissível a fixação do valor da causa por estimativa, quando constatada a incerteza do proveito econômico perseguido na demanda.

2. A majoração do quantum atribuído à causa demandaria, necessariamente, na espécie, o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ.

3. AGRAVO DESPROVIDO.

(STJ, AgRg no AREsp 583.180/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 27/08/2015)

Deve ser deferido o pleito do agravante também nesse aspecto para suspender a decisão impugnada no ponto em que determinou a emenda da inicial.

Pelo exposto, *defiro parcialmente a antecipação da pretensão recursal*, nos termos do art. 1.019, I do CPC, para: a) suspender a licitação aberta pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, prevista para se realizar no dia 16 de janeiro de 2017, com vistas à contratação da “Unidade Estacionária de Produção” para o Campo de Libra, até que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, fiscal do contrato de partilha, profira decisão acerca do pedido de isenção do compromisso de conteúdo local — *waiver*, formulado pela Petrobras e b) suspender a determinação contida na decisão agravada de emenda da inicial para retificação do valor da causa.

(Agravo de Instrumento 0000268-93.2017.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), *e-DJF1* de 23/01/2017, p. 910)

### Agravo de Instrumento 0003398-91.2017.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Silva Neto Advogados Associados S/S interpõe agravo de instrumento contra decisão que, proferida nos autos da Ação de Procedimento Ordinário 0041158-84.2016.4.01.3500 – 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, prolatada em sede de plantão judicial, indeferiu o pedido de tutela de urgência, que objetivava manter o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 7/2013, celebrado com a Conab, até final sentença de mérito ou até o termo do contrato, com vigência até 03/09/2017.

Sustenta que a agravada rescindiu, em cumprimento à Comunicação Interna 621-Presi/Proge, de 21/11/2016, o contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado, em 04/09/2013, e com vigência até 03/09/2017.

Entende que o ato da agravada viola os arts. 78 e 79 da Lei 8.666/1993, pois a decisão que determinou a rescisão não está fundamentada em qualquer dos incisos do art. 78, bem como por violação ao contraditório e à ampla defesa.

Alega que a Procuradoria Regional da Conab no Estado de Goiás não tem condições de assumir o acompanhamento processual, em razão da elevada demanda, conforme manifestação da própria Prore/GO.

Diz que, “sobre a prerrogativa do cliente em revogar o mandato unilateralmente, sem motivação, constata-se que o magistrado plantonista não considerou se tratar de contrato administrativo, regido pela Lei de Licitações, tratando-o como se fosse um mero contrato particular/privado” (fls. 12-13).

Aduz que o contrato em questão submete-se às regras da Lei 8.666/1993, razão pela qual a cláusula que possibilita a rescisão contratual unilateralmente é nula, na medida em que é imprescindível a instauração do “contraditório como condição para que se verifique a existência de interesse público na decisão” (fl. 14).

Cita que

[...] a CONAB finalmente deixa claro que a rescisão se fundamenta nos art.s 79, inciso I, c/c art. 78, inciso XII, da Lei 8.666/1993, alegando interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, trazendo à baila inquéritos civis e uma Ação Civil Pública que tratariam do dever da CONAB em encerrar a terceirização do serviço jurídico para a condução própria

pelos procuradores internos. Mesmo assim, não instaurou procedimento formal de rescisão, na qual haveria espaço para manifestação da Autora (contratada) [...] (fls. 18-19).

#### Denúncia que

[...] não há qualquer vedação no ordenamento nacional à contratação de serviços jurídicos por empresas estatais, mesmo para prestação de serviços contenciosos. O que há é um viés ideológico do Ministério Público do Trabalho, acolhido em parte pela Justiça do Trabalho, contra este tipo de contratação, sob a insensata alegação de que representa 'burla ao concurso público', esquecendo que o art. 37 da Constituição Federal prevê a licitação para aquisição de serviços e que a Lei de Licitações expressamente considera o serviço jurídico como serviço técnico-especializado (fl. 20).

Requer, ao final, seja deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que seja determinada a manutenção do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 7/2013 até decisão final de mérito da ação originária, bem como o provimento integral deste recurso.

Devidamente relatado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

As partes, agravante e agravada, celebraram, em 26/08/2013, contrato de prestação de serviços advocatícios. Por intermédio do terceiro termo aditivo, o contrato foi prorrogado até 03/09/2017 (fl. 98).

Posteriormente, com a edição da Comunicação Interna 621-Presi/Proge, de 21/11/2016, foi determinado (fl. 119):

Informamos que por determinação do Conad e outros órgãos de controle, os contratos de serviços advocatícios terceirizados devem ser rescindidos imediatamente, de forma que o serviço não ultrapasse o dia 31/12/2016. Na comunicação de encerramento do serviço terceirizado leva-se em conta o interregno de 30 (trinta) dias entre a comunicação da decisão e sua efetivação.

Há previsão na cláusula décima segunda do contrato celebrado, em 26/08/2013, de que o "contrato poderá ser rescindido a qualquer tempo, por interesse da *contratante*. Poderá ser resiliado, mediante vontade de ambas as partes, mediante comunicação escrita, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias" (fl. 84).

A própria agravante informa que foi devidamente comunicada acerca da rescisão contratual, bem como o cumprimento do prazo de aviso prévio de 30 (trinta) dias, porém sustenta que não lhe foi assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, a rescisão unilateral dos contratos administrativos por parte da Administração Pública é permitida, nos termos do art. 58, II, da Lei 8.666/1993, desde que verificadas as hipóteses previstas no art. 79, incisos I a XII e XVII, da citada Lei de Licitações.

A própria agravada reconhece que a rescisão contratual ocorreu com fundamento no "interesse público", consubstanciado em diversas decisões administrativas no sentido de se afastar a terceirização da atividade objeto do contrato.

Na hipótese dos autos, não obstante reconhecer a possibilidade legal de rescisão unilateral de contratos (Lei 8.666/1993, art. 78), em cognição sumária, mostram-se relevantes os argumentos deduzidos pelo agravante, no sentido de que houve violação aos princípios administrativos da obediência à forma e aos procedimentos e à ampla defesa e ao contraditório, corroborado em manifestação da própria Procuradoria Regional da Conab, em documento encaminhado ao superintendente regional (cito):

Desta forma, fica claro que para tal rescisão há de apresentar formalmente os motivos, os quais devem ser exarados no processo administrativo do contrato, assegurar o contraditório e ampla defesa e o termo de rescisão deve ser elaborado pela autoridade que autorizou a contratação, bem como sua prorrogação. Não possuindo a PRORE, nem mesmo a SUREG, competência para tanto. (fls. 123-124).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a rescisão unilateral do contrato administrativo com base no interesse público, não obstante estar prevista no art. 78, XII, da Lei 8.666/1993, não exime a Administração Pública de motivar devidamente tal ato, com a oitiva prévia do contratado (cito):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE OFERTA DE NOVA PROPOSTA COMERCIAL APÓS FINDA A COLETA DE PREÇOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL POR INTERESSE PÚBLICO. MOTIVAÇÃO E FORMALIDADE. NECESSIDADE. PRECEDENTES. AFERIÇÃO DE PREJUÍZOS. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL.

[...]

5. A rescisão unilateral do contrato administrativo com base no interesse público é prevista no art. 78, XII, da Lei 8.666/1993, a qual não exime, todavia, a Administração Pública de devidamente a motivar, com a oitiva prévia do contratado; não é possível embasar a abrupta rescisão de contrato sob o pálio apenas de que seria precário.

6. 'Na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/1993), deve haver oportunidade de manifestação ao contratado, motivação e caracterização do interesse público, bem como a apuração de perdas e danos - se for do interesse do contratado'. (RMS 43.300/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.10.2013.). No mesmo sentido: RMS 27.759/SP, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.9.2010.

7. Os eventuais prejuízos decorrentes do processo que é descrito nos autos não pode ser apurado pela via do mandado de segurança, uma vez que será necessária a dilação probatória e o contraditório.

Recursos ordinário improvidos.

(RMS 48.972/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 29/06/2016)

Conforme entendimento jurisprudencial assente, "o controle do processo administrativo pelo Poder Judiciário deve restringir-se à verificação de vícios capazes de ensejar nulidade, sendo-lhe defeso adentrar no mérito administrativo, salvo patente infração a garantias processuais ou princípios da ordem jurídica". (MS 20.556/DF, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 1º/12/2016).

Dessa forma, no caso, há indícios de violação de garantias que devem ser asseguradas aos particulares no processo administrativo.

Ademais, os motivos que ensejaram a rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios mostram-se controversos, uma vez que há manifestações internas contrárias à imediata rescisão contratual, ao fundamento de que a empresa pública poderá sofrer prejuízos com a execução de tal medida.

No documento juntado às fls. 121-124, encaminhado ao Superintendente Regional da Conab, a Senhora Procuradora Regional, Dr<sup>a</sup> Dayane Almeida Timóteo, após narrar as deficiências que, em seu entendimento, inviabilizam a imediata assunção pela procuradoria regional da Conab de todos os processos judiciais que hoje estão a cargo do agravante, tais como o quantitativo de procuradores e pessoal de apoio, o número de processos em tramitação (1.500 processos), a interrupção de outras atividades desenvolvidas pela procuradoria regional e plano de demissão voluntária em curso, manifesta a "[...] mais profunda preocupação, ressaltando, como dever de alertar, acerca do potencial risco de prejuízos incalculáveis de tal determinação para a defesa dos interesses da Companhia" (fl. 121).

Igualmente, na manifestação apresentada ao Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, nos autos do processo originário, foi relatado (fls. 212-214):

Em que pese constar no organograma da Superintendência Regional a estrutura da Procuradoria Regional – PRORE, este órgão nunca foi estruturado no plano organizacional pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab. Desde a criação da Conab por meio da Medida Provisória nº 151 de 15/03/1990, transformada em Lei nº 8.029 de 12/04/1990, que autorizou a fusão da CFP, COBAL e da CIBRAZEM, não houve providência para a estruturação das Procuradorias Jurídicas nas Superintendências Regionais, sendo que hoje a Procuradoria Regional da Conab em Goiás conta apenas com 06 (seis) procuradores para atendimento da demanda processual e administrativa da Companhia Nacional de Abastecimento – Conab.

Algumas ações cíveis são de grande complexidade técnica e envolvem vultosos valores devidos a Conab (aproximadamente R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais)). O interesse público envolto nas ações judiciais desta empresa é em demasia relevante, demonstrando a imprescindibilidade de se assegurar à continuidade da prestação dos serviços terceirizados, frente à ausência de número de procuradores na Companhia Nacional de Abastecimento – Conab capazes de garantir a segurança jurídica na defesa dos seus interesses – sobre o princípio do Estado Democrático de Direito, que deve ser almejado e, ainda, em face da ausência de estrutura física e regimental para rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios".

Some-se a isso a representação apresentada à Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de Goiás, subscrita por seis procuradores da agravante, requerendo (fl. 154):

6. Diante do exposto e preocupados com prejuízos irreparáveis com a assunção do contencioso da Companhia nessas condições, expondo seus procuradores a uma carga brutal de trabalho, sem um mínimo de estrutura física e de pessoal de apoio, contrariando frontalmente a Súmula 04 da Ordem dos Advogados do Brasil, que impõe à Administração Pública a prestação ao advogado público das condições adequadas para realização de seu trabalho, recorreremos à Vossa Senhoria no sentido de requerer a intervenção da OAB/GO junto à Direção da Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, para que se faça cumprir os termos da mencionada súmula.

7. Requer, por fim, que a assunção do contencioso somente ocorra após a Administração cumprir com a estruturação regimental e física das Procuradorias Regionais.

Cumpre registrar que, não obstante se reconhecer a relevância do argumento apresentado pela ora agravada, nos autos originários, no sentido de que a rescisão contratual objetiva seguir a trilha da jurisprudência nacional que privilegia a regra do concurso público em detrimento da contratação precária por serviços terceirizados, deve-se, igualmente, assegurar os direitos do particular que contrata com a Administração Pública.

Por fim, releva considerar que o aqodamento da agravada em rescindir o contrato poderá causar danos não somente ao agravante, mas também à própria Conab, isso porque são várias as manifestações contidas nos autos no sentido de que lhe falta estrutura para a assunção de todos os processos judiciais.

Tudo considerado, *defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal* para suspender os efeitos da rescisão contratual, mantendo-se hígido o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 7/2013, celebrado entre o agravante e a Conab, devendo ser facultado ao agravante o direito ao contraditório e à ampla defesa nos autos do procedimento administrativo, antes da prolação de nova decisão administrativa acerca da rescisão contratual.

Tem a presente decisão eficácia até o termo do contrato, em 03/09/2017, ou até que seja julgado o presente agravo ou proferida sentença na ação originária.

(Agravo de Instrumento 0003398-91.2017.4.01.0000/GO, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 02/02/2017, p. 345)

## Agravo de Instrumento 0002662-10.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa – Abragel interpõe agravo de instrumento contra decisão que, proferida nos autos da Ação de Procedimento Ordinário 67918-16.2015.4.01.3400, deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela

[...] para, tão somente, determinar que a parte ré suspenda os efeitos do Despacho 3.264/2015 em relação às autoras Zona da Mata Geração S.A. (CGH Matipó), GESM Geração de Energia Sul de Minas (Paes Leme), GESM Geração de Energia Sul de Minas (CGH Congonha! I), Geração de Energia Sul de Minas (CGH Congonha! II), SPE Paiol Energia S.A. (PCH Paiol), Energética Serra da Prata S.A. (PCH Colino I), BC Service Energética S.A. (PCH Barra Clara), Primo Energética Ltda. (CGH Ladainha) e CPFL Sul Centrais Elétricas Ltda. (CGH Pirapó), deixando de excluí-las do Mecanismo de Realocação de Energia, até o julgamento final da demanda [...].

O juízo *a quo* limitou os efeitos da liminar parcialmente deferida somente às associadas da parte-autora citadas no Despacho 3.264/2015, por entender que, em relação às demais, que ainda não haviam sofrido a aplicação da penalidade de exclusão do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, não se verificava nenhum dano iminente.

Sustenta a agravante que a verossimilhança das alegações e o perigo da demora está igualmente presente em relação às demais associadas, pois a Aneel continuará aplicando indistintamente a metodologia ilegal constante da REN 409/2010, já tendo iniciado o processo com a notificação de 25 agravantes acerca de sua exclusão do MRE no ano seguinte (2017).

Diz que o procedimento previsto na REN 409/2010 é ilegal,

[...] pois a gravíssima penalidade aplicada a partir de um mecanismo automático, sem qualquer verificação prévia a respeito da responsabilidade do gerador pela produção energética abaixo da metas esperadas, contraria a lógica do

MRE, alocando riscos de natureza hidrológica aos titulares de PCHs; riscos que deveriam ser compartilhados entre todos os participantes do condomínio, nos termos da Lei 9.648/1998, da Lei 10.848/2004 e do Decreto 2.655/1998 [...] (fls. 13-14).

Alega que a atitude da Aneel ao aplicar a sanção apenas a uma das categorias dos geradores participantes do MRE cria um tratamento discriminatório em prejuízo dos pequenos geradores.

Aduz, ainda que, se não for suspensa a norma editada pela Aneel (REN 409/2010), a agência reguladora permanecerá aplicando a penalidade aos pequenos geradores hidrelétricos todos os anos, obrigando os agravantes a renovarem periodicamente seus pedidos de tutela de urgência.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de antecipação de tutela recursal, complementando-se a decisão agravada, a fim de que sejam suspensos os efeitos dos arts. 8º e 9º, *caput*, § 1º e § 2º, da REN 409/2010, em relação a todas as usinas de titularidade das agravadas, associadas da Abragel, até o julgamento do mérito da demanda originária, bem como o provimento integral do recurso.

Por intermédio do despacho de fl. 2.084, foi postergada a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para depois das contrarrazões da Aneel.

Devidamente intimada, a Aneel apresentou contrarrazões às fls. 2.086-2.108, sustentando que a agravante pretende obter medida satisfativa a todos os cento e setenta autores, mesmo não existindo o perigo alegado, bem como que sua atuação, no que se refere ao aspecto regulatório, está sendo exercida dentro dos limites previstos na legislação em vigor.

A Aneel explicita, ainda, que as usinas representadas pela agravante inserem-se na categoria de “usinas não despachadas centralizadamente”, ou seja, diferentemente das “usinas despachadas centralizadamente”, não têm elas de forma rotineira o seu programa de geração estabelecido de forma coordenada e centralizada pelo Operador Nacional do Sistema – ONS. Assim, “essas usinas não são obrigadas a instalarem custosos sistemas supervisórios e de telecomunicações para controle de seus parâmetros de funcionamento em tempo real pelo ONS” (fl. 2.093), sendo que as informações sobre seus parâmetros de produção não são repassados em tempo real ao Operador Nacional do Sistema.

Esclarece a Aneel que “[...] a Resolução Normativa nº 409, de 10 de agosto de 2010, estabelece critérios e procedimentos para participação de empreendimento hidrelétrico não despacho centralizadamente no Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, os quais consideram a geração média como parâmetro regulatório para participação no MRE. [...]” (fl. 2.093).

É o relatório. Decido.

