

# Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região  
v. 28 n. 11/12 novembro/dezembro 2016

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 28	n. 11/12	p. 1/224	novembro/dezembro 2016
---------	----------	-------	----------	----------	------------------------

# 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 Brasiliense de Direito Público (2007). Membro emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2011). Membro da *Académie Internationale de Droit Comparée*. 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 conclusiva das atividades forenses de 2016, apresenta-nos artigos doutrinários de elevado nível jurídico, sob os títulos de respeitáveis autorias científicas, a saber: *I - Ius constitutionale commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano*, da Professora Doutora Flávia Piovesan, analisando “o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, com destaque às transformações fomentadas no contexto latino-americano, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da Democracia e dos direitos humanos na região, a considerar o desafiador contexto latino-americano sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, para concluir que o sistema interamericano permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário contraste às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis”; *II - O Estudo Prévio de Impacto Ambiental como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável*, dos Professores Mestrandos Aleisa Gonzalez, Francisco Fontenele e Gabriela Mendes Silva, da Universidade Católica de Brasília, sob nossa orientação científica, na compreensão de que “o Estudo Prévio de Impacto Ambiental deve servir como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável, em face dos comandos constitucionais em vigor, a merecer repúdio congressual o teor da PEC 65/2012, que objetiva restringir o licenciamento ambiental à simples apresentação impositiva do EIA/RIMA realizado pelo empreendedor, potencialmente poluidor, com o intuito evidente de anular a sistemática do licenciamento ambiental no Brasil, em manifesta violação ao princípio fundamental da precaução e das regras provenientes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário. Neste visor, entende-se que a aprovação da malsinada PEC 65/2012 revelará um grave retrocesso na legislação ambiental brasileira, na demonstração de que o crescimento econômico no Brasil deve ser alcançado a qualquer custo, agravando ainda mais a imagem já tão decadente de nosso País no cenário internacional, após a tragédia ambiental de Mariana-MG, no contexto de escândalos de corrupção das grandes mineradoras e hidrelétricas, no cenário nacional, a exemplo do complexo faraônico Belo Monte, na região amazônica, a desafiar a inteligência investigativa da força-tarefa Lava-Jato, no contexto histórico do Brasil, pois se afigura evidente que a aprovação congressual da referida PEC 65/2012 visa favorecer unicamente os interesses econômicos das empreiteiras historicamente envolvidas no estrangulamento da moralidade administrativa em nosso País”; *III - Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos*, do Professor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos Walter Antonio Polido, na compreensão de que “o desenvolvimento dos seguros de riscos ambientais no Brasil é imperativo, assim como é realidade em outros países, pois ainda em estágio inicial no mercado nacional, requer conhecimentos e estudos apropriados para o seu aperfeiçoamento. Afirma que, visando a atender o postulado da melhor efetividade possível em relação aos mecanismos de prevenção e proteção ambiental, também o seguro ambiental pode contribuir para esse mister, de interesse para toda a sociedade, e a operacionalização deste complexo sistema de cobertura securitária requer a construção de critérios próprios, não encontrados na metodologia tradicional de seguros de danos, incluídos os de responsabilidade civil e, por isso, o novo sistema pode contribuir para a composição indenizatória de danos ambientais, contemplando interesses difusos e coletivos, assim como já se efetiva no âmbito privado”; *IV - Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*, do Professor Doutor Marçal Justen Filho, na inteligência de que “a arbitragem consiste na composição de um litígio por um ou mais sujeitos

privados, que são independentes das partes litigantes e cuja decisão produz efeito de coisa julgada e vincula o próprio Estado, embora essa solução dependa da escolha consensual de submeter um litígio à arbitragem. Nesse contexto, é inquestionável que a operacionalização concreta da arbitragem propõe desafios de diversa ordem, e alguns deles se relacionam com a confluência de conhecimentos e regimes jurídicos distintos a exigir uma superação dos limites das práticas reiteradas e a demandar, de modo especial, a compreensão de que as soluções usualmente praticadas não são necessariamente compatíveis com as inovações introduzidas”; *V - Aspectos relevantes de recursos extraordinários em face de decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais*, do Professor, Jurista e Advogado *Nabor A. Bulhões* na demonstração de que “a instituição do regime de fungibilidade entre o recurso especial e o recuso extraordinário nos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil em nada interfere na sistemática de competências constitucionais estabelecida nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, vale dizer, o STJ continua sem competência para julgar, em recurso especial, matéria constitucional, enquanto o STF continua sem competência para julgar, em recurso extraordinário, matéria infraconstitucional. Com efeito, a fungibilidade instituída no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, nos termos dos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil, em boa hora vem contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na órbita cível, ainda que só aplicável aos recursos interpostos após a vigência do novo diploma processual civil, segundo o entendimento sufragado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal”; *VI - A calendarização do processo e a ampliação do prazo de defesa no CPC de 2015*, do Professor Doutor e Juiz Federal *Gláucio Maciel Gonçalves*, na fala de que “o Judiciário, premido pela necessidade, viu-se obrigado a modernizar-se, e a jurisdição passou a ser pensada como um serviço público, que deve ser eficiente, economicamente viável e apta a dar resultado num prazo razoável. Com isso, princípios antes restritos à ciência gerencial passaram a ser aplicados, fazendo com que o Estado pudesse chamar as partes, os maiores interessados na solução dos conflitos a ele submetidos, a participar no desenvolvimento desse procedimento, de comum acordo com o juiz. Nesse novo cenário é possível que um calendário específico para determinada demanda seja montado, abolindo-se formalidades como intimações, porque já se sabe de antemão o momento da prática do ato, visando um resultado eficiente e rápido, trazendo o novo código, ainda, a contagem dos prazos processuais em dias úteis com alteração total da norma antiga, que previa a contagem dos prazos em dias corridos, sendo a dita previsão mais consentânea com a realidade, uma vez que o volume de causas impedia a observância dos prazos então fixados pela lei, a não se visualizar nela nenhuma inconstitucionalidade”.

No selecionado acervo jurisprudencial desta edição da Revista do TRF 1ª Região, destacam-se relevantes julgados de natureza processual, jurisprudência diferenciada em defesa da vida e alguns julgados especiais em defesa da vida das presentes e futuras gerações, com enfoque nas causas relativas ao desmatamento ilegal e criminoso da floresta nativa da região amazônica e à exploração abusiva de recursos energéticos em área indígena, sem audiência prévia das comunidades afetadas, em manifesta agressão aos princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental, da responsabilidade social, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável das presentes e futuras gerações.

Desembargador Federal Souza Prudente  
Diretor da Revista TRF 1ª Região

## Artigos Doutrinários.....21

*Ius constitutionale commune* em Direitos Humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano, **21**

Flávia Piovesan

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável, **34**

Aleisa Gonzalez, Francisco Fontenele Carvalho e Gabriela Mendes Silva (orientação científica do Prof. Doutor Souza Prudente)

Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos, **52**

Walter Antonio Polido

Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros, **72**

Marçal Justen Filho

Aspectos relevantes de recursos extraordinários em face de decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais, **96**

Nabor A. Bulhões

A calendarização do processo e a ampliação do prazo de defesa no CPC de 2015, **104**

Gláucio Maciel Gonçalves

## Inovações Legislativas.....113

Lei 13.360, de 17/11/2016.

Lei 13.361, de 23/11/2016.

Lei 13.362, de 23/11/2016.

Lei 13.365, de 29/11/2016.

Lei 13.366, de 1º/12/2016 (mensagem de veto).

Lei 13.370, de 12/12/2016.

Lei 13.371, de 14/12/2016.

Lei 13.409, de 28/12/2016.

Lei 13.410, de 28/12/2016.

Lei Complementar 157, de 29/12/2016 (mensagem de veto).

Medida Provisória 752, de 24/11/2016.

Medida Provisória 753, de 19/12/2016.

Medida Provisória 755, de 19/12/2016.

Medida Provisória 757, de 19/12/2016.

Medida Provisória 759, de 22/12/2016.

Medida Provisória 763, de 22/12/2016.

Decreto 8.893, de 1º/11/2016.

Decreto 8.899, de 09/11/2016.

Decreto 8.903, de 16/11/2016.

Decreto 8.915, de 24/11/2016.

Decreto 8.916, de 25/11/2016.

Decreto 8.926, de 08/12/2016.

Decreto 8.929, de 09/12/2016.

Decreto 8.935, de 19/12/2016.

Decreto 8.936, de 19/12/2016.

Decreto 8.942, de 27/12/2016.

Decreto 8.943, de 27/12/2016.

Decreto 8.945, de 27/12/2016.

Decreto 8.950, de 29/12/2016.

## Arguição de Inconstitucionalidade.....119

Lei municipal. Regulação de procedimentos e serviços praticados por concessionária de serviço público federal de energia elétrica. Inconstitucionalidade. Competência da União, **119**

Numeração única: 0009219-73.1999.4.01.3600

Arguição de Inconstitucionalidade 1999.36.00.009219-0/MT

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

## Julgados de Questões Processuais Relevantes.....121

Indeferimento de pedido de oitiva de testemunhas e de diligências. Reiteração. Preclusão. Cerceamento de defesa. Inexistência, **121**

Agravo Regimental na Ação Penal 0007159-09.2012.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Modificação da base territorial de subseção. Ausência de determinação para redistribuição de feitos. Declínio de ofício. Impossibilidade, **121**

Conflito de Competência 0056851-35.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Ação cautelar preparatória de ação civil pública. Local do dano. *Perpetuatio jurisdictionis*, **122**

Conflito de Competência 0032178-75.2016.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Novély Vilanova

**Ação civil pública. Servidor público do TJDF. Polo ativo. Ministério Público Federal. Competência. Justiça Federal. Interesse jurídico da União. Ausência, 122**

Numeração única: 0027550-14.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.027822-8/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

**Incidente de exceção de suspeição. Juiz singular. Protocolo diretamente no tribunal, 123**

Exceção de Suspeição Criminal 0027795-54.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Policiais civis do Distrito Federal. Interesse da União. Competência da Justiça Federal, 123**

Agravo de Instrumento 0067276-63.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado)

## **Jurisprudência Diferenciada — Julgados em Defesa da Vida.....125**

**Ação penal originária. Desacato e tentativa de lesão corporal. Condição funcional da vítima (gerente do Banco do Brasil). Pena privativa de liberdade. Substituição pela pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, 125**

Ação Penal 0006419-17.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Realização de procedimento médico-cirúrgico. Irreversibilidade. Perekimento de direito, 127**

Mandado de Segurança 0000042-59.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Restabelecimento de precatório. Impossibilidade, 126**

Mandado de Segurança 0034286-53.2011.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Anistia política. Licenciamento de militar por motivação política. Promoções dentro do mesmo quadro de carreira. Reparação econômica em prestação única, 128**

Numeração única: 0035303-80.2009.4.01.3400

Embargos Infringentes 2009.34.00.036189-0/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Aposentadoria por morte. Deferimento a cônjuge e filha inválida. Posterior deferimento integral a cônjuge. Pretensão de reconhecimento da continuidade da invalidez, 128**

Numeração única: 0039159-04.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.040100-5/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Servidores públicos. Aposentadoria. Não homologação do ato pelo TCU. Manutenção de verbas provenientes de decisão transitada em julgado. Devolução. Impossibilidade. Erro voluntário da Administração, 129**

Numeração única: 0032943-17.2005.4.01.3400

Embargos Infringentes 2005.34.00.033292-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Desaposentação. Ilegalidade. Irrepetibilidade das parcelas recebidas por liminar, 131**

Ação Rescisória 0073469-26.2014.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Ato administrativo do Serpro determinando imediato desligamento de empregados aposentados voluntariamente. Reintegração, 131**

Ação Rescisória 0055501-17.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Modificação ilegal de contrato administrativo. Procurador municipal. Parecer jurídico no processo de licitação. Responsabilidade penal. Apropriação de rendas públicas, 135**

Procedimento Investigatório do MP (peças de informações) 0043059-53.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Dano ao Erário não configurado, 136**

Procedimento Investigatório do MP (peças de informações) 0001207-44.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Servidora pública. Licença à gestante. Falecimento da filha após o parto. Direito à licença pelo período integral, 136**

Numeração única: 0006954-92.2008.4.01.3500

Reexame Necessário 2008.35.00.006971-7/GO

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Reconhecimento de tempo exercido como aluno-aprendiz. Contraprestação estatal indireta, 137**

Apelação Cível 0051567-31.2015.4.01.9199/AC

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Hora extra prestada sob o regime da CLT. Direito incorporado por decisão transitada em julgado. Supressão a partir da transposição para o regime estatutário. Extinção da relação contratual celetista. Legalidade, 137**

Numeração única: 0049065-06.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.049724-1/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Anulação da portaria que determinou a demissão. Pedido de reintegração. Danos morais, 139**

Numeração única: 0000207-43.2006.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2006.41.00.000207-7/RO

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

**Militar reformado sob a égide da Constituição Federal de 1967. Reingresso no serviço público civil antes da CF/1988. Aposentadoria proporcional. Cumulação de proventos civis e militares, 139**

Numeração única: 0035654-29.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.044749-9/DF

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Crime contra a flora. Organização criminosa. Paciente idoso acometido de doença. Concessão de liberdade provisória, 140**

*Habeas Corpus* 0053131-60.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Estelionato qualificado. Benefício de auxílio-doença cumulado com o exercício da atividade laboral. Silêncio a respeito da atividade. Indução do INSS a erro por omissão, 140**

Recurso em Sentido Estrito 0000236-27.2014.4.01.3902/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Ação de improbidade administrativa. Litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho. Ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, 141**

AG 0021912-29.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Ensino. Acesso ao primeiro ano do ensino fundamental aos menores de seis anos de idade. Restrição por motivo de idade. Requerente cursando o ensino fundamental por força de decisão liminar. Fato consumado, 141**

Apelação Cível 0043891-69.2011.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Suspensão do fornecimento. Serviço público essencial e indispensável ao mínimo existencial, 142**

Reexame Necessário 0002225-02.2013.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Ocupação irregular de terra pública. Decisão de reintegração de posse em ação civil pública. Cumulação de pedidos. Possibilidade, 143**

Agravo de Instrumento 0071692-69.2015.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

**Responsabilidade civil. Queda de aeronave. Transporte de prestador de serviço. Danos morais, 143**

Numeração única: 0000636-93.2009.4.01.4200

Apelação Cível 2009.42.00.000636-5/RR

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Resolução da Anvisa. Rotulagem obrigatória dos alimentos que causam alergias alimentares. Incidência sobre produtos nacionais e importados. Abrangência geral da norma. Poder de polícia sanitária, 144**

Agravo de Instrumento 0045020-87.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**INSS. Pagamento de proventos. Beneficiário falecido. Viúva. Direito à pensão, 144**

Numeração única: 0019154-91.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.019157-5/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Morte de filho e irmão. Serviço militar obrigatório. Omissão estatal. Ausência de atendimento por médico especialista. Danos morais. Danos materiais, 145**

Apelação/Reexame Necessário 0011447-14.2010.4.01.3801/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Concurso público. Candidato com deficiência. Existência de duas listas de classificação. Regional e nacional. Utilização da classificação nacional para fins de nomeação. Preterição. Indenização, 146**

Apelação Cível 0023184-19.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Ministério da Agricultura. Suspensão de dispositivos da IN SDA 5/2012. Ilegalidade. Não ocorrência, 146**

Agravo de Instrumento 0039205-46.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Responsabilidade civil. Abordagem policial. Ausência de identificação dos policiais federais. Emprego desnecessário de violência. Ato ilícito. Danos morais, 147**

Numeração única: 0002957-36.2005.4.01.3200

Apelação Cível 2005.32.00.002965-8/AM

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Responsabilidade civil. Anatel. Vítima fatal de acidente de trânsito. Indenização devida ao cônjuge supérstite e ao filho do *de cujus*. Pensão mensal. Dano moral, 148**

Apelação Cível 0048703-93.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Contrato de previdência privada. Legitimidade passiva da CEF. Competência da Justiça Federal. Renda vitalícia e indenização por danos morais, 149**

Numeração única: 0001778-66.2007.4.01.3307

Apelação Cível 2007.33.07.001778-0/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Plano de saúde. Negativa de cobertura de prótese cirúrgica. Responsabilidade solidária da Unimed BH. Ocorrência. Danos morais, 150**

Numeração única: 0005338-28.2008.4.01.3809

Apelação Cível 2008.38.09.005337-8/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Busca e apreensão de menor. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Exame psicossocial. Completa adaptação do menor ao novo meio social. Restituição ao país de moradia anterior: impossibilidade, 151**

Apelação Cível 0001259-19.2011.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Contribuição para o PIS. Faturamento X receita bruta. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Cofins. Majoração da alíquota. Constitucionalidade, 151**

Apelação Cível 0019823-37.2010.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Tarifa aeroportuária. Aeronave. Subarrendamento. Exclusão da responsabilidade do proprietário pelo pagamento das tarifas. Impossibilidade. Ausência de comprovação de subarrendamento no período das cobranças, 152**

Apelação Cível 0004637-13.2006.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Ação civil pública. Cursos de educação profissional de técnico e auxiliar em enfermagem. Estágio supervisionado. Carga horária mínima. Fixação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade, 153**

Numeração única: 0002880-43.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.002888-0/DF

Relator: Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado)



**Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM. Receita patrimonial. Base de cálculo, 154**

Apelação Cível 040527-62.2010.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Crédito presumido do IPI. Exclusão, do cálculo do ressarcimento, de valores referentes a aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem de não contribuintes da contribuição para o PIS e da Cofins. Exclusão do valor das vendas para o exterior de produtos não tributados na receita de exportação, 154**

Apelação/Reexame Necessário 0027662-95.2010.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Imposto de Renda sobre complementação de aposentadoria. Não incidência da vigência da Lei 7.713/1988. Legitimidade ativa da associação (RE 573.232/SC). Limitação territorial dos efeitos do julgado, 155**

Reexame Necessário 0014460-60.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Ação popular. Medida provisória. Declaração de nulidade. Conversão em lei. Validação pelo Congresso Nacional. Inexistência de demonstração de lesão ao patrimônio público, 156**

Numeração única: 0030310-96.2006.4.01.3400

Reexame Necessário 2006.34.00.031077-2/DF

Relator: Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado)

**Jurisprudência Especializada – Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....157****Infração ambiental. Desmatamento de cobertura florestal nativa. Veículo. Apreensão. Legalidade. Direito de propriedade. Mitigação. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração, 159**

Apelação/Reexame Necessário 0002807-92.2014.4.01.3603/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Fraudes no sistema DOF/lbama. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar, 160**

Numeração única: 0011734-39.2008.4.01.3900

Apelação Cível 2008.39.00.011767-9/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHE Teles Pires. Licença de instalação. Autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Inexistência. EIA/Rima viciado e nulo de pleno direito. Agressão aos princípios de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental, da responsabilidade social, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável, 162**

Apelação/Reexame Necessário 0003947-44.2012.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Pedido de desembargo de área. Falta de licenciamento ambiental. Fato confessado pela parte. Validade do auto de infração. Inexistência de perigo da demora. Autuação que persiste há mais de quatro anos, 163**

Agravo de Instrumento 0022055-18.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Decisões Monocráticas.....165**

**Ação civil pública. Pedido de nulidade da 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012 relativa ao empreendimento termelétrico UTE Porto do Itaqui/MA. Avaliação da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do EIA/RIMA para pronunciamento acerca da eventual adequação aos termos das premissas estabelecidas e indicação de soluções tecnológicas alternativas, visando a máxima redução de emissão de poluentes, 165**

Agravo de Instrumento 0064164-47.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**União. Imissão provisória na posse de área expropriada, 171**

Agravo de Instrumento 0052744-45.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Ações previdenciárias com pedido de aposentadorias de diversos idosos na comarca de São Gotardo/MG. Pedido de destaque de honorários contratuais, 173**

Agravo de Instrumento 0066680-74.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

**Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal. Indenização de fronteira. Lei 12.855/2013, 178**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0062716-39.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Prefeito de Candeias/BA. Afastamento. Determinação de imediato retorno ao cargo, 180**

Agravo de Instrumento 0064350-70.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

**Inclusão de custodiados em presídio federal. Situação excepcional e interesse da segurança pública na medida judicial em discussão, 185**

*Habeas Corpus* 0064320-35.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Obras emergenciais e estruturais. Implantação de acesso à Comunidade Quilombola Rio dos Macacos, 188**

Apelação Cível 0022425-98.2010.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo (convocado)

**Reembolso devido às termelétricas pelo custo efetivo do combustível. Impossibilidade de limitação da forma de pagamento por meio de ato normativo. Alegação de descumprimento de decisão, 190**

Numeração única: 0029183-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.029716-4/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Determinação da anulação do Despacho Aneel 4.395/2014, 193**

Agravo de Instrumento 0041520-13.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Fornecimento de água potável à comunidade indígena localizada no Município de Campanário/MG, 195**

Agravo de Instrumento 0066108-84.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Acordos de cooperação técnica firmados entre o Ministério da Agricultura e alguns municípios, para auxílio nas atividades de fiscalização sanitária, por meio da cessão de servidores públicos médicos veterinários para atuar na fiscalização sanitária, 200**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0063825-88.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Liberação de valores bloqueados em conta decorrente de convênio Embrapa, 202**

Agravo de instrumento 0042896-34.2016.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Região amazônica. Remoção de mosquitos transmissores da malária. Proliferação após a formação de complexo hidrelétrico, 204**

Agravo de Instrumento 0062708-62.2016.4.01.0000/RO  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Portal da Transparência. Implantação. Atualização e correta disponibilização de dados, 207**

Apelação Cível 0002033-52.2016.4.01.3810/MG  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Atribuição de efeito suspensivo à apelação. Servidora pública. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Reintegração. Aposentadoria, 209**

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0040244-44.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

**Exclusão do rateio da inadimplência (*loss sharing*) no Mercado de Curto Prazo. Valores de GSF sobre os geradores hidrelétricos em liquidações realizadas pela CCEE, 211**

Medida Cautelar Inominada 0069169-50.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

## **JEFs em Revista.....215**

**Reajuste de remuneração no índice de 13,23% decorrente da Lei 10.698/2003, 215**

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0040083-24.2013.4.01.3400  
Relator: Juiz Federal Alexandre Vidigal de Oliveira

**Servidor público federal. GDPST. Limitação temporal à conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho, 216**

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0015284-05.2013.4.01.3500/GO  
Relator: Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante

**Previdenciário. Revisão de benefício. Acordo em ação civil pública. Eficácia subjetiva do ajustamento de conduta. Pedido que transborda os limites fixados. Ação civil pública. Transação judicial. Tese jurídica geral que se traduz na revisão de benefícios previdenciários. Ineficácia do título executivo. Medida a ser pleiteada individualmente por cada beneficiado em liquidação de sentença. Inadequação da via eleita pelo autor. Falta de interesse de agir, 217**

Incidente de Uniformização 0006733-29.2014.4.01.3200  
Relator: Juiz Federal José Airton de Aguiar Portela

## **Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....221**

## **Instruções Editoriais.....223**



# *Ius constitutionale commune* em Direitos Humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano

Flávia Piovesan\*

## 1 Introdução

Objetiva este artigo focar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, com destaque às transformações fomentadas no contexto latino-americano, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região.

Considerando o desafiador contexto latino-americano, sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, será estudado inicialmente o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte Interamericana.

À esta análise soma-se o exame do crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus riscos, potencialidades e desafios.

## 2 Desafios do contexto latino-americano: violência, desigualdade e centralismo do poder político

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Todavia, cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil<sup>1</sup>. Na América Latina, 40,5% das crianças e adolescentes são pobres.

Sob o prisma étnico-racial, de acordo com o International Development Bank, a população afrodescendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana. Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afrodescendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*overlapping discrimination*). Conclui-se, assim, que em média 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos. Povos indígenas e afrodescendentes estão desproporcionalmente representados entre a população em situação de pobreza e miséria, sendo que as mulheres sofrem ainda maior grau de vulnerabilidade, por meio da etnização e da feminização da pobreza.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas

\* 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 Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); *visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), *visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008; 2015); de 2009 a 2014 foi Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>1</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p. 3.

9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos<sup>2</sup>.

Na pesquisa Latinobarometro 2013 sobre o apoio à democracia na América Latina, embora 56% dos entrevistados considerarem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, a resposta afirmativa encontra no Brasil o endosso de apenas 49% e no México 37%. De acordo com a pesquisa, 31% consideram que pode haver democracia sem partidos políticos e 27% consideram que a democracia pode funcionar sem Congresso Nacional.

A região latino-americana marcada por sociedades pós-coloniais tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região sofre com um centralismo autoritário de poder, o que vem a gerar o fenômeno do “hiperpresidencialismo” ou formas de “democracia delegativa”. A democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem, contudo, efetivar reformas institucionais profundas necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

É neste contexto político, social e cultural, por compartilhar de problemas, desafios, dilemas e tensões similares, que se justifica a defesa de um constitucionalismo regional transformador.

### 3 Impacto transformador do Sistema Interamericano no contexto latino-americano

A criação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos decorre da combinação de 3 (três) importantes fatores ao longo do processo de democratização na região:

a) o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;

b) a emergência de constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização

de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos;

c) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente<sup>3</sup>. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação

<sup>2</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p. 3.

<sup>3</sup> Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 06/01/12.

direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 6 (seis) diferentes categorias de violação a direitos humanos:

#### a) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* — Velasquez Rodriguez *versus* Honduras, concernente a desaparecimento forçado. Em 1989 a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas<sup>4</sup>.

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala<sup>5</sup> e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de

*habeas corpus* inclusive em situações de emergência, de acordo com o art. 27 da Convenção Americana<sup>6</sup>.

#### b) Violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso *Barrios Altos* (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de *Barrios Altos*”, de forma a interrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas<sup>7</sup>.