A pretensão deduzida pela agravante neste recurso visa a complementação da decisão agravada, objetivando a suspensão dos arts. 8º e 9º, *caput*, § 1º e § 2º, da REN 409/2010, bem como a extensão dos efeitos da decisão a todas as usinas associadas à Abragel, uma vez que o juízo *a quo* restringiu os efeitos da tutela somente às autoras que já haviam sofrido a penalidade de exclusão do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, por intermédio do Despacho 3.264, de 18 de setembro de 2015 (fls. 166-167).

Os arts combatidos da Resolução Normativa 409, de 10 de agosto de 2010, estão assim redigidos:

Art. 8º Caso a geração média de energia elétrica do empreendimento, calculada segundo o que dispõe o art. anterior, não atenda os limites a seguir definidos, a Aneel notificará ao agente responsável sobre a possibilidade de exclusão do MRE no cálculo subsequente.

[...]

Art. 9º Após a notificação de que trata o Art. 8º, o empreendimento será excluído do MRE caso sua geração média de energia elétrica, calculada de acordo com o disposto o art. 7º e considerando apenas os meses posteriores à publicação desta Resolução, não atenda os limites estabelecidos no art. anterior.

§ 1º O empreendimento excluído do MRE somente poderá retornar quando os referidos limites forem atendidos, seja em função do novo valor de geração média de energia elétrica, calculada de acordo com o *caput*, seja em função de revisão da respectiva garantia física pelo Ministério de Minas e Energia.

§ 2º A Aneel emitirá, até 31 de agosto de cada ano, ato específico com a relação das usinas que serão excluídas do MRE, ou que poderão retornar ao mesmo, a partir de janeiro do ano subsequente.

§ 3º Os prazos e as condições para interposição de recursos são aqueles previstos na Norma de Organização Aneel 001, aprovada pela Resolução Normativa nº 273, de 10 de julho de 2007.

É justamente a metodologia de aferição um dos pontos do inconformismo da agravante, pois, em seu entendimento, “trata-se de uma grave sanção aplicada a partir de um procedimento automático (‘geração média’), já que para a exclusão de uma PCH do MRE basta que a usina não tenha alcançado as metas de produção estabelecidas pela Aneel no período de verificação, independentemente das causas que levaram a tal geração” (fl. 6).

Na compreensão da agravante, ao aplicar a metodologia prevista na REN 409/2010, objetivando a aferição do cumprimento das metas de produção, a Aneel, “[...] sem qualquer verificação prévia, presume simplesmente que a geração média dessas usinas abaixo da gerada esperada (garantia física) decorreria de indisponibilidade não hidrológica e, portanto, de indisponibilidades de responsabilidade desses geradores” (fl. 7).

No particular, conforme muito bem posto pelo juízo *a quo*, mostra-se “[...] desarrazoada a decisão de excluir, sem qualquer avaliação específica, aqueles empreendimentos que não conseguiram atingir a geração média prevista na Resolução 409/2010-Aneel”.

Assim, igualmente, neste juízo de cognição sumária, verifica-se que o procedimento adotado pela Aneel, com amparo na Resolução Normativa 409/2010, que culminou na pena extrema de exclusão das usinas do MRE, pode gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação, afetando o equilíbrio econômico-financeiro das usinas associadas à agravante.

Entretanto, embora a agravante tenha noticiado e comprovado nos autos que outras usinas foram notificadas pela Aneel, informando que elas não atenderam ao limite estabelecido no art. 8º da Resolução Normativa 409/2010, bem como que, se não houver cumprimento das metas na próxima aferição, o empreendimento será excluído do MRE (fls. 169-204), não restou demonstrado que, em relação a essas, já ocorreu a concretização da aplicação da pena, nos moldes do Despacho 3.264, de 18/09/2015, (fls. 166-167).

Tudo considerado, sem reparos a decisão recorrida que entendeu que “[...] não se visualiza, no tocante àquelas acionantes que não sofreram a aplicação da penalidade de exclusão do MRE, tal requisito, necessário a justificar a adoção de qualquer medida de urgência”.

Quanto às insurgências contra a própria legalidade da Resolução Normativa 409/2010, entendo que a questão deverá ser resolvida no âmbito da ação de procedimento ordinário em curso, uma vez que as usinas já abrangidas pelo Despacho 3.264, de 18/09/2015, estão amparadas pela decisão liminar e, em relação às demais, não há notícias de aplicação de novas sanções.

Como é sabido, a concessão de liminar é medida que somente se justifica quando presentes requisitos excepcionais que denotem a possibilidade de frustração do direito que a parte aparenta deter.

Ante o exposto, *indeferio o pedido de antecipação dos efeitos da tutela*.

(Agravo de Instrumento 0002662-10.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 02/02/2017, p. 305)

## Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0052075-89.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

O Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – Sinditelebrasil apresenta o presente pedido de concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação interposto em face de sentença que indeferiu a petição inicial da Ação Civil Pública 0043128-31.2016.4.01.3400/DF, em que o sindicato pretende compelir a União Federal e a Anatel a cumprirem o seu dever de defesa de suas competências quanto à matéria relativa às telecomunicações e, quanto ao Estado da Paraíba, que cesse a CPI instaurada pela Assembleia Legislativa local para tratar de tema que diz respeito à competência federal.

Em seu pedido, alega o requerente, em síntese, que não pretende tutelar direitos particulares ou individuais, como teria entendido a sentença recorrida, mas verdadeiro direito coletivo de toda a classe do setor de

telecomunicações, cuja fiscalização competiria à União e à Anatel, não podendo os municípios e os estados tratarem da matéria sob qualquer perspectiva, não tendo competência, portanto, para investigar supostas práticas ilícitas no referido setor pelo instrumento da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

Por tais razões, requer que seja deferido o pedido de efeito suspensivo ativo à apelação interposta, para deferir a tutela de urgência, objetivando o reconhecimento, desde já, a competência da União e da Anatel em matéria de telecomunicações, e, assim: a) suspender o funcionamento da CPI da Telefonia instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba; b) determinar à União e à Anatel que se abstenham de atender às convocações ou requerimentos de informações/documentos que venham a lhes ser encaminhados pela referida CPI; e c) determinar à União Federal e à Anatel que adotem todas as medidas administrativas ou judiciais necessárias para defender as suas competências no setor de telecomunicações, não apenas contra a criação de comissões parlamentares de inquérito pelos estados ou municípios, inclusive a CPI em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba.

Por intermédio da decisão proferida, em 13/09/2016, foi determinada a oitiva do Ministério Público Federal.

A União, em 28/09/2016, peticionou requerendo sua intimação antes da prolação de qualquer decisão, objetivando “garantir o contraditório e ampla defesa, podendo demonstrar seus argumentos de defesa para o indeferimento do pleito”.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando, “[...] preliminarmente, pela declaração de nulidade da sentença, por incompetência da Justiça Federal do Distrito Federal para processar e julgar o feito e, no caso superada a preliminar, pela não concessão do efeito suspensivo vindicado”.

É o relatório. Decido.

Conforme previsto no parágrafo único do art. 299 do CPC, prolatada a sentença e interposto recurso de apelação, a competência para a apreciação do pedido de tutela provisória de urgência é do Tribunal.

O pedido deve ser decidido monocraticamente pelo relator do recurso, conforme atribuição conferida no art. 932, II, do CPC e não exige a prévia oitiva da parte contrária (CPC, art. 9º, I).

Os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência são a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme previsto no art. 300 do CPC.

No caso dos autos, não vislumbram-se as evidências da probabilidade do direito suficientes para o deferimento da tutela provisória.

Isso porque, conforme muito bem consignado na sentença recorrida,

[...] conquanto o tema de fundo – competências constitucionais materiais (CF/88, art. 21, IX) – defendido com brilhantismo pelos advogados do autor seja extreme de dúvidas quanto a juridicidade dos fatos trazidos a julgamento, eis que de fato não cabe ao ente estadual imiscuir-se em questões de competência federal, mesmo que apenas para fins investigativos, o que de plano revela a impropriedade por vício de iniciativa, *fato é que o meio escolhido para veiculação de sua pretensão não se mostra, data vênia, adequado para o fim que se persegue. E isso porque, a Lei da Ação Civil Pública é vocacionada a tutelas coletivas e não comporta interpretação tão ampla do conceito de direitos individuais homogêneos para validar sua propositura para atendimento de temas sem a necessária repercussão social [...]*.

Do mesmo modo, relevante o fundamento contido na decisão proferida pela Juíza Federal Daniele Maranhão, quando em substituição ao Desembargador Federal Néviton Guedes (fl. 984):

Não obstante a tese tenha a aparência de bom direito, mostra-se antes necessária a análise do preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação, sem o que, nenhuma decisão judicial se viabilizará.

No caso, é controvertida a propositura de ação civil pública para a tutela dos interesses aqui veiculados, razão pela qual entendo prudente ouvir o Ministério Público Federal.

Com efeito, seja porque a ação civil pública não se presta à defesa dos interesses exclusivamente privados, seja porque o Sindicato não teria interesse de agir para a proteção das competências e das prerrogativas da União Federal e da ANATEL, é duvidosa e controvertida a justa adequação de ação civil pública para a defesa dos interesses aqui em consideração, razão pela qual entendo prudente ouvir o MPF.

Some-se a isso, a questão suscitada no parecer do Ministério Público Federal, acerca da incompetência do Juízo da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao fundamento de que, em tratando de ação civil pública, nos termos do art. 2º da Lei 7.347/1985 a competência do local do dano é funcional e absoluta, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento de que o art. 2º da Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, estabelece que ações da norma elencada “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” (cito):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESOCUPAÇÃO DE ÁREA LOCALIZADA NO AEROPORTO INTERNACIONAL DO GALEÃO. LOCAL DO DANO. ART. 2º DA LEI 7.347/85. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Hipótese de ação civil pública ajuizada na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, na qual o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs contra a empresa AATA DROGARIA LTDA, com o objetivo de ver desocupada a área situada no Aeroporto Internacional do Galeão.

2. O art. 2º da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, estabelece que ações da norma elencada “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

3. No caso em exame, verifica-se que o objeto da demanda é a desocupação de área irregularmente ocupada pela ora agravante, em razão de extinção de contrato de concessão de uso firmado com a INFRAERO, localizada no Aeroporto Internacional do Galeão, na cidade do Rio de Janeiro.

4. Na hipótese de ação civil pública, a competência se dá em função do local onde ocorreu o dano. Trata-se de competência absoluta, devendo ser afastada a conexão com outras demandas.

5. Não prospera o argumento formulado pela agravante de que existe um contrato por ela celebrado com a INFRAERO, contendo cláusula estabelecendo o foro de Brasília - DF como foro de eleição “para dirimir controvérsias acerca do instrumento pactuado”. Isso porque na presente demanda não está a se discutir o contrato de concessão de uso comercial nº 2.98.61.081-7, mas sim a irregular ocupação da área pública pela agravante.

6. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 23ª Vara da SJ/RJ, ora suscitado.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no CC 113.788/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 23/11/2012)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL FUNCIONAL. NATUREZA ABSOLUTA. APLICAÇÃO DO ART. 2º. DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. CIRCUNSCRIÇÃO QUE ABRANGE O LOCAL DO AVENTADO DANO. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. REGRA DO ART. 87 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR A REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA DAS VARAS FEDERAIS DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA/BA.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento de propositura de ação civil pública para apuração de improbidade administrativa, aplicando-se, para apuração da competência territorial, a regra prevista no art. 2º. da Lei 7.347/85, que dispõe que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (AgRg no AgRg no REsp. 1.334.872/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14.08.2013).

2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Dest’arte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

3. Tomando-se em conta que o suposto ato ímprobo, objeto da ação subjacente, estaria circunscrito ao Município de Ruy Barbosa/BA, com a instalação da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, cuja circunscrição abrange àquele Município, de rigor à redistribuição dos autos, posto que a alteração de competência de natureza absoluta constitui exceção ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, a teor do que dispõe o art. 87 do CPC.

4. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL provido para determinar a redistribuição da Ação Civil Pública à uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA.

(REsp 1068539/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 03/10/2013)

Ainda sobre a questão da competência, “a *ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram” (CC 97.351/SP, rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009).

Em igual sentido, cito os seguintes precedentes deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETENCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DO DANO. I - Nos termos do art. 2º da Lei 7347/1985, "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". II - Em se tratando de ação civil pública, a competência do foro do local onde ocorrer o dano é funcional e absoluta e, por isso, pode ser declinada de ofício. Precedentes do STJ e deste Tribunal. (CC 0076228-31.2012.4.01.0000 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 de 11/12/2015.) III - Conflito de competência conhecido, para declarar competente para o processamento e julgamento da ação civil pública o MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA - suscitante.

(CC 0031723-13.2016.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 de 27/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. FORO DO LOCAL DO DANO. CRIAÇÃO DE NOVA VARA. REDISTRIBUIÇÃO. 1. Nos termos do art. 2º da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, "as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". 2. Em se tratando de ação civil pública, a competência do foro do local onde ocorrer o dano é funcional e absoluta e, por isso, pode ser declinada de ofício. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 3. No caso, o dano em discussão está localizado em área abrangida, atualmente, pela Vara da Subseção Judiciária de Barra do Garças (MT), criada e instalada depois do ajuizamento da ação. 4. Conflito conhecido e julgado improcedente, para declarar competente o Juízo Federal da Vara da Subseção Judiciária de Barra do Garças (MT), suscitante.

(CC 0041820-43.2014.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 de 27/09/2016)

Ademais, o STJ também já se manifestou no sentido de que "*à luz do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, a União pode ser processada no foro do local do dano, o que, na hipótese de Ação Civil Pública, convola em obrigatoriedade, conforme estatuído no art. 2º da Lei 7.347/1985*" (AgRg no REsp 1043307/RN, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe 20/04/2009) (sem destaque no original).

Na hipótese, insurge-se o requerente contra a Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI instalada pela Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, por intermédio da qual se questiona a qualidade dos serviços de telecomunicações prestados aos consumidores do Estado da Paraíba, ou seja, o âmbito de atuação está restrito ao Estado da Paraíba.

Os pedidos deduzidos pela requerente evidenciam que sua pretensão principal é a suspensão do funcionamento da CPI da Telefonia instalada na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e que seja determinado à União e à Anatel que se abstenham de colaborar com a referida CPI, bem como para que a União e Anatel "adotem todas as medidas administrativas ou judiciais necessárias para defender as suas competências no setor de telecomunicações, em especial, mas não apenas, contra a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito pelos Estados ou Municípios, inclusive a CPI em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba" (fl. 29).

Vê-se, assim, que os efeitos dos supostos danos decorrentes da CPI da Telefonia instalada na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba ficarão restritos aos limites territoriais do Estado da Paraíba.

Não desconheço os precedentes deste Tribunal, no sentido de que, em se tratando de controvérsia de dano de âmbito regional ou nacional, é competente o juízo de vara federal da capital do estado ou do Distrito Federal, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso I, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada pelo art. 21 da Lei 7.347/1985 (cito):

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO REGIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 93, I, DA LEI Nº. 8.078/90 C/C ART. 21, DA LEI Nº. 7.347/85. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL DO ESTADO. 1. Nos termos do art. 2º, da Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, "as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". 2. Tratando a controvérsia de dano de âmbito regional ou nacional, é competente o Juízo de Vara Federal da Capital do Estado ou do Distrito Federal, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso I, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada pelo art. 21 da Lei n.º 7.347/85. Nesse sentido: CC 0001181-80.2014.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.19 de 19/02/2014. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ora suscitado.

(CC 0023519-48.2014.4.01.0000 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.276 de 11/12/2015)

Entretanto, no caso em exame, ainda que haja envolvimento da União e da Anatel na lide, não há que se falar em dano regional ou nacional, uma vez que a pretensão é suspender a CPI da Telefonia instalada na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba.

Demais disso, todos os pleitos direcionados contra a União e a Anatel poderão ser apreciados pelo juízo federal competente pelo processamento e julgamento da ação civil pública.

Assim, no caso da ação civil pública, deve ser levada em consideração a competência funcional e absoluta do juízo do local do dano, a teor do art. 2º da Lei 7.347/1985.

Neste juízo de cognição, próprio dos juízos cautelares, parece ser realmente questionável a competência da Seção Judiciária do Distrito Federal para processar a julgar a ação proposta.

Vê-se, assim, que tais fundamentos já são suficientes para demonstrar a ausência de elementos que evidenciem a probabilidade de provimento do recurso de apelação, mas há que se deixar claro que todas as questões postas serão devidamente apreciadas, por ocasião do julgamento da apelação.

Tudo considerado, *indefiro o pedido de tutela de urgência.*

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0052075-89.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.486)

## Agravo de Instrumento 0069445-81.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Geap Autogestão em Saúde interpõe agravo de instrumento contra decisão que, proferida nos autos do Procedimento Comum 29024-34.2016.4.01.3400 – 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, proposta pela Associação Nacional dos Servidores da Previdência e da Seguridade Social – ANASPS, deferiu parcialmente a antecipação de tutela postulada, “[...] para suspender em relação aos filiados da Requerente (ativos, aposentados e seus dependentes) o reajuste incidente sobre a contribuição individual perpetrada pela Resolução/GEAP/CONAD nº 099 de 17/11/2015, até posterior manifestação deste Juízo”.