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile*<sup>8</sup>, cujo objeto era a validade do Decreto-Lei 2.191/1978 — que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet — à luz das obrigações decorrentes da Convenção

<sup>6</sup> *Advisory Opinion* n. 08/87, of 30 January 1987.

<sup>7</sup> *Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru)*. Judgment of 14 March 2001.

<sup>8</sup> *Caso Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006.

<sup>4</sup> *Velasquez Rodriguez Case, Inter-American Court of Human Rights*, 1988, Ser. C, n. 4.

<sup>5</sup> *Advisory Opinion* n. 3/83, of 8 September 1983.

Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de “autoanistia”, por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/1986) e obediência devida (Lei 23.521/1987), adotando como precedente o caso *Barrios Altos*.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70<sup>9</sup>. A Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Na mesma direção, em 2011, no caso *Gelman versus Uruguai*<sup>10</sup>, a Corte Interamericana decidiu que a “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva” carecia de efeitos jurídicos por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não podendo impedir ou obstar a investigação dos fatos, a identificação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações a direitos humanos.

### c) Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito (*rule of law*)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001)<sup>11</sup>, envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

### d) Violações de direitos de grupos vulneráveis

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)<sup>12</sup>, em que a Corte reconheceu o direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso — caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)<sup>13</sup> —, a Corte

<sup>9</sup> Caso *Gomes Lund and others versus Brasil*, *Judgment of 24 November 2010*. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a conseqüente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

<sup>10</sup> Caso *Gelman versus Uruguai*, *Judgment of 24 February 2011*.

<sup>11</sup> *Aguirre Roca and others vs. Peru case (Constitutional Court Case)*, *Judgment of 31 January 2001*.

<sup>12</sup> *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua*, *Inter-American Court*, 2001, Ser. C, n. 79.

<sup>13</sup> *Yakye Axa Community vs. Paraguay*, *Inter-American Court*, 2005, Ser. C, n. 125.



sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek v. Paraguai*<sup>14</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso *Villagran Morales contra a Guatemala (1999)*<sup>15</sup>, em que este Estado foi condenado pela Corte, em

virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC 17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC 18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC 16, de 1º de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, destacam-se relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços<sup>16</sup>. No caso *González e outras contra o México (caso “Campo Algodonero”)*, a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em *Ciudad Juarez*, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em *Ciudad Juarez*. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no *Kenya* foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

<sup>15</sup> *Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case)*, *Inter-American Court*, 19 November 1999, Ser. C, n. 63.

<sup>16</sup> A respeito, ver caso *María Eugenia versus Guatemala* e caso *Maria da Penha versus Brasil* decididos pela Comissão Interamericana.

adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher<sup>17</sup>.

Ineditamente, em 24 de fevereiro de 2012, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Chile em face do tratamento discriminatório e interferência indevida na vida privada e familiar da vítima Karen Atala devido à sua orientação sexual<sup>18</sup>. O caso foi objeto de intenso litígio judicial no Chile, que culminou com a decisão da Corte Suprema de Justiça em determinar a custódia das três filhas ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os arts. 1º, § 1º e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação.

#### e) Violações a direitos sociais

Nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (art. 19, § 6º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala<sup>19</sup>, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa — o direito a não ser privado da vida arbitrariamente —, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna — o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso *niñas Yean y Bosico versus Republica Dominicana*, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que:

[...] en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.<sup>20</sup>

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo y otros versus Ecuador*<sup>21</sup>, referente à suposta negligência médica em hospital particular — mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito —, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*<sup>22</sup>, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*<sup>23</sup>, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários

<sup>17</sup> Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_205\_esp.pdf>.

<sup>18</sup> *Caso Atala Riffo and daughters vs. Chile*, Inter-American Court, 24 February 2012, Series C, n. 239.

<sup>19</sup> *Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case)*, Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, n. 63.

<sup>20</sup> *Caso de las niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana*, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, n. 130.

<sup>21</sup> *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, Inter-American Court, 22 November 2007, Serie C n. 171.

<sup>22</sup> *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Inter-American Court, 25 November 2003, Serie C n. 101.

<sup>23</sup> *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, Inter-American Court, 02 February 2001, Serie C n. 72.

públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru*<sup>24</sup>, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” *versus Peru*<sup>25</sup>, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas.

No caso *Acevedo Buendia vs. Peru*<sup>26</sup>, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não regressividade em matéria de direitos sociais.

#### f) Violações a novos direitos da agenda contemporânea

Finalmente, esta sexta categoria de casos compreende novos direitos da agenda contemporânea, com especial destaque aos direitos reprodutivos.

Em sentença proferida em 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outros contra a Costa Rica*<sup>27</sup>,

enfrentou, de forma inédita, a temática da fecundação “in vitro” sob a ótica dos direitos humanos. O caso foi submetido pela Comissão Interamericana, sob o argumento de que a proibição geral e absoluta de praticar a “fecundação in vitro” na Costa Rica desde 2000 estaria a implicar violação a direitos humanos. Com efeito, por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de 15 de março de 2000, a prática da fertilização *in vitro* atentaria claramente contra a vida e a dignidade do ser humano. Todavia, no entender da Comissão, tal proibição estaria a constituir uma ingerência arbitrária com relação aos direitos à vida privada e familiar, bem como ao direito de formar uma família. A proibição estaria ainda a afetar o direito de igualdade das vítimas, eis que o Estado estaria a impedir o acesso a tratamento que permitiria superar uma situação de desvantagem relativamente a ter filhas e filhos biológicos, com impacto desproporcional nas mulheres. O argumento da Comissão é de que a proibição da fertilização *in vitro* afrontaria os direitos à vida privada e familiar; à integridade pessoal; à saúde sexual e reprodutiva; bem como o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e o princípio da não discriminação.

A partir de uma interpretação sistemática e histórica, com destaque à normatividade e à jurisprudência dos sistemas universal, europeu e africano, concluiu a Corte Interamericana não ser possível sustentar que o embrião possa ser considerado pessoa. Recorrendo a uma interpretação evolutiva, a Corte observou que o procedimento da fertilização *in vitro* não existia quando a Convenção foi elaborada, conferindo especial relevância ao Direito Comparado, por meio do diálogo com a experiência jurídica latino-americana e de outros países, como os EUA e a Alemanha, a respeito da matéria. Concluiu que ter filhos biológicos, por meio de técnica de reprodução assistida, decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade e vida privada e familiar. Argumentou que o direito absoluto à vida do embrião — como base para restringir direitos — não encontra respaldo na Convenção Americana. Condenou, assim, a Costa Rica por violação aos art. 5º, § 1º, 7º, 11, § 2º e 17, § 2º da Convenção Americana, determinando ao Estado adotar com a maior celeridade possível medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a fertilização “in vitro”, assegurando às pessoas a possibilidade de valer-se deste procedimento sem impedimentos. Determinou também ao Estado a implementação

<sup>24</sup> Caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*, *Inter-American Court*, 24 November 2006, Serie C, n. 158.

<sup>25</sup> Caso “cinco pensionistas” *v. Peru*, *Inter-American Court*, 28 February 2003, Serie C, n. 98.

<sup>26</sup> Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* contra o Peru, sentença prolatada em 1º de julho de 2009.

<sup>27</sup> Caso *Artavia Murillo e outros (“fecundación in vitro”)* vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentença proferida em 28 de novembro de 2012.

da fertilização “in vitro”, tornando disponíveis os programas e os tratamentos de infertilidade, com base no princípio da não discriminação. Adicionou o dever do Estado de proporcionar às vítimas atendimento psicológico de forma imediata, fomentando, ademais, programas e cursos de educação e capacitação em direitos humanos, no campo dos direitos reprodutivos, sobretudo aos funcionários judiciais.

Ainda no campo dos direitos reprodutivos, em 29 de maio de 2013, ineditamente, a Corte concedeu medidas provisórias em face de El Salvador<sup>28</sup>, em conformidade com os arts. 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 27 do Regulamento da Corte, em caso envolvendo interrupção de gravidez em virtude de anencefalia fetal. Na hipótese, a Senhora “B”<sup>29</sup> encontrava-se na 26ª semana de gravidez de um feto anencefálico, portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina. A Senhora “B” apresentava enfermidade materna grave com risco de morte materna.

A Corte determinou ao Estado de El Salvador a concessão de medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde da Senhora “B”, considerando o urgente e iminente risco de dano irreparável. Endossou a necessidade do Estado de El Salvador de adotar e garantir, com urgência, todas as medidas que sejam necessárias e efetivas para que a equipe médica responsável pela Senhora “B” possa adotar, sem qualquer interferência, as medidas médicas para assegurar a devida proteção aos direitos consagrados nos arts. 4º e 5º da Convenção Americana, evitando, assim, danos que possam ser irreparáveis aos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde da Senhora “B”.

#### 4 O empoderamento do sistema interamericano mediante a efetividade do diálogo jurisdicional e crescente legitimação social

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta

uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*.

Isto é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*.

Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional. A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma

<sup>28</sup> Medidas provisórias em face do Estado de El Salvador, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 29 de maio de 2013.

<sup>29</sup> Por solicitação da Comissão Interamericana, em respeito à identidade e à privacidade da vítima, esta é identificada como Senhora “B”.

constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam

direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios *pro ser humano*, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416). A Constituição do México, com a reforma de junho de 2011, passou a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no princípio *pro persona*.

Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do art. 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio *pro ser humano*. Às regras interpretativas consagradas no art. 29 da Convenção Americana somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global — que, por sua vez, também enunciam o princípio *pro persona* fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o art. 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o art. 16, § 2º, da Convenção contra a Tortura e o art. 4º, § 4º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Claúsulas de abertura constitucional e o princípio *pro ser humano* inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices — nacional e internacional — a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

*“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. [...] o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário*

*deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*.<sup>30</sup>

Como sustenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>31</sup>, o juiz nacional agora é também juiz interamericano, tendo como mandato exercer o controle de convencionalidade na modalidade difusa. Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. Frise-se: quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana. Na realização do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana guia-se pelo princípio *pro persona*, conferindo prevalência à norma mais benéfica, destacando, em diversas sentenças, decisões judiciais proferidas pelas Cortes constitucionais latino-americanas, bem como menção a dispositivos das Constituições latino-americanas, como podem revelar os casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (sentença proferida em 27 de junho de 2012), *Atala Riffo y ninas vs. Chile* (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012) e *Gelman vs. Uruguai* (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012).<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 September 2006*.

<sup>31</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano, In: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, pp. 627-705.

<sup>32</sup> A título ilustrativo, cabe menção à sentença proferida pela Corte Interamericana no caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, de 27 de junho de 2012, em que a Corte incorpora precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo. Empresta ainda destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile. Outro exemplo atém-se à sentença do caso *Atala Riffo y ninas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012, em que a Corte Interamericana faz alusão à jurisprudência da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, na AI 2/2010, concernente à proibição da discriminação por orientação sexual.

Por fim, adicione-se o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem — nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto — e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnational *network*, a empreender exitosos litígios estratégicos.

Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais<sup>33</sup>, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, na litigância do mesmo (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais. Na percepção de Kathryn Sikkink:

O trabalho das ONGs tornam as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. [...] Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais [...].<sup>34</sup>

Adiciona a autora:

[...] pressões e políticas transnacionais no campo dos direitos humanos, incluindo *network* de ONGs, têm exercido uma significativa diferença no sentido de permitir avanços nas práticas dos direitos humanos em diversos países do mundo. Sem os regimes internacionais de proteção dos

No caso *Gelman vs. Uruguai*, por sua vez, a Corte destaca a jurisprudência da Venezuela, do México, do Chile, da Argentina e da Bolívia reconhecendo a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado, bem como a jurisprudência latino-americana invalidando leis de anistia.

<sup>33</sup> Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 431.

<sup>34</sup> Ver Kathryn Sikkink, Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America, In: *International Organizations, Massachusetts, IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology*, 1993, pp. 414-415.

direitos humanos e suas normas, bem como sem a atuação das networks transnacionais que operam para efetivar tais normas, transformações na esfera dos direitos humanos não teriam ocorrido [...]”<sup>35</sup>.

O sucesso do sistema interamericano reflete o intenso comprometimento das ONGs (envolvendo movimentos sociais e estratégias de mídia), a boa resposta do sistema e a implementação de suas decisões pelo Estado, propiciando transformações e avanços no regime interno de proteção dos direitos humanos.

Transita-se, por fim, ao enfoque do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador, com ênfase em suas potencialidades e desafios.

## 5 O sistema interamericano e a composição de um constitucionalismo regional transformador: potencialidades e desafios

A partir da análise do impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na região latino-americana, sob a perspectiva de um sistema multinível e dialógico a envolver as esferas regional e local, tendo ainda como força impulsionadora o ativismo transnacional da sociedade civil, vislumbra-se a pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em direitos humanos.

É à luz desta dinâmica que emergem três desafios centrais à pavimentação deste constitucionalismo latino-americano em direitos humanos:

a) Fomentar uma cultura jurídica inspirada em novos paradigmas jurídicos e na emergência de um novo Direito Público: estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível<sup>36</sup>

A existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade

do diálogo jurisdicional em direitos humanos. Se, de um lado, constata-se o maior refinamento das cláusulas de abertura constitucional — a contemplar a hierarquia, a incorporação e as regras interpretativas de instrumentos internacionais de direitos humanos — por outro lado, esta tendência latino-americana não é suficiente para o êxito do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos.

Isto porque interpretações jurídicas reducionistas e restritivas das ordens constitucionais podem comprometer o avanço e a potencialidade de cláusulas abertas.

Dáí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana<sup>37</sup> e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível. A formação de uma nova cultura jurídica, baseada em uma nova racionalidade e ideologia, surge como medida imperativa à afirmação de um constitucionalismo regional transformador.

b) Fortalecer o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade

Outro importante desafio à consolidação de um constitucionalismo regional transformador atém-se ao aprimoramento do sistema interamericano, considerando a agenda de reformas do sistema<sup>38</sup>.

Com relação à universalidade do sistema interamericano há se expandir o universo de Estados-partes da Convenção Americana (que contava com 24 Estados-partes em 2014) e sobretudo do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos,

<sup>35</sup> Kathryn Sikkink e Thomas Risse, Conclusions, In: Thomas Risse, Stephen C. Ropp e Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

<sup>36</sup> Ver Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos -- democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, Campus Elsevier, 2013.

<sup>37</sup> Para Habermas, o princípio da dignidade humana é a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo. Adiciona Habermas: “The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity [...] The origin of human rights has always been resistance to despotism, oppression and humiliation [...]”. (Jurgen Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 75).

<sup>38</sup> No debate acerca da reforma do sistema interamericano, há controvertidas propostas formuladas por Estados visando à restrição do poder da Comissão Interamericana em conceder medidas cautelares e à limitação de relatorias especiais, como a relatoria especial sobre a liberdade de expressão e acesso à informação. Para um enfoque crítico destas propostas, ver Deisy Ventura, Flávia Piovesan e Juana Kweitel, *Sistema Interamericano sob Forte Ataque*, Folha de São Paulo, p. A3, 7 de agosto de 2012.

sociais e culturais (que contava apenas com 16 Estados-partes em 2014). Outra medida essencial é ampliar o grau de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a contar com o aceite de 21 Estados, em 2014. Observa-se que a OEA compreende 34 Estados membros.

Outra relevante medida é assegurar a elevada independência e autonomia dos membros integrantes da Comissão e da Corte Interamericana, que devem atuar a título pessoal e não governamental. Faz-se necessário densificar a participação da sociedade civil no monitoramento do processo de indicação de tais membros, doando-lhe maior publicidade, transparência e *accountability*.

Também fundamental é fortalecer a efetividade do sistema interamericano, seja no que se refere à supervisão das decisões da Corte e da Comissão.<sup>39</sup> Diversamente do sistema europeu, no sistema interamericano são seus próprios órgãos que realizam o *follow up* das decisões que eles próprios proferem. Isto porque a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembléia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do art. 65 da Convenção Americana<sup>40</sup>. Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade:

[...] a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para por fim à

impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). [...] Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção<sup>41</sup>.

Ademais, as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional. Para Antonio Augusto Cançado Trindade: “O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação.”<sup>42</sup>

Outra medida emergencial atém-se à sustentabilidade do sistema interamericano, mediante o funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros<sup>43</sup>, técnicos e administrativos suficientes.

<sup>39</sup> No sistema europeu, a título exemplificativo, o Comitê de Ministros (órgão político) tem a função de supervisionar a execução das decisões da Corte Europeia, atuando coletivamente em nome do Conselho da Europa. Para uma análise comparativa dos sistemas regionais, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 5. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

<sup>40</sup> De acordo com o art. 65 da Convenção: “A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da OEA, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

<sup>41</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2. ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 434. Propõe o autor: “Para assegurar o monitoramento contínuo do fiel cumprimento de todas as obrigações convencionais de proteção, em particular das decisões da Corte, deve ser acrescentado ao final do artigo 65 da Convenção Americana, a seguinte frase: “A Assembléia Geral os remeterá ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembléia Geral delibere a respeito.” Deste modo, se supre uma lacuna com relação a um mecanismo, a operar em base permanente (e não apenas uma vez por ano, ante a Assembléia Geral da OEA), para supervisionar a fiel execução, por todos os Estados-partes demandados, das sentenças da Corte”. (op. cit. pp. 91-92)

<sup>42</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2 ed., revista e atualizada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e UNHCR, 2004, p. 91.

<sup>43</sup> A título ilustrativo, o orçamento da Corte Europeia corresponde aproximadamente a 20% do orçamento do Conselho da Europa, envolvendo 41 milhões de euros, enquanto que o orçamento conjunto da Comissão e da Corte Interamericana corresponde aproximadamente a 5% do orçamento da OEA, envolvendo apenas 4 milhões de dólares norte-americanos. Observe-se, ainda, que os 5% de orçamento da OEA cobre tão somente 55% das despesas da Comissão e 46% das despesas da Corte Interamericana.



### c) Avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região

Finalmente, considerando o contexto latino-americano marcado por acentuada desigualdade social e violência sistêmica, fundamental é avançar na afirmação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao enfrentar os desafios de sociedades pós coloniais latino-americanas — em que direitos humanos tradicionalmente constituíam uma agenda contra o Estado — o sistema interamericano empodera-se e com sua força invasiva contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem. Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais — seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários — o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social.

Como evidenciado por este artigo, o sistema interamericano permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

O seu impacto transformador na região — fruto sobretudo do papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos — é fomentado pela efetividade do diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas. De um lado, o sistema interamericano se inspira no princípio *pro ser humano*, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros protetivos mínimos. Por outro lado, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos humanos, concernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Constata-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e à jurisprudência das Cortes Constitucionais latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve em dupla via: movido pelos vértices de cláusulas constitucionais abertas e do princípio *pro ser humano*.

É neste contexto que o sistema interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo.

## O Estudo Prévio de Impacto Ambiental como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável\*

Aleisa Gonzalez\*\*, Francisco Fontenele Carvalho\*\*\* e Gabriela Mendes Silva\*\*\*\*

### Resumo

A proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é efetivada por meio de instrumentos jurídicos, dentre eles o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, instituído pela Lei 6.938/1981. A pesquisa em tela traz à baila a importância do Estudo Prévio de Impacto Ambiental como instrumento de eficácia do princípio da precaução, objetivando a preservação do meio ambiente sadio.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Meio ambiente sustentável.

### 1 Introdução

O objetivo precípua do presente artigo é demonstrar que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental servirá como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável.

Tem-se como ponto de partida a evolução histórica da noção de desenvolvimento sustentável no âmbito internacional, com destaque à Conferência de Estocolmo de 1972, precursora do Direito Ambiental, pois a partir dela surgiram todos os demais instrumentos internacionais na esfera ambiental.

Ainda acerca da evolução histórica no âmbito internacional, salienta-se a importância da Carta

Francesa de 2005, que traz em seu bojo uma inovação jurídica considerável, pois passou a ser garantia de segurança jurídica ao repensar o progresso no caso de se reconhecer a incerteza, a indeterminação e a imprevisibilidade de danos.

Encerrada a evolução histórica, se fará a abordagem acerca do princípio da precaução em favor do meio ambiente sustentável no contexto da Constituição Federal de 1988, sem olvidar da polêmica PEC 62 de 2012, que pretende modificar consideravelmente o procedimento de licenciamento ambiental brasileiro.

Por fim, far-se-á o percurso pela legislação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental ressaltando a sua importância para a preservação do meio ambiente equilibrado e sustentável, abordando, também, os entendimentos jurisprudenciais. Serão citadas obras realizadas no Brasil que causaram sérios danos ambientais regionais e de consequências desastrosas, demonstrando como é crucial que o aludido estudo seja realizado de forma regular e livre de fraudes para então atingir a sua finalidade como instrumento de eficácia do princípio da precaução.

### 2 Evolução histórica do princípio da precaução e desenvolvimento sustentável no âmbito internacional

A tutela internacional do meio ambiente vem sendo defendida por documentos firmados pelos países participantes das discussões que envolvem a preocupação mundial em preservar o ecossistema.

Por intermédio dessa integração é sabido que existe um direito internacional do meio ambiente nascendo com inúmeros tratados, convenções, declarações, diretrizes e normas protetivas do meio ambiente. Nesse passo, pode-se afirmar que tais instrumentos normativos surgiram em decorrência da intensa degradação ambiental global, a fim de se proteger o meio ambiente universalmente.

Como tal degradação não possui fronteiras devidamente delimitadas, resolveu-se criar, na esfera internacional, documentos com a finalidade de

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

\*\* Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Público pela Faculdade Processos e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

\*\*\* Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Professor na graduação da Universidade Católica de Brasília. Coordenador do NPJ Campus I, da Universidade Católica de Brasília e mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

\*\*\*\* Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

combater a poluição fronteira. Tais documentos surgiram no final do século XX com o objetivo de proteger o meio ambiente nacional mediante normas internacionais.<sup>1</sup>

Vê-se que a proteção ao meio ambiente foi se internacionalizando e vários instrumentos têm sido criados para garantir a sua tutela universal, com destaque para o aumento do número de cientistas engajados em reuniões, que visam encontrar mecanismos de flexibilização para minimizar os custos do aquecimento global.

Desse modo, a temática ambiental vem sendo discutida intensamente nas negociações multilaterais sobre o comércio internacional nos principais blocos econômicos regionais: GATT-OMC, União Europeia, NAFTA, Mercosul e Alca.<sup>2</sup>

### 2.1 Evolução histórica do Direito Ambiental Internacional: antecedentes à conferência de Estocolmo

Todas as espécies, ao se relacionarem com o meio ambiente inevitavelmente causam efeitos a este, e, por isso, com o homem não seria diferente.

Desde as sociedades antigas têm-se notícias desses impactos causados pelo homem, iniciando-se com a caça realizada por grupos de uma determinada sociedade primitiva, e agravando-se atualmente com a construção de uma hidroelétrica no coração de uma área densamente florestada.

Somente a partir da metade do século XX, surgiu a preocupação com o meio ambiente passível de observação. Tal fato é simplório quanto à compreensão, notadamente porque foi nesse momento em que o homem percebeu a finitude dos recursos naturais existentes, devido à degradação causada ao meio ambiente ao longo de sua existência.<sup>3</sup>

Antes da primeira revolução industrial, ocorrida em meados do século XIX, a produção humana, predominantemente artesanal, não causava sérios

impactos ambientais. No entanto, com o advento da aludida revolução, abriu-se espaço para a produção em série e exploração das primeiras reservas de carvão existentes, criando um terreno hábil para as transformações subseqüentes com imensuráveis consequências traduzidas em fortes pressões ao ambiente natural.<sup>4</sup>

Contudo, somente a partir da segunda revolução industrial é que a exploração ambiental propriamente dita se consolidaria. Até então, a ideia uniformemente difundida era de que os recursos naturais seriam inacabáveis e renováveis pelo meio ambiente indefinidamente.<sup>5</sup>

A partir do instante em que o homem percebe que o modo de se relacionar com a natureza, com vistas a manter os níveis mínimos adequados para a manutenção da vida no planeta, seria determinante, nota-se a verdadeira evolução ambiental, especialmente porque antes deste momento crítico as preocupações do homem estavam relacionadas tão somente a sua visão restrita ao meio natural, que assegurava um ou outro direito humano, como a propriedade ou o modo de produção.<sup>6</sup>

O homem continua preocupado com a manutenção do meio ambiente, mesmo que minimamente, devido ao "egoísmo" movido pelo desejo de manter a sua espécie por muitas gerações. Entretanto, é perceptível, pela evolução ambiental narrada, que o homem só começou realmente a preocupar-se com a preservação do meio ambiente quando viu sua existência ameaçada pela irreversibilidade dos danos ao meio natural que permitiu a sua existência.

### 2.2 Conferência de Estocolmo de 1972

Trata-se da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972. Esta conferência foi para muitos a responsável pela origem do Direito Ambiental, pois

<sup>1</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.

<sup>2</sup> QUEIROZ, Fábio Albergaria de. "Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais", in *Ambiente e Sociedade*, número 2, jul./dez. 2005, pp. 125-146. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28608.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>3</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 662.

<sup>4</sup> HOBBSBAWN, Eric J. *A era do capital*. 11. ed., Rio de Janeiro: Paz e Guerra, 2005.

<sup>5</sup> GUERRA, Sidney. "Direito Internacional Ambiental: breve reflexão", in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, número 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>6</sup> Ibidem.

a partir dela surgiram todos os demais instrumentos internacionais na esfera ambiental.

Salienta-se que desta conferência resultou a Declaração de Princípios sobre o Meio Ambiente Humano, contendo 26 princípios. Porém, a ideia inicial de sua realização foi apresentada anteriormente pelo Conselho Econômico e Social da ONU em 1968, ante a preocupação, na época, com a poluição do ar e a chuva ácida.<sup>7</sup>

Participaram da reunião 113 países e centenas de organizações governamentais e não governamentais interessadas na questão ambiental.

Como legado da referida conferência restou acertado que o conceito de meio ambiente humano deveria compreender não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial, como fundamento do desenvolvimento pleno do ser humano. Além do conceito de meio ambiente, foram abordados os seguintes temas: meio ambiente como direito humano; combate à pobreza; planejamento; desenvolvimento tecnológico; limitação à soberania territorial dos Estados; cooperação; e adequação das soluções à especificidade dos problemas.<sup>8</sup>

Torna-se imperioso destacar a importância do momento histórico no qual a Convenção de Estocolmo foi firmada, pois naquele período histórico os níveis de poluição eram crescentes e os casos de poluição transfronteiriça eram recorrentes no cenário internacional.

Outro ponto de grande relevância é que antes da convenção propriamente dita foram realizadas reuniões com pesquisadores, ONGs e outros interessados no assunto, objetivando preparar os países para que nos debates da Convenção não se desperdiçasse tempo com explicações científicas e compreensões acerca do que estava ocorrendo no mundo. Dos atos preparatórios merece destaque o Relatório de Founex, primeiro documento a tratar de desenvolvimento sustentável, afirmando ser possível manter um crescimento econômico com uma

exploração que não afete irreversivelmente o meio ambiente.<sup>9</sup>

Impende salientar que o Painel de Peritos em Desenvolvimento e Meio Ambiente, realizado em Founex – Suíça, contou com a participação do Brasil e evidenciou, com precisão, a divergência entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Para os primeiros, o desenvolvimento seria a causa de problemas ambientais. Para os últimos, seria o veículo de correções dos desequilíbrios ambientais e sociais. A melhoria da qualidade ambiental dos países em desenvolvimento dependeria da obtenção de melhores condições de saúde, educação, nutrição e habitação apenas alcançáveis através do desenvolvimento econômico. As considerações ambientais deveriam, portanto, ser incorporadas ao processo de desenvolvimento integral.

A recuperação dos desequilíbrios ambientais e a proteção do meio ambiente deveriam ser responsabilidade dos países desenvolvidos. O compromisso prioritário dos países em desenvolvimento deveria continuar a ser com o desenvolvimento acelerado.

O relatório de Founex foi uma das peças fundamentais para consolidar as bases conceituais a serem discutidas na Conferência de Estocolmo. A consideração das questões ambientais como inerentes ao desenvolvimento ampliava o próprio conceito de desenvolvimento.

Em que pese a Conferência de Estocolmo não lograr êxito quanto ao alcance de uma solução que conciliasse os interesses dos Estados “desenvolvidos” e dos Estados “em desenvolvimento”, ainda assim é tida como um grande marco no desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental.

A Conferência de Estocolmo estabeleceu a ideia de que as pessoas têm direito de viver em um ambiente saudável que permita o desenvolvimento das gerações presentes e futuras. Esta Conferência também influenciou a formação de diversas legislações no mundo, inclusive a brasileira, com a Carta Magna de 1988. Procurou-se com essa reunião a proteção à saúde humana e ao meio ambiente dos efeitos danosos dos poluentes orgânicos persistentes, promovendo,

<sup>7</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>8</sup> GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito ambiental*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 32.

<sup>9</sup> SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Studio Nobel/FUNDAP, 1993, p. 103.

também, a utilização, a comercialização, o manejo e o descarte de poluentes orgânicos de maneira sustentável e ambientalmente correta.

### 2.3 Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (NUMAD) – Rio 92

Entre a Conferência Rio 92 e a Conferência de Estocolmo surgiram diversos tratados sobre o meio ambiente na tentativa de diminuir os efeitos gravosos da poluição, o que denota que o mundo estava se conscientizando sobre noção de meio ambiente sustentável, se preocupando substancialmente com a sua preservação.

Diante de tantas catástrofes e da crise do petróleo em 1973, percebeu-se que ainda era necessário promover as reuniões entre os Estados para se debater acerca de soluções que se adequassem aos anseios de todos. É nesse contexto que surge a Rio 92.

Assim como ocorreu na Conferência de Estocolmo, foram promovidos encontros com a finalidade de preparar o terreno de forma a possibilitar o melhor aproveitamento da Rio 92. Dentre esses atos preparatórios, destaca-se o Relatório de Brundtland, o responsável por apresentar a proposta de políticas e programas de promoção do desenvolvimento sustentável.<sup>10</sup>

De acordo com Hildebrando Accioly, tal Conferência reuniu 178 representantes de estados e diversas ONGs em torno de uma única causa: a promoção da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento. Os documentos extraídos dessa conferência deram a tônica do Direito Internacional Ambiental a partir de então.<sup>11</sup>

A Rio 92, assim como a Conferência de Estocolmo, não adotou medidas vinculantes em seus documentos produzidos. A Agenda 21, documento criado naquela conferência, teve a função de guiar as políticas públicas para a promoção do desenvolvimento sustentável. Com o referido documento, desenvolveram-se ideias quanto ao procedimento a ser adotado pelas

sociedades a fim de que o desenvolvimento econômico ocorresse sem denegrir as áreas naturais do meio.<sup>12</sup>

A Eco-92, apesar de não ter aderido a nenhum dispositivo vinculante, foi um marco para o Direito Ambiental Internacional, sendo responsável pela consolidação de diversos princípios de regulação ambiental, dentre eles a ideia de desenvolvimento sustentável.

### 2.4 Carta do meio ambiente/2005 na Constituição da França

Em 28 de fevereiro de 2005, a Câmara dos Deputados e o Senado da França, reunidos em Congresso, em Versalhes, aprovaram a *Charte de l'Environnement*, contendo 10 artigos. A referida carta insere o meio ambiente na Constituição Francesa num plano de igualdade com os Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os Direitos Econômicos e Sociais de 1946.

O princípio da precaução foi inserido no art. 5º da aludida Carta, nos seguintes termos:

Quando a ocorrência de um dano, ainda que incerto diante do estado dos conhecimentos científicos, possa afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, através da aplicação do princípio da precaução e nas áreas de suas atribuições, a implementação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais com a finalidade de evitar a realização do dano.<sup>13</sup>

Assim, a Carta Ambiental da França estabeleceu que

[...] o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. Recife: INPSO/FUNDAJ, 1994, p. 262. Disponível em: <[http://www.ufbaecologica.ufba.br/arquivos/livro\\_desenvolvimento\\_natureza.pdf](http://www.ufbaecologica.ufba.br/arquivos/livro_desenvolvimento_natureza.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>11</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>12</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 5 de outubro de 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: 21 ago. 2016.

naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável [...]¹⁴,

demonstrando o notável progressismo do desenvolvimento do princípio da precaução instituído.

### 2.5 O princípio da precaução no Direito Internacional

O princípio da precaução implica em uma ação que antecipe a ocorrência de fatos graves, evitando-os. Esse princípio é compreendido como um dos principais guias das políticas ambientais, pois procura evitar a ocorrência do dano à natureza.¹⁵

Devido a essa característica ele se faz tão importante, pois muitas vezes não há como reparar o dano causado ao meio ambiente, cabendo apenas a suavização de seus efeitos graves.

O princípio da precaução está presente na Declaração da Rio 92, sendo o Princípio 15, conforme colacionado:

Princípio 15 - Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental [...].¹⁶

Ressalta-se que assumindo a dianteira da discussão das questões ambientais debatidas na Conferência Rio 92, o Brasil sediou o 2º Congresso Internacional do Direito Ambiental, em 1997, ou seja, cinco anos depois, com a intenção de

[...]fazer um balanço preliminar dos resultados concretos da ECO-92. Não só os profissionais de direito, mas todos os brasileiros, continuam a buscar nas políticas públicas governamentais sinais

objetivos e convincentes da implementação dos compromissos firmados em 1992 [...].¹⁷

Nesse sentido, destacando-se a importância da Declaração do Rio, colaciona-se a seguir um julgado proveniente do Tribunal Regional Federal da 10ª Região, o qual aborda com muita sapiência o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico:

#### EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA. EXPEDIÇÃO DE DOCUMENTO DE ORIGEM FLORESTAL - DOF. RECUSA. UTILIZAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE COERÇÃO PARA PAGAMENTO DE MULTA. ILEGALIDADE. RECURSO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE PROCESSAMENTO. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº. 08/2003 - IBAMA. ILEGALIDADE. INSCRIÇÃO NO CADIN. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES. IMPOSSIBILIDADE. CADIN. JULGAMENTO DEFINITIVO DA INFRAÇÃO.

I - Em questão ambiental, deve-se privilegiar, sempre, o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico, inclusive com status de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio/92, como determina o seu princípio 15, nestas letras: "Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental."

II - A todo modo, na hipótese dos autos, consoante a jurisprudência de nossos Tribunais, é ilegal a vedação de concessão de licenças, de autorizações e apresentação de outros serviços como medida coercitiva, aplicada pelo órgão público, para a satisfação dos créditos, mormente quando dispõe a Administração de outros meios legais para tal fim, como a execução fiscal. Precedentes.

III - Com efeito, a disposição estabelecida pela Instrução Normativa nº 08/2003 do IBAMA, no sentido de que os recursos administrativos ao Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis somente serão admitidos quando o valor da multa aplicada

¹⁴ BRASIL. Quinta Turma. *Ação Civil Pública* 0000709-88.2006.4.01.3903. Relator Desembargador Souza Prudente. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. "O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado?", in *São Paulo em Perspectiva*, número 2, abr./jun. 2002. pp. 53-63. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12111.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹⁶ REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 454.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Anais do congresso internacional do direito ambiental*. São Paulo: IMESP, 1997, pp. 6-7.

for superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não pode se sobrepor à legislação de regência do processo administrativo que prevê, expressamente, que o recurso poderá tramitar por três instâncias administrativas, nem tampouco sobre as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com observância do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV).

IV – Por fim, enquanto as instâncias superiores administrativas não forem exauridas, afigura-se ilegal a inclusão do nome da impetrante no CADIN, bem assim, a suspensão de suas atividades empresariais, tendo em vista que as referidas restrições devem ter como pressuposto a certeza e exigibilidade do débito.

V – Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.<sup>18</sup>

Assim, a evolução histórica do direito ambiental internacional e a adoção do princípio da precaução, sem estabelecimento de fronteiras, derivam do amadurecimento das civilizações, que ao longo do tempo vêm se conscientizando de que o modo sustentável é a melhor adoção para garantir a preservação do meio ambiente.

### 3 A observância do princípio da precaução em favor do meio ambiente sustentável no contexto da Constituição Federal

A disposição mandamental inserida no capítulo VI, art. 225, e seus parágrafos, da Carta Política de 1988, a não permitir interpretações subliminares, aponta-se como um verdadeiro marco regulatório de cidadania, ao garantir que:

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.<sup>19</sup>

A defesa do meio ambiente erigida à condição de mandamento constitucional fundamenta não só

o caráter transindividual da natureza como um bem a que todos possam dele usufruir, como encerra no próprio texto da Carta Política os avanços tratados pelos anteriores diplomas acerca da matéria e os direitos e obrigações de todos, objetivando delimitar as responsabilidades do Poder Público e da coletividade no cuidado e manutenção do meio ambiente sustentável em todo o seu sentido humanista, holístico, democrático e participativo.<sup>20</sup>

Em sintonia com a teoria antropocêntrica

[...] o homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente, pois enquanto usufrui dos bens naturais, atrai para si a responsabilidade objetiva da manutenção da sustentabilidade em todos os sentidos.<sup>21</sup>

Sob esse prisma, e a considerar que desde o advento da Revolução Industrial quando foi priorizada a utilização desmedida e sem controle dos recursos naturais até então abundantes e vitais ao atendimento das crescentes necessidades humanas, para dar sustentação à carência advinda da nova realidade mundial, que transformou a sociedade artesanal de então em uma megalópole global consumista, e cada vez mais exigente, pouco ou nenhum controle ambiental fez parte das políticas públicas que buscassem preservar o meio ambiente atacado e sitiado.

O grande escritor e teólogo Leonardo Boff, assevera que:

Nós somos herdeiros de um tipo de sociedade globalizada. Ela se propôs a algo inaudito na história: explorar a terra e todos os recursos do solo, do subsolo, dos rios, dos oceanos de forma ilimitada. Faz isso para aumentar mais e mais a oferta de produtos para o consumo, ou então, para acumular riqueza de forma crescente no tempo mais curto possível [...].<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. Quinta Turma. *Ação Civil Pública* 0000709-88.2006.4.01.3903. Relator Desembargador Souza Prudente. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 5 de outubro de 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: 21 ago. 2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei 9.975, de 27 de abril de 1999. *Diário Oficial da União* de 23 de junho de 2000. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9975.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9975.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>21</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. Estocolmo: ONU, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>22</sup> BOFF, Leonardo. *As quatro ecologias: ambiental, política e social, mental e integral*. Rio de Janeiro: Mar de Ideias, 2012.

Os primeiros alertas foram dados pela própria natureza que, vilipendiada, atacada e impedida até de se renovar, mostrou sinais de degradação com o aquecimento global, o envenenamento dos solos, a desertificação, a extinção dos rios e espécies até então existentes (até aquelas espécies que nem sequer chegou o homem a conhecer), e a proliferação de pragas impossíveis de serem controladas pelos predadores naturais, também responsáveis pela manutenção do equilíbrio ecológico.

A partir da Carta Política de 1988, a despeito de a legislação internacional que buscava tratar do assunto ser precedente, os deveres de sustentabilidade ambiental foram erigidos à condição de pilares constitucionais, emprestando ao princípio da precaução fundamental e substancial importância objetivando evitar-se a ocorrência de um dano ambiental, em toda sua extensibilidade significativa, de nefastas consequências, que poderia por em risco até a vida no Planeta e inviabilizar a existência de gerações futuras aliado ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e, por extensão, ao ecossistema.

### 3.1 A importância dos princípios

Sérgio Pinto Martins sustenta que “os princípios cumprem função primordial de assegurar a unidade do sistema, como um conjunto de valores e partes coordenadas entre si”.<sup>23</sup>

No mesmo diapasão, no sentir de Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios oferecem a estrutura capaz de dar a sustentabilidade a qualquer sistema:

[...] princípios são, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério, compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo. É o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. Alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornecem diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra, pois implica ofensa não apenas a

específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos [...].<sup>24</sup>

O princípio da precaução, como meio garantidor da chamada sustentabilidade, inserido na Declaração do Rio de Janeiro, vem oferecendo suporte à jurisprudência no julgamento de ações que envolvem causas ambientais.

Edis Milaré entende que no Direito Ambiental, diferentemente do que se dá com outras matérias, vigoram dois princípios que modificam profundamente as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz: a) o princípio da prevalência do meio ambiente (da vida); e b) princípio da precaução, também conhecido como princípio da prudência e da cautela.<sup>25</sup>

Portanto, dará sustentação ao Direito Ambiental e suas políticas públicas o princípio da precaução que, pela importância e relevância, revela-se o mais essencial, (se é que se possa mensurar a importância dos princípios para as ciências), respeitada a interdisciplinaridade necessária com os demais princípios, a considerar que, no Brasil, de dimensões continentais, a obediência às linhas basilares desse princípio, inserido nas políticas públicas, como o próprio nome indica, vinculará por sua essência todos os demais diplomas legais a serem exigidos na manutenção de um meio ambiente sustentável.

A preocupação que se alevanta acerca deste princípio, por ser abstrato o perigo decorrente da não obediência às regras sob essa ótica, seria de que a sua aplicação poderia ser empecilho ao livre exercício da atividade econômica, ainda que sem o viés da sustentabilidade, mas em sendo decorrente de políticas públicas, poderia representar, indevidamente, uma reserva de mercado ou monopólio comercial, prenhe de interesses escusos e sujeito às negociações desonestas.

Nesse diapasão, destaca Paulo Affonso Leme Machado:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O Princípio da Precaução visa à durabilidade da

<sup>23</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>25</sup> MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: Lei 7.347/1985*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. A precaução deve ser visualizada não só em relação às gerações presentes, como em relação ao direito ao meio ambiente das gerações futuras [...].<sup>26</sup>

Considerando que as consequências ambientais são em sua grande maioria irreversíveis, qualquer atividade humana que possa degradar o meio ambiente carecerá de estudo prévio, o qual será abordado nas linhas a seguir, que tem por finalidade estabelecer uma relação entre a atividade a ser licenciada e o grau de reversibilidade em caso de dano ambiental.

Neste sentido, pronunciou-se o Desembargador Federal Souza Prudente em recente decisão na AP 0025999-75.2010, conforme a seguir:

A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presente e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF art. 225), já instrumentaliza em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério sobre uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção, (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa ele deve ser evitada).<sup>27</sup>

A despeito das convenções, conferências, leis, tratados e da própria Carta Política de 1988, erigindo o mandamento constitucional da sustentabilidade do meio ambiente em toda a sua expressão, e em total dissonância com os avanços já conquistados pelo Direito Ambiental, tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 65 de 2012, com a finalidade de acrescentar ao art. 225 da Constituição Federal de 1988 o § 7º, que pretende assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental, dispondo que a simples apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA já autoriza a execução da obra, que

não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.<sup>28</sup>

Não fosse o texto impróprio e desrespeitoso no que tange à forma, já que a própria redação é de caráter duvidoso, lamenta-se que um Senador da República possa desconhecer os princípios constitucionais de seu País, pois embora temerariamente tal proposta já tenha sido aprovada pela Comissão de Constituição de Justiça do Senado Federal, não resiste a mais simples das análises, já que revela um texto em confronto com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

O próprio texto da PEC em comento viola o mais basilar dos direitos, quando prevê que a apresentação do estudo importaria em autorização para a execução da obra, que por sua vez não poderia ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.<sup>29</sup>

Assim, um simples Estudo Prévio de Impacto Ambiental superaria um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pois de plano, apresentado tal documento este se convalidaria em autorização para a execução da obra, mormente em se tratando de matéria de meio ambiente, cuja previsão na Constituição já se configurou como um preceito legal que impõe ao Poder Público o dever de proteger, defender e preservar.

De igual modo, ainda que fosse possível, legal e constitucional a aprovação dessa emenda, subtrairia o já consagrado princípio da precaução nas causas ambientais, pois implicaria na imediata autorização para a execução da obra, independentemente de eventuais resultados danosos e de difícil reparação. Assim, o absurdo teor dessa emenda deve ser rechaçado, pelas próprias razões que registra.

Enfim, tem-se que o princípio da precaução, instrumento eficaz em defesa da manutenção do equilíbrio da vida no Planeta, deve espelhar as cautelas necessárias com relação aos riscos ambientais, indicar as medidas antecipatórias que deverão ser tomadas

<sup>26</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, p. 345.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 0025999-75.2010. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1/inteiro-teor-117939524>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

<sup>28</sup> GURGACZ, Acir. et al. *Proposta de Emenda à Constituição 65*, de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>29</sup> GURGACZ, Acir. et al. *Proposta de Emenda à Constituição 65*, de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

para a manutenção do equilíbrio da biodiversidade, impedindo que determinadas ações possam servir a interesses escusos e às políticas cartoriais suportadas a peso de ouro.

#### 4 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável

A princípio, será abordada a legislação acerca do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e, posteriormente, será demonstrado como tal instrumento, se regular, pode tornar eficaz a aplicação do princípio da precaução na busca da preservação e incolumidade do meio ambiente.

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso I, dispõe que o meio ambiente é 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.<sup>30</sup>

Compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama estabelecer, mediante proposta do Ibama, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos estados e supervisionado pelo Ibama, nos termos do art. 8º, I, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>31</sup> A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente preceitua, ainda, que o meio ambiente deve ser considerado como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.<sup>32</sup>

Para Roberto Armando Ramos de Aguiar, o conceito de meio ambiente é totalizador, embora se possa falar em meio ambiente marinho, terrestre, urbano, etc., essas facetas seriam parte de um todo sistematicamente organizado onde as partes, reciprocamente, dependem uma das outras e onde o

todo é sempre comprometido cada vez que uma parte é agredida.<sup>33</sup>

O conceito de meio ambiente, segundo as Nações Unidas, é o conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos e indiretos, em um prazo curto ou longo, sobre os seres vivos e as atividades humanas.<sup>34</sup>

O impacto ambiental seria uma modificação brusca causada no meio ambiente, sendo este considerado em sua totalidade, como o meio ambiente natural, cultural, artificial (espaço urbano), familiar, laboral, entre outros.

Consoante dispõe o art. 9º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a avaliação de impactos ambientais é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>35</sup>

A Resolução Conama 1/1986, ante a necessidade de se estabelecer as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para o uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 1º e incisos seguintes, preceitua que se considera impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e a qualidade dos recursos ambientais.<sup>36</sup>

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA ou EIA é um procedimento público, parte integrante e obrigatória do processo de licenciamento ambiental,

<sup>30</sup> BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União* de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal/IBAMA, 1994, p. 36.

<sup>34</sup> NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o meio ambiente*. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União* de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>36</sup> BRASIL. Resolução 1, de 23 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 17 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/planejamento-e-pesquisa/coordenacao-geral-de-meio-ambiente/licenciamento-ambiental/resolucao-conama-001-86.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

sendo indispensável para a aprovação de obras potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, que objetiva fornecer os impactos ambientais previsíveis, originados dessas atividades ou obras, prever a extensão desses danos, sugerir alternativas a fim de minimizar os impactos negativos sobre o meio ambiente, bem como avaliar a hipótese de não execução do projeto em razão da inviabilidade ou irreversibilidade de seus impactos, sempre tentando impedir que ocorram lesões ao meio ambiente.

Importante destacar que a Resolução Conama 1/1986 aponta em seu art. 2º um rol exemplificativo de atividades para cujo licenciamento será elaborado o Epia e o Rima, a ser submetido à aprovação do órgão estadual competente, e do Ibama em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como estradas, ferrovias, portos, aeroportos, oleodutos, barragens, etc.

O que significa dizer que não somente as atividades constantes deste rol deverão obrigatoriamente ser submetidas a estudo, mas outras a depender do risco de dano poderão exigir análise pelo Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Neste sentido caminha a jurisprudência de nossos tribunais acerca da exigibilidade do EIA/Rima quando se trata de hipótese não prevista na Resolução Conama 1/1986:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AMPLIAÇÃO DA UNIDADE HOSPITALAR DA UNIMED NO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO. ZONA DE AMORTECIMENTO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO (PARQUE MUNICIPAL HENRIQUE LUÍS ROESSLER). NECESSIDADE DE PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (RIMA). A questão cinge-se à exigibilidade ou não do EIA/RIMA para a concessão de licenciamento para que a UNIMED construa a ampliação de unidade hospitalar na zona de amortecimento do Parque Municipal Henrique Luiz Roessler, em Novo Hamburgo, declarado Unidade de Conservação Municipal e definido como Área de Relevante Interesse Ecológico pelo DUC/DEFAP/SEMA-RS, de acordo com o Decreto Municipal nº 4.129/2009. A mera afirmativa municipal de que a obra não se enquadra dentre as situações elencadas na Resolução CONAMA nº 01/86 como atividades modificadoras do meio ambiente dependentes de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental não autoriza a conclusão de que estes são desnecessários. A interpretação à luz da Constituição Federal e do

rol do art. 2º da Res. nº 01/86 CONAMA é de que o desenvolvimento das atividades ali citadas depende obrigatoriamente de elaboração do EIA/RIMA. Todas as demais atividades gozam de presunção relativa de causarem impacto ao meio ambiente, de modo que cabe ao proponente do projeto demonstrar a ausência de potencial de dano ao meio ambiente por meio do RAIAS. Igualmente, se o órgão licenciante entende pela desnecessidade de elaboração de EIA/RIMA, fica incumbido da mesma espécie de motivação. Deste contexto, depreende-se que a situação exige particular acatamento, tendo em vista as informações contraditórias que se apresentam, ora no sentido da necessidade da apresentação do EIA/RIMA, ora no sentido de sua dispensa. Assim, considerando os elementos fáticos e normativos, neste momento processual, é prudente adotar uma decisão em favor da tutela jurídica de proteção ao meio ambiente, conforme o artigo 225 da Constituição Federal. Deve-se homenagem, em se tratando de Direito Ambiental, ao princípio da prevenção, haja vista o dano ambiental possuir, não raro, as matizes da irreparabilidade e da irreversibilidade. O perigo de dano decorre da natureza do bem jurídico tutelado, que é a proteção ao meio ambiente equilibrado, de status constitucional. Além do mais, uma vez autorizada ou licenciada a obra e iniciado o empreendimento, eventual sentença de procedência da Ação Civil Pública em que ora se examina o provimento liminar não impediria totalmente os danos, quer porque o suposto impacto ambiental já teria se iniciado, quer porque os investimentos e obras para ampliação do referido Hospital já teriam produzido uma série de efeitos de ordem material para os interessados, causando prejuízos desnecessários. A situação recomenda, portanto, a suspensão do licenciamento e/ou das obras até o julgamento definitivo da ação civil pública. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70057893703, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29/05/2014).<sup>37</sup>

Preceitua Paulo de Bessa Antunes que, nos casos de atividades ou instalações potencial ou efetivamente causadoras de significativa poluição ou degradação ambiental, que qualquer licença cuja concessão não tenha sido precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental será nula de pleno direito, cabendo ao

<sup>37</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento* 70057893703. Relator Leonel Pires Ohlweiler. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123893028/agravo-de-instrumento-ai-70057893703-rs>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

Poder Judiciário declarar a nulidade, se provocado por parte legitimamente interessada.<sup>38</sup>

A Resolução Conama 1/1986 prevê, em seu art. 5º, II, que o estudo obedecerá às diretrizes gerais de identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade, ou seja, a avaliação dos impactos deverá ser procedida em diferentes fases, devendo o Epia apontar as medidas de correção dos impactos por meio da

[...] definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e os sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas (art. 6º, III).<sup>39</sup>

Por conseguinte, em seu art. 6º, a referida resolução determina que o estudo abrangerá a análise dos impactos ambientais do projeto por meio de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância, os prováveis impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e em médio e longo prazos, temporários e permanentes, seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas.