Sustenta a agravante, preliminarmente, a nulidade da decisão, ao argumento de incompetência do juízo prolator da decisão recorrida, haja vista a existência de prevenção em relação ao Processo 29889-37.2016.4.01.3400, em tramitação perante a 22ª Vara Federal da Seção do Distrito Federal, isso porque a própria associação autora requereu a distribuição da ação originária por dependência à referida ação, bem como por haver identidade de objeto, partes representadas por mesma entidade e pedido, diferenciando-se apenas por se tratar de “novos associados”, ou seja, sujeitos que se associaram à agravada após o deferimento da liminar no processo já em curso.

Defende, ainda, a necessidade de manutenção da vigência da Resolução Geap/Conad 99/2015, sob pena de irreversibilidade da medida, ao argumento de que (cito – fls. 9-11):

“a) por ser uma autogestão sem fins lucrativos, o percentual de custeio foi definido pelo próprio Conselho Administrativo da Fundação – CONAD, com formação paritária, embasado em estudo atuarial complexo, objetivando o *menor custo possível para manutenção de sua saúde financeira*, conforme autoriza o Estatuto da instituição e a própria ANS, não sendo possível atestar abusividade;

b) a limitação do reajuste em valor diverso ao fixado pela Resolução nº 99/2015 não é possível, posto que esse considerou diversos fatores econômicos financeiros elencados em estudo atuarial, em especial o déficit gerado desde 2009 em razão da antiga forma de custeio denominada preço único, a impossibilidade de novas adesões ante liminar proferida na ADI 5086/DF e imposição de absorção dos beneficiários da extinta FASSINCRA;

c) em realidade, o aumento inicialmente previsto para os planos foi calculado em 48,98%, porém, em razão de representar um aumento elevado aos beneficiários, buscou-se o cenário mais positivo possível para a base de cálculo, que resultou no percentual de 37,55%;

d) caso o percentual não seja implementado a ANS não irá aprovar o Plano de Saneamento - PROSAN, haja vista que esse aumento é indispensável para a recuperação da situação econômica da Fundação, sendo *IMEDIATAMENTE INICIADA A SUA LIQUIDAÇÃO*;

e) a própria ANS já atestou a ausência de irregularidades na Resolução GEAP/CONAD no. 99/2015, em parecer conclusivo, atestando que sequer o aumento nas mensalidades em 20% é suficiente para recuperar a situação financeira da GEAP.

Pondera a agravante, ao citar precedente que limitou o percentual de reajuste em 20% sobre as contribuições dos beneficiários, que, “ainda que não seja esta a medida almejada pela Agravada (autorização da aplicação do percentual de 20%), em verdade, trata-se de concessão menos prejudicial do que aquela deferida pelo juízo originário, que suspendeu integralmente o aumento questionado, [...]” (fls. 36).

Por tais razões, requer a concessão de efeito suspensivo para suspender os efeitos da decisão combatida, restaurando-se a aplicabilidade da Resolução Geap/Conad 99/2015, até ulterior deliberação acerca do mérito do agravo, em face do risco de insolvência e liquidação da operadora de saúde agravante.

Devidamente relatado, passo às razões de decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da decisão, ao argumento de existência de conexão entre a ação originária deste recurso e a Ação 29889-37.2016.4.01.3400, em tramitação perante a 22ª Vara Federal da Seção do Distrito Federal.

A conexão entre as ações visa evitar julgamentos conflitantes, assegurando a economia processual e a segurança jurídica. Implica a reUnião dos feitos para julgamento simultâneo e decisão uniforme.

Segundo as regras do vigente Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir (art. 55, *caput*), devendo ser reunidas para decisão conjunta salvo se uma delas já houver sido sentenciada (art. 55, § 1º). Além disso, devem ser reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolações de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles (art. 55, § 3º).

Ocorre que, no caso, ainda que possam existir decisões conflitantes, atingindo os diferentes grupos de associados da agravada, é necessário também que haja uma relação de prejudicialidade entre as ações, o que não ocorre no caso dos autos.

Ademais, cumpre registrar que tramitam hoje na Seção Judiciária do Distrito Federal diversas ações questionando a aplicação da Resolução/Geap/Conad 99 de 17/11/2015. Assim, se prevalecesse o entendimento da agravante, todas as ações deveriam ser concentradas em um único juízo.

Conforme já decidi este Tribunal, acerca da conexão, “[...], sua aplicação deve ocorrer de forma temperada, pois sua aplicação indistinta acabaria por criar juízos universais para determinada matéria” (AG 0079224-70.2010.4.01.0000/MG, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocado), Sexta Turma, *e-DJF1*, p. 1.126 de 06/10/2015).

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito recursal, assiste razão em parte à agravante.

Isso porque, a matéria ora em discussão tem sido objeto de deliberação neste Tribunal, ainda que em sede provisória, no sentido de suspender a eficácia da questionada Resolução Geap/Conad 99/2015, enquanto não realizada a devida instrução probatória, assegurando apenas o reajuste de 20% de inflação média indicado pela ANS para o ano de 2016, com o fim de não comprometer a sobrevivência da agravante e de não onerar demasiadamente os associados da agravada, sem o necessário suporte legal.

Acerca do tema, cito o precedente da lavra do Desembargador Federal Souza Prudente, nos autos do *Agravo de Instrumento 0034772-62.2016.4.01.0000*, publicado no *e-DJF1* de 29/06/2016, sendo que em seu bojo também consta decisão proferida pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, proferida nos autos do *Agravo de Instrumento 8182-48.2016.4.01.0000*. Confira-se:

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ASMT contra a União Federal e GEAP Fundação de Seguridade social, em que se discute a legitimidade do reajuste das contribuições individuais dos servidores e seus dependentes representados pela suplicante ao plano de saúde mantida pela segunda promovida, fixando-se, até decisão final, o reajuste médio de 20% (vinte por cento), conforme apurado pela Agência Nacional de Saúde - ANS.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, nestes termos:

Trata-se de pedido de tutela de urgência em ação de conhecimento proposta pela ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES - ASMT em face da GEAP Autogestão em Saúde e da União, para determinar a suspensão do aumento nas contribuições individuais dos servidores e seus dependentes representados pela Autora ao plano de saúde mantido pela primeira Ré, fixando-se, até decisão final, reajuste médio de inflação médica apurado pela Agência Nacional de Saúde - ANS em 20%.

A parte autora reputa abusivo o aumento das contribuições ao plano de saúde ofertado pela GEAP aos seus representados, fixado em 37,55% em relação aos praticados em 2015, podendo chegar a 50% a depender da faixa etária, valores bem superiores ao reajuste médio previsto pela ANS.

Afirma que os seus representados, servidores públicos submetidos ao regime jurídico instituído pela Lei nº 8.112/90, são beneficiários de plano de saúde na modalidade Coletivo Empresarial, com abrangência nacional, a partir do Convênio nº 001/2013 firmado entre a GEAP e a União, na condição de patrocinadora, cujo objeto é a prestação de assistência à saúde suplementar aos servidores, ativos ou aposentados, na forma do art. 230, caput e § 3º, I, da Lei nº 8.112/1990.

Aduz que o Conselho de Administração - CONAD é composto por seis membros de divididos de forma paritária entre representantes dos beneficiários e da Administração Federal, cabendo à presidência ao representante indicado pela União. Assevera que o CONAD, ao deliberar a respeito do reajuste a ser praticado em 2016, teve a votação empatada, sendo definidos os valores pelo voto de minerva da presidência da GEAP, exercida pelo representante da União.

Aponta arbitrariedade em tal conduta, considerando que a União, ao estipular o índice de aumento da sua participação no plano de saúde em comento, o fixou em 23,11%, promovendo, por outro lado, reajuste linear de 37,55% às contribuições a serem pagas pelos seus servidores.

A associação formula, ainda, pedido de tramitação prioritária do feito, com fundamento no art. 71 da Lei nº 10.741/2003.

Inicial instruída com procuração e documentos.

Relação de associados e termos de autorização para representação judicial acostados às fls. 41/85.

É o relatório. Decido.

O deferimento da tutela de urgência, em caráter antecedente ou incidental, pressupõe os seguintes requisitos previstos: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), consoante se depreende do art. 300, caput, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.03.2015).

Nesse exame de cognição sumária, vislumbro a presença de ambos os requisitos.

Não obstante a necessidade de se recompor o equilíbrio contratual, a fim de manter a higidez das contas do plano de saúde coletivo, permitindo, em última análise, a própria manutenção do serviço de saúde suplementar ofertado aos seus beneficiários, a operadora não dispõe de liberdade absoluta, devendo afastar aumentos exorbitantes. No caso, a primeira Ré aplicou reajuste de cerca de 37,55% em relação aos valores praticados em 2015, majoração bem superior aos 23,11% aplicados pela União à sua participação e à média de 20% apurada pela ANS.

Com efeito, o aumento excessivo das contraprestações por meio de reajuste muito superior à média do mercado revela, *prima facie*, conduta abusiva do direito, diante do desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

*A propósito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já se pronunciou a respeito desse aumento abusivo praticado pela GEAP para o ano de 2016, por meio de decisão proferida pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, no Agravo de Instrumento nº 8182-48.2016.4.01.0000. Confira-se:*

4. Quanto ao primeiro ponto, verifica-se dos autos que a autora, ora embargada, questiona a legalidade da Resolução GEAP/CONAD nº 099/2015, que impôs reajuste sobre a contribuição individual ao plano de saúde, que poderia chegar a 50% conforme o caso.

5. O recolhimento da contribuição com o reajuste no percentual de 20%, conforme determinado na decisão de fls. 774-776, somente passa a valer a partir da prolação da referida decisão, mesmo porque anteriormente os associados da embargante estavam amparados pela decisão de primeiro grau, que antecipara integralmente a tutela, em 29/01/2016.

6. É certo que, por óbvio, que eventual reconhecimento da ilegalidade da referida resolução terá como consequência o direito ao ressarcimento de eventuais valores pagos a maior a esse título.

7. Entretanto, tal ressarcimento, em caso de procedência da ação, deverá ser requerido ao final, na fase de cumprimento de sentença, da mesma maneira que a GEAP poderá cobrar os valores porventura não pagos caso a conclusão final seja pela improcedência do pedido autoral.

8. Quanto ao segundo ponto, a autora/embarcante representa os seus associados, e é são esses associados os atingidos pelos efeitos da decisão.

9. Conforme afirma a agravada, "...o vínculo dos dependentes e grupo familiar com a GEAP decorre única e exclusivamente da relação daqueles com os titulares, e o ônus de pagamento é integralmente dos titulares, que são associados da Autora, nos termos do Parágrafo Quinto e Sexto da Cláusula Segunda do Convênio por Adesão n.º 001/2013, de modo que o associados possuem interesse e legitimidade".

10. Logo, se os titulares são os responsáveis pelo pagamento da contribuição de seus dependentes e grupo familiar, os efeitos da decisão abarcam também a contribuição devida por esses dependentes e grupo familiar, e não somente aquela devida pelo titular.

Pelo exposto, acolho os embargos e declaração, porém sem efeitos modificativos, somente para esclarecer que o recolhimento da contribuição com o reajuste no percentual de 20% somente passa a valer a partir da prolação da decisão neste agravo, e que os efeitos da decisão abarcam também a contribuição devida pelos dependentes e grupo familiar, e não somente aquela devida pelo titular.

O risco de prejuízo ao resultado útil do processo existe por se tratar de contribuição mensal, o que implica a renovação da violação do direito dos servidores representados pela Autora.

Não merece prosperar, porém, o pedido de tramitação prioritária, considerando que o benefício previsto no art. 71 da Lei nº 10.741/2003 e no art. 1.048, I, do CPC/2015, destina-se às demandas em que conste parte ou interessado maior de 60 (anos). No caso em exame, a parte autora (associação) não demonstrou que todos os associados ora representados enquadram-se na condição de idoso, o que impede a concessão da prioridade requerida. A esse respeito, confira-se o seguinte aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. PESSOA IDOSA. BENEFÍCIO DA PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO PROCESSUAL. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO. 1. O recurso não prospera porquanto, no caso de litisconsórcio ativo facultativo, não há falar na concessão do benefício de prioridade na tramitação do feito, se não estão todos os autores na condição de gozo do benefício. 2. Não possuindo todos os autores condição de idoso, inviável a concessão do benefício de prioridade de tramitação, nos termos da Lei 10.173/2001. (TRF-4 - AI: 50286174220144040000 5028617-42.2014.404.0000, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 10/12/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 11/12/2014)

Com essas considerações, defiro o pedido de tutela de urgência para determinar que a primeira Ré (GEAP) aplique aos servidores associados à Autora o reajuste médio apurado pela ANS no patamar de 20% (vinte por cento).

\*\*\*

Em suas razões, sustenta a recorrente, a ilegitimidade da pretensão deduzida nos autos de origem, destacando que a Resolução 099/15 teria sido instituída com base em contundentes estudos atuariais e que é a única forma de mantê-la ativa, já que, caso mantida a decisão agravada, deixará de perceber vultosas, já computadas no orçamento para alcance das metas, o que comprometerá vitalmente o cumprimento do Plano de Saneamento, inviabilizando a sobrevivência da Fundação. Assevera, ainda, que: a) que, conforme tabela de comparativo de preços colacionada aos autos, mesmo após a implementação do novo custo trazida pela Resolução nº 009/15, os preços praticados são menores que todos os demais planos operados no mercado comum de consumo; b) que a diferença entre o preço integral de 2015 e o proposto para 2016 não deriva do fator de índice aplicado linearmente pela GEAP, mas sim da diferença de valores dos subsídios patronais pagos pela União e entes públicos, para os servidores, que são deduzidos do valor integral apurado; c) que a variação da contribuição patronal não pode ser considerada para efeito de cálculo do percentual de custeio, pois definida diretamente pela União; d) que, se para alguns beneficiários o percentual da contribuição patronal se mostrou insuficiente, onerando o valor pago mensalmente a título de plano de saúde, não há como responsabilizar a agravante, muito menos suspender o percentual de custeio de 37,55%; e) não lhe cabe a definição do valor a ser pago a título de subsídio pela União, seus órgãos e entidades, os quais serão deduzidos do valor integral, tampouco determinar àqueles entes público que fixem patamar único de valor e em percentual idêntico ao estipulado pela operadora para o valor de seus planos, de modo a garantir um aumento percentual idêntico a todos os beneficiários, mas sim verificar, por meio de fatores econômicos e financeiros, qual o valor integral e adequado de custeio que permita a manutenção dos planos de saúde; f) que decisões que antecipam os efeitos da tutela em casos como o dos autos negam vigência às normas específicas regulamentadoras dos planos coletivos, sem a utilização de critério atuarial mínimo para embasar suas decisões, privando o agravante do exercício regular de seu direito de ampla defesa; g) que apenas o índice de inflação médica projetada para o ano está previsto em torno de 20%, sendo certo que os demais custos com plano de saúde, em especial com decisões judiciais que impõem coberturas não previstas, não estão previstos neste índice; e h) haver jurisprudência no sentido de que, nos planos de autogestão, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidade compatíveis não podem ser visualizadas como cláusulas contratuais abusivas.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1019, I, do CPC vigente, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente, em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, mormente por envolver a majoração abusiva do valor dos planos de saúde operados pela GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE, com elevada onerosidade de tais planos e, por conseguinte, com nefastos reflexos financeiros no poder aquisitivo do universo de seus beneficiários, formado por servidores públicos federais, em relação aos quais há expressa proteção legal, no que pertine ao comprometimento de seus rendimentos, e, também, por se afinar com a orientação jurisprudencial que este egrégio Tribunal vem dispensando à matéria, ainda que em sede provisória, conforme julgado arrolado no decisum impugnado.

\*\*\*

Com estas considerações, *indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.*

Oficie-se ao juízo monocrático, comunicando-lhe o inteiro teor desta decisão, na dimensão eficaz do art. 1008 do CPC vigente.

Intime-se a agravada, nos termos e para as finalidades do art. 1019, II, do referido diploma legal, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília, 24 de junho de 2016.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE

Relator

Note-se que, no referido precedente, o Juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, amparado em decisão proferida por este Tribunal, deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a primeira ré (Geap) aplique aos servidores associados à autora o reajuste médio apurado pela ANS, no patamar de 20% (vinte por cento), o que foi confirmado monocraticamente pelo Desembargador Federal Souza Prudente, quando da análise do pedido de efeito suspensivo deduzida pela Geap Autogestão em Saúde, nos autos do Agravo de Instrumento 0034772-62.2016.4.01.000.

Em igual sentido já foi decidido nos seguintes Agravos de Instrumento: 0024536-51.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, decisão publicada no *e-DJF1* de 06/10/2016; 0026236-62.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, decisão publicada no *e-DJF1* de 29/06/2016; 0034772-62.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, decisão publicada no *e-DJF1* de 29/06/2016; 0024535-66.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, decisão publicada no *e-DJF1* de 28/06/2016; e 0025038-87.2016.4.01.0000, rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, decisão publicada no *e-DJF1* de 28/09/2016.

Aliás, a suspensão de todo e qualquer reajuste, como restou determinado na decisão agravada, causará sérios prejuízos à agravante e aos associados da agravada, uma vez que, considerando o posicionamento já adotado por este Tribunal, ainda que em sede de decisões monocráticas, tudo leva a crer a solução jurídica será de parcial procedência do pleito autoral, ou seja, algum índice será aplicado a título de reajuste. Assim, a espera de uma solução definitiva poderá levar à descapitalização da agravante, colocando em risco a continuidade de suas atividades, e, em relação aos associados da agravada, gerará um débito que obrigatoriamente terá que ser por eles quitado.

Tudo considerado, *defiro parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal* para acolher o pedido subsidiário e determinar que a agravante, Geap Autogestão em Saúde, aplique aos associados à agravada, a partir da prolação desta decisão, o reajuste médio apurado pela ANS no patamar de 20% (vinte por cento), abarcando, também, as contribuições devidas pelos dependentes e grupo familiar.

Tem a presente decisão eficácia até que seja julgado o presente agravo, ou até que a ação seja julgada na primeira instância.

(Agravo de Instrumento 0069445-81.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), *e-DJF1* de 10/02/2017, p. 1.743)

**Agravo de Instrumento 0036984-56.2016.4.01.0000/DF**

Relator: Juiz Federal Leandro Saon da Conceição Bianco (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Avionix Eletrônica e Comércio Ltda. em face da decisão que indeferiu o pedido de anulação do Procedimento Administrativo 11128.725814/2015-25, para reconhecer a regularidade dos bens amparados pela Declaração de Importação 15/1737500-4.

Entendeu o MM. juiz processante que

*[...] analisando o auto de infração acostado aos autos (fls. 106-1211), corroborado pelo julgamento do procedimento administrativo correlato (fls. 212 – 219), foram devidamente explicitados os motivos que ensejaram a autuação e aplicação de penalidade, não havendo qualquer violação ao devido processo legal, estando a empresa autora ciente de todos os fatos a ela imputados, bem como foram disponibilizados os devidos meios para participação do processo administrativo. Assim, pela documentação apresentada, não há vício formal apto a macular qualquer direito constitucional inerente ao devido processo legal. [...] No tocante ao preço dos produtos importados, tenho que o Fisco agiu corretamente ao proceder ao arbitramento dos valores das peças então importadas. [...] Quanto à discussão referente à interposição fraudulenta, tenho que os elementos trazidos aos autos demonstram a regularidade da fiscalização promovida pela Receita Federal, ante a utilização da empresa Avionix para importar produtos para a empresa AVX, sem que houvesse efetiva identificação do real destinatário dos produtos (fl. 63).*

Sustenta a agravante, em síntese, que, quando da importação de palhetas para limpador de para-brisas universal — DI 15/1737500-4 — foi parametrizada para o canal cinza de conferência aduaneira, sendo que, após a verificação física e documental, concluiu-se que os preços praticados na operação estariam aquém das práticas de mercado.

Alega que, malgrado o atendimento às exigências fiscais, ao final a agravada entendeu por lavrar o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda 0817800/41314/15, sob a alegação do cometimento de uso de documento falso — subfaturamento — e ocultação de real adquirente.

Aduz que os valores das mercadorias em apreço seriam inferiores às pesquisas realizadas pela fiscalização, tomando-se como base as disposições do Acordo sobre Valoração Aduaneira, na medida em que o aspecto “qualidade” é determinante na composição dos preços.

Informa que não existiu ocultação de sujeitos na relação de importação, haja vista que nunca omitiu a posição da empresa AVX na relação comercial estabelecida com a Avionix.

Acrescenta que a empresa AVX atua apenas no ramo de distribuição dos produtos no mercado nacional e não possui nenhuma ingerência na operação de importação (não encomenda, não tem contatos com exportadores, não arca com nenhum custo operacional de importação).

Salienta, ainda, que a situação em questão não constitui hipótese de aplicação da pena de perdimento, mas de multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação.

Pontua, por fim, o alto custo com armazenagem que, por si só, evidencia o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Requer, assim, a liberação das mercadorias e, se necessário, com oferecimento de caução.

É o relatório do essencial.

Inicialmente, impende discorrer, resumidamente, sobre a técnica de cognição própria do exame do agravo. Tal técnica, ao permitir a construção de procedimentos adequados às reais necessidades de tutela, impõe que o julgador proceda com maior cautela na elaboração de sua decisão, de modo a evitar o prévio julgamento da ação de fundo — preservando-lhe o objeto e, deste modo, evitando uma indevida imissão na atividade judiciária de 1ª instância —, em que se baseia o recurso.

Destarte, determinadas nuances, próprias da situação litigiosa primária, devem ficar reservadas a outros momentos procedimentais, já que a cognição, neste âmbito (do agravo), encontra-se adstrita à decisão agravada — ou seja, é parcial (no sentido horizontal). Ademais, do ponto de vista vertical, a cognição apresenta-se sumária, própria das situações de aparência e dos juízos de probabilidade.

De acordo com o Código de Processo Civil, o direito do agravante deve ser evidente, ou seja, deve sustentar-se por si só, dispensando a dilação probatória ou ser demonstrado, de plano, por meio de prova documental irrefutável.

Na hipótese dos autos, nos termos do Auto de Infração 0817800/41314/15, a agravante apresentou fatura comercial adulterada, na medida em que os valores eram irrisórios para as mercadorias importadas, bem como não houve declaração do real adquirente das mercadorias (fls. 218-232):

As informações apostas na Fatura Comercial davam conta de que a carga tratava-se de diversos modelos de limpadores de para-brisa dispostos em 1.571 caixas, avaliadas em US\$ 31.133,00 (trinta e um mil cento e trinta e três dólares), exportados pela empresa chinesa Ningbo Sunshine Traffic Equipment Co.; Ltd para Avionix Eletrônica e Comércio Ltda. [...] De acordo com as informações registradas na DI, os 15.567,00Kg nacionalizados através da Adição 001 foram avaliados em US\$ 31.133,00, o que faz com que o valor médio por quilograma das mercadorias em despacho atinja a cifra de US\$ 2,00(FOB)/kg, de forma que o valor médio obtido dos Bancos de Dados da RFB (US\$ 4,84/Kb) para operações comerciais de importação de mercadorias classificadas na mesma NCM, provenientes do mesmo país de origem (China) seja 242 % superior. [...] Comprovado por informações constantes dos Bancos de Dados da RFB, que os valores apostos na Fatura apresentada à RFB pelo importador Avionix em instrução ao despacho vinculado à DI nº 15/1737500-4, são irreais, estando muito aquém daqueles praticados em operações de importação pretéritas envolvendo mercadorias idênticas às em despacho pela DI nº 15/1737500-4, oriundas do mesmo país exportador (China), fabricadas pelo mesmo exportador estrangeiro e importadas em quantidades similares, não representando tal documento à operação comercial ora em comento, estamos diante da prática de falsificação ou adulteração de documento instrutivo do despacho de importação [...].

[...]

Consulta efetuada ao Sistema Receitanet BX indica que, em todas as Notas Fiscais de saída emitidas pela empresa Avionix Eletrônica e Comércio no ano de 2015 (janeiro a setembro de 2015) através das quais foram comercializados o produto 'palheta' consta como destinatário a empresa AVX Distribuidora de Autopeças. A marca 'AVX' consta das embalagens que contêm as mercadorias (palhetas) objeto deste Auto de Infração [...].

[...]

Ou seja, as informações fornecidas pelas empresas supracitadas (Avionix e AVX) e constantes dos bancos de dados da RFB indicam que, conflitantemente, duas empresas que apresentam o mesmo quadro societário, com localização praticamente idêntica e que comercializam o mesmo tipo de produto apresentam resultados financeiros completamente opostos [...].

[...]

Conforma já exposto, em análise às informações constantes dos Bancos de Dados da RFB, concluiu-se que o importador Avionix Eletrônica e Comércio, responsável pelo registro da DI nº 15/1737500-4 direcionada para o Canal Cinza de conferência aduaneira, comercializa 100% dos produtos que importa com a empresa AVX Distribuidora.

[...]

Ao não constar da DI como real destinatário dos produtos, a empresa oculta, que no caso em tela é a AVX Distribuidora, além de não figurar como responsável solidário pelos tributos incidentes e pelas infrações praticadas, na importação, deixa de ser equiparada a estabelecimento industrial e, conseqüentemente, contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), nos termos do inciso III do art. 24 do Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, conforme dispõe o art. 13 da Lei nº 11.281/2006.

Como se vê, a autuação do Fisco se deu em razão de duas situações: 1) subfaturamento das mercadorias importadas, hipótese que a autoridade fazendária preferiu enquadrar como falsificação de documentos, e 2) ocultação do real comprador.

Pois bem. Para ambas as hipóteses a jurisprudência dessa Corte vem se inclinando no sentido de aplicação de multa e cobrança da tributação devida, e não da aplicação da pena de perdimento. Vejam-se, por elucidativos, os seguintes julgados:

1 - no que toca ao subfaturamento

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MERCADORIA IMPORTADA. SUBFATURAMENTO DE PREÇO. PENA DE PERDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O mero subfaturamento do preço da mercadoria importada, aliado ao inexpressivo dano aos cofres públicos, não é suficiente para ensejar a aplicação da pena de perdimento. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. Com efeito, "a suposta ocorrência de subfaturamento em relação ao preço do produto importado, por si só, não constitui hipótese de aplicação da pena de perdimento dos bens. A infração administrativa sujeita a importadora ao pagamento de multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou arbitrado pelas autoridades aduaneiras, nos termos do art. 108 do Decreto-Lei 37/1966. 2. A conduta de falsidade ideológica relativa ao valor declarado (subfaturamento) está tipificada no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966, o que afasta a aplicação do art. 105, VI,

do mesmo diploma legal em razão do princípio da especialidade; da prevalência do disposto no referido decreto sobre o procedimento especial previsto na IN SRF 206/2002; e da aplicação do princípio da proporcionalidade (STJ, REsp 1217708/PR, DJe de 8/2/2011 - sem grifo no original).” - grifei (AC 0007397-18.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.472 de 26/08/2011)” (AMS 0014451-98.2010.4.01.3400/DF, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, 29/11/2013 e-DJF1 P. 558). 3. Apelação não provida. Sentença mantida. (AC 0023574-32.2010.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO (CONV.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.2627 de 08/05/2015)

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. SUSPEITA DE SUBFATURAMENTO. PERDIMENTO DOS BENS. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA. LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS MEDIANTE O DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A suposta ocorrência de subfaturamento em relação ao preço do produto importado ou a falsa declaração quanto à natureza da mercadoria, por si só, não constituem hipóteses de aplicação da pena de perdimento dos bens. A infração administrativa sujeita a importadora ao pagamento de multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou arbitrado pelas autoridades aduaneiras, nos termos do art. 108 do Decreto-Lei 37/1966. 2. Determinar a liberação das mercadorias constantes nas declarações de importação de n. DI 15/1299867 e DI 15/1279990-6, mediante o depósito judicial da multa sobre a diferença entre o valor declarado e o valor estimado pelo Fisco, caso a retenção das mercadorias seja, exclusivamente, em virtude da suspeita de subfaturamento. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 0052314-30.2015.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 01/04/2016)

## 2 - quanto à ocultação do real importador

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - DESEMBARÇO ADUANEIRO - DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO - PENA DE PERDIMENTO POR SUBFATURAMENTO - DESCABIMENTO. 1. Inicialmente, remessa oficial tida por interposta, haja vista a sentença de procedência parcial do pedido formulado em face da Fazenda Nacional, em demanda de valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos. 2. Na hipótese vertente, consta do auto de infração que “(...) Considerando os ínfimos valores declarados, devidamente comprovados mediante Parecer Técnico, e o fato de que a empresa encontrava-se sob procedimento fiscal à vista de fortes indícios da prática de subfaturamento constados pela Alfândega de Paranaguá em diligência efetuada, não resta dúvidas da ocorrência de fraude nos valores declarados na DI 08/2008100-5.” 3. Como visto, às fls. 163/182, conforme a descrição exposta no Auto de Infração nº 0920600/00942/09, a Fazenda Nacional destaca que: “o valor dos bens importados foram declarados por USD 3.585,60, valor este muito abaixo ao custo de sua própria matéria prima, que é de USD 6.956,61.” 4. A declaração inexata do valor da mercadoria com o deliberado intuito de recolher imposto a menor (subfaturamento) constitui conduta descrita no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966 e, por si só, não admite a imposição de pena de perdimento, mas unicamente a de multa (REsp 1240005/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no REsp 1341312/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 08/03/2013; REsp 1217708/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011). 5. O art. 33 da Lei 11.488/2997 estabeleceu pena mais branda (multa) para a interposição fraudulenta de terceiros, sem ressaltar a possibilidade de aplicação concomitante de outras penas já previstas em lei. Assim sendo, não se justifica mais a decretação do perdimento do bem unicamente com base nesse fundamento. (AC 0015301-26.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1190 de 28/03/2014; REsp 1144751/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 15/03/2011) 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas. Sentença mantida. (AC 0015305-29.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.522 de 07/11/2014)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENA DE PERDIMENTO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO. ART. 33 DA LEI 11.488/2007. IMPOSIÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. DESCABIMENTO. 1. No caso dos autos, a Receita Federal acatou o pedido da autora e determinou a aplicação do disposto no art. 33 da Lei 11.488/2007, sem ressalvas. 2. Esta Corte, em consonância com a jurisprudência do STJ, entende que não se justifica a decretação de pena de perdimento, nos casos de interposição fraudulenta de terceiros, em que possível a aplicação do disposto no art. 33 da Lei 11.488/2007, ressalvada a possibilidade de aplicação de outras penas previstas em lei (AC 0015924-56.2009.4.01.3400/DF, rel. convocada juíza federal Maria Cecília de Marco Rocha, 7ª Turma, e-DJF1 de 13/2/2015; AC 0015301-26.2008.4.01.3400/DF, minha relatoria, 8ª Turma, e-DJF1 de 28/03/2014; e REsp 1144751/DF, rel. ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 15/3/2011). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRAC 0023504-11.2007.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 de 01/04/2016)

Logo, como se vê, nenhuma das duas infrações tipificadas pelo Fisco justificam, segundo o entendimento desta Corte, a pena de perdimento. Uma vez que não cabe a pena de perdimento, faz-se viável a liberação da mercadoria mediante o depósito, em caução, do valor equivalente às multas e tributos supostamente suprimidos,

bem como dos custos da armazenagem, sendo que a retidão dos lançamentos deverá ser averiguada no regular processamento do processo.

Quanto à urgência da medida, em razão da retenção das mercadorias, gera-se um custo com a armazenagem, o qual pode, ao final, inviabilizar economicamente a atividade. Ademais, a mercadoria faz parte do negócio da agravante, a qual tem necessidade de promover seu giro para fins de manter seu regular funcionamento.

No que tange à reversibilidade da medida, o oferecimento da caução garante sua efetividade. Obtempere-se que, em sede de agravo, dada a complexidade da matéria e a eventual necessidade de se instruir o feito, para se apurar a regularidade da importação, não cabe dispensá-la (a caução), haja vista que a atuação da autoridade fazendária goza de presunção de legalidade.

Em face do exposto, *defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela* para determinar à autoridade fazendária que dê regular prosseguimento ao despacho aduaneiro de importação, com a consequente liberação das mercadorias, caso os motivos de sua retenção sejam só esses, mediante a prestação de caução nos termos acima alinhavados.

Por conseguinte, suspendo o seu leilão destas mercadorias (lote 256 – fls. 800 e seguintes dos autos), o qual está marcado para o dia 09/02/2017.

(Agravo de Instrumento 0036984-56.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Leandro Saon da Conceição Bianco (convocado), *e-DJF1* de 10/02/2017, p. 2.081)

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0006068-05.2017.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

A União requer a suspensão da liminar concedida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amapá que, nos autos da Ação Popular 562-60.2017.4.01.3100, suspendeu a eficácia do ato de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco para o cargo de ministro de Estado chefe da secretaria-geral da Presidência da República.

Narra:

Trata-se de ação popular proposta por RANDOLPH FREDERICH RODIGUES ALVES, em desfavor da União, do Exmo. Presidente da República e de Wellington Moreira Franco, com o objetivo de impedir a nomeação deste último para o exercício do cargo de Ministro de Estado.

A liminar foi deferida pelo MM. Juízo a quo nos seguintes termos:

Esse quadro, de resplandecente desvio de finalidade, é rigorosamente semelhante ao caso da nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, quando a então Presidenta Dilma Rousseff tentou conferir a ele foro por prerrogativa de função para impedir sua prisão. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, por meio de

decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, suspendeu a eficácia da nomeação sob o fundamento de desvio de finalidade, nos seguintes termos (MS nº 34070/DF):

[...]

Impende aqui sublinhar que essa decisão do Ministro Gilmar Mendes deixa evidente o seu entendimento de que a suspensão de nomeação de Ministro de Estado sob tais circunstâncias não representa interferência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, o que é verdadeiramente coerente com o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), posto que, se assim não fosse, não haveria como o Poder Judiciário anular um ato praticado pelo Poder Executivo com desvio de finalidade.

Enfim, a nomeação aqui combatida realmente tem por objetivo blindar o Senhor Moreira Franco contra eventual decreto de prisão por parte de juízes de primeiro grau de jurisdição, o que revela nítido desvio de finalidade atentatório aos princípios da administração pública, podendo e devendo ser reprimido no âmbito judicial.