O art. 9º, VI, da Resolução Conama 1/1986, prevê

[...] a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado [...].<sup>40</sup>

medidas que compreendem a compensação como forma de indenização e decorrente também do princípio da responsabilidade objetiva ambiental, inserto no art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

Por sua vez, o art. 225, § 1º, da Constituição Federal de 1988, assevera que

[...] incumbe ao Poder Público [...] IV-exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou

atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade [...].<sup>41</sup>

Conforme visto, os impactos ambientais de um projeto podem ser positivos ou negativos, a depender do caso. Sendo positivos devem ser estimulados e sendo negativos precisam ser evitados, mas isso só poderá ser constatado ao se ponderar as repercussões da implementação do empreendimento por meio do Epia.

O Epia é um dos instrumentos mais importantes de atuação administrativa na defesa do meio ambiente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, pois obriga que, antes da realização de obras ou atividades potencialmente poluidoras e ameaçadoras da sadia qualidade de vida, haja uma avaliação prévia de todas as possibilidades de agressão.

A competência para a análise e a aprovação do Epia segue a do licenciamento do projeto ou atividade, pois o Estudo Prévio de Impacto Ambiental é parte integrante do processo de licenciamento ambiental e condiciona a concessão da licença prévia.

A União dita normas gerais para todo o País de como licenciar, acerca dos procedimentos que devem ser adotados para prevenir atividades degradantes não somente frente aos particulares, mas principalmente perante os órgãos públicos que exerçam atividades causadoras de danos ao meio ambiente. Cabem aos estados e municípios a criação de normas referentes ao Epia para se adaptarem diante das normas federais, que prevalecem de forma geral.

O processo de licenciamento de qualquer atividade que cause impacto ambiental deve ser precedido do Epia e de seu Relatório de Impacto no Meio Ambiente – Rima.

No Epia são avaliadas as obras e as atividades que tendem a degradar o meio ambiente de forma potencial, inserindo-se a possibilidade de um dano incerto, que comporte risco para a qualidade de vida e desequilíbrio ecológico.

O Epia e o Rima se diferenciam, uma vez que o Epia é de maior abrangência e o Rima compõe o próprio

<sup>38</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 316.

<sup>39</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Opus Citatum.

<sup>40</sup> CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama 1, de 23 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 12 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de outubro de 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: 21 ago. 2016.

Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Consoante os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado, o Epia compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório.<sup>42</sup>

O Rima tem previsão no art. 9º da Resolução Conama 1/1986, destinando-se especificamente ao esclarecimento das vantagens e consequências ambientais do empreendimento, refletindo as conclusões do estudo. De acordo com o parágrafo único do aludido art. 9º, o Rima deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.<sup>43</sup>

O Rima destina-se ao esclarecimento da opinião pública, devendo ser apresentado e debatido em audiências públicas, como forma de permitir que a comunidade participe das decisões que possam vir a afetá-la.

Para tanto, o Epia deve ser realizado por equipe técnica especializada e multidisciplinar, devendo ser precedido à execução de quaisquer projetos, obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente. O relatório escrito demonstra as atividades do Epia e seus conteúdos vinculam os órgãos públicos e a equipe multidisciplinar que participam da elaboração do estudo.

Segundo Paulo de Bessa Antunes, o Epia visa analisar as externalidades negativas do projeto e sua repercussão no meio ambiente.<sup>44</sup>

Para Herman Benjamin, o Epia é o todo complexo, detalhado, muitas vezes com linguagem, dados e apresentação incompreensíveis para o leigo. O Rima é a parte mais visível (ou compreensível) do procedimento,

verdadeiro instrumento de comunicação do Epia ao administrador e ao público.<sup>45</sup>

Para a doutrina brasileira, o Epia deverá ser acompanhado de uma análise de risco que verifique a probabilidade de ocorrência e a dimensão das consequências destes efeitos, o que requer uma avaliação científica criteriosa, que permita concluir pela gravidade de um potencial perigo para o meio ambiente ou a saúde de uma determinada população, incluindo a extensão dos possíveis danos, a sua persistência, a reversibilidade e os efeitos retardados.

Importante destacar que o Epia deve ser elaborado na primeira etapa do procedimento de licenciamento e deve ser aprovado antes da expedição da licença prévia. No entanto, a jurisprudência brasileira vem admitindo também a necessidade de um *Estudo Póstumo de Impacto Ambiental*, visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente que possam surgir após a instalação de obras:

[...] VI - Ademais, afigura-se juridicamente possível a realização de novo Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, com a participação do órgão competente, ainda que após a instalação e operação da Usina Hidrelétrica de PHC Jesuíta (Epia - Estudo Póstumo de Impacto Ambiental), posto que independentemente de ser válida ou não a licença já expedida, há de ser realizada, na espécie, um licenciamento ambiental válido, sob o controle administrativo do órgão de fiscalização competente (IBAMA), visando evitar e remediar os impactos negativos ao meio ambiente e, quando possível, a total remoção dos ilícitos ambientais, para apuração das responsabilidades civil, penal e administrativa de quem se omitiu em implementá-lo ou exigi-lo validamente em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, no interesse público e difuso de todos, na linha de eficácia do princípio da prevenção [...].<sup>46</sup>

O entendimento majoritário da doutrina é o de que as conclusões do Epia não vinculam o órgão administrativo ambiental. Compartilham deste

<sup>42</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 273.

<sup>43</sup> BRASIL. Resolução 1, de 23 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 17 de fevereiro de 1986. Disponível em: < <http://www.dnit.gov.br/download/planejamento-e-pesquisa/coordenacao-geral-de-meio-ambiente/licenciamento-ambiental/resolucao-conama-001-86.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

<sup>44</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>45</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Apud MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 280.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 0025999-75.2010. Relator Desembargador Souza Prudente. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1/inteiro-teor-117939524>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

pensamento Paulo Affonso Leme Machado e Antônio Herman Benjamin.

Para Paulo Affonso Leme Machado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental não afasta o dever da Administração Pública ambiental de verificar a fundamentação desse estudo. Para acolher ou deixar de acolher as diretrizes do Epia o órgão ambiental deverá fundamentar sua decisão, sendo que o órgão público, e, por via de regresso, os servidores públicos, responderão objetivamente pelos danos que a decisão administrativa vier a causar mesmo que baseada no Epia.<sup>47</sup> Contrariamente, Paulo de Bessa Antunes defende que a conclusão do Epia tem caráter vinculante perante o órgão ambiental.<sup>48</sup>

Infelizmente tratando-se da construção de grandes obras e atividades regionais com significativo impacto ambiental, a intervenção do Ministério Público e o cumprimento das decisões do Poder Judiciário não estão sendo suficientes para evitar prejuízos ao meio ambiente, a exemplo da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no curso do Rio Xingu, próximo à Altamira/PA, cuja discussão gira em torno de irregularidades no licenciamento ambiental da obra e no EIA/Rima com violação ao princípio da precaução.

A polêmica acerca da construção da usina reside nos impactos ambientais por ela causados, bem como no fato de as barragens e as construções afetarem diretamente a morada de grupos indígenas e populações ribeirinhas. Diversos grupos ambientalistas alertam para os impactos causados pela construção da hidrelétrica no vale do Xingu. Cerca de 100 km do trecho do rio terão sua vazão reduzida e poderão até secar. Outra preocupação é com relação à manutenção das florestas, visto que parte delas está sendo destruída durante as obras, outra parte será inundada pela barragem e, com a chegada de imigrantes e trabalhadores para a obra, mais devastação poderá acontecer. Além disso, as comunidades alertam que os impactos ambientais da obra não foram totalmente estudados e esclarecidos.<sup>49</sup>

Além de outras irregularidades na concessão da licença houve vício material do processo legislativo que deu origem ao decreto legislativo que autorizou a construção, por ausência de consulta prévia às comunidades indígenas afetadas, nos termos do art. 231, § 3º, da CF/1988 e do art. 6º, I, *a*, da Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo 143/2002.

Ressalte-se que o EIA/Rima deve ser realizado quando se cuida de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que possam afetar terras indígenas ou bem de domínio da União (art. 10, *caput* e § 4º, da Lei 6.938/1981 c/c art. 4º, I, da Resolução 237/1997 do Conama).

Em fevereiro de 2016, iniciou-se a operação da primeira turbina da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em caráter de testes, com previsão de operação comercial até o início de março.<sup>50</sup>

Outra grande obra que causou sérios impactos ambientais sobre a biodiversidade no sul do País foi a construção da Usina Hidrelétrica de Barra Grande, pelo consórcio de construtoras Baesa, no Rio Pelotas, na divisa entre o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, ocorrida em 1999. O EIA-Rima de Barra Grande omitiu a existência de dois mil hectares de florestas primárias de araucária e outros quatro mil hectares de florestas secundárias em ótimo estado de preservação e rico em biodiversidade. No lugar da mata de araucária, a empresa de consultoria Engevix relatou a existência de “capoeirões”. A fraude permitiu o licenciamento da obra, já que os órgãos públicos consideraram de pouca significância ambiental a cobertura vegetal a ser alagada.<sup>51</sup>

Importante ressaltar que em casos de irregularidades ou fraudes no EIA/Rima de obras que causam sérios impactos ao meio ambiente não basta reparar o dano. Não se pode pensar que a ideia de compensar as consequências prejudiciais seja absoluta, pois há danos ambientais inegociáveis, a exemplo dos

<sup>47</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>48</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>49</sup> PENA, Rodolfo F. Alves. *Usina de Belo Monte*. Brasil: Mundo Educação, 2016. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/usina-belo-monte.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

<sup>50</sup> CRAIDE, Sabrina. *Belo Monte aciona primeira turbina, em fase de teste*. Brasília: Agência Brasil, 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/belo-monte-aciona-primeira-turbina-em-fase-de-teste>>. Acesso em: 22/08/2016.

<sup>51</sup> ZEN, Eduardo Luiz. *Fraude em estudo garantiu licença para construção de hidrelétrica*. Porto Alegre: Consciência, 2004. Disponível em: <<http://consciencia.net/2004/mes/10/barragrande-crime.html>>. Acesso em: 22/08/2016.

danos originados pelo desastre ocorrido em Mariana – MG, o maior desastre da mineração brasileira, que destruiu o distrito mineiro de Bento Rodrigues, ocorrido em novembro de 2015.

Assim, a compensação não pode ser um meio de se comprar o direito de poluir ou de destruir o ecossistema, em troca do lucro imediato segundo as lições do Professor Michel Prieur, para quem a ideia de compensar as consequências prejudiciais é interessante, mas perigosa.<sup>52</sup>

Nesta vertente é que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental passa a ser o instrumento de eficácia do princípio da precaução, o princípio alfa fundamental em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável, que objetiva combater o risco de ameaça ao dano, diante de situações de incertezas científicas que podem caracterizar uma hipótese em que se deverá agir com precaução, objetivando a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

O princípio da precaução vem sendo proclamado como o novo paradigma nos ordenamentos jurídicos na busca da proteção do meio ambiente, exigindo antecipação de iniciativas para evitar os danos. Neste sentido, o *Epia* é o meio de se precaver aquelas agressões ao meio ambiente que o homem não pôde prever, ante a incerteza científica, optando por não dar continuidade à obra em benefício da sadia qualidade de vida, *in dubio pro* meio ambiente.

Em julgamento de apelação cível de relatoria do Desembargador Federal Souza Prudente, da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Processo 0001764-80.2006.4.01.3804, vê-se a necessidade urgente de se adotar a precaução em defesa do meio ambiente equilibrado e sustentável por meio do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.<sup>53</sup>

[...] Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta *Ambiental* da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a

própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, *a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável*. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV)<sup>54</sup>

Para grande parte da doutrina moderna, a ideia de precaução em sua formulação mais radical, seria impraticável e completamente irrealista, dadas as características da sociedade de risco em que vivemos no mundo contemporâneo, bem como em razão da adoção de novas tecnologias em busca de progresso.

A observância do princípio da precaução auxilia no controle do dano incerto e desconhecido, por meio da avaliação dos riscos, procurando exercer o controle para tornar possível a defesa do meio ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado.

Entretanto, há situações em que os dados científicos não podem subsidiar um relatório que demonstre com a certeza necessária que é possível a adoção de medidas para evitar ou reduzir os danos.

<sup>52</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>53</sup> BRASIL. Quinta Turma. *Ação Civil Pública* 0000709-88.2006.4.01.3903. Relator Desembargador Souza Prudente. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 22/08/2016.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 0025999-75.2010. Relator Desembargador Souza Prudente. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1/inteiro-teor-117939524>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Nestas situações, verifica-se a importância da participação da sociedade que deverá ser informada e esclarecida para que haja uma decisão democrática, construída a partir de um processo de discussões e negociações, havendo a possibilidade de ser invocado o princípio da precaução quando a avaliação científica não permita determinar com suficiente certeza o risco em questão.

Nesse aspecto, vê-se a importância das audiências públicas no procedimento de licenciamento ambiental, promovendo a participação da sociedade, conforme dispõe o art. 2º da Resolução do Conama 9/1987 nos seguintes casos: “quando o órgão competente julgar necessário; quando houver solicitação de uma entidade civil, do Ministério Público ou de 50 (cinquenta) ou mais cidadãos”.<sup>55</sup>

A comunidade, então, tem acesso à informação sobre o projeto e seus eventuais impactos, podendo participar de forma efetiva, discutindo e colaborando nos termos do relatório de impacto ambiental, dando sugestões a respeito, exercendo o direito à publicidade e à participação democrática, zelando para que o projeto ou a atividade não cause interferências à qualidade de vida, bem como formulando a execução da política ambiental.

A preocupação atual, em nível mundial, é no sentido de que a legislação ambiental deve ter caráter preventivo, pois muitos impactos ambientais são irreversíveis e de consequências desastrosas. Logo, é necessária a atuação cautelosa e preventiva do Poder Público e da própria sociedade, por meio da educação e conscientização ambientais.

A finalidade do princípio da precaução é que em caso de dúvida e incertezas científicas quanto aos impactos ambientais desconhecidos, a adoção de medidas deve sempre pautar-se em favor do meio ambiente.

Diante de problemas ambientais de caráter universal, faz-se necessária a adoção de novas posturas e mudança de prioridades por parte das autoridades governamentais, de forma a agir com precaução, educando e informando a sociedade acerca da

exploração sustentável de recursos naturais, a fim de se evitar a ocorrência de danos irreversíveis.

O meio ambiente sadio e equilibrado é direito fundamental do homem e para garantir a efetividade deste direito é necessário um novo modelo de desenvolvimento sustentável com transformação nos valores e nas instituições das sociedades industriais que permita o progresso em equilíbrio com a preservação da vida ambiental.

Assim, vê-se que o homem não pode agredir discriminadamente o meio ambiente. Portanto, o EIA/RIMA deve ser um procedimento sério, descomprometido com interesses empresariais econômicos, devendo ser pautado na boa-fé, livre de fraudes, a fim de servir como instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa da tutela constitucional que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente equilibrado e sustentável.

## 5 Conclusão

Viu-se a partir da evolução histórica da tutela do meio ambiente que o princípio da precaução vem sendo difundido no âmbito internacional como forma de cautela aos impactos ambientais, por meio de convenções e documentos internacionais diversos, a fim de evitar a degradação ambiental de forma global.

No entanto, apesar da importância do princípio da precaução, amplamente debatida no cenário mundial, não se pode olvidar que a sua eficácia depende do equilíbrio entre os interesses tutelados pelo direito ambiental e os interesses de que cuida o direito econômico internacional, que são tão antagônicos.

Na legislação brasileira, a defesa do meio ambiente é erigida à condição de mandamento constitucional fundamentando o caráter transindividual do meio ambiente como um bem que todos possam defender e usufruir, mas de forma sustentável e equilibrada.

Porém, não é o que se denota do projeto da PEC 65/2012, que objetiva acrescentar o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal de 1988, para restringir o licenciamento ambiental à simples apresentação de EIA pelo empreendedor, pondo fim às demais fases do licenciamento em vigor, com o intuito evidente de alterar a sistemática do licenciamento ambiental no Brasil, violando o princípio da precaução e as regras provenientes de tratados e convenções internacionais de que o País é signatário. Consoante os parlamentares,

<sup>55</sup> Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução Conama 9, de 24 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 7 de abril de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=32>>. Acesso em: 21 ago. 2016.



tal mudança na legislação tem o escopo de garantir a celeridade e a economia em obras públicas, pois impedirá a sua suspensão ou o cancelamento após a concessão da licença.

Entende-se que a aprovação desta PEC revelará verdadeiro retrocesso na legislação ambiental brasileira e demonstrará que o crescimento econômico no Brasil deve ser alcançado a qualquer custo, agravando a imagem já tão decadente do País no cenário internacional, após a tragédia ambiental de Mariana – MG, somada à mácula dos escândalos de corrupção, pois é evidente que a aprovação de tal projeto visa favorecer interesses políticos das empreiteiras, ferindo, mais uma vez, a moralidade administrativa, já tão esquecida.

Por fim, conclui-se que o Epia é um instrumento de eficácia do princípio da precaução em defesa do ambiente equilibrado e sustentável quando o seu procedimento for regular e descomprometido com interesses políticos e econômicos, pois quando eivado de vícios ou fraudulento, conforme visto, poderá afetar a busca do equilíbrio entre o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

## Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal/Ibama, 1994, p. 36.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Anais do Congresso Internacional do Direito ambiental*. São Paulo: Imesp, 1997, pp. 6-7.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Apud MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 280.
- BOFF, Leonardo. *As quatro ecologias: ambiental, política e social, mental e integral*. Rio de Janeiro: Mar de Ideias, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 5 de outubro de 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: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União* de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União* de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Lei 9.975, de 27 de abril de 1999. *Diário Oficial da União* de 23 de junho de 2000. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9975.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9975.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Quinta Turma. *Ação Civil Pública 0000709-88.2006.4.01.3903*. Relator Desembargador Souza Prudente. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- BRASIL. Resolução 1, de 23 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 17 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/planejamento-e-pesquisa/coordenacao-geral-de-meio-ambiente/licenciamento-ambiental/resolucao-conama-001-86.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível 0025999-75.2010*. Relator Desembargador Souza Prudente. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057536/apelacao-civel-ac-259997520104013900-pa-0025999-7520104013900-trf1/inteiro-teor-117939524>>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. Recife: INPSO/FUNDAJ, 1994, p. 262. Disponível em: <[http://www.ufbaecologica.ufba.br/arquivos/livro\\_desenvolvimento\\_natureza.pdf](http://www.ufbaecologica.ufba.br/arquivos/livro_desenvolvimento_natureza.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Declaração do Rio sobre meio Ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ministério do Meio Ambiente, 1992. Disponível em:

<<http://onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano*. Estocolmo: ONU, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama 1, de 23 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 12 de fevereiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama 9, de 24 de janeiro de 1986. *Diário Oficial da União* de 7 de abril de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=32>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CRAIDE, Sabrina. *Belo Monte aciona primeira turbina, em fase de teste*. Brasília: Agência Brasil, 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/belo-monte-aciona-primeira-turbina-em-fase-de-teste>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado?, in *São Paulo em Perspectiva*, número 2, abr./jun. 2002. pp. 53-63. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12111.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

DUPUY, Jean-Pierre. "A catástrofe de Chernobyl vinte anos depois", in *Estudos Avançados*, número 59, jan./abr. 2007, pp. 243-252. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n59/a18v2159.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

FELDMAN, Fábio José. *Guia da ecologia*. São Paulo: Guias Abril, 1992.

FORNARO, Adalgisa. "Águas de chuva: conceitos e breve histórico. Há chuva ácida no Brasil?", in *Revista USP*, número 70, jun./ago. 2006, pp. 78-87. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/File/13533/15351>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

GUERRA, Sidney. "Direito Internacional Ambiental: breve reflexão", in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, número 2, jul./dez. 2007. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito ambiental*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 32.

HOBBSAWN, Eric J. *A era do capital*. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: Rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: Lei 7.347/1985*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o meio ambiente*. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

PENA, Rodolfo F. Alves. *Usina de Belo Monte*. Brasil: Mundo Educação, 2016. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/usina-belo-monte.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. "Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais", in *Ambiente e Sociedade*, número 2, jul./dez. 2005, pp. 125-146. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28608.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Studio Nobel/FUNDAP, 1993, p. 103.

SILVA, Geraldo Aulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Agravo de Instrumento 70057893703*. Relator Leonel Pires Ohlweiler. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123893028/agravo-de-instrumento-ai-70057893703-rs>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

# Contrato de seguro: a efetividade do seguro ambiental na composição de danos que afetam direitos difusos\*

Walter Antonio Polido\*\*

## 1 Resumo

O desenvolvimento dos seguros de riscos ambientais no Brasil é imperativo, assim como já é realidade em outros países. Ainda em estágio inicial no mercado nacional, requer conhecimentos e estudos apropriados para o seu aperfeiçoamento. Visando a atender o postulado da melhor efetividade possível em relação aos mecanismos de prevenção e proteção ambiental, também o seguro pode contribuir para este mister, de interesse para toda a sociedade. A operacionalização deste complexo sistema de cobertura securitária requer a construção de critérios próprios, não encontrados na metodologia tradicional de seguros de danos, incluídos os de responsabilidade civil. O novo sistema pode contribuir para a composição indenizatória de danos ambientais, contemplando interesses difusos e coletivos, assim como já efetiva no âmbito privado.

Palavras-chave: Contrato de seguro. Seguro de responsabilidade civil. Seguro ambiental. Riscos ambientais. Poluição. Bens transindividuais. Titularidade difusa. Danos extrapatrimoniais.

## 2 Contrato de seguro — conceitos básicos

Entre os diversos papéis financeiros existentes no setor econômico, o contrato de seguro tem lugar de destaque, em face da *proteção patrimonial* que ele representa e que efetivamente outorga. Desde as mais remotas épocas o seguro é praticado pelas diversas sociedades humanas, sendo a sua origem as atividades afetadas aos transportes. Desde sempre o homem

verificou a necessidade de concentrar esforços, negociando alianças, mesmo que para proteger os mais egoísticos interesses. Da proteção prometida por alguns — em relação ao transporte incólume de mercadorias de propriedade de outrem, teve início toda a tecnologia hoje disponível. Através de práticas *mutualistas* — baseadas na *repartição* de prejuízos — o seguro se materializou e a sua tecnologia foi aprimorada ao longo dos anos, mantendo-se em franca e perene evolução até os dias atuais. Não há limites para a *ciência dos seguros*. A complexidade das operações inerentes envolve disciplinas múltiplas, com acentuada especialização por segmento, no mundo todo.

No Brasil, o CC de 2002 imprimiu nova base conceitual para o contrato de seguro, tornando-a mais efetiva — em relação ao pensamento moderno e realidade social — se comparada ao disciplinamento anterior. O código de 1916 era insipiente para mecanismo tão dinâmico, complexo e abrangente. Ainda hoje, apesar dos avanços alcançados a partir da vigência do novo código, a base legal prevista no ordenamento civil não pode, por si só, esgotar todos os temas concernentes ao contrato de seguro, carecendo de *legislação especial* a respeito<sup>1</sup>. Não é rara a existência de codificações especiais em outros países, acerca dos seguros privados, destacando-se a França, Itália e Espanha.

O contrato de seguro está disciplinado pelo capítulo XV do CC, compreendido pelos arts. 757 a 802. O art. 757 traduz a conceituação fundamental do contrato, *verbis*:

[...] pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir

\* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Ambiental 45 da RT – São Paulo: RT, janeiro-março de 2007 e atualizado com base nas obras: POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil*: estágio de desenvolvimento atual. 3. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015 e POLIDO, Walter. *Seguros de Responsabilidade Civil*: manual prático e teórico. Curitiba: Juruá, 2013.

\*\* Mestre em Direitos Difusos e Coletivos/PUC – São Paulo. Árbitro e parecerista em seguros e resseguros. Coordenador acadêmico do MBA Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro da Escola Superior Nacional de Seguros em São Paulo e Porto Alegre.

<sup>1</sup> Encontra-se em discussão no Congresso Nacional o PL 3.555, de 2004, de autoria do então Deputado José Eduardo Cardozo, o qual estabelece normas gerais em contratos de seguros privados e revoga dispositivos do Código Civil (Lei 10.0146, de 10/01/2002), do Código Comercial (Lei 556, de 25/06/1850) e do Decreto-Lei 73, de 21/11/1966 (Sistema Nacional de Seguros). N.A.: ao referido PL foram apensados substitutivos ao longo dos anos, assim como o PL 8.034/2010 e o PL do Senado 477/2013.

interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados [...].

A dicção do artigo reproduzido transmite, objetivamente, a *função imediata* do contrato de seguro, qual seja a de *garantir* interesse do segurado, tendo como *mediata* a função de *pagar o sinistro* contra risco predeterminado. Diferente, portanto, da inteligência que se tinha em relação ao dispositivo correspondente do CC anterior<sup>2</sup>, através do qual a função primordial do contrato de seguro era compreendida pela indenização do segurado, em decorrência do sinistro advindo. O *elemento nuclear* do contrato, no novo CC, passou a ser identificado diretamente na *pessoa do segurado* e, de forma mais precisa, no *interesse de garantir* algum bem através do seguro. Interesse do *segurado*. A dicção atual do art. 757 é, neste sentido, extremamente oportuna, representando avanço na concepção do fundamento do contrato de seguro — a *garantia de interesse do segurado*. Ficaram afastadas de vez as teorias concebidas à luz dos séculos passados em relação ao contrato de seguros, na medida em que a *comutatividade* entre as partes contratantes se sobrepôs. Representado pela garantia imediata que o seguro oferece ao segurado, o contrato não podia mais ficar restrito ao âmbito meramente *indenizatório* e relativo a *riscos futuros*. A *indenização* e a *bilateralidade contratual* estrita são elementos da visão liberal individualista, concebida principalmente no século XIX e que norteou os vários segmentos da doutrina jurídica, sem qualquer alcance *coletivo*. O contrato de seguro, na configuração *comutativa* tal como lhe foi atribuída pelo art. 757 do CC de 2002, lança-se para os novos tempos, conferindo a ele *eficácia redobrada*, apesar do exagero retórico da expressão, pois que determina — desde logo — para o segurado, que o contrato de fato lhe outorga *garantia* sobre interesse legítimo, independentemente da possível ocorrência ou não do *risco predeterminado*. A *álea*, portanto, fica exclusivamente por conta da ocorrência do *evento coberto* pelo contrato de seguro, pois que o contrato já tem a garantia de sua eficácia. A *comutação* se dá entre o *pagamento do prêmio* pelo segurado (prestação) e a *garantia* (contraprestação imediata).