Entretanto, a liminar deferida não pode perdurar, devendo ser suspensa. Como restará demonstrado, a execução da medida liminar proferida nos autos da Ação 0000562-60.2017.4.01.3100 gerará uma situação de grave lesão à ordem pública; segurança, e ordem administrativa, interferindo de maneira absolutamente sensível na separação de poderes, usurpando competência legitimamente concedida ao Poder Executivo, além de ferir diversos dispositivos legais, colocando em risco normalidade institucional do País. (fls. 3/4)

Sustentando a existência de desvio de finalidade no ato de nomeação a par de que a decisão profligada ofende o privilégio da separação de Poderes, pugna pela imediata suspensão dos efeitos da liminar deferida até o trânsito em julgado da Ação Popular 562-60.2017.4.01.3100.

*Decido.*

São esses os fundamentos da decisão que a AGU busca suspender:

O autor popular insurge-se contra a nomeação do Sr. Wellington Moreira Franco, citado em delação premiada no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, para o cargo de Ministro de Estado, aduzindo que essa designação seria tão somente para conceder a ele foro por prerrogativa de função, com a subtração de julgamento pelo juízo de primeiro grau.

Inicialmente, cumpre rebater a alegação da União de que a falta de “qualquer ato lesivo ao erário público” torna “absolutamente incabível o manejo da presente ação popular”, pois esse argumento deixa de considerar que a Constituição Federal de 1988 prevê que a ação popular também pode ter por objeto a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, LXIII).

Superado essa alegação preliminar, cabe lembrar trecho da obra do constitucionalista Michel Temer, hoje Presidente da República, que, dissertando acerca da ação popular, nos ensina que “o ato [lesivo] pode ser praticado por autoridade constituída e sob a forma legal. Porém, o seu objetivo pode ser outro que não o da finalidade pública. O seu móvel pode ser um interesse pessoal do administrador, sem retratar o interesse público”.

Confrontando essa lição com a nomeação do Senhor Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado, pode-se dizer que para o renomado constitucionalista vale a velha máxima do “faça o que eu digo, não faça o que eu faço”.

Ora, se é recente o compromisso público do Presidente da República de reduzir a estrutura estatal, causa espécie que venha agora recriar um ministério e, para piorar ainda mais esse ato, nomear para essa nova pasta o Senhor Moreira Franco logo após seu nome ter sido citado 34 (trinta e quatro) vezes na delação premiada de Cláudio Melo Filho, ex-vice-presidente de Relações Institucionais da Odebrecht, que o acusou de ter recebido dinheiro para defender os interesses da empreiteira, conforme amplamente divulgado pela mídia.

Esse quadro, de resplandecente desvio de finalidade, é rigorosamente semelhante ao caso da nomeação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, quando a então Presidenta Dilma Rousseff tentou conferir a ele foro por prerrogativa de função para impedir sua prisão. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, suspendeu a eficácia da nomeação sob o fundamento de desvio de finalidade, nos seguintes termos (MS nº 34070/DF):

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição - nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

[...]

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

Impende aqui sublinhar que essa decisão do Ministro Gilmar Mendes deixa evidente o seu entendimento de que a suspensão de nomeação de Ministro de Estado sob tais circunstâncias não representa interferência indevida do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, o que é verdadeiramente coerente com o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), posto que, se assim não fosse, não haveria como o Poder Judiciário anular um ato praticado pelo Poder Executivo com desvio de finalidade.

Enfim, a nomeação aqui combatida realmente tem por objetivo blindar o Senhor Moreira Franco contra eventual decreto de prisão por parte de juízes de primeiro grau de jurisdição, o que revela nítido desvio de finalidade atentatório aos princípios da administração pública, podendo e devendo ser reprimido no âmbito judicial.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender a eficácia do ato de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República [...]. (fls. 18/20)

Segundo as prescrições do art. 4º da Lei 8.437/1992,

[...] compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento

do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O deferimento do pedido de suspensão, portanto, está condicionado a que esteja plenamente caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da medida (art. 4º da Lei 8.437/1992).

Na hipótese dos autos, questão idêntica já foi objeto de análise pelo então Presidente desta Corte, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, que ao examinar o pleito nos autos da Suspensão de Liminar 0014782-85.2016.4.01.0000/DF, proferiu a seguinte decisão:

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão a quo, resulte grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e/ou à economia públicas, não podendo ser utilizada como sucedâneo recursal.

Conquanto seja possível um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal, a fim de possibilitar, no estreito limite da competência do Presidente do Tribunal, a verificação da existência ou não dos pressupostos necessários à suspensão da execução da decisão impugnada, as questões processuais atinentes à via eleita, (in)competência do Juízo, prevenção, etc., bem como às supostas violações ao ordenamento jurídico devem ser debatidas nas vias recursais próprias pelo juiz natural, porquanto o instrumento jurídico-processual ora manejado não tem vocação recursal.

Da análise da liminar vergastada, verifico que a decisão interfere sobremaneira em atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo, de nomear e exonerar os Ministros de Estado (art. 84 da Constituição Federal), em nítida ingerência jurisdicional na esfera de outro Poder.

Com efeito, há que se considerar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade. Na hipótese, a decisão questionada, tomada em juízo de cognição sumaríssima, em momento de sensível clamor social, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas, visto que agrava, ainda mais, a crise política, de governabilidade e de credibilidade, com inegável impacto no panorama econômico do país.

E mais, a decisão, como se constata da simples leitura de seus termos foi proferida com base em meras suposições que, como bem asseverou o juízo a quo “devem ser, no mínimo, submetidos ao contraditório, mas sem prejuízo do resguardo de direitos, garantias e poderes constitucionalmente assegurados”, sendo certo, portanto, que os autos carecem de prova cabal do alegado desvio de finalidade e/ou crime de responsabilidade atribuído ao ato de nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência, ao Juízo a quo, encaminhando-se-lhe, cópia desta decisão.

Brasília, 17 de março de 2016.

Neste sentido, observo que a decisão liminar gerará uma situação de grave lesão à ordem pública, segurança e ordem administrativa, interferindo de maneira absolutamente sensível na separação de Poderes, usurpando competência legitimamente concedida ao Poder Executivo (art. 84 da Constituição Federal).

Razão assiste, portanto, à requerente quando, em abono de seu pleito, argumenta:

No caso presente, é inegável a presença dos pressupostos autorizadores da suspensão de liminar, a teor do que dispõem os arts 4º da Lei n.º 4.348/1964 e 4º da Lei n. 8.437/1992, porque presentes a grave lesão à ordem pública administrativa, capaz de provocar danos irreparáveis ao país, além de violar frontalmente a separação dos poderes, invadindo drasticamente a esfera de competência do Poder Executivo [...]. (fl. 05)

[...]

Veja-se que, no que tange à grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional, patente a interferência indevida no executivo federal.

Ademais, importa esclarecer desde já que a presente ação popular e o MS n 34.070/DE, citado na decisão como paradigma, tratam de situações fáticas distintas.

No caso do ex-presidente Lula, quando o ministro Gilmar Mendes, no MS 34.070, admitiu as “gravações” como fundamento para a concessão da ordem, o fez forte no fato de que as citadas gravações eram provas válidas, porquanto autorizadas judicialmente. Não eram provas ilegais. Só posteriormente o saudoso ministro Teori Zavascki as declarou ilegais.

Mas, reitere-se, no momento em que foram usadas pelo ministro Gilmar Mendes, as gravações não estavam alcançadas por essa nulidade. Logo, não há que se falar de “isonomia”.

Além disso, o ministro Moreira Franco já exercia as relevantes funções de Secretário do Programa de Parceria de Investimentos - PPI, criado pela Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, sendo, portanto, o responsável pelo principal programa federal de estímulo ao crescimento econômico, segundo o disposto nos arts. 1 e 2 da citada Lei 13.334/2016:

Art. 1 Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, Art. 2º São objetivos do PPI:

- ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;

II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;

III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;

IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;

e

v - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Logo, o ministro Moreira Franco já exercia funções de extrema relevância e gravidade no governo do Presidente Michel Temer. A transformação da Secretaria-Geral da Presidência e a assunção de Sua Excelência para o cargo de ministro teve como principal finalidade fortalecer esse indispensável Programa governamental.

Com o devido respeito, não há nada nos autos que dê a mínima pista de que o ato presidencial visava obstruir a justiça ou criar embaraços para a "Operação Lavajato". São ilações sem qualquer lastro nos fatos ou nas evidências. E, ademais, com o devido respeito, consiste, inclusive, em afronta à jurisdição do STF, pois segundo o entendimento do magistrado, é "preferível" ser réu perante a Suprema Corte a ser réu perante as instâncias ordinárias, pois isso significaria um "passaporte" para a impunidade.

Independentemente das ilações, a Presidência da República confia plenamente nas instâncias judiciais brasileiras, de todos os graus, de sorte que qualquer pessoa que eventualmente estiver sendo processada ou julgada por quaisquer juízes ou tribunais brasileiros, estará sob a igual proteção das Leis e da Constituição. Portanto, não merece qualquer amparo a conclusão de que a nomeação se deu exclusivamente para garantir foro por prerrogativa de função ao ministro.

Sem embargo dos respeitáveis argumentos e fundamentos da decisão, esta não merece ser prevalecer. Para que houvesse dúvidas razoáveis que ensejassem o suposto "desvio de finalidade", seria necessário comprovar as más intenções do Presidente da República. E essas más intenções não foram demonstradas e porciue inexistentes. Reitera-se: o Presidente da República sempre demonstrou imenso respeito e consideração por todos os juízes e tribunais brasileiros, e Sua Excelência nunca teve motivos para não confiar no império da Lei e da Constituição, sob a égide do Estado Democrático de Direito inaugurado a partir de 1988.

Deve-se registrar também que os vazamentos ilegais da Operação Lavajato não se prestam como provas nem evidências para decisões judiciais ou administrativas; Ademais, não se pode olvidar que as delações premiadas representam tão-somente o início de eventual persecução criminal, não constituindo uma condenação criminal por si só. Supostas condutas objeto de delação devem ser apuradas no âmbito do processo penal, sob o crivo do contraditório, em observância às normas vigentes.

A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

Portanto, com a devida vênia ao entendimento do Douto Magistrado, não é possível concluir, sem qualquer prova nos autos, que a criação de Ministério e nomeação do Ministro de Estado tenham ocorrido em desvio de finalidade, já que: a) a homologação de delação premiada não representa condenação criminal, devendo as condutas serem apurada em processo penal b) a situação do ex-presidente Lula é distinta da situação do ministro Moreira Franco; c) as provas usadas contra o expresidente Lula, à época, tinham a presunção de validade, visto que autorizadas por ordem judicial; d) o ministro Moreira Franco já era alta autoridade governamental e responsável pelo principal programa de investimentos do Brasil; e) não houve qualquer má intenção do Presidente da República em criar obstruções ou embaraços à Operação Lavajato.

Além destes argumentos, é fato que a decisão representa clara e direta afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, tendo o judiciário, sem prova de qualquer vício, sustado um ato administrativo da Presidente da República. Nesse ponto, relembre-se que o art. 76 da Constituição Federal é expresso em dizer que Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Ou seja, a decisão interfere de forma direta e substancial no livre exercício do Poder Executivo! (fls. 05/09)

Pelo exposto, de acordo com os fundamentos deduzidos no precedente supra (SLAT 0014782-85-2016.4.01.0000/DF), a que incorporo, por sua pertinência, as ponderações da requerente acima transcritas, *defiro* o pedido nos exatos termos em que formulado, a saber:

(i) a suspensão da liminar concedida Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá na ação popular nº 0000562-60.2017.4.01.3100, com fundamento no art. 4º da Lei n.º 8.437/1992, conferindo-lhe efeito suspensivo liminar, com fulcro no art. 4º, § 7º, do mesmo Diploma Legal acima mencionado, em virtude da demonstrada plausibilidade das razões invocadas e urgência na concessão da medida, já que os efeitos nefastos decorrentes da manutenção da decisão impugnada se agravam com o decurso do tempo;

(ii) a declaração de que os efeitos da suspensão deferida sejam mantidos até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida na ação aludida ou até o julgamento de recurso contra ela interpostos perante esse Egrégio Tribunal, a teor do disposto no § 9º do art. 4º da mencionada Lei n.º 8.437/1992, com a redação da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 [...] (fl. 15)

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0006068-05.2017.4.01.0000/AP, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 17/02/2017, p. 849)

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0073856-70.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

O Município de Tutóia/MA requer a suspensão da tutela de urgência concedida pelo Juízo Federal Plantonista da Seção Judiciária do Maranhão, que determinou o bloqueio de recursos referentes ao programa de “repatriação” do Governo Federal, nos autos de um pedido de tutela cautelar antecedente proposto por Romildo Damasceno Soares em face da União, do Banco do Brasil e outros, entre eles o Município de Tutóia/MA.

Alega que a ação foi ajuizada com a finalidade de impedir que os recursos recebidos a título de regularização de ativos no exterior (Lei 13.254/2016) sejam aplicados pelo ente público sem a observância das regras contidas no art. 42 da Lei 4.320/1964.

Afirma que o juiz federal plantonista entendeu que as pretensões autorais mereciam guarida e deferiu o pedido para determinar ao Banco do Brasil e à União que se abstenham de promover a movimentação dos valores a serem recebidos pelo Município de Tutóia/MA, a título de repatriação de ativos creditados e da diferença ao Fundeb, enquanto não forem publicadas as leis e decretos previstos na Lei 4.320/1964.

Sustenta que o município requerente foi privado ilegalmente de usufruir de recursos a ele transferidos em decorrência do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), distribuídos recentemente sob a regulamentação da Medida Provisória 753/2016.

Ressalta que a ilegalidade reside no fato de que as referidas receitas não são extraordinárias, haja vista a LOA vigente conter a respectiva previsão orçamentária anual (total) desses recursos, conforme disciplina o art. 6º da Lei 4.320/1964.

Destaca que o prejuízo decorrente do bloqueio em pauta é inequívoco, na medida em que a população que reside no município-autor e, sobretudo, os servidores públicos municipais serão privados de recursos indispensáveis para o custeio de despesas de final de ano, que geralmente são cobertas pelo 13º salário, afetando, inclusive, economia local.

Assevera que justamente no momento em que o município estava conseguindo equacionar o problema referente às dificuldades para a realização do pontual pagamento de parte dos servidores, se encontra atingido por uma decisão interventiva que compromete todo o planejamento e funcionamento da máquina administrativa.

Pugna para que a decisão de primeira instância seja suspensa, tendo em vista que a determinação de bloqueio implica em imediato impacto financeiro que ocasiona grave lesão à saúde, à ordem e às finanças públicas.

É o relatório.

*Decido.*

Segundo as prescrições do art. 4º da Lei 8.437/1992,

[...] compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (original sem destaque).

O deferimento do pedido de suspensão, portanto, está condicionado a que esteja plenamente caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da medida (4º da Lei 8.437/1992).

A lesão ao bem jurídico tutelado deve ser grave, devendo a requerente demonstrar, de modo cabal e preciso, que a manutenção da decisão recorrida trará desastrosa consequência para a coletividade.

No âmbito do pedido de suspensão de segurança, o juízo articulado é de natureza política, limitando-se à identificação, ou não, de *grave* lesão aos bens tutelados pelas normas de regência.

Na hipótese dos autos, a decisão impugnada deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar ao Banco do Brasil e à União que se abstenham de qualquer movimentação de valores recebidos do município requerente atítulo de repatriação de ativos creditados e da diferença referente ao Fundeb, enquanto não forem publicadas as Leis e Decretos previstos na Lei 4.320/1964, sob pena de multa diária, fixada em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Observo que a decisão questionada foi proferida quando faltavam apenas 3 dias para o autor da ação cautelar — beneficiado pela decisão questionada — ser empossado no cargo de prefeito do Município de Tutóia/MA (ora requerente), (fl. 28), o que leva à conclusão de que a partir da posse houve um esvaziamento total do pedido deduzido no presente incidente.

Nesse sentido, as meras alegações de que a decisão impugnada causaria nítida e grave lesão à ordem e à economia públicas nos três dias que antecederam à posse, na medida em que impedia que a municipalidade efetuasse o pagamento de pessoal, fornecedores e prestadores de serviços, não são suficientes para a concessão da medida de contracautela ora pleiteada.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de suspensão de liminar.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0073856-70.2016.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 17/02/2017, p. 846)

## Suspensão de Execução de Sentença 0063420-52.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

A União requer a suspensão da execução da sentença proferida pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Alagoinhas/BA, que, nos autos da Ação Declaratória/Condenatória 31342-67.2014.4.01.3300, ajuizada pelo Município de Crisópolis/BA, condenou a União “a restituir os valores abatidos da cota do Fundo de Participação do Município - FPM do autor a título de benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pelo Governo Federal, observada a prescrição quinquenal”, (fl. 339), e ainda concedeu medida de urgência, com base no art. 300 do CPC, “para determinar a ré que efetue o repasse da cota do Fundo de Participação do Município - FPM do autor, com base no montante da arrecadação líquida do IR e IPI de 23,5%, sem o abatimento dos valores dos benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pelo Governo Federal.” (fl. 339)

Alega que a decisão causa grave lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que seus efeitos interferem em todo o sistema de repartição de receitas dos municípios do País.