<sup>2</sup> Art. 1.432 – Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.

Ao obter garantia do interesse para a hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o segurado obtém uma vantagem ou atribuição patrimonial sem a qual permaneceria em estado potencial de dano<sup>3</sup> [...].

A pessoa que contrata seguro deseja garantir-se *imediatamente*, sequer desejando que ocorra o evento coberto pelo contrato. De igual sorte, o segurador calcula o seu risco, prevendo os pagamentos de sinistros, de acordo com bases técnicas, estatísticas e atuariais. A eventual perda (a ocorrência de um sinistro) para o segurado não pode significar muita coisa para ele, pois que o risco é do segurador e não dele; cabe ao segurador prever as bases de aceitação dos riscos, mensurando-os adequadamente.

Condição *sine qua non* para a efetividade do contrato de seguro é o interesse segurado estar sob *risco*, de modo que ele possa ser coberto. O *risco* é, portanto, *elemento essencial* no contrato de seguro.

O risco, em outras palavras, deve ser buscado também na sua dimensão coletiva, aquela tomada em conta para a padronização do contrato e sua estruturação atuarial e financeira. É essa compreensão transindividual que leva à impostergável apresentação de notas técnico-atuariais e clausuladas, pela seguradora ao órgão estatal de controle<sup>4</sup> [...].

Em conclusão, a colocação do contrato de seguro no âmbito dos contratos aleatórios somente tem significado se se considerar o contrato um contrato isolado e em relação a um componente da prestação do segurador (pagamento da indenização, da renda ou do capital). Entretanto, uma vez que se identifique a função do contrato na neutralização do risco e se considere a operação isolada inserida numa massa de riscos homogêneos, o conceito da aleatoriedade perde grande parte de seu significado<sup>5</sup> [...].

Nessa mesma linha, D'Agostini esclarece que

[...] o Código Civil Espanhol menciona o seguro entre os contratos aleatórios e este caráter é admitido pela maioria da doutrina, segundo atesta Garrigues (1973, p.55), apontando que em

<sup>3</sup> TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

<sup>4</sup> TZIRULNIK, Ernesto. Ob. cit.

<sup>5</sup> FARENGA, Luigi. *Diritto delle Assicurazioni Private*. Turim: G. Giappichelli, 2001.

conseqüência da exploração em massa do seguro pelas empresas seguradoras, suprime-se a álea no sentido de vantagem ou desvantagem para o segurador, considerados em conjunto todos os contratos celebrados, porque as desvantagens de uns contratos se compensam com as vantagens de outros, e a exploração total se faz sobre cálculos precisos. Mas considerando isoladamente cada contrato, também é aleatório para o segurador<sup>6</sup> [...]. A atividade de seguro descansa sobre a pedra angular da solidariedade, é dizer, se assenta no abundante agrupamento de riscos que apresentam características comuns, procede destacar, já desde a fase inicial da fixação de uma definição, este sinal de *pluralidade* ou, mais tecnicamente, de *mutualismo*<sup>7</sup> [...].

O contrato de seguro, por natureza, se funda no *mutualismo*, com ampla repercussão coletiva, na medida em que os recursos financeiros administrados pelas Seguradoras visam solver o conjunto de negócios e não apenas um segurado individualmente. Em face na *nova ordem* imposta, prevalecendo a *natureza coletiva — finalidade social dos contratos* — contrariando, portanto, o pensamento individualista que dominou a elaboração do CC de 1916, a caracterização do contrato de seguro sob a ótica da espécie comutativo certamente se coaduna muito mais com os novos tempos, com os novos princípios. A *garantia imediata* conferida pelo contrato de seguro (o segurador), como contraprestação do pagamento do prêmio (pelo segurado) é muito mais condizente com a comutatividade, antes mesmo da natureza aleatória, típica da aposta e do jogo. O princípio *comunitário* ou mesmo de *coletividade*, atualmente exacerbado pela moderna legislação — Código de Defesa do Consumidor — CC 2002 — não cede espaço para posições individualistas, sobejamente praticadas nos séculos passados, pelos mais diversos setores econômicos e também o securitário. Se o *caráter comutativo* do contrato de seguro confere o viés coletivo, protegendo muito mais a *sociedade de segurados* — diferente do aleatório — certamente este é o *caminho a ser trilhado* pela moderna e atual doutrina.

<sup>6</sup> D'AGOSTINI, Marcos Galante. A boa-fé objetiva no contrato de seguro – uma abordagem pragmática. São Paulo: Edições Inteligentes, 2004.

<sup>7</sup> PARRA, José Joaquín Vara. *El contrato de reaseguro em Derecho Internacional Privado*. Cáceres – Espanha: Universidad de Extremadura, 2002.

O Prof. Cavalieri Filho, definindo os *elementos essenciais do contrato de seguro*, tipificou três: *risco*, *mutualismo* e *boa-fé*<sup>8</sup>. A dicção dos elementos *risco* e *mutualismo* foi comentada nos parágrafos supra. O *risco* guarda relação com a *incerteza da perda*, sendo ele *predeterminado* no contrato de seguro, em termos gerais. *Mutualismo*, por sua vez, representa a associação de pessoas que repartem entre si riscos que individualmente lhes corresponde, fixando quantidades que cada uma delas deve contribuir para o ressarcimento dos danos e prejuízos coletivos. A *boa-fé objetiva*, de acordo com art. 422 do CC, constitui *princípio geral dos contratos*, sendo que ela foi devidamente ressaltada pelo legislador no capítulo pertinente ao seguro, na condição de elemento fundamental.

Sem veracidade nas informações — *boa-fé* — o seguro não subsiste e, por tal razão, o CC atribui no art. 765, a *obrigação recíproca, verbis*:

O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes [...].

Qualquer desvio desta ordem prejudicará o *mutualismo* existente na espécie.

Importante destacar, neste item introdutório, que o contrato de seguro é de *adesão*, como regra, pois que é comercializado com cláusulas predeterminadas aos segurados. O *contratante* do seguro *não participa* da elaboração das *condições gerais* de coberturas da apólice, na maioria das vezes, enquanto que a inserção de *cláusulas especiais*, a pedido daquele, também não desfigura a natureza de adesão do contrato, nos termos do art. 54, § 1º, do CDC. As cláusulas, segundo a inteligência do art. 47 do CDC, devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor.

### 3 Os seguros de responsabilidade civil geral no Brasil — grau de desenvolvimento

No Brasil, o prejudicado ainda não reclama todos os seus direitos ordinariamente e, este comportamento, decorre de uma série de fatores: (i) *custos de*

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. A trilogia do seguro. I Fórum de Direito do Seguro, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Max Limonad, 2001.

*defesa* onerosos em demasia, notadamente para a população de baixa renda; (ii) *morosidade da justiça* na resolução das demandas, podendo determinadas ações se eternizarem no tempo – deixando o cidadão desprotegido, na medida em que o Estado-juiz não cumpre — como deveria — a sua função social. Sucede, por tais fatores influenciantes e extrínsecos à jurisdição propriamente dita, a descrença da população brasileira quanto à efetividade do Poder Judiciário, notoriamente nas classes menos favorecidas economicamente. Acresce o fato de que persistem inúmeros recursos processuais meramente postergatórios, os quais impedem a realização material do direito e quase sempre contra a parte mais frágil da demanda; a reforma em curso do Judiciário deverá abrandar este fator negativo; (iii) *falta de cultura da população* em geral quanto ao *direito de reclamar*, incluindo o *paternalismo* ainda reinante na solução dos conflitos, sendo que cada qual assume o seu prejuízo, sem demandar contra o causador efetivo do dano; (iv) não utilização de *instrumentos mais céleres na resolução de conflitos* e fora da jurisdição do Estado-juiz — tais como a *mediação* e a *arbitragem*, ainda pouco praticadas no Brasil; (v) *diferenças regionais* encontradas no imenso território brasileiro, de toda ordem – cultural, social, econômica, política. A reforma do Judiciário<sup>9</sup>, cuja meta o Governo Federal anuncia de forma contundente, poderá alterar o cenário — retratado neste item de maneira resumida, ampliando as possibilidades de reclamações e do pronto atendimento jurisdicional. Os seguros de responsabilidade civil — de forma geral — também poderão sofrer o impacto de tais mudanças, na medida em que os mais variados setores da sociedade estarão muito mais expostos a demandas reparatórias. Haverá, conseqüentemente, *maior procura pelos seguros*, justamente visando a *garantia patrimonial* frente às possíveis reclamações de indenizações. O crescimento da demanda pelos seguros de responsabilidade

civil está atrelado, progressivamente, ao grau de desenvolvimento da sociedade brasileira, contribuindo os mais diversos fatores que não só a reforma do Judiciário, para alcançar tal desiderato.

A simplificação processual anunciada e já aprovada em parte, nas várias esferas de jurisdição, poderá propiciar aumento considerável no número de demandas, uma vez que o cidadão estará mais disposto a questionar seus direitos em juízo, tudo indica. O acesso à Justiça, de maneira facilitada e com atendimento rápido, traduz sinal de desenvolvimento de uma sociedade organizada, sem o qual o país não evolui. Países desenvolvidos apresentam atendimento jurisdicional adequado e célere na solução dos conflitos. No reflexo de tal situação, *os seguros de responsabilidade civil* se apresentam altamente sofisticados nos países cujas sociedades são amplamente organizadas, nos mais diversos setores. Maior consciência de direitos e deveres também pode redundar na possibilidade de haver conflitos de interesses submetidos ao Judiciário, com maior grau de complexidade. Neste contexto, e motivadas pela demanda existente, seguradoras em outros mercados comercializam largamente o produto de seguro denominado *assistência jurídica*<sup>10</sup>, e até mesmo de maneira exclusiva, ou seja, algumas companhias seguradoras existem e se mantêm apenas com a operação deste tipo de seguro. As apólices garantem todos os custos pertinentes ao envolvimento do segurado em juízo, tamanha é a reação das sociedades desenvolvidas frente aos conflitos que se apresentam no dia-a-dia dos cidadãos.

#### 4 Seguros de responsabilidade civil — um *dever social*

Os seguros de responsabilidade civil transmitem a ideia, a partir da sua concepção, de um *dever social*. Diferentemente de outros ramos de *seguros da área de danos*, os quais estão filiados à proteção de *bens próprios*, teoricamente seria muito conveniente que todos os cidadãos pudessem contratar os mais variados *seguros de responsabilidade civil*, de modo

<sup>9</sup> EC 45, de 08/12/2004 (DOU 31/12/2004). Entre as mudanças importantes que foram implementadas, vale ser ressaltado o deslocamento de competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, do procedimento de homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros e a concessão de exequatur, i.é, autorização para cumprimento no Brasil de cartas rogatórias com ordens de cortes estrangeiras. O Congresso Nacional dispõe de 26 projetos de leis propondo alterações dos códigos de processo penal, civil e trabalhista. Todos os projetos, alguns já aprovados, visam a simplificação e a conseqüente celeridade processual, de modo que as ações não se perpetuem no tempo.

<sup>10</sup> Na Alemanha, por exemplo, existem produtos específicos para a indenização de despesas incorridas com reclamações decorrentes de acidentes de trânsito, incluindo ações penais; despesas em função de litígios por força de contratos; ações no campo da internet; ações trabalhistas; ações decorrentes de questões tributárias e fiscais; impostos e questões imobiliárias; família; vítimas de agressão; outras situações de conflitos.

que todos e quaisquer danos causados aos membros de uma sociedade pudessem ser efetivamente indenizados. Sabe-se, contudo, que também o seguro de responsabilidade civil é classificado como de danos e seu objeto está vinculado à proteção patrimonial do segurado, em face da obrigação de reparar em decorrência de dano ou prejuízo causado a outrem. Mantém-se, apesar da classificação incorrida — sobre o seguro de responsabilidade civil, a ideia de *dever social*, nascida da *necessidade social*. Ocorre, por tal motivo, que os seguros de responsabilidade civil são comercializados com especial importância nos países desenvolvidos, nos quais as sociedades vêm os diferentes seguros como *garantia efetiva* frente a possíveis demandas, quando da produção de danos ou prejuízos. Não é rara a configuração da *obligatoriedade* na contratação dos seguros de responsabilidade civil, especialmente nos países europeus, muito além dos riscos inerentes à circulação de veículos tão somente. A *cobertura* para as decorrências de *atos* ou *omissões próprias*, *ações* ou *omissões* cometidas por *outrem* — porém sob a responsabilidade *do segurado*, *existência*, *guarda* e *uso de coisas* — abrange as mais diversas situações de riscos e atividades e, todas elas ordenadas, de acordo com os *princípios legais e técnicos* que permeiam os temas, *formam a base* dos diversos *contratos de seguros de responsabilidade civil*, divididos em ramos, sub-ramos, modalidades.

Qualquer dano sofrido ou causado a pessoa gera conflito social, pois que repercute na comunidade como um todo. Dificilmente uma pessoa é afetada sozinha, quando prejudicada por um dano. Neste sentido, a família pode sofrer privações, a partir do momento que seu provedor deixa de exercer atividade que a sustenta; cada cidadão é um elo que afeta toda a sociedade organizada.

Nos países europeus há forte *socialização dos prejuízos*, via instituição de *seguros obrigatórios* na área de responsabilidade civil. Profissionais de diversas atividades, em vários países, necessitam contratar seguros de responsabilidade civil para o desempenho das respectivas funções, justamente com base no princípio da *necessidade social*. O mesmo princípio está longe de ser aplicado com efetividade no Brasil, não pela ausência de necessidade social, mas em razão de que a sociedade brasileira não tem e não terá o mesmo comportamento dos europeus, apesar de ter sido formada também e principalmente por eles nos séculos passados. Tampouco o mercado segurador nacional

alcançou desenvolvimento suficiente a ponto de poder se articular frente à instituição desenfreada de seguros de responsabilidade civil de natureza obrigatória. Não está na mentalidade do povo brasileiro receber com naturalidade a instituição de seguros obrigatórios, sejam eles de responsabilidade civil ou não. Os *seguros obrigatórios já existentes* no Brasil não desempenham adequadamente a função a eles atribuída e, tudo indica, pelo simples fato da contratação ser de natureza coercitiva. A obrigação de reparar danos vem sendo cada vez mais exercitada também na nossa sociedade, mas certamente não terá especial crescimento, *via seguros obrigatórios*, contrariando o movimento acontecido com aparente eficácia em outros países. Não será a compulsoriedade da contratação dos seguros de responsabilidade civil, portanto, que desenvolverá este segmento no mercado segurador brasileiro. Em suma, a medida (a *obligatoriedade*) cria nova e *particular situação jurídica* sobre o contrato de seguro, que não se assemelha aos tratados clássicos doutrinários sobre os seguros de responsabilidade civil. O seguro obrigatório DPVAT (Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de vias Terrestres) é exemplo pontual dessa afirmativa feita, uma vez que não caracteriza, de maneira alguma, um típico contrato de seguro de responsabilidade civil, assemelhando-se sim a uma espécie ou sub-ramo dos seguros de acidentes pessoais e que sequer consegue cumprir o seu fim social integralmente<sup>11</sup>. A maioria dos seguros de responsabilidade civil *obrigatórios* apresenta características encontradas nos sistemas de *fundos* de reparação (vide item 8 – *infra*). Distorcem, portanto, das bases teóricas e jurídicas comuns ao contrato de seguro típico de responsabilidade civil. No campo das assimetrias, a maioria dos *seguros obrigatórios* é *tarifada*, ou seja, os *limites indenizatórios* são previamente *determinados e limitados*, sem livre opção das partes contratantes — segurado e segurador —; o mesmo não acontece nos seguros de responsabilidade civil de contratação *facultativa*.

<sup>11</sup> Dentre outras críticas que são feitas, o DPVAT apresenta limites indenizatórios inexpressivos (tarifados) e exclusivamente para morte e invalidez permanente, mais assistência hospitalar; não garante danos materiais. Para coberturas mais completas e com limites de garantias adequados é necessário contratar seguros de responsabilidade civil de automóveis, de forma facultativa.



## 5 Os seguros de riscos ambientais<sup>12</sup>

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 (Art. 225 da Constituição Federal do Brasil)

Impossível esgotar o tema nesta breve dissertação. Relacionar as questões do meio ambiente ao Direito de modo geral e também ao vasto campo teórico dos contratos de seguros é quase uma arte. No Brasil, a matéria é basicamente inédita, pois que o mercado segurador pouco avançou neste segmento, devendo empreender muitos esforços para promovê-lo, até mesmo em função do anseio da sociedade e do potencial público consumidor para este tipo de seguro.

Nas duas últimas décadas a complexa relação entre as atividades humanas e o meio ambiente tem se tornado uma das maiores preocupações, de âmbito global, com importantes repercussões políticas, legais e econômicas, envolvendo a sociedade como um todo. O *desenvolvimento sustentável*, fortificado através da Conferência Mundial Rio-92, ocorrida no Brasil, constitui caminho sem volta e não só as futuras gerações, mas também a presente dependem da sua *assimilação e da sua aplicação maximizadas*.

Quando da prévia elaboração da Rio-92, a Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, no ano de 1987, diagnosticou, entre outros pontos a questão do *desenvolvimento sustentável*, podendo ser resumido o conceito dentro dos seguintes termos:

O desenvolvimento sustentável procura atender às necessidades e aspirações do presente sem comprometer a capacidade de também atender às do futuro. Longe de reivindicar a cessação do crescimento econômico, reconhece que os problemas de pobreza e subdesenvolvimento não podem ser resolvidos se não ingressarmos numa nova era de crescimento, na qual os países em desenvolvimento desempenhem papel importante e colham benefícios expressivos [...] (WCED - *World Commission on Environment and Development 1987*).

Com base no princípio emanado pela ideia de desenvolvimento sustentável — algumas das grandes corporações financeiro-industriais buscam índices de *ecoeficiência*. Começam ocorrer mudanças radicais no comportamento das empresas — de *produtoras de coisas ou bens* elas se transformam em *prestadoras de serviços*. Através deste sistema, elas simplificam suas operações e também minimizam os riscos de danos ambientais. A indústria que deixa de processar produtos tóxicos e contaminantes em pequenos recipientes, passando a aplicá-los diretamente — em grande volume — nos locais ocupados por seus principais clientes e consumidores, evita, no mínimo, a produção de resíduos indesejáveis em larga escala. Este é o caminho da mudança. A isto se atribui o termo *ecoeficiência*. Ao mesmo tempo, o processo atrela a *inclusão social* do entorno da fábrica e de toda a comunidade com a qual ela se relaciona — cujo item, associado aos *indicadores ambientais* — certamente promovem o bom *desempenho econômico*, beneficiando a cadeia toda — que é a sociedade. O *desenvolvimento sustentável*, portanto, está apoiado no tripé: *preservação ambiental + inclusão social + desenvolvimento econômico*. Não há outra saída para o Planeta. A fórmula parece ter sido encontrada. Basta, contudo, que seja aplicada de maneira global<sup>13</sup>.

Diante desta reflexão os mercados de seguros, em diversos países do mundo, têm buscado aprimorar os mecanismos relacionados com a proteção securitária dos riscos ambientais, criando soluções que tornem cada vez mais compatíveis as expectativas da sociedade com as reais possibilidades do mercado segurador. Várias são as questões relacionadas e o segmento se torna, a cada dia, uma disciplina complexa e necessariamente apartada dos demais segmentos de seguros, dada a sua especificidade. Diante das questões que envolvem também a *segurabilidade dos riscos* dessa natureza os quais, por *definição*, apresentam um conjunto de variáveis de alta complexidade, permeando também a esfera dos chamados *danos ecológicos puros*, nem sempre há uma perfeita sintonia entre o risco e a cobertura do

<sup>12</sup> Item baseado nas obras do mesmo autor: POLIDO, Walter. *Seguros para Riscos Ambientais*. São Paulo: RT, 2005; e *Uma Introdução ao Seguro de Responsabilidade Civil Poluição Ambiental*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros: 1995.

<sup>13</sup> Para o aprofundamento desta matéria é recomendada a leitura analítica da obra *Cumprindo o Prometido – Casos de sucesso de desenvolvimento sustentável*, incluindo seis exemplos brasileiros, de Charles O. Holliday Jr. (Chairman & CEO, DuPont), Stephan Schmidheiny (Chairman, Anova Holding AG) e Philip Watts (Chairman of the Royal Dutch/Shell Group), 2. ed. São Paulo: Campus, 2002.

seguro — no mundo todo. Desta maneira, a matéria é tratada com extrema cautela pelos diversos países e respectivos mercados de seguros, sendo que os avanços vêm sendo alcançados de forma paulatina. Não há, em princípio, fórmulas totalmente prontas e já sobejamente conhecidas e testadas neste segmento.

Nos EUA a cobertura é comercializada individualmente pelas seguradoras, com o respaldo dos seus resseguradores. Os norte-americanos, até mesmo pelo regime jurídico da *common law*, sempre foram mais arrojados em matéria de responsabilização por danos ambientais e, por isso mesmo, existem naquele país clausulados de coberturas de seguros bastante amplos, abrangendo inclusive os chamados danos ecológicos puros — pois que garantem *textualmente a perda de uso* de determinado local atingido pelo desastre ecológico. Tal mercado, sendo o mais desenvolvido nesta área especial de seguros, uma vez iniciadas as operações neste segmento nos anos oitenta, certamente deverá ser copiado pelos demais países do mundo.

Na Europa os seguros para riscos ambientais não são sobejamente desenvolvidos, nos dias atuais, como se pode equivocadamente imaginar que são. Somente a partir da recente promulgação da Diretiva 2004/35/CE, de 21/04/2004<sup>14</sup>, a qual busca a *responsabilização individualizada* do causador do dano ambiental — reconhecidamente *direito difuso* e não mais da área restrita da *responsabilidade civil* que trata da propriedade privada — os seguros ambientais poderão se desenvolver naquele continente, como de fato tem acontecido antes da promulgação da referida diretiva, os modelos de apólices européias se mostravam extremamente modestos ou quase inconsistentes — haja vista a cobertura restrita, na maioria deles, aos danos causados às propriedades *tangíveis*; na contramão, portanto, dos *interesses transindividuais*.

Não há mais dúvida no meio esclarecido sobre risco ambiental, de que o *instituto da responsabilidade civil* não é suficiente para abraçar este segmento, que a supera completamente. Vanguardista na legislação ambiental, incluindo a Constituição Federal de 1988,

<sup>14</sup> N.A. Entrando em vigor em 2007, a mencionada Diretiva impulsionou os seguros específicos de riscos ambientais também nos países europeus, sendo que as Seguradoras e os Resseguradores passaram a observar os modelos encontrados nos EUA, certamente o país com maior grau de desenvolvimento deste tipo de seguro no mundo.

o Brasil inova sempre e a jurisprudência pátria já adota conceitos amplos, tal como na questão do *dano moral ambiental (extrapatrimonial)*. O *Direito Ambiental* se destaca a cada dia no País, constituindo disciplina autônoma. O princípio *poluidor-pagador* é inquestionável e tem sido aplicado sistematicamente na legislação nacional e mundial. A questão ambiental não tem fronteiras. Ela é global, por excelência.

No Brasil, os seguros referentes aos riscos ambientais existiam de forma bastante singela até 2004, sendo que determinadas parcelas de riscos vinham sendo acobertadas através de vários ramos e cada qual de acordo com os riscos e as *atividades* desenvolvidas pelos segurados. Novos modelos surgiram a partir daquele ano, com novos conceitos e tratamentos diferenciados. Tudo aquilo que existe em relação à cobertura apenas no âmbito do seguro de responsabilidade civil carece de profunda reformulação, na maioria dos clausulados das apólices ou mesmo a supressão total deste tipo de garantia, pois que ela se mostra inconsistente, notadamente para riscos industriais.

Os mercados, ao longo das últimas décadas, vêm acobertando o risco de natureza *súbita e acidental* — para os danos ambientais — cujos eventos trazem consigo o caráter repentino, inesperado — ocorridos durante a vigência da apólice. A poluição *gradual* — de natureza paulatina, de longa latência — onde entre o fato gerador ou a causa primeira e a real manifestação do dano ambiental — muito tempo pode transcorrer, não encontrava cobertura facilitada nos mercados internacionais e também no Brasil, sendo que essa situação foi alterada a partir de 2004 no país<sup>15</sup>, com a introdução do seguro específico de Riscos Ambientais.

<sup>15</sup> Em dezembro de 2004 a então AIG-Unibanco Seguradora lançou no Brasil programa sofisticado de seguros ambientais. A AIG Seguradora continuou a operar com o referido programa após a dissolução da parceria operativa com a Unibanco Seguradora. A Itaú Seguros, em parceria com a Unibanco Seguradora (Itaú-Unibanco Seguradora), passou a operar com o programa de seguros ambientais no país, até o momento em que todas as carteiras de grandes riscos foram vendidas à Ace Seguradora, em meados de 2014, incluindo o portfólio de Seguros Ambientais. A Ace Seguradora já havia iniciado a comercialização do produto em 2010, sendo que foi acompanhada posteriormente pela Liberty Seguradora. Outras Seguradoras pretendem comercializar programas de seguros ambientais no mercado, sendo que algumas delas já possuem modelos simplificados de seguros para transportes rodoviários de produtos perigosos, por exemplo, assim como a Tokio Marine, Argo, Liberty, HDI, BB-Mapfre, Marítima.

O Programa de Seguros de Riscos Ambientais constitui produto extremamente inovador, abrangente e que requer, por isso, não só visão empreendedora da seguradora, como também o firme propósito dela em apresentar um seguro altamente sofisticado aos consumidores brasileiros.

O programa específico de seguro ambiental abrange, de maneira inovadora, várias categorias de riscos, todas elas fazendo parte de um único conceito e bastante amplo de riscos cobertos. A partir desta estrutura, deixou de ser considerado aquele conceito estanque que sempre foi aplicado pelo mercado e relativo à separação do risco ambiental em ramos ou sub-ramos, podendo uma mesma atividade empresarial ser amplamente garantida através de única apólice. Se fosse mantido o procedimento anterior, ou seja, estrita segmentação do risco por ramos diversos, a atual estrutura concebida para o programa ficaria prejudicada. Deve ser considerado, também, que a produção final em relação aos prêmios dos seguros do programa específico ficará, de qualquer maneira, concentrada na mesma e única seguradora, valendo a pena inovar adotando a nova estrutura e conceito. O objetivo deste programa de seguro, todo especial, deve se concentrar na possibilidade de concessão de *cobertura ampla ao conjunto de riscos ambientais e inerentes às atividades empresariais do segurado*, através da contratação de *uma única apólice*. Esta condição é fundamental, portanto, e essencialmente caracterizadora deste tipo de seguro. Sem ela, muito provavelmente não será atingido plenamente o objetivo traçado. Conservadorismos neste tipo especial de seguro não prosperam e não podem sequer ser incentivados, até porque o mercado norte-americano, criador dos modelos atualmente encontrados em vários países do mundo que operam com este segmento, já demonstrou que a estrutura utilizada é eficiente, não havendo razão alguma para ser modificada localmente. Não há soluções domésticas plausíveis neste segmento e que possam ser justificadas apenas pelo puro apego às práticas nacionais, sendo que nem todas elas são merecedoras, de fato, de permanecer também em outros ramos de seguros. O mercado brasileiro precisa se amoldar a tudo aquilo que funciona bem nos mercados mais desenvolvidos, em vez de adaptar modelos exitosos às práticas nacionais e nem todas elas em conformidade com a boa técnica desejável.

Assim considerado, o Programa de Seguro Ambiental pode e deve dispor de várias coberturas e que usualmente seriam encontradas em diversos ramos de seguros, cada qual com suas individuais características. Todas elas dentro de um mesmo programa e subscritas por profissionais igualmente voltados aos riscos ambientais de maneira concentrada, propicia melhor entendimento, além de facilitar as operações, inclusive para os corretores de seguros. Então, além dos tradicionais clausulados EIL (*Environmental Imparment Liability*) para riscos industriais e comerciais, o programa dispõe de tantos outros e voltados para os riscos de transportes de mercadorias, distribuição e produtos, obras civis, prestação de serviços de forma ampla, riscos profissionais, agentes financeiros, *cost cap insurance*, *pollution legal liability insurance*, seguro de garantia, etc. As possibilidades são grandes, portanto. Há seguradoras oferecendo, inclusive, seguros relacionados a eventos climáticos cuja cobertura garantida, evidentemente, nada se relaciona ao dano ambiental propriamente dito e tampouco com a reparação dos danos ambientais havidos, mas estão ligados àquelas perdas financeiras decorrentes da ocorrência de determinado evento climático<sup>16</sup>.

Apesar do estágio inicial dos programas de seguros ambientais específicos no País, as seguradoras que oferecem os produtos têm-se mostrado arrojadas, até porque adotam modelos norte-americanos e também londrinos, dos mais modernos e abrangentes no setor. Basicamente não há paliativos e os produtos são extremamente interessantes sob todos os aspectos, uma vez que oferecem de fato coberturas substanciais aos seus destinatários.

<sup>16</sup> Seguro de Variações de Condições Climáticas - Este tipo especial de seguro garante as perdas financeiras de um determinado segurado por conta de um evento climático predeterminado na apólice, assim como seca, neve, temperatura, vento, visibilidade, nebulosidade, luz solar ou chuva e todos eles com índices objetivamente conhecidos. O seguro é estabelecido, portanto, com base em dados científicos coletados e trabalhados por centro especializado, o qual será designado na apólice. Ponto crucial neste tipo de seguro é o período de cobertura determinado no contrato de seguro, de comum acordo entre as partes celebrantes. Ocorrendo variação climática dentro desse período e de modo que ela repercuta em perdas financeiras quanto ao desempenho da atividade empresarial do segurado, o seguro será acionado e garantirá a indenização devida. As aplicações para este tipo são variadas: usinas geradoras de energia (termoelétricas, hidroelétricas, eólicas, solares); riscos agrícolas; grandes eventos; construção de obras de grande porte; etc.

Este segmento está assentado basicamente na garantia de *riscos catastróficos* ou para sinistros mais expressivos, uma vez que não visa e nem poderia ter essa orientação de almejar cobrir a *frequência* de sinistros de pequena monta. Nenhuma seguradora no Planeta se proporia a garantir *série de sinistros* ambientais de um mesmo segurado, por longo tempo, ou seja, com frequência conhecida e esperada. Não seria esta a função do seguro e para qualquer tipo, inclusive. Ainda que no risco de transportes de mercadorias o fator frequência se mostre mais exposto, mesmo para ele o gerenciamento de risco deve ser primoroso e seletivo a ponto de não permitir que ele se sobreponha. O Ministério do Meio Ambiente, neste segmento, desenvolveu em parceria com os governos estaduais e municipais mais a iniciativa privada, o P2R2 – Plano Nacional de Prevenção, Preparação e Resposta Rápida a Emergências Ambientais com Produtos Químicos Perigosos<sup>17</sup>, cujo modelo deve ser

observado por todos os proponentes deste tipo de seguro e também exigido pelas seguradoras.

Mesmo aqueles empresários que atendem à legislação de maneira precisa e responsável não estão ilesos de serem acometidos por um acidente e, diante dessa possibilidade, o seguro ambiental se apresenta como garantia das mais eficazes. É para este tipo de empresário que o seguro ambiental se destina, conceitualmente.

Trata-se de seguro complexo, de alta tecnologia, o qual enseja *underwriting* (técnica utilizada para a análise visando à aceitação/recusa de riscos) minucioso e especializado, além de requerer *inspeções técnicas* prévias nos locais dos riscos — as quais devem ser realizadas por profissionais também especializados e de conhecimentos multidisciplinares (equipe técnica formada por geólogos, sanitaristas, biólogos, engenheiros, etc.).

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/emergencias-ambientais/plano-nacional-de-prevencao->

[preparacao-e-resposta-rapida-a-emergencias-ambientais-com-produtos-quimicos-perigosos](http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/emergencias-ambientais/plano-nacional-de-prevencao-)>.

As apólices disponíveis para os seguros ambientais específicos, na maioria das vezes, acobertam as seguintes e principais seções de riscos e despesas:



- (i) poluição súbita;
- (ii) poluição gradual;
- (iii) despesas de contenção de sinistros (medidas emergenciais tomadas diante de um incidente ocorrido e de modo a evitar o sinistro de poluição ambiental propriamente dito);
- (iv) honorários advocatícios e custas judiciais para a defesa do segurado.

As mencionadas coberturas podem ser assim visualizadas no quadro a seguir<sup>18</sup>:

### Programa de cobertura: apólice de riscos ambientais específica — *stand alone* — (três pilares básicos de cobertura)

A partir dessas seções, vários são os modelos disponibilizados de apólices, ora mais ora menos abrangentes, e podendo envolver uma série de atividades ou segmentos da atividade humana:

- Riscos industriais
- Riscos de fabricantes e fornecedores de produtos
- Riscos do petróleo
- Riscos nucleares
- Empresas de transportes rodoviários, aquáticos e ferroviários de produtos perigosos
- Aterros sanitários
- Aeroportos e portos
- Obras em construção ou instalação e montagem
- Tanques subterrâneos
- Descontaminação de solo – locais próprios e de terceiros
- Transferências e aquisições de propriedades
- Responsabilidade subsidiária de financiadores de projetos
- Seguro Garantia – para o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta. Este segmento

pode oferecer garantia extraordinária ao instrumento, pois que novo agente entra na relação, com interesse de que a *obrigação de fazer* seja executada de fato — a seguradora.

- Riscos profissionais — para coberturas de *erros e omissões* no desempenho de atividades múltiplas, assim como a certificação ambiental, agentes certificadores de projetos limpos voltados para as mudanças climáticas; empresas de engenharia ambiental; outros.
- Riscos de diretores & administradores de empresas – D&O.

Há, portanto, várias possibilidades de coberturas para o *risco de poluição ambiental* também no mercado segurador brasileiro, embora algumas delas ainda apresentem oferta limitada.

O Judiciário tem papel preponderante no incremento deste segmento de seguro no País. Na medida em que as empresas forem responsabilizadas pelos acidentes ocorridos, com *maior severidade e frequência*, maior será a necessidade da contratação dos seguros pertinentes. Embora a legislação brasileira seja extremamente moderna e rígida para com os empresários em matéria de meio ambiente, não existe o correspondente aparelhamento do Ministério Público e também do Judiciário — em nível nacional — de modo que eles possam instrumentalizar as prerrogativas legais, adequadamente. Dos inúmeros acidentes que ocorrem no País, com reflexos de danos ao meio ambiente — transportes rodoviários e ferroviários —, acidentes nas indústrias e nas empresas de serviços em geral — poucos chegam ao Judiciário. O Poder Público, de maneira geral, não pode também *contentar-se* apenas com a sanção representada pela *multa*; não foi este o objetivo traçado pela política ambiental constitucional brasileira.

A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentalidade* dos direitos e reafirma a sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e justiça<sup>19</sup> [...].

Deste modo, a *tutela constitucional* do direito do povo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de

<sup>18</sup> In: POLIDO, Walter. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

vida, não pode permanecer na letra da lei, devendo ser exercitado pela sociedade. Toda a construção legal infraconstitucional existente baseia-se na prevenção e proteção do meio ambiente e, certamente, deve ser resguardada não só pela coletividade, mas sim e especialmente pelo Ministério Público, cabendo ao Poder Judiciário referendar o positivismo da lei. Vale repetir, cabe ao Judiciário especial função nesta área ambiental. Não há espaço para conservadorismo neste segmento, de modo que velhos conceitos e dogmas arraigados prevaleçam — apenas para justificarem o formalismo e a tradição das decisões. A doutrina é moderna, para o *desespero* de muitos, e deve ser promovida pelos magistrados, em prol da coletividade. Em 1985, quando da promulgação da Lei 7.347/1985 (LACP), o presidente da República vetou o inciso IV (a qualquer outro interesse difuso) do art. 1º do projeto respectivo, assim como outros incisos que expressavam o mesmo teor, em *razões de interesse público que dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão “qualquer outro interesse público” [...] É importante, neste momento, que, em relação à defesa dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdos sociais*. O dispositivo vetado ressurgiu reformulado<sup>20</sup> em 1990, com a promulgação da Lei 8.078 (CDC). No prazo decorrido, de relativo obscurantismo, certamente os direitos difusos não deixaram de ser propalados e protegidos pelos operadores da lei, até porque em 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal, muito mais voltada para o social e com especial sintonia com o meio ambiente. O juiz é imprescindível para a manutenção *principiológica do ordenamento jurídico*, em que pesem os limites da sua atuação;

[...] mas a ciência e a técnica nada representam se o juiz, a um elevado grau de intuição humana e jurídica, não acrescentar as virtudes mais apuradas do saber e da independência<sup>21</sup> [...].

Pietro Perlingieri, na sua ampla visão civilista-constitucional italiana, traça com especial propriedade

o contorno dessa função — requerida e esperada do Judiciário, também *do brasileiro*:

A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas da prevenção do dano, da execução específica, da restituição *in integro* e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social. Alargam-se, nesse meio tempo, as hipóteses de responsabilidade civil, utilizam-se os institutos processuais, inclusive aqueles típicos da execução, com o objetivo de dar atuação, do melhor modo possível, aos valores existenciais. O jurista, e especialmente o juiz, é chamado a exercer uma função de suplência em relação ao Poder Legislativo e àquele Executivo, frequentemente com justo equilíbrio, mas, por vezes, superando os limites autorizados. Crises de crescimento das instituições que uma correta jurisprudência dos valores pode contribuir a superar<sup>22</sup> [...].

No âmbito do Direito Ambiental o Brasil não resente, inegavelmente, da necessidade de legislação, pois que o ordenamento foi e mantém-se sobejamente construído; falta-lhe, apenas, efetividade na aplicação da lei. Eventuais lacunas, diante da própria complexidade do sistema, podem ser supridas de acordo com os requerimentos legais.

No plano da *natureza do contrato de seguro ambiental*, deve ser *afastada qualquer medida impositiva*, em particular aquela que torna a contratação do seguro obrigatória, por ser totalmente incompatível com a natureza do risco e o estágio de desenvolvimento ainda precário deste segmento de seguro no País. Algumas *premissas* podem ser enunciadas como *justificadoras da não obrigatoriedade do seguro ambiental*:

- (i) a obrigatoriedade impede o desenvolvimento de experiências próprias de cada seguradora;
- (ii) o seguro obrigatório é instrumento ineficaz, na medida em que não consegue a adesão integral dos seguradores para a aceitação dos riscos inerentes. Deve ser preservado — sempre — o direito do segurador de avaliar, mensurar e tarifar cada risco, de acordo com seus métodos próprios;
- (iii) não é função do mercado segurador privado controlar o cumprimento de normas ambientais — relativas à segurança e prevenção de acidentes. A tarefa é de

<sup>20</sup> A qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

<sup>21</sup> RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

<sup>22</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

competência original da Administração Pública<sup>23</sup>. O seguro não pode ser transformado, de forma alguma, em *licença* para poluir;

- (iv) a compulsoriedade do seguro pode apresentar impacto negativo para pequenos e médios negócios, inviabilizando-os — caso a apólice de seguro venha a ser considerada como instrumento para a autorização de funcionamento das empresas;
- (v) em última instância, o seguro deve ser apenas mais uma dentre outras *garantias financeiras* — de livre opção para o cidadão-empresendedor, que o ordenamento jurídico pode exigir.

Também na Europa *não há incentivo* quanto à *obrigatoriedade* do seguro ambiental, enquanto que ele deve ser apenas mais um instrumento de garantia financeira com viés de prevenção e de recuperação do meio ambiente — no caso de acidentes, contratado livremente. A Diretiva 35/2004/CE não determinou a compulsoriedade do seguro ambiental.

Quando se advoga pela obrigatoriedade deste segmento de seguro, pode-se cometer grande equívoco, pois que a medida em nada ajudaria o desenvolvimento do seguro ambiental no país, tudo indica. Seguro *não é tributo* e, como tal, não deveria ser compulsória a sua contratação, notadamente para um segmento tão complexo como este. Se a obrigatoriedade legal acontecer, certamente o Mercado Segurador Privado Nacional não oferecerá o melhor produto — em termos de abrangência de coberturas. Este comportamento é praticamente certo e dificilmente poderia ser alterada tal tendência de procedimento, nem mesmo por força legal. O seguro ambiental não deve constituir espécie de *licença para poluir* e a sua obrigatoriedade, no Brasil, pode criar este tipo de situação anômala, certamente condenável. Outros seguros obrigatórios no País já não cumprem adequadamente o papel para o qual foram criados e não seria este, de complexa aceitação, que poderia mudar a realidade. Não há como repassar problema dessa envergadura (controle e gestão precárias do

Poder Público sobre fontes poluidoras) à iniciativa privada, sem qualquer ônus. O seguro pode até mesmo fazer parte do rol daqueles já existentes — de natureza obrigatória — mas efetivamente pouco ou nada poderá contribuir para a finalidade social almejada; no caso, a recuperação ambiental. Não há legislação capaz de obrigar qualquer seguradora a operar com determinado tipo de seguro no País — até mesmo em função do princípio constitucional da *livre iniciativa*; qualquer arbitrariedade neste sentido seria fatalmente combatida — tornando-se nula de pleno direito. Também as *agências reguladoras* e *quaisquer outras entidades representativas do Poder Público* devem conhecer a legislação que rege o Sistema Nacional de Seguros, antes mesmo de determinarem qualquer tipo de obrigatoriedade descabida — via *resolução*, *portaria* ou *lei* — que se constituem, uma vez expedidos ou promulgados, em instrumentos nulos de pleno direito, nos termos da legislação aplicável. Este ponto sobre a obrigatoriedade do seguro ambiental é crucial na discussão deste tema. A Constituição Federal atribui *competência privativa à União para legislar sobre seguros*<sup>24</sup> e não existe Lei Complementar concedendo tal autonomia para os estados da Federação, mesmo porque o Decreto Lei 73/1966, recepcionado pela CF de 1988 como lei complementar — que trata do Sistema Nacional de Seguros Privados no Brasil —, não delegou tal atribuição, figurando no seu art. 20 *os seguros considerados obrigatórios no País*, sem exceção. O rol dos seguros obrigatórios é, na dicção do ordenamento vigente, *exaustivo*. Somente *lei federal* pode incluir, excluir ou alterar a relação feita no art. 20 do DL 73/1966.

O seguro de riscos ambientais pertence a uma *categoria especial* — situando-se à parte, inclusive, do tradicional seguro de responsabilidade civil, o qual está muito voltado para os princípios da *culpa* em relação à caracterização da responsabilidade de alguém. Os danos ambientais, conhecidas as suas peculiares características, exigem a responsabilização do seu causador independentemente da análise subjetiva da culpa. Basta a existência do dano e a comprovação do nexo de causalidade para que a obrigação da reparação

<sup>23</sup> O controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, nos termos do inciso V do § 1º, do art. 225, é responsabilidade do Poder Público.

<sup>24</sup> Art. 22., inc. VII e parágrafo único, da Constituição Federal: Compete privativamente à União legislar sobre: I - [...]; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores. Parágrafo Único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

se apresente. No Exterior já se discute, até mesmo, se o seguro de risco ambiental deve ficar atrelado ao segmento dos seguros de responsabilidade civil ou se seria melhor alocado na área dos *seguros de danos diretos*<sup>25</sup> — quando então uma série de questões poderia ser resolvida com mais facilidade, sem atrelar-se ao classicismo da figura da responsabilidade civil: prescrição; prazo para a apresentação de uma reclamação; qual apólice que deve ser acionada para o pagamento de uma indenização — a partir da descoberta do dano ambiental; risco de latência prolongada — período de tempo entre o fato gerador do dano e a sua efetiva manifestação; polêmicas jurídicas quando da não renovação do seguro em uma mesma Seguradora; outras tantas.

A *subscrição* individualizada deste risco — por seguradora isoladamente — tem apresentado especial problema nos mercados de seguros, com raras exceções, notadamente neste segmento onde o fator *concorrência comercial* parece ficar em segundo plano. Em face não só da *alta exposição do risco*<sup>26</sup>, como também pelo fato de requerer investimentos na área de subscrição (infraestrutura da seguradora para inspecionar – gerenciar/monitorar – aceitar riscos – regular sinistros – defesas judiciais dos segurados – etc.), muitas seguradoras preferem não operar com o segmento. A concessão de coberturas mais abrangentes e que se situam além daquela tradicional para o risco de *poluição súbita/acidental*, não pode prescindir da técnica adequada sob pena de total fracasso. O ressegurador internacional, com certeza, não apoiará iniciativas ousadas das seguradoras nessa área — se não estiverem acompanhadas do devido respaldo técnico recomendável, até mesmo pelas experiências negativas já vivenciadas em outros países, em outras ocasiões. Diante de tais dificuldades, seguradores e resseguradores de outros países se alinharam na busca de soluções comuns. Neste sentido vários pools (consórcios)<sup>27</sup> foram formados em alguns países da Europa: França, Itália, Holanda, Suécia,

Dinamarca e mais recentemente na Espanha. No Brasil, a oferta do seguro específico ambiental se assemelha muito mais ao modelo norte-americano, ou seja, garantia de cada risco isolado pela própria seguradora, a qual repasse parcela significativa aos resseguradores.

Trata-se, sem dúvida, o seguro ambiental, de novo, amplo e extremamente complexo segmento ainda não explorado na sua totalidade pelo mercado segurador brasileiro e quiçá mundialmente. O Brasil deverá desenvolvê-lo, e muito, nos próximos anos, mesmo porque a sociedade reclama por essa resposta.

## 6 Indenização clássica para danos patrimoniais — titulares privados

A *indenização* nos *seguros de danos* decorre da manifestação do *sinistro*, expressão vulgar que caracteriza a ocorrência do *risco* predeterminado no contrato.

Por consiguiente, el siniestro em su acepción jurídica es tal, si resulta de la realización del riesgo tal como há sido previsto contractualmente em su comienzo formal<sup>28</sup> [...].

O pagamento da indenização se limita ao valor estipulado previamente no contrato de seguro, quando da sua celebração inaugural (compreende, necessariamente, a fase da apresentação da *proposta* pelo proponente do seguro, através da qual ele fornece *informações essenciais* para a análise da seguradora — art. 766 CC). Nos seguros de danos, assim como estatuído no art. 778 do CC, a garantia prometida *não pode ultrapassar o valor do interesse segurado* no momento da conclusão do contrato; afastada, portanto, qualquer hipótese de obtenção de lucro por conta do seguro.

Não se deve interpretar a norma para nela enxergar uma necessidade de correspondência exata entre o valor do seguro e o do interesse. O Direito, desde o aprofundamento do estudo dos danos, renunciou ao paradigma da exatidão matemática. O valor das coisas, com mais força o valor dos interesses, admite múltiplos perfis: o valor de avaliação, o valor de mercado, o valor de reposição, o valor de afeição, o valor de produção, etc. Mesmo se nos limitarmos a apenas um desses

<sup>25</sup> Exemplos de seguros da área de danos diretos: incêndio; roubo; automóveis; vendaval; alagamento.

<sup>26</sup> Grau de severidade em relação à possibilidade de ocorrer o risco predeterminado no contrato de seguro.

<sup>27</sup> União de várias seguradoras e ou resseguradoras repartindo os riscos entre eles, proporcionalmente ou não. Existem vários tipos de formações de *pools*, dependendo dos interesses dos consorciados.

<sup>28</sup> STIGLITZ, Rubén S.; Gabriel A. *Seguro contra la Responsabilidad Civil*. 2. ed. Argentina: Abeledo-Perrot, 1994.



perfis, a dinâmica da vida nos fará deparar com variações<sup>29</sup> [...].

Nos *seguros de pessoas* (vida e invalidez), considerando-se a natureza do risco compreendido pelo seguro — a vida humana, a estipulação do capital segurado é livremente realizada pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com a mesma ou diversas seguradoras (art. 789 CC).

Regra geral, quem tem o interesse sobre um bem tem a titularidade sobre ele e contrata o seguro; nem sempre, contudo, o segurado será legítimo proprietário do bem e mesmo assim poderá existir o interesse sobre ele — imóvel alugado, por exemplo, contra riscos de incêndio e outros. O art. 785 do CC admite a transferência do contrato de seguro a terceiro, com a alienação ou cessão do *interesse segurado*; a cessão exclusiva de créditos indenizatórios, por conta de sinistros já ocorridos, é regida pelo disposto no art. 286 CC e seguintes.

## 7 Danos a bens transindividuais — titularidade difusa

Os *direitos ou interesses transindividuais* são aqueles relacionados, por sua natureza, à coletividade ou a um número indeterminado de pessoas. Categoria específica do direito, desvincula-se da ideia subjetivista de direito individual. Os direitos transindividuais filiam-se, fundamentalmente, aos princípios que embasam os *direitos humanos*.

No CDC os direitos difusos e coletivos vêm *definidos* no art. 81, como

[...] interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato [...],

enquanto que os “interesses ou direitos coletivos”, assim entendidos, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”.

Uma *summa divisio* está já estabelecida, separando, de um lado, os interesses privados,

individuais, de cunho 'egoístico', e, de outro, os interesses metaindividuais, estes compreensivos dos interesses que deparam a órbita de atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva, vale dizer: sua finalidade é altruística<sup>30</sup> [...].

Na continuação, o Prof. Mancuso determina que

[...] ao contrário do que se passa com os conflitos intersubjetivos de cunho individual, os interesses difusos, por definição, não comportam atribuição a um titular definido, em termos de exclusividade: eles constituem a *reserva*, o *arsenal* dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriações a título reservado. Do fato de se referirem a *muitos* não deflui, porém, a conclusão de sejam *res nullius*, coisa de ninguém, mas, ao contrário, pertencem indistintamente, a todos; cada um tem título para pedir a tutela de tais interesses. *O que se afirma do todo resta afirmado de suas partes componentes*<sup>31</sup> [...].

A *legitimação para agir* em sede dos *direitos difusos* é ampla: Ministério Público; a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública — direta ou indireta —, as associações que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (art. 82 CDC). A Lei 8.078/1990 acrescentou o antigo inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/1985, que havia sido vetado, permitindo, dessa maneira, a utilização da ação civil pública para a defesa de qualquer interesse difuso e coletivo. Tratando-se de direito difuso a disciplina requer que também a *legitimidade para propor a ação seja difusa*, ou seja, *qualquer cidadão* pode propor a ação; no caso brasileiro a *ação popular* (LXXIII, art. 5º CF)<sup>32</sup>.