Afirma que

[...] a execução da tutela antecipada para determinar o repasse de FPM sem a exclusão dos valores relativos a benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pela União já restou, em caso semelhante ao presente, suspensa pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) - (Suspensão de Tutela Antecipada 350/AL), tendo o Ministro-Presidente Gilmar Mendes consignado na ocasião que ‘a determinação judicial liminar de desconsideração dos incentivos fiscais realizados

pela União Federal para efeito de mensuração do produto de arrecadação do IR e do IPI causa grave lesão à ordem pública, na medida em que inibe a concessão de isenções fiscais pela União Federal e compromete a regular execução orçamentária e as metas fiscais estipuladas em lei.' (fl. 9)

Sustenta que a decisão é capaz de causar um grave efeito multiplicador, na medida em que incentiva diversos outros municípios a ingressarem com demandas semelhantes, inviabilizando, pois, a gestão administrativa do referido fundo. Destaca que outros municípios já têm se valido do precedente apontado para ajuizar ações similares.

Destaca que é muito grande o número de

[...] demandas visando precisamente o repasse da cota do FPM ao Município autor sem o abatimento dos valores dos benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidas pelo Governo Federal que importem em redução de arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Renda (Exemplificativamente, ações 0031350-44.2014.4.01.3300; 002599990.2014.4.01.3300; 0041776-09.2014.4.01.3400; 0017830-17.2014.4.01.3300, dentre muitas outras por todo o Brasil). (fl. 11)

Registra que "é inviável a execução da decisão de primeira instância quanto aos repasses de FPM ao Município de Frei Paulo/SE sem a exclusão dos valores relativos a benefícios fiscais concedidos pela União, eis que inexistem mecanismos capazes de individualizar os valores das isenções e benefícios fiscais na base de cálculo do FPM a apenas um município especificamente." (fl.11)

Argumenta que

[...] uma hipotética redução de alíquota de um tributo, com objetivo claramente desoneratório (benesse fiscal em sentido amplo), por exemplo, tem dois efeitos sobre a receita pública propriamente dita: o efeito aritmético e o efeito econômico. O efeito aritmético é direto, ou seja, com a alíquota reduzida a arrecadação evidentemente diminui. O efeito econômico, no entanto, reconhece na redução da alíquota do tributo um impacto positivo sobre o trabalho, a produção e o emprego – e, portanto, sobre base de incidência tributária – por prover incentivos ao incremento destas atividades. (fl. 12)

Pugna pela "a imediata suspensão dos efeitos da execução da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única Federal da Subseção Judiciária de Alagoinhas/BA, até o trânsito em julgado da ação de origem 31342-67.2014.4.01.3300." (fl. 22)

Decido.

Segundo as prescrições do art. 4º da Lei 8.437/1992,

[...] compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (original sem destaque).

O deferimento da suspensão de tutela antecipada está condicionado a que esteja plenamente caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da medida (4º da Lei 8.437/1992).

A lesão ao bem jurídico tutelado deve ser grave, devendo a requerente demonstrar, de modo cabal e preciso, que a manutenção da decisão recorrida trará desastrosa consequência para a coletividade.

Na hipótese dos autos, o então Presidente desta Corte Federal, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, examinando pleito similar deduzido nos autos da Suspensão de Liminar 0047955-71.2014.4.01.0000/TO, proferiu a seguinte decisão:

Questão semelhante foi levada à Presidência do Supremo Tribunal Federal na STA 350/AL, que assim decidiu:

DECISÃO: Trata-se de Suspensão de Tutela Antecipada ajuizada pela União contra decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2009.05.00.050167-5, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Na origem, o Município de Satuba/AL ajuizou ação contra a União, postulando a regularização do repasse de 23,5% do produto da arrecadação do IR e do IPI ao Fundo de Participação dos Municípios sem a exclusão dos valores de benefícios, isenções e incentivos referentes a esses impostos (fls. 38-64 do Apenso).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas por não haver urgência, tendo em vista que o Município “vem convivendo com o suposto equívoco no cálculo de sua cota no FPM há, no mínimo, quatro anos” (fls. 66-67 do Apenso).

Foi interposto agravo de instrumento perante o TRF da 5ª Região, e o relator deferiu o efeito suspensivo ativo “para determinar que a União não efetue descontos relativos a incentivos e deduções fiscais na cota de repasse do Fundo de Participação do Município autor [...] relativos a IRPF e IPI” (fls. 190-191 do Apenso).

Contra essa decisão a União ajuizou a presente suspensão de tutela antecipada, alegando que a execução da decisão impugnada acarreta grave lesão à ordem e à economia públicas, visto que implica o repasse de valores não arrecadados em razão de renúncia fiscal.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis n.os 12.016/09, 8.437/1992, 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl n.º 497-Agr/RS, rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 6.4.2001; SS n.º 2.187-Agr/SC, rel. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n.º 2.465/SC, rel. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Nos autos de origem, discute-se a base de cálculo para fins de repasse, ao Fundo de Participação dos Municípios, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados (art. 159, inciso I, alíneas “b” e “d”, da CF/88). Não há dúvida, portanto, de que a matéria reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte (SS-Agr n.º 846, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.1996; SS-Agr n.º 1.272, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001).

O art. 15 da Lei n.º 12.016/09 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Num juízo mínimo de deliberação da questão meritória debatida, verifico que a decisão impugnada deferiu pedido liminar em favor do Município de Satuba/AL, ao fundamento de estar em consonância com o entendimento proferido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do RE n.º 572.762 (rel. Ricardo Lewandowski, DJ 5.9.2008):

[...]

Ressalto que o Plenário desta Corte, no julgamento do referido RE n.º 572.762, à unanimidade, entendeu que “o repasse da cota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual” [grifo nosso]. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao relatar o caso, destacou que a condição estabelecida no Programa de Desenvolvimento da Empresa estadual controvertida era a postergação do recolhimento de ICMS, “cuja concessão leva ao adiamento do repasse, aos Municípios, da parcela deste imposto que lhes pertence”.

Assim, ficou esclarecido que a questão era específica, dado que “o tributo em tela já havia sido efetivamente arrecadado, sendo forçoso reconhecer que o Estado, ao reter a parcela pertencente aos Municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas”.

No presente pedido de suspensão, entretanto, discute-se questão distinta relacionada ao Imposto de Renda e ao Imposto sobre Produtos Industrializados e não se demonstra, de plano, a concessão de benefícios, de incentivos ou de deduções que impliquem arrecadação postergada de tributo. Assim, o entendimento firmado no RE n.º 572.762, em princípio, não coincide em termos fáticos e jurídicos com o presente caso.

Portanto, a determinação judicial liminar de descon sideração dos incentivos fiscais realizados pela União Federal para efeito de mensuração do produto de arrecadação do IR e do IPI causa grave lesão à ordem pública, na medida em que inibe a concessão de isenções fiscais pela União Federal e compromete a regular execução orçamentária e as metas fiscais estipuladas em lei.

Ademais, segundo os cálculos apresentados pela União:

[...]

O dano à economia pública é evidente. Isto porque, consoante informações obtidas no sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, os gastos tributários resultantes de benefícios fiscais no Imposto de Renda (Doc. 02) alcançam, apenas em previsão para o exercício financeiro de 2009, o astronômico montante de R\$ 36.171.416.019,00 (trinta e seis bilhões, cento

e setenta e um milhões, quatrocentos e dezesseis mil e dezenove reais). No caso do IPI, o gasto com tais benefícios soma a quantia de R\$ 19.832.085.174 (dezenove bilhões, oitocentos e trinta e dois milhões, oitenta e cinco mil e cento e setenta e quatro reais).

Somando-se os valores das renúncias de IR e IPI, chegamos à cifra de R\$ 56.003.501.193,00 (cinquenta e seis bilhões, três milhões, quinhentos e um mil e cento e noventa e três reais) [...].

Levando em conta total de benefícios fiscais apontados, teríamos o incremento, só no ano de 2009, caso se multiplicassem decisões similares à ora atacada, de despesas orçamentárias no valor de R\$ 17.362.279.689,12 (dezesete bilhões, trezentos e sessenta e dois milhões, duzentos e setenta e nove mil, seiscentos e oitenta e nove reais e doze centavos), relativos ao imposto de renda a ser repassado nos termos do art. 159, I, da Constituição Federal (48%). Além disso, o IPI geraria um gasto extra de repasse no valor de R\$ 1.983.208.517,40 (um bilhão, novecentos e oitenta e três milhões, duzentos e oito mil, quinhentos e dezessete reais e quarenta centavos), com base no art. 159, II, da Constituição Federal (10%).” (fls. 15-16)

Cabe frisar, ainda, que o repasse ao Município-autor tem sido feito da maneira questionada há, pelo menos, quatro anos, conforme consignado pelo Juízo Federal de 1ª instância (fls. 66-67 do Apenso).

Nesse sentido, vislumbro também grave lesão à economia pública, especialmente se considerada a probabilidade de concretização do denominado “efeito multiplicador” (SS n.º 1.836-AgR/RJ, rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 11.10.2001), em vista da possibilidade de aumento de medidas liminares em demandas que contenham idêntico objeto.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2009.05.00.050167-5, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (STA 350, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/10/2009, publicado em DJe-209 DIVULG 06/11/2009 PUBLIC 09/11/2009.

Registre-se, ademais, que o STF, ao examinar o RE 705.423-RG, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida no feito principal. Confira-se:

Trata-se de processo no qual discute-se a utilização, no cálculo da cota do Fundo de Participação dos Municípios, do montante do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados sem a dedução dos incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator originário do feito, deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Cacimbinhas para consignar que não se pode admitir a concessão unilateral de benefícios fiscais pelo ente responsável pelos repasses tributários.

Em agravo regimental, a União pugna pela modificação da decisão, sob o fundamento de que a repartição de receitas tributárias somente pode abranger valores efetivamente arrecadados, motivo pelo qual não englobaria isenções e benefícios previamente concedidos.

De início, reconsidero a decisão de fls. 423/424.

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 705.423-RG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional ora discutida.

Confira-se a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, b e d, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA União. REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

‘Na oportunidade, assentou o Ministro Relator que:

“A questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, sob o prisma constitucional, até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação daqueles tributos.”

Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Publique-se.

(RE 703352 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 15/05/2014, publicado em DJe-098 DIVULG 22/05/2014 PUBLIC 23/05/2014.)

Feitas essas considerações, a meu ver, a execução da decisão, neste momento, tem o condão de acarretar grave lesão à economia pública, principalmente pelo efeito multiplicador de demandas idênticas. A propósito confira-se o que diz a Nota Técnica 2/2014/COFINS/SUPOF/STN/MF-DF relativamente à questão (fl. 219):

[...]

32. Além do mais, uma decisão favorável ao autor, implicaria sérios riscos à economia e à ordem pública, tendo em vista que seus efeitos não alcançariam somente o município autor, mas a totalidade dos entes federados. Segundo informações constantes dos relatórios de renúncia fiscal, disponível no endereço [HTTP://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal/default.htm](http://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal/default.htm), que acompanharam os projetos de Lei Orçamentária Anual, referentes aos exercícios de 2010 a

2014, os gastos tributários projetados alcançam a cifra de R\$ 0,80 Trilhão. Ademais, há que se considerar os efeitos que uma decisão favorável ao Município de Palmas (TO) teria de ser estendida aos demais entes federados com relação aos benefícios fiscais concedidos anos tributos de suas competências, com efeito multiplicador e o surgimento de novas ações judiciais causando danos irreparáveis às Contas da União.

33. A título de comparação, o fluxo acumulado destas desonerações de R\$ 796 bilhões representa cerca de 33% do orçamento fiscal e de seguridade da União para 2014. Convém esclarecer que uma parte das desonerações incidentes sobre os tributos que compõem o FPM foram instituídas no contexto da ação macroeconômica, sob a responsabilidade da União por mandamento constitucional, para incentivar um determinado ramo de atividade ou minorar o impacto de crises e recessões. A título de exemplo podemos mencionar a redução de alíquotas do IPI-Automóveis no final de 2008, por meio do Decreto 6.678/2008. Tal medida contribuiu para o crescimento de 10% nas vendas internas de veículos em 2009, logrando um crescimento de 2,0% no faturamento da indústria automobilística, apesar daquele ter sido o ano mais afetado pela crise financeira de 2008. Com efeito, podemos deduzir que o impacto na atividade econômica compensou parcialmente a perda da arrecadação do próprio tributo e nos demais, mas que não são refletidos no valor das desonerações apresentadas, conforme argumentado anteriormente.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão.

Intimem-se.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo requerido, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 1º de setembro de 2014.

DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO

Presidente

Pelo exposto, de acordo com os fundamentos deduzidos no precedente supra (Suspensão de Liminar 0047955-71.2014.4.01.0000/TO), *defiro* o pedido de suspensão dos efeitos da execução da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única Federal da Subseção Judiciária de Alagoinhas/BA, até o trânsito em julgado da ação de origem 31342-67.2014.4.01.3300.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0063420-52.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, *e-DJF1* de 17/02/2017, p. 836)

## Suspensão de Execução de Sentença 0063707-15.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

A TAM Linhas Aéreas S.A., concessionária de serviço público de transporte aéreo, requer a suspensão da decisão proferida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Santarém-PA, que determinou o cumprimento provisório da sentença proferida nos Autos da Ação Civil Pública 0000780-64.2004.4.01.3902, para que a TAM e a GOL, dentro de 60 dias, passem a reservar, nos voos que partem de Santarém e nos que ali chegam, “pelo menos 02 assentos para transporte gratuito de idosos e deficientes, observadas as demais exigências (antecedência mínima para reserva, porte do Passe Livre etc.) estabelecidas na Portaria Interministerial 3/2001”. (fl. 329)

Na decisão questionada consta ainda a determinação para que a União, no prazo de 30 dias, por meio dos ministérios e/ou secretarias competentes, estabeleça mecanismos (formulários, sistemas etc.) para fins de preservação do direito à gratuidade no transporte aéreo.

A requerente alega que

[...] a suspensão do cumprimento provisório da sentença é medida que se impõe, sob pena de grave lesão à segurança, à ordem e à economia públicas, por três razões: (i.) a sentença, cujos efeitos não atingem a totalidade das companhias aéreas em operação no país e das cidades onde o serviço aéreo é prestado, chancela na prática a coexistência de dois regimes jurídicos e distintos, violando a isonomia entre os agentes de mercado, com graves consequências de natureza concorrencial e econômica, impactando diretamente no equilíbrio do mercado e no bom funcionamento da aviação civil brasileira, bem como na isonomia perante os beneficiários da tutela jurídica; (ii.) a sentença, ao admitir obrigação de conceder o passe livre no serviço de navegação aérea para os voos que chegam e partem de Santarém/PA instaura um cenário de grave prejuízo ao mercado consumidor, vez que os custos decorrentes da reserva de tais assentos serão repassados aos consumidores

até que sejam revistos os contratos de concessão firmados com o Poder Público, em razão da existência do regime de liberdade tarifária; (iii.) a sentença, acaso cumprido desde logo, cria um cenário de grande insegurança jurídica, em razão de que inexistente atualmente o dever de conceder o passe livre no serviço de navegação aérea - seja a partir de uma ótica constitucional corroborada por decisões do Supremo Tribunal Federal (tópico VI.1), seja a partir do arcabouço regulatório a respeito do passe livre (tópico VI.2), seja, ainda, a partir da investigação sobre a real intenção do legislador ao editar a Lei do Passe Livre (tópico VI.3). (fl. 7)

#### Destaca que

[...] é prestadora de serviços de natureza pública, mais especificamente de serviços de transporte aéreo público, sob o regime de concessão pelo Estado, nos termos do artigo 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica ("CBA"), sob a regulamentação da ANAC, nos termos do artigo 3º da Lei 11.182/20057. Portanto, não existe nenhuma dúvida de que a prestação de serviços de transporte aéreo tem natureza pública." "Assim, não obstante a TAM ser pessoa jurídica de direito privado, na qualidade de concessionária de serviços de natureza pública, possui legitimidade ativa *ad causam* para apresentar o presente Pedido de Suspensão. (fl. 11).

#### Afirma que a sentença, cujo cumprimento foi determinado pela decisão questionada,

[...] criará um caótico cenário de disparidade de concorrência no mercado de transporte aéreo de passageiros, já que as companhias aéreas sujeitas à Sentença terão que necessariamente rever toda a sua política de preços, com a forçosa elevação do custo médio de suas tarifas, de forma a conciliá-lo com a reserva dos assentos para atender ao comando da Sentença no sentido de reserva de assentos para o passe livre. (fl. 14)

#### Sustenta que

[...] essa situação causará enormes prejuízos às empresas submetidas à Sentença, ambas de nacionalidade brasileira, que serão fatidicamente afetadas pela nova política que as atingirá única e exclusivamente", e, "somando a esse fator um cenário de crise econômica, com todas as consequências nefastas daí decorrentes não apenas para as companhias diretamente afetadas pela Sentença, mas também para seus fornecedores e prestadores de serviço. Neste cenário, o risco que a Sentença apresenta à ordem econômica é claro, de modo que este Pedido de Suspensão trata de interesse público primário da Administração Pública. (fl. 14)

Salienta que "o que importa não é o interesse particular da TAM, mas a segurança do sistema nacional de aviação, o que claramente oferece fundamentos a este Pedido de Suspensão." (fl. 15)

#### Consigna que

[...] não se pode afastar a possibilidade desse desequilíbrio competitivo, induzido pela Sentença, gerar grande prejuízo à ordem econômica. Caso a Sentença não seja suspensa, muito em breve já será possível perceber o desequilíbrio que se instaurará no mercado, pois os custos decorrentes da reserva de 4 (quatro) assentos por voo para portadores de passe livre será assumido pelos demais passageiros, impactando todos os consumidores do transporte aéreo. (fl. 15)

Assevera que "os danos que serão causados à economia pública decorrente do repasse dos custos da reserva de tais assentos aos consumidores serão muito maiores na hipótese de não se suspenderem os efeitos da Sentença." (fl. 16)

Argumenta que "a coexistência de dois regimes distintos – um para a TAM e GOL e outro para as demais companhias aéreas que atuam no Brasil – como resultado de uma sentença ainda passível de reforma total, gerará uma profunda confusão entre os consumidores, que ainda sofrerão com os efeitos de uma alta de preços." (fl. 16)

Registra que "a manutenção dos efeitos da decisão liminar proferida em cumprimento provisório de sentença – sendo que está pendente recurso ao STJ, o qual, anteriormente, manifestou-se contra a existência de tal obrigação para concessionários de transporte aéreo – gera grave lesão à economia pública e à aviação civil em particular." (fl. 30)

Pugna pela suspensão da decisão proferida nos autos do cumprimento provisório de sentença, até que haja decisão final de mérito transitada em julgado envolvendo na ação civil pública em questão.