A *reparação do dano ambiental* tem sido realizada de diversas formas, sendo que nem sempre é possível restabelecer o *status quo ante*, diante da complexidade ou mesmo das peculiaridades de cada um dos sistemas agredidos. A legislação e a doutrina

<sup>30</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

<sup>31</sup> MANCUSO, Ob. cit.

<sup>32</sup> Art. 5º, LXXIII da CF: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>29</sup> TZIRULNIK, Ernesto. Ob. cit.

se esforçam para criar mecanismos de forma tal, que possa haver o ressarcimento da *lesão material e imaterial ou extrapatrimonial*. Analisado o tema, pode-se aferir entendimentos quase unânimes a respeito, de acordo com o pensamento dos mais diversos autores e estudiosos do Direito Ambiental.

[...] Ao adentrar-se no exame da reparação do dano ambiental, notou-se que o legislador brasileiro, de acordo com uma tendência do direito estrangeiro, optou, em primeiro plano, por exigir do degradador a recomposição do bem ambiental e, quando inviável esta, partir para a indenização por sucedâneo ou compensação. A primeira forma visa à reintegração, recomposição ou recuperação, *in situ*, dos bens ambientais, e a segunda objetiva a substituição destes por outros equivalentes. Observe-se que a indenização pecuniária funciona como uma forma de compensação ecológica, posto que o dinheiro proveniente desta reverte-se para o fundo de recuperação dos bens lesados<sup>33</sup> [...].

Na visão do Prof. Marcelo Abelha, “é imperativa a adoção da reparação *in natura* na responsabilização pelo dano ambiental<sup>34</sup>”. A doutrina estabelece verdadeira *hierarquia nas formas de reparação do dano ambiental*, com aplicação decrescente, nos termos da legislação positivada: 1. Restauração *in situ* ou restauração natural – 2. Compensação ecológica *lato sensu* (dano extrapatrimonial ou imaterial) – 2.1. Substituição por equivalência *in situ* – 2.2. Substituição por equivalência em outro local – 2.3. Indenização pecuniária. Ressalta-se que pode haver cumulação da restauração natural com a compensação ecológica<sup>35</sup>.

O sucesso da opção brasileira pelas ações coletivas é inegável. Milhares de pedidos foram e são propostos em todo o território nacional. Não há estatísticas seguras a respeito, mas, inegavelmente, o Brasil é um dos países em que a efetividade das normas ambientais é uma realidade. Saímos há muito tempo da fase dos emocionados discursos para a da imposição de sanções aos infratores. Contamos com precedentes judiciais em todas as

áreas do direito ambiental e conquistamos o respeito de outros países em razão de nossa conduta<sup>36</sup> [...].

Continua o mesmo autor, Prof. Vladimir Freitas:

As ações civis públicas, via de regra, perseguem duas finalidades: a recuperação do meio ambiente degradado e a indenização decorrente do dano causado. A primeira nem sempre é possível (v.g. a morte de espécimes da fauna) ou simples (v.g. a demolição de obra construída em área de preservação ambiental). Todavia, ainda assim, vem ela sendo imposta, seja por medidas diretas (v.g. restauração de um imóvel tombado), seja por medidas alternativas (v.g. zelar por uma área de proteção ambiental na impossibilidade de recuperar a atingida<sup>37</sup> [...].

A Lei da Ação Civil Pública — 7.347/1985 — criou o *Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos* (FDD), art. 13. A CF autoriza os estados a promoverem a criação e regulamentação dos fundos da LACP, conforme art. 167, IX. A Lei 9.008/1995 alterou não só o Decreto 1.306/1994, que regulamentou o FDD, mais também estabeleceu que o fundo tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos. Os *recursos do FDD* são provenientes das condenações judiciais, além de outras situações identificadas na lei. Apesar de nem todos estados terem criado os seus respectivos fundos, aqueles que o criaram não estão utilizando adequadamente os recursos ou há, no mínimo, total ausência de informações à sociedade.

Não se sabe bem o destino dado aos valores depositados, temendo-se que estejam sendo aplicados em outras áreas de interesse dos Estados que não a ambiental<sup>38</sup> [...].

Deve ficar claro que o FDD, apesar da concepção original do legislador, não tem promovido a recuperação e sim a concretização da medida compensatória em relação ao dano causado; “destarte, não há uma efetiva indenização, no conceito técnico do

<sup>33</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

<sup>34</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 294.

<sup>35</sup> LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Maira Luísa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. *Ação Civil Pública, Termo de Ajustamento de Conduta e Formas de Reparação do Dano Ambiental: Reflexões para uma sistematização*, in *Ação Civil Pública - após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT, 2005.

<sup>36</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Ação Civil Pública e Dano Ambiental Individual*, in *Ação Civil Pública - após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT, 2005.

<sup>37</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. Ob. cit.

<sup>38</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. Ob. cit.

termo (de tornar indene, ou seja, sem dano)<sup>39</sup>. Dellore apresenta quadro negativo acerca do FDD, propondo alterações na finalidade e gestão dos recursos do Fundo:

A atual legislação dá poucos poderes para o FDD agir de forma autônoma, praticamente limitando o órgão à apreciação dos projetos apresentados e expedição de cartilhas informativas acerca dos direitos difusos [...] Como já exposto, atualmente a única prestação de contas existente diz respeito à aplicação dos valores, mas não aos resultados obtidos, o que seguramente empobrece a atuação do FDD [...] Contudo, o problema é mais grave se o responsável pelo dano não tem condições financeiras para arcar com os custos necessários à prevenção do dano. Em tais hipóteses, recomendável seria a utilização de recursos do FDD, para que o dano não viesse a ocorrer<sup>40</sup>. Posteriormente, o fundo poderia ser ressarcido, diretamente junto ao responsável pelos danos<sup>41 42</sup> [...].

Não há dúvida de que o FDD ainda é pouco utilizado no Brasil ou subaproveitado, sendo que necessita ser incrementado através de *política pública eficiente*, de modo a tornar-se mais um *instrumento efetivo* na preservação e recuperação do meio ambiente.

## 8 Aplicação e efetividade do seguro ambiental em danos difusos — danos extrapatrimoniais

Na disciplina da responsabilização pelo dano ambiental, observa-se que o legislador preferiu adotar o sistema da *reparação natural* — de modo a proteger o meio ambiente eficazmente. De qualquer forma, havendo *condenação em dinheiro*, esta será destinada ao FDD ou fundos estaduais. O *fundos* — primeiro o FDD e posteriormente também os estaduais — podem ter objetivado a *melhor reparação*, até mesmo com base

nas experiências estrangeiras e especialmente a norte-americana, diante da criação do *Superfund* no início dos anos oitenta. Sabe-se, contudo, que os fundos não têm desempenhado papel importante na *recuperação ambiental* dos locais atingidos por desastres ecológicos no País, carecendo de reformulações pontuais urgentes. Em outros países os fundos foram criados de forma diversa do FDD, inclusive com componente *tributário* para auferir aportes de capitais; nos EUA as empresas petrolíferas e a indústria química praticamente financiaram os primeiros recursos do *Superfund*, via tributação, além dos aportes do governo federal. Os recursos do fundo americano servem para limpar as áreas já degradadas e especialmente aquelas cujos poluidores são desconhecidos, até haver a identificação e competente ressarcimento dos valores despendidos pelos responsáveis diretos. Também muitos países da Europa criaram fundos de recuperação ambiental e até mesmo com *recursos públicos*, uma vez que a revolução industrial deixou a sua marca indelével naquele continente; a recuperação e limpeza, na maioria das vezes, dependendo dos estragos cometidos, são executadas apenas de maneira parcial. Cada país apresenta modelos diferentes de fundos de recuperação ambiental, com aportes diversos de capital: públicos; privados; tributação dos potenciais poluidores; indenizações decorrentes de processos judiciais; ressarcimentos feitos pelos poluidores identificados. O Brasil procurou aderir ao movimento iniciado em países estrangeiros, criando o FDD, mas infelizmente o modelo atual ainda se mostra ineficaz.

Ao longo dos tempos criou-se o entendimento, em muitos países, que o *sistema de fundo* protege com maior fluidez a sociedade, na medida em que “a reparação é obtida em espaço de tempo menor<sup>43</sup>”, se comparado a um processo clássico de responsabilização judicial, entre outras vantagens. Leva-se em conta, evidentemente, que existe um fundo à disposição da sociedade, cujos recursos servirão para recuperar os locais atingidos — de interesse coletivo, não importando, de pronto, se o causador direto do dano deverá ressarcir os valores despendidos pelo fundo ou mesmo se ele, o poluidor, foi de fato identificado ou se é ou não solvente. Em contrapartida,

<sup>39</sup> DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo Federal de Reparação de Direitos [Difusos (FDD): Aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. *Revista de Direito Ambiental* 38, São Paulo: RT, 2005.

<sup>40</sup> O autor indica, na nota 59, o “caso notório, ocorrido no segundo semestre de 2003, envolveu a Indústria Cataguases, que causou graves danos a rios, os quais poderiam ter sido evitados com obras de contenção”.

<sup>41</sup> Nota: “novamente tendo por base o CERCLA *Superfund* dos EUA”. O *Superfund* americano tem gestão administrativa própria, vinculado ao EPA – *Environmental Protection Agency*.

<sup>42</sup> DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Ob. cit.

<sup>43</sup> POLIDO, Walter. Ob. cit., p. 114. (Fundos – Vantagens e desvantagens).

o fundo, notadamente quando financiado diretamente pelas empresas potenciais poluidoras, pode

[...] produzir a elevação dos preços dos produtos fabricados pelos membros do fundo, e a sociedade acaba suportando o custo final da reparação dos danos ambientais produzidos por aqueles<sup>44</sup> [...], [conhecido o princípio da internalização dos custos externos ambientais<sup>45</sup>.]

Dentre outras *desvantagens*, supõe o acaso do sistema geral da responsabilidade civil, uma vez que o fundo é de fato um sistema de *socialização de riscos*, o qual induz os responsáveis a uma *menor diligência*, que não aconteceria se de fato fossem diretamente responsabilizados.

A legislação brasileira adotou o *sistema de fundos*, porém os recursos são provenientes de indenizações judiciais e de outras fontes previstas nas leis, que não aportes dos próprios empresários e potenciais poluidores (tributação). Quanto à destinação dos recursos dos fundos existentes, observa-se que o FDD tem realizado apenas financiamentos de projetos ambientais — promovendo a *compensação ecológica*, sem a *reconstituição dos próprios bens ou locais lesados*.

No sistema normativo brasileiro, o poluidor é obrigado a reparar o dano causado ao *meio ambiente* e a *terceiros* (Lei 6.938/1981). Há, portanto, clara distinção entre *interesses coletivos* e *individuais*. Os seguros de responsabilidade civil que também absorvem parcela de risco inerente à poluição ambiental — garantem, com transparência objetiva a cobertura para *bens tangíveis de terceiros* — *com titularidade definida*, no caso de danos dessa ordem. Fica clara neste tipo de seguro, todavia, a não garantia expressa para

*danos ecológicos puros* ou para *bens naturais*, assim definidos aqueles bens *sem titularidade definida* — de natureza *difusa*. Apenas os seguros específicos de riscos ambientais garantem também esta parcela de risco, de importância fundamental. No mercado segurador brasileiro, antes mesmo da existência dos seguros ambientais específicos nem sempre havia de forma clara a distinção entre um tipo de bem e outro — no âmbito das condições de coberturas do contrato de seguro, cuja situação sempre propiciou conflitos decorrentes de interpretações divergentes. Apólices bem elaboradas devem *prever com transparência* esses *conceitos*, pois que são *essenciais* para a perfeita compreensão da abrangência da cobertura, ainda que para excluir uma situação e outra no contexto do seguro. Os riscos ambientais, de natureza difusa por excelência, podem ser cobertos através de seguros especialmente elaborados para este fim. O mercado segurador brasileiro já vivencia este tipo especial de apólice, sem experiência prolongada, contudo, uma vez que ela foi lançada no País em 2004.

Verifica-se que o dano ambiental pode apresentar extensão na esfera *extrapatrimonial*, dano moral coletivo, por exemplo, na medida em que a honra individual também é indenizável de forma pacífica no Brasil.

Fez-se aqui uma pesquisa sobre aceitação do dano extrapatrimonial ou moral, constatando que, no princípio, havia uma aceitação restrita, para, após a promulgação da Constituição de 1988, prevalecer a ampla reparação deste dano, com suporte normativo e jurisprudencial. No que concerne ao suporte legal do dano extrapatrimonial ambiental, bem como a outros interesses difusos e coletivos, estes encontram amparo no art. 1º da LACP. Trata-se de um dano extrapatrimonial de caráter objetivo, em que o agente da lesão estará sujeito a indenizar a lesão por risco da atividade. O valor pecuniário desta indenização será recolhido ao fundo para recuperação dos bens lesados de caráter coletivo. [...] Revele-se que não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial, e sim o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto. As dificuldades de avaliação do *quantum debeatur* do dano extrapatrimonial são imensas; contudo, este há de ser indenizado sob pena de falta de eficácia do sistema normativo<sup>46</sup> [...].

<sup>44</sup> POLIDO. Ob. cit., p. 115.

<sup>45</sup> “Um estudo da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), de 1992, sobre instrumentos baseados em mercado, descobriu que se utilizavam 169 modalidades diferentes dessas ferramentas, em 23 países. Os mais comuns eram os impostos sobre produtos (p. ex., sobre embalagens e fertilizantes) e os sistemas de depósitos restituíveis (p. ex., sobre garrafas de vidro e de alumínio) (Pearce and Barbier 2000: 170-173). Desde 1992, os fundamentos lógicos dos instrumentos econômicos parecem ter sido amplamente aceitos, pelo menos em teoria; mas os governos enfrentam dificuldades para integrar essas ferramentas nos contextos legislativos existentes (Pearce e Barbier 2000: 209). O aumento dos custos para os consumidores ou para as empresas, em decorrência da adoção desses instrumentos é imediato e óbvio, mas as economias para a sociedade não são imediatas nem óbvias. Daí a resistência à sua implementação”, in Cumprindo o prometido. Ob. cit., p. 91.

<sup>46</sup> LEITE, José Rubens Morato. Ob. cit., pp. 315-317.

Também neste aspecto, de complexa aplicação, o contrato de seguro de risco ambiental deve prever especial clausulado, de modo a não diminuir a abrangência da cobertura da apólice, em prejuízo do segurado.

Já tivemos a oportunidade de aduzir que

[...] o risco ambiental não deve e não pode ficar refém das amarras encontradas em uma apólice tradicional de responsabilidade civil. O clausulado de seguro para este tipo de risco precisa transcender vários limites – até mesmo aqueles ditados pelo Código Civil em matéria de contrato de seguro de responsabilidade civil, da prescrição e de outras figuras – sob pena de não lograr êxito se permanecer no comum. Há que se criar um campo novo nesta área securitária, no Brasil e no mundo – assim como o próprio direito ambiental já ganhou alma própria no país, transcendendo do individual para o difuso –, de uma forma sem volta. A doutrina jurídica em disciplinas do meio ambiente tem se mostrado extremamente nova no Brasil, de maneira arrojada, até mesmo estabelecendo fundamentos bastante contundentes. O Judiciário, de sua parte, ainda não alcançou o mesmo estágio evolutivo já conquistado pela doutrina, mas, mesmo que de forma esparsa, figuras até então desconhecidas vêm sendo confirmadas, diante da postulação inteligente e bem preparada de muitos artífices do direito – advogados e promotores. O caminho é sem volta nesta área, mesmo porque está em jogo a sobrevivência das futuras gerações brasileiras. Desponta, entre outros instrumentos ou mesmo dentro das ficções jurídicas já existentes, o *dano moral ambiental*, com especial destaque para a sua definição e abrangência que vêm sendo acolhidas pelas cortes de justiça nacionais, na mais pura linha do *dano ecológico puro*. Esta conceituação é de suma importância para todas aquelas companhias seguradoras que pretenderem operar com seguros de riscos ambientais no Brasil<sup>47</sup> [...].

Da sinopse de temas tão amplos, especialmente indicados no item 7 supra, deve ser evidenciado, no que concerne ao contrato de seguro, que o caráter indenizatório que ele representa pode abranger as diversas formas de reparação do dano ambiental, efetivando garantia patrimonial ao segurado (o interesse coberto pelo seguro). Certamente o seguro não fica atrelado apenas à hipótese de condenação pecuniária (indenizatória) — em havendo o dano ambiental — mas pode também e de forma efetiva garantir o

pagamento ao segurado, das quantias que ele for obrigado a despendar para realizar a recomposição *in situ*. Não poderia ser diferente a prestação do contrato de seguro nesta área tão específica. Os operadores do direito e também os magistrados demonstram que há interesse muito maior na reconstituição direta dos bens lesados — toda vez que houver dano ambiental — ao invés da condenação em dinheiro, até porque os fundos existentes não são eficazes.

## 9 Conclusão

A efetividade do contrato de seguro para a reparação do dano ambiental é inconteste, enquanto ferramenta de socialização de prejuízos. De acordo com a própria essência e fundamentos do contrato de seguro, aqui tratado do risco ambiental, a sua realização potencializada na sociedade é reflexo de desenvolvimento, pois que gera garantia patrimonial individual (ao segurado que se vê obrigado a reparar o dano causado) e também garantia coletiva (à sociedade que sofre danos ambientais de forma difusa). As modernas sociedades, mais desenvolvidas do que a brasileira, já descobriram essa realidade há tempos, sendo o seguro principal fonte não só de proteção patrimonial (individual-coletiva), mas também de poupança interna (novamente coletiva), em razão dos fundos de reservas técnicas formados e geridos pelas sociedades seguradoras. Os seguros de riscos ambientais, longe mesmo de serem tipificados simplesmente como mais uma modalidade dos seguros de responsabilidade civil, o que não pode acontecer por todas as razões expostas neste texto, deverão desempenhar especial papel no mercado segurador nacional e espelhando o que já acontece, por exemplo, no mercado norte-americano neste segmento. Requer, para a sua operação e comercialização, sem dúvida, análises cuidadosas e especialização técnico-jurídica particularizada. Uma vez desenvolvido no País, de maneira integral e essencialmente profissional, transformar-se-á em mecanismo eficaz de proteção e prevenção do meio ambiente, contribuindo meritoriamente para a transformação da sociedade brasileira e de seus agentes econômicos. As seguradoras que operam com este segmento transformam-se na figura do agente de preservação ambiental, com interesse na melhor qualidade de vida do povo, na medida em que prestam, antes de tudo, serviço auxiliar ou quase concorrente ao Poder Público — na medida em que elas exigem condições mínimas de

<sup>47</sup> POLIDO, Walter. *Seguros para Riscos Ambientais*. Ob. cit., pp. 31-32.

segurança para o desempenho das atividades a serem seguradas. Por este motivo, há que ser *livremente pactuado o contrato de seguro ambiental*, afastada qualquer obrigatoriedade, cuja natureza impede o desenvolvimento de mecanismos naturais, aviltando os procedimentos. Os *paradigmas* existem para a construção e efetividade deste mecanismo de proteção securitária — o seguro ambiental. Os primeiros passos já foram dados nesta direção no Brasil.

### Referências

- Anais do I Fórum de Direito do Seguro – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- Anais do IV Fórum de Direito do Seguro – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. *Contrato de Seguro: Uma lei para todos – PL de Lei n. 3.555/04*. São Paulo: IBDS, 2006.
- Anais do Seminário *A reforma do processo Civil Brasileiro* – Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário — março de 2005 – Brasília.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo n. 5*. São Paulo: RT, 1977.
- CASTRO, João Marcos Adede y. *Tutela Civil do Meio Ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *A trilogia do seguro*. I Fórum de Direito do Seguro, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- D'AGOSTINI, Marcos Galante. *A boa-fé objetiva no contrato de seguro – uma abordagem pragmática*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2004.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD): Aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. *Revista de Direito Ambiental n. 38*. São Paulo: RT, 2005.
- FARENKA, Luigi. *Diritto delle Assicurazioni Private*. Turim: G. Giappichelli, 2001.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HOLLIGDAY JR., Charles O.; Schmidheiny, Stephan e Watts, Philip. *Cumprindo o Prometido – Casos de sucesso de desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Campus, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos – Parte General*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LOTUFO, Renan (coord.); DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David; CAMARGO, Elizeu Amaral. *Lacunhas do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Manole, 2005.
- MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de Seguros*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MILARÉ, Édis (coord.). *A Ação Civil Pública – após 25 anos: efetividade e desafios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo, RT, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2015.
- \_\_\_\_\_. MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs). 7 Volumes. *Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2011.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito privado*. Tomos XLV e XLVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2006.

PARRA, José Joaquín Vara. *El contrato de reaseguro em Derecho Internacional Privado*. Cáceres – Espanha: Universidad de Extremadura, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLIDO, Walter. *Seguros para Riscos Ambientais*. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & Aspectos Internacionais*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Uma Introdução ao Seguro de Responsabilidade Civil Poluição Ambiental*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Seguros de Responsabilidade Civil: manual prático e teórico*. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_. *Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil: estágio de desenvolvimento atual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Desengenharia – O passivo Ambiental na Desativação de Empreendimentos Industriais*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Relações Jurídicas Comunitárias e Direitos Subjetivos*. Anais do I Fórum de Direito do Seguro. São Paulo: Max Limonad, 2001.

STIGLITZ, Rubén S.; Gabriel A. *Seguro contra la Responsabilidad Civil*. 2. ed. Argentina: Abeledo-Perrot, 1994.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Roncarati, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZAMORA, Eduardo Pavelek. *La Cobertura del Riesgo Medioambiental em las Pólizas de Responsabilidad Civil General*, da obra Estudios sobre la Responsabilidad Civil Mediambiental u su Aseguramiento, SEAIDA, Madrid, España, 1997.

# Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros\*

Marçal Justen Filho\*\*

## 1 Colocação do problema

A arbitragem consiste na composição de um litígio por um ou mais sujeitos privados, que são independentes das partes litigantes e cuja decisão produz efeito de coisa julgada e vincula o próprio Estado. Essa solução depende da escolha consensual de submeter um litígio à arbitragem<sup>1</sup>.

O presente estudo versa sobre o vínculo jurídico instaurado entre as partes litigantes e os terceiros (sejam árbitros<sup>2</sup>, sejam instituições de arbitragem) que atuarão no desempenho das funções de arbitragem. As considerações quanto à natureza desse vínculo jurídico são relevantes para o exame da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em especial no que se refere à incidência da disciplina das licitações e contratos administrativos.

## 2 A controvérsia no direito comparado

A doutrina estrangeira considera duas alternativas teóricas para determinar a natureza da relação jurídica entre as partes e a câmara de arbitragem e o árbitro.<sup>3</sup>

### 2.1 A teoria contratualista

A posição prevalente na maioria dos países de direito continental (*Civil Law*) é a contratualista. Existiria um contrato bilateral entre as partes e o árbitro. Se houver a intervenção de uma câmara arbitral, o contrato passaria a ser triangular.

Mas essa concepção comporta uma pluralidade de variáveis. Como afirma uma especialista,

*A natureza ou classificação desse contrato permanece controvertida e incerta. Alguns interpretam esse relacionamento como um contrato de 'mandato', enquanto outros o classificam como um contrato de prestação de serviços [...].*<sup>4</sup>

Não é estranhável ponderar, então, que

*[...] nós duvidamos que um empresário, se parasse para pensar, admitiria que estaria praticando um contrato ao indicar um árbitro. Esse tipo de indicação não é semelhante à escolha de um contador, de um arquiteto ou de um advogado. Na verdade, não tem nada a ver com isso [...].*<sup>5</sup>

A controvérsia é reconhecida pela própria jurisprudência. Uma decisão de 1984 da Corte de Genebra sumariou as diversas concepções vigentes sobre o tema no direito estrangeiro. O texto tem a seguinte redação:

*É difícil determinar a natureza jurídica da relação que vincula os árbitros à partes. Segundo Brosset (FJS Nr 464<sup>o</sup>), 'alguns (autores) consideram que existe um ato unilateral de nomeação ao qual apenas o direito público é aplicável. Essa opinião parece difícil*

\* Este artigo foi originalmente publicado na *Revista Brasileira da Advocacia*, n. 1, pp. 103-150, abr./jun. 2016.

\*\* Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado.

<sup>1</sup> A definição é assumidamente simplista. A finalidade deste estudo não é examinar o conceito de arbitragem. Para um aprofundamento do tema, confirmam-se, dentre outras, as seguintes obras: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009; LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>2</sup> A arbitragem pode ser desenvolvida mediante a atuação de um árbitro único. Essa é uma solução anômala e incomum, no entanto, quando se trata de litígios envolvendo a Administração Pública. Na prática, a esmagadora maioria dos casos envolve um painel arbitral — ou seja, composto por uma pluralidade de árbitros. Este estudo alude genericamente à arbitragem envolvendo uma pluralidade de árbitros. Tal se destina tão somente a evitar o incômodo de ressaltar, a cada passagem, a existência de alternativas teóricas distintas.

<sup>3</sup> Sobre o tema, confirmam-se os ensinamentos de SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013, pp. 14-23.

<sup>4</sup> LAGARDE, Mercedes Torres. "Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration". *ASA Bulletin*, v. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015, pp. 780-807 (original em inglês).

<sup>5</sup> MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2<sup>nd</sup> ed. Lexis Nexis, 1989 (original em inglês).



de defender, porque o árbitro não está obrigado a aceitar a missão que lhe é ofertada. Outros autores pensam que existe, ao contrário, um contrato sui generis de direito privado ou um verdadeiro mandato, ou mesmo um contrato de trabalho'. Habscheid (*Droit judiciaire privé suisse*, 2<sup>nd</sup> ed., 1981, at. 562) sustenta que 'a relação jurídica entre o árbitro e as partes é uma relação jurídica de direito privado decorrente de um contrato entre o árbitro e as partes (sic)... (página '277'). O contrato é similar à execução de serviços. Rüede/Hadenfeldt (*Schweizerisches Schiedsgerichtrecht*, 1980, at. 147) escrevem que as regras do mandato devem ser aplicadas.<sup>6</sup>

## 2.2 A teoria do status

No âmbito dos países de tradição anglo-saxã (*Common Law*), prevalece a concepção do *status*. Segundo esse enfoque, a natureza da atividade desempenhada pelo árbitro implica submeter o relacionamento existente àquele reservado para os membros do Poder Judiciário estatal.