É o relatório.

Decido.

Segundo as prescrições do art. 4º da Lei 8.437/1992,

[...] compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (original sem destaque).

A lesão ao bem jurídico tutelado deve ser grave, devendo a requerente demonstrar, de modo cabal e preciso, que a manutenção da decisão recorrida trará desastrosa consequência para a coletividade.

No âmbito do pedido de suspensão de segurança, o juízo articulado é de natureza política, limitando-se à identificação, ou não, de *grave* lesão aos bens tutelados pelas normas de regência.

No tocante à legitimidade ativa, a requerente (TAM) é uma concessionária de serviço público de transporte aéreo e a possibilidade de as concessionárias de serviços públicos valerem-se do pedido de suspensão de sentença e/ou de liminar é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...] A jurisprudência já assentou entendimento no sentido de reconhecer legitimidade para a propositura de pedido suspensivo também às empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público, quando na defesa do interesse público primário. Dessa forma, o Poder Público legitimado tem um sentido *lato sensu*. (STJ, AgRg no AgRg na SLS 1955/DF, rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 29/04/2015).

*In casu*, o juízo de origem determinou à TAM e à GOL que passem a reservar um mínimo de 2 assentos para o transporte gratuito de idosos e deficientes comprovadamente carentes (fl. 329).

Observo, no entanto, que essas reservas se restringem *tão somente* aos voos com saída e chegada em Santarém/PA, e, ainda assim, desde que observadas certas exigências, tais como antecedência mínima para a reserva, porte do passe livre etc., tudo conforme o estabelecido na Portaria Interministerial 3/2001.

Como as reservas se referem apenas aos voos que partem de Santarém/PA e os que ali chegam, em número que pode ser fixado em 2 assentos (o juiz fixou um mínimo de 2, cfe. fl. 329) e desde que reservados com antecedência, para aqueles idosos e deficientes comprovadamente carentes (Leis 8.899/1994 e 10.741/2003), entendo que a determinação judicial não é suficiente para caracterização do potencial lesivo à economia ou à ordem pública, visto que a requerente não demonstrou como poderia o transporte de apenas um idoso e um deficiente carentes (ou dois idosos ou dois deficientes), no trajeto de ida e volta apenas para a cidade de Santarém/PA, ocasionar lesão à ordem administrativa e à economia pública.

Essa questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do pedido de Suspensão de Liminar (SL) 712, em que a VRG Linhas Aéreas S.A., incorporadora da Gol Transportes Aéreos S.A., requer a suspensão da decisão deste TRF, que determinou à empresa reservar dois assentos em suas aeronaves, em voos domésticos, para pessoas com deficiência comprovadamente carentes. O então Presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, proferiu a seguinte decisão:

[...] nada na narrativa da empresa-requerente sugere que a observância da decisão impugnada irá inviabilizar o transporte aéreo. Cabia à empresa-requerente ir além de ilações ou de conjecturas, com o objetivo de demonstrar que os efeitos da decisão impugnada superam a simples redução da perspectiva dos resultados financeiros da pessoa jurídica.

Nesse sentido, observo que a decisão impugnada determina a reserva de singelos dois assentos nas aeronaves, em voos domésticos, para pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes. Numa primeira análise, própria das precauções excepcionabilíssimas, o hipotético transporte gratuito de até dois passageiros a cada voo não tem intensidade suficiente para retirar completamente o interesse na exploração econômica dos serviços de transporte aéreo de passageiros.

Em abono, observo que as empresas aéreas contam com uma série de desonerações não extensíveis a outras modalidades de transporte. A incidência do ICMS é bastante restrita (ADI 1.600, red. p/ acórdão min. Nelson Jobim, DJ de 20.06.2003), as aeronaves não são gravadas pelo IPVA (RE 379.572, rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ e de 1º.02.2008) e parte significativa dos precedentes afasta a incidência do Imposto de Importação, se o contrato que instrumentaliza o uso da aeronave for de arrendamento mercantil (RE 461.968, rel. min. Eros Grau, Pleno).

Também é importante considerar que as empresas aéreas dispõem de outras fontes de renda, como a exploração do transporte de cargas e a cobrança adicional pelo direito do consumidor de selecionar seu assento (a reserva de assentos diminui a possibilidade da oferta onerosa desse "serviço de valor adicionado", circunstância que reforça ainda mais o caráter puramente patrimonial do interesse jurídico da empresarequerente).

Como os elementos constantes dos autos indicam o baixo potencial do benefício para onerar a empresa-requerente, aliados à constatação de que as empresas aéreas contam com outras formas de redução de custos ou de aumento dos lucros, não há comprovação, além de dúvida razoável, de que a decisão impugnada poderia tornar insustentável a exploração dos serviços de transporte aéreo de passageiros.

Ante o exposto, indefiro o pedido para suspender a liminar (art. 38 da Lei 8.038/1999 e art. 21, § 1º do RISTF).

Publique-se. Int..

Brasília, 21 de agosto de 2013." (STF, SL 712, Ministro Joaquim Barbosa, Presidente, data da decisão: 21/08/2013).

O deferimento do pedido de suspensão está condicionado a que esteja plenamente caracterizada a ocorrência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da medida (4º da Lei 8.437/1992). Deveria, a requerente, demonstrar, de modo preciso, que a manutenção da decisão de primeiro grau traria danos à coletividade, o que não houve no caso.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de suspensão de liminar.

(Suspensão de Execução de Sentença 0063707-15.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, *e-DJF1* de 17/02/2017, p. 842)

## Agravo de Instrumento 0045734-47.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Itaituba/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio e Brasad’Oc Timber Comércio de Madeiras Ltda., em que se discute a regularidade dos contratos de Concessão Florestal 3/2014 e 4/2015, celebrado com a referida empresa promovida, para fins de manejo da Floresta Nacional do Crepori, no Estado do Pará.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, nestes termos:

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal — MPF em face da União, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade — ICMBIO, e da Brasadoc Timber Comercio de Madeiras Ltda com a finalidade de prover, em sede de provimento liminar, a imediata suspensão da execução dos Contratos de Concessão Florestal nº 03/2014 e 04/2014 até a elaboração de estudo antropológico complementar que defina as características dos povos inseridos na Flona Crepori.

Ao final, o parquet federal requer: a) a confirmação do pedido liminar; b) realizado o estudo antropológico complementar, verificada a natureza tradicional da ocupação presente no interior da Floresta Nacional do Crepori, a condenação à obrigação de fazer consistente em realizar adequações no Plano de Manejo do Crepori para que preveja ações voltadas a regularização fundiária, de forma a determinar alternativas para a permanência de tais pessoas na área; o) redefinição das Unidades de Manejo Florestal destinadas à concessão florestal de modo a não prejudicar a população tradicional residente e o povo indígena ocupante de área contígua à flona; d) como etapa do estudo complementar, proceder a consulta prévia dos povos afetados nos exatos termos da Convenção 169 da OIT.

Narra o autor que foi autorizada, mediante licitação, a concessão de exploração de área pertencente à Floresta Nacional do Crepori - Flona Crepori realizada pelo Serviço Florestal Brasileiro — SFB (órgão vinculado à estrutura do Ministério do Meio Ambiente — MMA), na qual se encontram populares que constituiriam uma comunidade tradicional, fatos estes que foram desconsideradas quando da análise da concessão referida.

A existência de comunidades tradicionais pré-existentes locais ensejaria a readequação do Plano de Manejo Florestal apresentado pela requerida Grasadoc Timber Comércio de Madeiras LTDA e à consulta prévia dos povos da localidade, bem como a redefinição das Unidades de Manejo Florestal concedidas à empresa, de modo a não prejudicar a comunidade tradicional lá existente.

Como documento a corroborar a existência de comunidade tradicional local está um estudo técnico realizado pelo ICMBio e, como fundamentação legal, art. 12, Lei nº 7.347/85, art. 2º, inc. III, e art. 6º, §3º, Lei 11.284/2006 e art. 6º da Convenção 169, OIT e outros dispositivos legais de modo a cumprir as garantias legais dos povos tradicionais e indígenas previstas no art. 231 da CF, da Convenção 169/OIT e de outros dispositivos legais.

Juntou peças de informação de Inquérito Civil, contendo termo de declarações do Sr. Maurício Torres (fls. 34/35), relatório de estudo complementar, realizado pelo ICMBio, da região da Flona Crepori (fls. 41/42 e Anexo 1), em que se afirma a existência de comunidade tradicional na localidade, nota técnica do SFB/MMA (fls. 44/51); laudo pericial (fls. 54/93); recomendação da PRM ao SFB (fls. 94/102); resposta do SFB à PRM (fls. 104/105), em que acusa o não recebimento do estudo complementar elaborado pelo ICMBio; ofício nº837/2013 do ICMBio (fls. 106/106-V), no qual indica que o resultado do estudo pericial elaborado não atesta a tradicionalidade ou não da população local; edital de licitação para concessão florestal (fls. 120/152) e; contrato de concessão florestal (fls. 153/299).

Em despacho de fls. 305, foi postergado o exame do pedido liminar posteriormente à manifestação dos requeridos.

O autor requereu a juntada da moção nº 375/2014, de apoio ação do MPF para suspender a concessão da Floresta Nacional de Crepori, em Itaituba/PA (fls. 315/317).

A União se manifestou às fls. 324/340-v, aduzindo, relativamente ao pedido liminar, o representante da AGU afirma que a medida liminar teria caráter absolutamente satisfativo, uma vez que anteciparia plenamente o objeto da ação, o que não seria permitido, de acordo com a art. 1º, §3º, da Lei 8.437/92.

Quanto às razões para o indeferimento liminar, a União assevera: 1) que é possível a existência de comunidades tradicionais no interior de florestas nacionais, conforme o art. 17, §2º, da Lei 9.985/2000 e, por essa razão, “a convivência das concessões florestais com eventuais comunidades residentes numa mesma FLONA é previsão da própria SNUC (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação), não existindo qualquer irregularidade nesse sentido”; 2) Defende a concessão do manejo sustentável, nos termos do art. 90, XIII, da Lei 6938/81; 3) Aduz que “o procedimento licitatório da concessão da FLONA Crepori foi precedido de estudos e de cautelas inclusive no que diz respeito a evitar a proximidade das unidades de manejo florestal a serem licitadas de quaisquer outros usos da floresta que com ela podem conviver”; 4) Afirma que não foi reconhecido, pelo ICMBio e pelo SFB, que a população residente no interior da PMF não se caracteriza como comunidade tradicional, por não estarem preenchidos os requisitos que a caracterizam; 5) A requerida assevera ainda o periculum in mora inverso, em caso de eventual deferimento da liminar, tendo em vista que o manejo florestal é um mecanismo de sustentação do ecossistema, nos termos do art. 3º, VI, Lei 11.284/2006, de acordo com o princípio constitucional da sustentabilidade; 6) Por fim, diante do que expôs, veicula a inocorrência dos pressupostos para concessão da tutela antecipada.

Foi juntado documento em mídia eletrônica, pelo MPF, de parecer elaborado por técnicos do ICMBio, nomeado “Floresta Nacional do Crepori — Atividade de Complementação ao censo e caracterização socioeconômica de seus ocupantes”.

O autor, às fls. 344/347, refutando as teses levantadas pela União.

A União, às fls. 351/359, juntou nota técnica informativa, anexa à sua manifestação preliminar.

A parte requerida ICMBio, às fls. 361/378, manifestou-se quanto ao pedido liminar nos seguintes termos: 1) que a terra indígena (TI) Munduruku já teve seu tamanho demarcado, não havendo necessidade de que o “ICMBio e o SFB analisem posteriormente estudos acerca dos povos indígenas residentes nas TI limítrofes à Unidade de Conservação, pois tais estudos foram necessariamente considerados quando da regularização da Terra Indígena”, afirmando ser impossível revisar o tamanho da área reservada de TI; 2) que o fato de ter sido determinado um novo estudo da população local não anula o estudo que fora feito, além de que não se pode desconsiderá-lo tendo em vista também que a antropologia cultural não é uma ciência exata, sendo possíveis diferentes interpretações de um mesmo resultado; 3) argumenta que, para que a comunidade local possa ser considerada tradicional, há de explorar o meio ambiente de modo sustentável, o que não se verifica considerando que a comunidade considerada tem como atividade principal o garimpo; 4) como as comunidades identificadas no Plano de Manejo da Flona do Crepori não foram consideradas como tradicionais, segundo a legislação vigente, sem ter havido tampouco a sobreposição entre a Terra Indígena Munduruku e a Flona de Crepori, não se faz necessário observar o disposto na Convenção 169/OIT, em relação à consulta prévia das comunidades; 5) existiria, inclusive, uma correlação entre a atividade garimpeira e os desmatamentos ilegais da região, sendo uma atividade altamente lesivo; 6) Por fim, diante do que expôs, veicula a inocorrência dos pressupostos para concessão da tutela antecipada.

O MPF requereu a juntada, às fls. 417/423 e 424/431, de documentos oriundos das comunidades indígenas locais.

A requerida BRASADOC foi devidamente intimada (fls. 434/434-v), porém não apresentou manifestação.

Autos conclusos. Decido.

A satisfação do pleito antecipatório na forma requerida exige o preenchimento dos requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, quais sejam: elementos que evidenciem a probabilidade do direito, o *fumus boni iuris*; bem como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, o *periculum in mora*, significando que o requerente deve demonstrar que a demora na tutela jurisdicional acarretará ao titular do direito vindicado um dano irreparável ou de difícil reparação.

Outrossim, afastado a alegação trazida pela União no sentido de não ser possível a concessão liminar buscada por força do art. 1º, §3º, da Lei 8.437/92. A vedação mencionada não se aplica na espécie, porquanto referida antecipação não esgota o objeto da demanda, apenas antecipa em parte o que pode ser dado em definitivo, pois a liminar requerida visa apenas a suspensão da execução dos Contratos de Concessão Florestal nº 03/2014 e 04/2014 até a elaboração de estudo antropológico complementar que defina as características dos povos inseridos na Flona Crepori.

Dito isso, para deferimento do pedido liminar, necessária a presença de seus requisitos ensejadores, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Neste ponto, curial é a averiguação de possível existência de comunidades tradicionais, ou indígenas, residentes na local objeto das concessões de exploração tratadas neste demanda.

A Flona Crepori, sendo considerada floresta nacional, pode sobrepor-se a áreas das referidas comunidades, porém, para outorga florestal, o Plano Anual de Outorga Florestal (PAOF), contido na Lei nº 11.284/2006, deverá considerar exclusão das terras ocupadas por comunidades locais e indígenas, senão vejamos:

Art. 10. O Plano Anual de Outorga Florestal - PAOF, proposto pelo órgão gestor e definido pelo poder concedente, conterá a descrição de todas as florestas públicas a serem submetidas a processos de concessão no ano em que vigorar.

Art. 11. O Paof para concessão florestal considerará:

[...]

IV - a exclusão das terras indígenas, das áreas ocupadas por comunidades locais e das áreas de interesse para a criação de unidades de conservação de proteção integral;

Embora os requeridos argumentem não ter havido indicação conclusiva em estudo direcionado para tal finalidade e, portanto, não existir empecilho às concessões especificadas, observa-se que os técnicos ambientais, agentes designados pelo ICMBio e inquiridos pelo MPF, indicados para a confecção do estudo técnico produzido ao tempo da análise da concessão de exploração florestal, afirmam que a população encontrada na localidade pode ser considerada como tradicional. A assertiva, como se disse, consta dos documentos preliminares de concessão e foi desconsiderada pelo SFB e pelo ICMBio, sob o argumento referido. Aduz-se a declaração do técnico responsável, realizada em declarações prestadas ao MPF (fls. 34/35):

“Que realizou, a pedido do ICMBio, uma revisão do plano de manejo aprovado para a Flona Crepori, no que refere ao censo populacional na referida área, conforme ofício circular n. 007/2011/ICMBio/FLONACREPORI, tendo realizado a atividade juntamente com equipe mencionada no relatório final;”

“Que no referido estudo constatou a existência de comunidades tradicionais ocupando a região, sendo que todas as conclusões e documentos pertinentes foram entregues ao ICMBio;”

[...]

“Que os referidos documentos demonstram a ocupação da área”

Ademais, a equipe técnica que produziu a laudo pericial, juntado às lis. 54/93, possui a declaração pontual de que existem populações antrópicas na área em testilha e que podem ser considerados como comunidades tradicionais, conforme se demonstra:

“Entre grupos de variados perfis que ocupam a Flona, há, sim, grupos que podem ser considerados comunidades tradicionais, em especial as ocupações registradas na porção da UMF II, nas proximidades do rio das Tropas. (...) Sim conforme explícita o Mapa 1, a UMF II, em sua porção leste, nas proximidades do rio das Tropas, sobrepõe-se a áreas habitadas por comunidades tradicionais (em resposta ao questionamento ‘há sobreposição entre as áreas habitadas e a licitada?’). (...) Sim, a operação de um plano de manejo florestal madeireiro naquele território tradicionalmente ocupado surtiria efeito de uma brutal expropriação (em resposta ao questionamento ‘o projeto de concessão tendo em vista a área licitada, impactaria a referida comunidade? Em que medida?’).”

Nesse sentido, ainda que não se considere o laudo pericial realizado como definitivo a confirmar a tradicionalidade das comunidades locais e o impacto a ser causado pela concessão, haveria a necessidade, outrossim, de análise mais extensiva e minuciosa da questão.

O que ocorreu, todavia, foi o sobrepujamento do referido documento e a temerária concessão de exploração florestal, em possível detrimento dos direitos das comunidades locais, habitantes que retiram da floresta seu sustento e dedicam a ela sua forma de viver. Os requeridos consideraram que as comunidades como não tradicionais, sendo que, entretanto, a declaração para tanto depende de estudos técnicos mais aprofundados,

Embora os planos de manejo florestais possam ser entendidos como importantes como forma de controle das reservas de floresta, áreas de necessária proteção e preservação, como pontuaram ambas as partes, há que se atentar estritamente a todos os procedimentos de concessão de exploração das áreas ambientais em comento, considerando a sua imprescindível importância social, bem como direito fundamental coletivo.

Ademais, ainda há possivelmente, como se apontou no laudo pericial aduzido pelo autor, a existência de comunidade considerada indígena localizada na área concedida, o que contrariaria também o disposto na Convenção 169/OIT, da qual o Brasil é signatário, conforme Decreto nº 5.051/2004:

Art. 2º

1, Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos POVOS interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Art. 3º

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Observe-se, também, que ao se constatar a existência de povos indígenas na localidade, deve-se proceder à consulta prévia dessa população para que se possa, posteriormente, apreciar a concessão da exploração ambiental da área. É mister a verificação das comunidades existentes para que, outrossim, os planos de manejo florestal se ajustem e de qualquer forma não prejudiquem os residentes que porventura lá se encontrem.

Nesse sentido, para que de nenhuma forma a concessão ambiental já efetuada pela parte requerida União e ICMBio cause lesão aos direitos do povo tocai, verifica-se patente o periculum in mora no prosseguimento dos atos concessórios em questão.

Para o deferimento do provimento liminar, por fim, o supracitado art. 300 §2º do CPC encontra semelhante consonância no art. 12 da Lei nº 7.347/1985 (acerca das Ações Cíveis Públicas):

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. §2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Ante o exposto, com fulcro nos art. 300, §2º, do CPC, DEFIRO o pedido liminar requestado para suspender a execução dos Contratos de Concessão Florestal nº 3/2014 e 04/2014 até a elaboração de estudo antropológico complementar que defina as características dos povos inseridos na Flona Crepori.

Citem-se os requeridos.

\*\*\*

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal, em resumo, o descabimento da pretensão liminarmente postulada, e deferida, nos autos de origem, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a pretendida antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se ampara a decisão agravada, notadamente, em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal e constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao Poder Público e à coletividade do *dever de defender e preservar* o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, *caput*), tudo em harmonia com o princípio da prevenção.

Com efeito, conforme bem consignou o juízo monocrático, demonstrando os elementos carreados para os autos a presença de fortes indícios da existência de comunidades tradicionais, inclusive indígenas, nos limites territoriais da Floresta Nacional em referência, em relação às quais não se adotou, oportunamente, as medidas expressamente previstas nos atos normativos de regência, impõe-se a suspensão da execução dos mencionados contratos, até que se elabore competente estudo antropológico complementar que defina as características de tais comunidades e, a depender do resultado obtido, a implementação de tais medidas, com vistas na proteção de seus direitos, sob pena de nulidade dos contratos de concessão em destaque.

\*\*\*

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0045734-47.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 12/09/2016, p. 1.582)



*Juizados especiais federais. Pedido de uniformização de jurisprudência. Interpretação do disposto no art. 5º da Lei 10.259/2001. Norma de caráter processual. Inadmissibilidade do incidente.*

I. Conforme o disposto no art. 14, *caput*, da Lei 10.259/2001, o pedido de uniformização de interpretação de lei federal pressupõe divergência “entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação de lei”.

II. À luz desse dispositivo, é descabido o manejo do incidente para a superação de divergências relativas à interpretação de normas de direito processual, como o é a veiculada no art. 5º da Lei 10.259/2001, que trata os recursos ordinários cabíveis no âmbito dos juizados especiais federais.

III. Na espécie, em que se pretende o reexame de acórdão que inadmitiu agravo oposto contra decisão interlocutória proferida na fase de cumprimento de sentença, é manifesto o descabimento do pedido de uniformização, porque ventila questão de direito processual e, assim, não atende ao disposto no art. 14, *caput*, da Lei 10.259/2001.

IV. *Incidente não conhecido.*

(Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0001158-61.2013.4.01.9380/MG, rel. Juiz Federal Lucas Rosendo Máximo de Araújo, unânime, e-DJF1 de 03/02/2017, p. 1.823)

*Turma Regional de Uniformização. Administrativo. Servidor público. Policial rodoviário federal. Progressão e promoção funcional. Marco inicial. Data única. Atos normativos. Afronta ao princípio da isonomia. Acerto do acórdão recorrido. Improvimento do incidente.*

I. As Turmas Nacional e Regional de Uniformização já definiram a tese de que a fixação de data única como termo para os efeitos financeiros decorrentes de progressão funcional de servidores que se encontram em situações diferentes afronta o princípio da isonomia, isso porque a eficácia da progressão exige a observância segundo a situação individual de cada servidor.

II. Ao impor uma data única para progressão funcional de todos os servidores e fixar datas restritas para o início dos efeitos financeiros, sem análise das condições individuais de cada um, a exemplo do tempo de serviço, o Decreto 84.669/1980 acaba por violar o princípio da isonomia, estabelecendo tratamento igual a servidores que se encontram em situações diferentes.

III. *Incidente improvido.*

(Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0067134-10.2013.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Moisés da Silva Maia, unânime, e-DJF1 de 27/01/2017, p. 2.003)

*Processual Civil. Embargos de declaração. Configurada contradição entre o tempo de contribuição reconhecido na fundamentação e o benefício concedido na conclusão do julgado. Embargos acolhidos com atribuição de efeitos infringentes. Pedido de aposentadoria por tempo de contribuição improcedente. Recurso da parte-autora integralmente desprovido.*

I. Francisco Rosa de Jesus ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando o reconhecimento de tempo de serviço laborado em condições especiais na atividade de motorista, conversão do tempo especial em comum e a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo.

II. A sentença reconheceu, como tempo de serviço especial, os períodos de 21/04/1977 a 02/03/1987, de 08/04/1987 a 05/11/1987, de 10/11/1987 a 27/07/1992, de 1º/09/1992 a 03/11/1995, determinando aplicação do fator de conversão 1.2. No entanto, o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição foi julgado improcedente, porque a soma dos vínculos não completa o tempo necessário para seu deferimento.

III. O autor e réu recorreram da sentença. O autor alegou que: a) o pedido contido na inicial seria do período de 21/04/1977 a 16/12/1998; b) o período posterior a 1995 deve ser reconhecido apenas com o enquadramento

nas hipóteses contidas dos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979, independentemente da comprovação de efetiva exposição aos agentes insalubres. O INSS, por sua vez, alegou que o tempo de serviço prestado antes do advento da Lei 6.887/1980 só poderia ser computado para efeito de aposentadoria por tempo especial e não para somar-se ao tempo de serviço comum.

IV. A Turma Recursal negou provimento ao recurso do INSS e deu parcial provimento ao recurso da parte-autora para conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição com DIB fixada em 06/12/2007, observada a prescrição quinquenal (art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991), mantendo-se, no entanto, a improcedência do pedido quanto ao reconhecimento, como especial, dos períodos laborados após novembro de 1995.

V. O INSS opôs embargos de declaração alegando contradição e omissão. Aduziu que o acórdão foi contraditório porque reconheceu um tempo de contribuição de pouco mais de 25 anos, mas registrou que esse seria tempo suficiente para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição e concedeu o benefício ao autor.

VI. Mesmo intimada, a parte-autora não apresentou resposta aos embargos.

VII. Decisão. É cabível a oposição de embargos de declaração contra decisão judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (art. 1.022 do CPC).

VIII. No caso concreto, embora o autor tenha requerido o reconhecimento de tempo de serviço laborado em condições especiais, não pretende a concessão do benefício de aposentadoria especial, para a qual o tempo de 25 anos é suficiente, mas a conversão do tempo especial em comum e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral.

IX. A aposentadoria por tempo de contribuição integral é um benefício que exige do segurado do sexo masculino a comprovação de um tempo total de 35 anos de contribuição (art. 201, § 7º, I, da CF).

X. O acórdão embargado, portanto, foi contraditório, na medida em que reconhece que o tempo total de contribuição do autor é de 25 anos, 8 meses e 1 dia, mas registra que é suficiente para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

XI. A conclusão lógica do reconhecimento de um tempo de contribuição de 25 anos, 8 meses e 1 dia é a manutenção da improcedência do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

XII. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes ao julgado, para eliminar a contradição e, com isso, negar provimento integral ao recurso inominado interposto pela parte-autora.

XIII. Considerando que, com o julgamento dos embargos, ambas as partes tiveram seus recursos inominados desprovidos, é incabível a condenação em honorários advocatícios, ante a sucumbência recíproca na fase recursal. Desse modo, o acórdão embargado deve ser modificado, também, para revogar a condenação do INSS em honorários advocatícios. Nesse ponto, assevere-se que os embargos foram opostos antes do início de vigência do novo CPC, de forma que inaplicáveis suas disposições relativas a verbas sucumbenciais ao caso.

(Numeração única 0062089-98.2008.4.01.3400, Embargos de Declaração contra Julgamento Colegiado (Cível) 2008.34.00.921310-8/TO, rel. Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal, unânime, e-DJF1 de 24/01/2017, p. 699)

*Agravo de instrumento. Juros moratórios e correção monetária impugnados em fase de cumprimento de sentença. Possibilidade de alteração da forma de atualização do débito em qualquer tempo e grau de jurisdição. Matéria de ordem pública. Aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009. Declaração de inconstitucionalidade parcial e restrita ao período de tramitação do precatório. Precedentes da 2ª Turma Recursal. Agravo conhecido e provido. Retificação ex officio da forma de atualização do débito.*

I. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs agravo contra decisão da 24ª Vara Federal que, em fase de execução contra a autarquia, homologou cálculo de correção monetária do título executivo judicial que utilizou o INPC, cujo montante alcançou R\$ 18.012,00.

II. O agravante afirma que a planilha apresentada pela contadoria judicial não pode ser adotada para fins de pagamento do *quantum debeat*, porque afasta a aplicação da Lei 11.960/2009, cuja aplicação redundaria num montante de R\$ 16.423,78. O agravado pugnou pelo não provimento do recurso.

III. Em relação ao cabimento do agravo de instrumento, a 2ª Turma Recursal da SJDF, com fundamento no art. 5º da Lei 10.259/2001, firmou o entendimento de que é cabível recurso no juizado especial federal, dentre outros, das decisões proferidas na fase de cumprimento da sentença como a presente, que encerra questão referente a índice de correção monetária sobre o montante devido.

IV. No caso, a decisão homologou cálculo atualizado até junho de 2015 que aplicou o INPC (Manual de Cálculos) para dívida relativa a pagamento de auxílio-doença retroativo em detrimento das disposições da Lei 11.960/2009, razão pela qual o agravo deve ser conhecido.

V. O INSS requereu efeito suspensivo e a relatoria suspendeu a eficácia da decisão agravada pelo risco de difícil ou impossível reparação, demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, parágrafo único, CPC/2015).

VI. No mérito do agravo, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, nas ADIs 4.357 e 4.425, considerou os critérios de correção do art. 1º-F parcialmente constitucionais, afastando a possibilidade de atualização pelo índice da poupança (TR) durante o período de tramitação do precatório, pois nesse período não incidem juros sobre o valor do crédito (Súmula Vinculante 17) e a aplicação apenas da Taxa Referencial – TR causaria real prejuízo ao credor. Esse entendimento foi reforçado pela decisão de processar pelo rito da repercussão geral o RE 870.947, rel. Min. Luiz Fux. Já na parte que trata da atualização monetária e juros em momento anterior à expedição do precatório ou RPV, ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do STF quanto à sua constitucionalidade. Assim, o julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 não serve para afastar a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 na atualização das parcelas atrasadas do débito, antes da expedição do precatório ou da RPV. Errôneo, nesse ponto, o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VII. O STJ, por sua vez, entende que a correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados pelas instâncias ordinárias até mesmo de ofício, o que afasta uma possível objeção por violação de coisa julgada (STJ, STJ, AGREsp 201402289939, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 05/08/2015; AIREsp 201600092236, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 30/05/2016). Portanto, a Turma Recursal pode corrigir o comando fixado na sentença sobre a forma de correção monetária, conforme inúmeros precedentes.

VIII. Portanto, a atualização dos atrasados deve ser feita na forma preconizada pelo agravante, da seguinte forma: a) até 29/06/2009, aplica-se o Manual de Cálculos da Justiça Federal; b) para os períodos anteriores à data da requisição de precatório (e posteriores 30/06/2009), deve-se aplicar o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009 (JEF/DF, 2ª Turma Recursal, Proc. 0031422-85.2015.4.01.3400, rel. Juiz Federal David Wilson Pardo, *e-DJF1* 20/05/2016).

IX. Agravo conhecido e provido. Sem honorários.

(Numeração única 0000158-44.2016.4.01.9340, Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2016.34.00.044021-1/TO, rel. Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal, unânime, *e-DJF1* de 24/01/2017, p. 725)

*Agravo de instrumento. Deferimento de tutela de urgência para implantação de pensão à filha menor do instituidor. Qualidade de segurado. Documentação ainda não impugnada atestadora desta condição. Regime próprio de previdência do município não demonstrado. Natureza alimentar do benefício. Decisão mantida. Agravo desprovido.*

I. O INSS agravou de decisão proferida pelo Juízo da 23ª Vara Federal, que antecipou os efeitos da tutela e determinou a implantação do benefício previdenciário de pensão por morte em favor da menor Emilly Silva dos Santos, a partir de 1º/11/2014, na proporção de 1/3, cota-parte correspondente ao rateio da pensão com seus dois irmãos Hebert e Eduarda, litisconsortes passivos necessários, conforme constava da Certidão de Óbito.

II. A irresignação da autarquia se prende à qualidade de segurado do pai da agravada, Éber Silva. Conforme o INSS, na data do óbito do pai da autora, em 11/02/2013, o instituidor já não ostentaria a referida qualidade de segurado, pois seu vínculo com o Município de Cocalzinho de Goiás seria estatutário, ou seja, de Regime Próprio de Previdência do Município (RPPS), desde 1º/10/2007, e não ao RGPS.

III. Não há dúvida de que o *de cujus* manteve vínculo empregatício com a Prefeitura Municipal de Cocalzinho de Goiás, pelo período de 03/09/2001 a 11/02/2013, data de sua morte. A questão central aqui é se o instituidor mantinha a qualidade de segurado do RGPS. Segundo o INSS, o seu último vínculo empregatício celetista teria se encerrado em 10/2011, mantendo tal qualidade até 15/12/2012.

IV. Em sua contestação, o INSS não impugnou a questão referente à qualidade de segurado por parte do falecido ou sua vinculação a regime estatutário, o que fez o agravado pugnar, inclusive, pela falta de interesse recursal.

V. Entretanto, conforme documentação juntada pela agravada, a tutela antecipada foi correta e precedida de consulta ao CNIS, no qual consta que o falecido detinha qualidade de segurado no Regime Geral da Previdência Social.

VI. De fato, constam contribuições até janeiro de 2013 pagas pelo Município de Cocalzinho de Goiás e a menção no CNIS de “ex-RPPS”, bem como declaração da própria comuna de que o falecido era segurado do INSS. Assim, não se desconstituiu até o momento tais provas no curso do processo legal que corre no 1º grau.

VII. Portanto, andou bem o juízo *a quo* que deferiu a tutela. Agravo desprovido. Decisão mantida. Comunique-se imediatamente ao juízo de primeiro grau sobre o teor desta decisão e, preclusas as vias impugnatórias, archive-se o agravo.

VIII. Condena-se o INSS ao pagamento de 10% de honorários advocatícios sobre o valor da causa.

(Numeração única 0000477-80.2014.4.01.9340, Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2014.34.00.032145-5/TO, rel. Juiz Federal Márcio Flávio Mafra Leal, unânime, e-DJF1 de 24/01/2017, p. 718)

## 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](mailto: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](mailto: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.