Alguns autores afirmam que a teoria do *status* não implica afastar a teoria contratual. Nesse sentido,

*A ideia de que os árbitros usufruem de um 'status' obviamente não é incorreta. A sua função como juízes privados é muito peculiar para resultar exclusivamente das intenções das partes privadas. Para que eles assumam o poder jurisdicional ..., os árbitros (e com eles o inteiro instituto da arbitragem) movem-se dentro de um esquema legal e procedimental que vai muito além das partes e dos seus juízos escolhidos numa dimensão de caso a caso... Em outras palavras, o fato de árbitros internacionais serem investidos de um 'status' simplesmente significa que o contrato do qual derivam seus poderes não pode excluir a aplicação dos princípios fundamentais que governam a resolução de disputas em qualquer fórum.<sup>7</sup>*

## 2.3 O núcleo da controvérsia no direito comparado

Essa discussão se instaurou no direito comparado em vista de reflexos práticos muito específicos e determinados.

### 2.3.1 A questão do controle da atuação dos árbitros

Trata-se especialmente de determinar a extensão da autonomia dos árbitros, os deveres que disciplinam a sua atividade, o regimento de sua responsabilidade pessoal e o controle jurisdicional de sua conduta.

O reconhecimento da natureza contratual da investidura do árbitro relaciona-se diretamente com a afirmação da existência de deveres de diligência e honestidade que norteiam o desempenho de suas funções. A incidência do regime puramente privado e contratual permite a aplicação de regras inerentes à atividade negocial e à responsabilidade civil por inadimplemento contratual. Nesse sentido, diferenciam-se as atuações do juiz estatal e do árbitro.

### 2.3.2 As dificuldades enfrentadas no direito comparado

A discussão acima sumariada é muito relevante porque se relaciona com um tema complexo no direito comparado. Trata-se do controle dos atos estatais. Em muitos países, há limitações intensas à revisão de atos produzidos pelo Estado, especialmente no tocante ao desempenho da função jurisdicional.

Portanto, a negativa da teoria contratual poderia submeter o controle da atuação dos árbitros ao regime próprio dos atos estatais, o que poderia significar a existência de parâmetros de controle muito reduzidos. Tal redundaria em riscos insuportáveis para o instituto da arbitragem.

### 2.4 A análise da questão em face do direito brasileiro

A teorização do direito comparado reflete pressupostos jurídicos distintos daqueles vigentes no Brasil. Isso não implica desmerecer as concepções do direito comparado. Mas é necessário trazer à consideração as peculiaridades que o tema apresenta no direito brasileiro — e que, se fossem tomadas em vista pelo pensamento alienígena, conduziriam certamente a resultados diversos dos ora considerados.

## 3 A dimensão consensual da arbitragem

Certamente, a instauração de uma relação entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem.

### 3.1 A natureza "contratual" da arbitragem

É inquestionável que o pacto de arbitragem tem natureza convencional. Mas daí não se segue que a arbitragem e todas as suas demais derivações jurídicas apresentem natureza propriamente contratual.

<sup>6</sup> Coriman International SA en liquidation judiciaire v. Batima SA and Auxiba SA., Geneva Court of Justice, 10 February 1984 in *Journal of International Arbitration*, v. 1, issue 3. Kluwer Law International, 1984, pp. 277-278 (original em inglês).

<sup>7</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999 (original em inglês).

### 3.1.1 A ausência de configuração de um contrato

A complexidade da arbitragem se evidencia pela própria manifestação consensual de vontade que lhe dá origem. É problemático assemelhar esse acordo de vontades à figura de um contrato propriamente dito.

O contrato se caracteriza pela obrigação de pelo menos uma das partes realizar uma prestação em favor da outra.<sup>8</sup> Nesse sentido, há os contratos unilaterais e os contratos bilaterais (em que há constituição de obrigações para ambas as partes). Costuma-se aludir a contratos plurilaterais (ou organizacionais), em que as partes disciplinam a conjugação de esforços e recursos comuns para o desenvolvimento de atividades futuras de interesse recíproco.<sup>9</sup>

O acordo de vontades prevendo a solução arbitral não determina diretamente a obrigação de uma das partes realizar prestação em favor da outra, ou de ambas as partes executarem prestações recíprocas. E claramente não se trata de um contrato organizacional.

### 3.1.2 A finalidade da convenção de arbitragem

A convenção que prevê a arbitragem tem por objeto a atribuição a um terceiro da função de compor litígio, com eficácia vinculante não apenas em face das próprias partes, mas do próprio Estado. Trata-se de afastar a regra genérica que reserva ao Estado-Jurisdição a competência para composição de litígios.

Nenhuma das partes do pacto de arbitragem se obriga a realizar uma prestação em favor da outra — nem mesmo de modo indireto. O efeito da convenção de arbitragem reside numa manifestação de renúncia ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para a composição jurisdicional de litígio.

Seria de duvidosa procedência a tese de que a convenção de arbitragem implicaria também a assunção de deveres patrimoniais e não patrimoniais, necessários à implementação da arbitragem. Esse entendimento é problemático porque a recusa da parte em adotar tais condutas não configura uma infração ao pacto de arbitragem. Assim, por exemplo, a recusa da parte em indicar um árbitro e a ausência de pagamento das despesas atinentes à arbitragem

não se traduzem, propriamente, em “inadimplemento contratual”<sup>10</sup>.

### 3.1.3 A questão dos requisitos de validade

É inquestionável que a convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades, consiste em um acordo de vontades, que reflete a autonomia jurídica das partes e exterioriza uma competência de natureza normativa. Negar-lhe a natureza propriamente contratual não implica rejeitar a proximidade entre os institutos. Justamente por isso, os requisitos de validade da convenção arbitral são basicamente os mesmos exigidos em vista dos demais negócios jurídicos.

## 4 A natureza jurídica do vínculo com as partes

A natureza jurídica do vínculo entre as partes e os árbitros<sup>11</sup> reflete a natureza jurídica da própria arbitragem.

### 4.1 A amplitude da relação jurídica de arbitragem

O vínculo entre as partes e os árbitros é uma faceta da própria arbitragem. Isso não significa afirmar que a natureza da arbitragem decorre da natureza da convenção arbitral.

#### 4.1.1 A distinção necessária

As duas questões são muito diversas. A natureza jurídica da convenção de arbitragem não se confunde com a natureza jurídica da própria arbitragem. Basta considerar os sujeitos que integram as duas relações jurídicas. A convenção de arbitragem é pactuada entre as partes. Os árbitros não são partes na convenção de arbitragem, ainda que se vinculem à arbitragem.

O tema objeto de estudo envolve uma outra questão, que é a natureza jurídica do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral). Se a arbitragem é um meio de composição de conflitos mediante a atuação de árbitros privados, isso implica a existência de um vínculo jurídico entre os árbitros e as partes litigantes.

<sup>8</sup> Em sentido amplíssimo, contrato é todo acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. A orientação acima adotada reflete uma concepção mais restrita.

<sup>9</sup> ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 266-267.

<sup>10</sup> A rejeição à natureza contratual da arbitragem não implica, no entanto, a denegação da existência do dever de a parte arcar com os custos inerentes. São duas questões distintas e inconfundíveis.

<sup>11</sup> Neste primeiro momento, o exame será centrado apenas no vínculo entre as partes e os árbitros. Retornar-se-á posteriormente à avaliação da questão relativa ao relacionamento entre as partes e a câmara arbitral.

Logo, a relação jurídica estabelecida entre as partes e os árbitros é uma faceta essencial à própria arbitragem.

#### 4.1.2 A inviabilidade da duplicação da questão

É incorreto duplicar a questão e afirmar que a relação jurídica entre as partes e os árbitros envolve uma questão distinta da própria relação jurídica de arbitragem.

Nem teria cabimento estabelecer uma espécie de diferenciação temporal, supondo que a atividade de indicação do árbitro envolveria um vínculo jurídico que se encerraria quando instaurada a arbitragem. Existe um relacionamento jurídico que se desenvolve ao longo do tempo, dotado de elevado grau de complexidade.

A complexidade traduz-se na existência de uma pluralidade de etapas procedimentais. Desencadeada a causa jurídica apta à instauração da arbitragem, o procedimento se inicia mediante atos jurídicos das partes litigantes. O painel arbitral é composto usualmente a partir de escolhas das partes litigantes — mas não apenas e nem sempre diretamente delas<sup>12</sup>. Na sequência, os árbitros iniciam a sua atuação, que deve concluir por uma decisão.

A pluralidade de etapas procedimentais não reflete uma pluralidade de relações jurídicas distintas. Há uma relação jurídica complexa, vinculando as partes e os árbitros. É juridicamente impossível, por isso, diferenciar a natureza jurídica da relação entre as partes e os árbitros da relação jurídica propriamente dita de arbitragem.

#### 4.2 A determinação da natureza jurídica da arbitragem

A discussão sobre a natureza do vínculo jurídico instaurado em virtude da arbitragem se desenvolve de há muito, inclusive no direito comparado. O debate contempla as já referidas fórmulas da natureza contratual e da natureza jurisdicional (*status*) do instituto.

No âmbito da doutrina processualista brasileira, Alexandre Câmara afirma que

*Há, basicamente, duas orientações doutrinárias acerca da natureza da arbitragem. Uma primeira corrente defende ter a arbitragem uma natureza privatista, enquanto outra corrente, claramente dominante, defende a natureza jurisdicional da arbitragem. Parece-me que as duas posições são criticáveis [...]*<sup>13</sup>.

Para os fins do presente estudo, serão consideradas essas duas principais posições sobre o tema.

## 5 As teses da formação contratual do vínculo

A concepção privatista relaciona-se diretamente com o reconhecimento de que a arbitragem resulta de uma convenção entre as partes. Logo, a atuação dos árbitros seria uma decorrência desse pacto entre as partes litigantes, sem que tal implicasse que a arbitragem seria a mera execução do “contrato de arbitragem” (figura que, como já acima indicado, não pode ser admitida).

### 5.1 O relacionamento jurídico entre os litigantes e terceiros

A instauração efetiva da arbitragem envolve, usualmente (mas não necessariamente), uma atuação consensual entre os litigantes. As partes podem acordar sobre a escolha de uma câmara arbitral — o que implica a necessidade de consenso. Por outro lado, cada parte deve indicar um árbitro, cabendo em geral aos dois árbitros escolhidos a indicação de um terceiro<sup>14</sup>.

Essas atividades jurídicas pressupõem uma atuação voluntária das partes litigantes. Isso não significa, no entanto, a existência de contrato entre elas e os terceiros.

<sup>12</sup> São admitidas diversas soluções quanto a isso. Há casos em que as partes elegem um regulamento que atribui a uma instituição o poder de nomeação do árbitro. A Lei 9.307 determina que a nomeação poderá ser realizada pelo Judiciário (Art. 7º, § 4º - “Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio”)

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 11. FRANCISCO JOSÉ CAHALI coloca a questão em outros termos: “São basicamente quatro as teorias a respeito: privatista (contratual), jurisdionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma” (Ob. cit., p. 92).

<sup>14</sup> Não existe impedimento a que as partes estabeleçam, especialmente na hipótese de cláusula compromissória, uma disciplina anterior ao surgimento do litígio, disciplinando a constituição do tribunal arbitral na hipótese de future litígio. Isso pode compreender inclusive a previsão de que todos os árbitros serão indicados pela instituição arbitral, por exemplo.

### 5.2 O contrato como resultado da fusão de vontades

A existência do contrato pressupõe, em primeiro lugar, a fusão das vontades das partes, de modo a produzir um ato jurídico uno. Ademais, é indispensável que o conteúdo da relação jurídica seja determinado pela vontade conjunta das partes.

Em muitos casos, há manifestações consensuais de vontade de natureza unilateral, que se produzem de modo sucessivo e que não se fundem entre si. Em tais casos, não há contrato.

Basta um exemplo para permitir a compreensão da questão. Considere-se o vínculo jurídico entre Administração e servidor público. Imagine-se a hipótese de investidura em cargo de provimento efetivo, mediante concurso de provas e títulos. Um particular inscreve-se para participar de um concurso. A Administração defere a inscrição. Há dois atos voluntários, que retratam uma manifestação de vontade. É evidente, no entanto, que não se configura um contrato. Os dois atos permanecem diferenciados entre si. São dois atos voluntários unilaterais, de existência sucessiva, que mantêm a identidade própria.

Suponha-se que o sujeito seja aprovado no concurso, ocorra a sua nomeação e ele tome posse. Esse cenário também não é configurável como um contrato: há uma sucessão de atos unilaterais, de natureza voluntária e que refletem manifestações de vontade que não se conjugam para produzir um ato jurídico bilateral. Há o surgimento de uma relação jurídica específica, para a qual foi indispensável a vontade das partes. Mas não se configura a existência de um contrato.<sup>15</sup>

### 5.3 As obrigações decorrentes de atos voluntários unilaterais

O direito admite, então, o surgimento de relações jurídicas fundadas em atos voluntários unilaterais, que se produzem de modo sucessivo e que não apresentam natureza contratual. Nessa categoria enquadram-se os

<sup>15</sup> Um exemplo marcante envolve a própria relação jurídica processual judicial. A instauração do processo judicial pressupõe o exercício do direito de ação, que se faz pela atuação unilateral do autor. O Estado-Jurisdição é provocado e convoca o réu a se defender. Surge uma relação jurídica triangular, que é implementada pelas atuações voluntárias e unilaterais de diversos sujeitos. Isso não implica reconhecer que a relação processual judicial tem natureza contratual. Por outro lado, os exemplos fornecem a indicação de que a atuação do árbitro envolve o exercício de uma função de natureza pública. O tema será examinado adiante.

atos de escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral, uma vez que não há fusão de vontades, e tanto bastaria para rejeitar as teorias contratuálistas.

### 5.4 Ainda a hipótese do negócio jurídico não contratual

Mas até é possível que a escolha da instituição arbitral se faça mediante consenso entre as partes. Existirá, então, um negócio jurídico. A vontade das partes se funde para produzir um ato jurídico único, de natureza negocial. Não se produz, no entanto, um “contrato” propriamente dito entre as partes<sup>16</sup>, tampouco um contrato entre as partes e a câmara arbitral. As partes, de comum acordo, indicam a câmara. Cabe a essa aceitar ou rejeitar a indicação. Até se poderia aludir a um ato coletivo, que consiste numa manifestação de vontade única, produzida pela atuação de uma pluralidade de sujeitos em posição homogênea — tal como se passa, por exemplo, com a deliberação de uma assembleia geral.

## 6 A escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral

A efetiva instauração da arbitragem envolve a (eventual) escolha de uma câmara arbitral e a indicação dos árbitros.

### 6.1 A escolha dos árbitros

A escolha do árbitro configura um ato jurídico unilateral (ressalvada a hipótese de escolha consensual) de cunho discricionário, por meio do qual a parte formula uma avaliação sobre a presença dos requisitos desejáveis e necessários ao bom desempenho da função de árbitro.

<sup>16</sup> Não é demais lembrar que os negócios jurídicos plurilaterais podem ser classificados em contratos e acordos. ORLANDO GOMES, acentuando a influência do Direito Público nessa construção, dizia prevalecer o entendimento de que “Contrato e acordo são negócios que devem ser distinguidos pelo modo de constituição. Por este critério, a distinção baseia-se na estrutura do concurso de vontades. No contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-los, ajustando as respectivas declarações de vontade a uma vontade comum [...]. No acordo, os sujeitos têm o mesmo intento.” E que, para se admitir a existência de acordos, necessário apenas que “se reconheça a existência de negócios plurilaterais dos quais não resultam para as partes, pelo menos imediatamente, direitos e obrigações recíprocas como se verifica com os contratos” (*Introdução ao direito civil*. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 289 e 291).

### 6.1.1 A declaração unilateral de vontade

Esse ato é uma declaração de vontade, de natureza unilateral, que desencadeia uma pluralidade de efeitos jurídicos. Se o sujeito escolhido aceitar a indicação, será ele investido na função correspondente — desde que não existam impedimentos, suspeições ou outros obstáculos.

### 6.1.2 A desnecessidade de escolha “consensual” dos árbitros

Havendo um árbitro único, a alternativa usual é a escolha consensual das partes. No entanto, essa solução não é necessária — inclusive porque a ausência de concordância entre as partes não impede a instauração da arbitragem. Assim se passa porque o árbitro pode ser indicado pela instituição escolhida ou pelo Poder Judiciário.

Nos casos mais usuais, em que há pluralidade de árbitros, cada parte é investida na titularidade do poder jurídico para indicar um deles.

### 6.1.3 A indicação do árbitro pela parte

No modelo praticado usualmente, cada parte indica um árbitro. Cada parte é investida de autonomia para escolher o árbitro. Portanto, nem sequer é cabível afirmar que as duas partes emitiriam uma manifestação de vontade consensual, que seria aceita pelos árbitros, gerando uma figura contratual.

Afinal, cada parte litigante realiza uma escolha própria ao indicar um dos árbitros. Existem duas séries de atos unilaterais, cada uma delas proveniente de uma das partes e cada qual orientada à indicação de um dos árbitros.

### 6.1.4 A posição de cada parte quanto ao árbitro indicado pela outra

Logo, não existe a participação da parte litigante relativamente ao árbitro indicado pela outra parte. Existe um poder jurídico de discordância quanto à indicação<sup>17</sup>. Mas essa discordância não traduz uma manifestação discricionária de vontade. Nem pode ser imotivada. Depende da invocação da ausência de requisito indispensável à atuação do sujeito como árbitro.

A circunstância de que incumbe à outra parte escolher concordar com a indicação e não arguir a ausência de um requisito indispensável à atuação do árbitro não infirma o raciocínio.

### 6.1.5 A questão da escolha do terceiro árbitro

Por outro lado, é impossível defender a existência de ato consensual das partes litigantes relativamente à escolha do terceiro árbitro. Esse é usualmente<sup>18</sup> escolhido pelos dois árbitros, de comum acordo<sup>19</sup>. Não existe qualquer manifestação de vontade vinculando o terceiro árbitro e cada uma das partes em litígio.

### 6.1.6 A indicação do árbitro sem participação da parte

Por outro lado, o sujeito pode ser investido na condição de árbitro independentemente da manifestação de vontade da parte litigante. Se houver omissão ou recusa da parte em exercitar a sua faculdade, serão adotadas soluções que conduzirão à escolha de árbitro sem a participação do litigante. Isso não produzirá qualquer efeito jurídico relevante relativamente à arbitragem propriamente dita.

## 6.2 A impossibilidade de alteração por vontade unilateral

Anotese que a concepção contratualista da investidura dos árbitros conduziria à inevitável possibilidade de alterações consensuais. Assim, cada parte poderia retirar o seu consentimento à “contratação” do árbitro que indicou. Mas assim não o é. Se uma parte arrepender-se quanto à indicação por ela própria realizada quanto ao árbitro, caber-lhe-á apenas formular um protesto invocando alguns dos fundamentos previstos genericamente para a recusa da autoridade julgadora. Cabe-lhe apontar fatos que indicam o impedimento ou a suspeição e que induzem a ausência de imparcialidade do árbitro.

## 6.3 A questão das câmaras arbitrais

A câmara arbitral desempenha um conjunto de atividades orientadas a assegurar o desenvolvimento da arbitragem, de modo a preservar e a garantir a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do árbitro.

<sup>17</sup> Aliás, a recusa pode ser exercitada quanto ao árbitro indicado pela própria parte. A hipótese não é comum, mas pode ocorrer. Basta que a parte alegue o desconhecimento no momento da indicação do motivo gerador do impedimento. Outra alternativa seria a ocorrência de evento superveniente.

<sup>18</sup> Como já apontado, admitem-se outras soluções para a escolha dos árbitros, inclusive do terceiro.

<sup>19</sup> É desnecessário anotar que a indicação consensual do terceiro árbitro não implica a existência de um contrato entre os dois árbitros indicados pelas partes.

### 6.3.1 As atividades ancilares

A câmara arbitral desenvolve atividades secundárias e dependentes, relativamente à arbitragem propriamente dita<sup>20</sup>. Mas todas as atuações por ela desempenhadas são relacionadas à arbitragem.

### 6.3.2 A ausência de prestação à parte de utilidade autônoma

A atuação da câmara arbitral não é orientada, portanto, a fornecer uma utilidade autônoma à parte litigante. Não se trata de disponibilizar instalações físicas, serviços de assessoramento ou qualquer outro benefício destinado à utilização pela parte no desempenho de suas atividades próprias.

Toda e qualquer atuação da câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desenvolvimento satisfatório da função arbitral.

Portanto, numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma câmara de arbitragem “presta serviços” às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido.

### 6.3.3 A escolha de comum acordo entre as partes

Há casos em que as partes formulam escolha de comum acordo relativamente à câmara arbitral. Essa decisão não produz, de modo automático, o surgimento de um vínculo jurídico entre as partes e a câmara arbitral. Caberá à câmara um ato de aceitação. Sem a manifestação de aceitação pela Câmara não se instaura relação jurídica alguma entre ela e os litigantes.

### 6.3.4 A escolha imposta e a adesão da outra parte

Admite-se a possibilidade de que a escolha da câmara seja imposta por uma das partes. A outra a isso se submeterá. É a solução que possivelmente será praticada no âmbito da Administração Pública.

A imposição unilateral e a aceitação da outra parte ou a inserção da cláusula compromissória com previsão de arbitragem institucional num contrato

de adesão não implicam o surgimento de relação contratual entre os litigantes e a câmara arbitral. Permanece a mesma situação já exposta: existem atos voluntários unilaterais, que não se fundem para produzir um contrato.

### 6.3.5 A indicação pelo Poder Judiciário

Aliás, é perfeitamente possível que a determinação da câmara arbitral resulte de decisão judicial. Basta que as partes não cheguem a acordo quanto a isso, nos casos em que o tema não estiver predeterminado na convenção de arbitragem.

### 6.3.6 A fixação consensual de limites e restrições

Admite-se que as partes estabeleçam condições e limites à atuação da câmara ou do árbitro. Daí tampouco se segue que se configure um acordo de vontades de natureza contratual.

Não seria exagero lembrar que a Administração, ao prever a realização de um concurso público, fixa as condições de data, local e duração das provas. O candidato que aceita tais condições e desempenha a sua atuação em conformidade com elas não está pactuando um contrato com a Administração. Nem se passa diversamente no âmbito mesmo do processo judicial, que admite negócios processuais entre as partes.

Tal como ocorre nos exemplos acima fornecidos, as delimitações impostas pelas partes são vinculantes para a câmara e para os árbitros, sem que tal implique a existência de um contrato. Cabe à câmara arbitral e ao árbitro a faculdade de recusar a indicação, se com ela discordarem. Mas a indicação é um ato unilateral, tal como também o é a aceitação.

### 6.3.7 O vínculo jurídico equivalente

Assim, o vínculo jurídico estabelecido entre as partes e a câmara arbitral apresenta natureza jurídica equivalente àquele instaurado com os árbitros. Trata-se de providenciar uma solução que permita o desenvolvimento de um processo arbitral que observe todas as garantias e envolva a atuação de um julgador imparcial.

## 7 As teses contratualistas sobre o vínculo propriamente dito

A formação do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral) não configura um

<sup>20</sup> Lembre-se que a participação da câmara arbitral não é uma condição necessária para a existência da arbitragem. Pode haver o processo arbitral conduzido exclusivamente pelos árbitros (arbitragem *ad hoc*).

contrato. Mas a natureza da relação jurídica constituída também não se enquadra no conceito de contrato.

### 7.1 A tese do contrato de mandato

Uma das teses contratualistas sustenta que o árbitro é um mandatário da parte. Essa orientação não pode ser aceita.

O mandatário deve atuar sempre no interesse da parte e seus atos são diretamente imputados ao mandante. Isso não ocorre no tocante aos árbitros. Eles desempenham atividades em nome próprio e sua atuação não é norteadada a dar concretude à vontade das partes, mas a promover a extinção do conflito mediante a aplicação do direito ao caso concreto.

A teoria do mandato apenas reflete um aspecto inerente à atividade dos árbitros — que costuma ser apontada a propósito da função jurisdicional. Trata-se da substitutividade que caracteriza a heterocomposição dos litígios. Ao invés de definirem a solução mediante a sua atuação própria, as partes se valem de outrem nos casos de atuação jurisdicional. Os árbitros se “substituem” às partes, na acepção de que determinam a solução que prevalecerá.

Nem no caso da arbitragem, nem nas demais hipóteses de atuação de terceiros, existe algum tipo de mandato. Definitivamente, o árbitro não é um representante das partes.

### 7.2 A tese do “contrato de prestação de serviços”

A tese do contrato de prestação de serviços funda-se no entendimento de que os árbitros aplicam os seus esforços para produzir um resultado que se reflete num benefício para a parte do litígio. Basta levar adiante o exame para reconhecer a improcedência dessa tese.

#### 7.2.1 A realização de esforços pessoais no interesse de terceiro

É inquestionável que o desempenho da função de árbitro envolve a realização de esforços, que são desenvolvidos não no interesse próprio. É verdade que, num contrato de prestação de serviços, o prestador aplica os seus esforços para produzir um resultado de interesse alheio. Mas daí não se segue que em toda e qualquer situação em que um sujeito aplique os seus esforços para produzir um benefício para terceiro existiria um contrato de prestação de serviços.

Ninguém ousará defender, por exemplo, que o registro de um certo documento em Cartório de Títulos e Documentos configuraria um “contrato de prestação

de serviços” entre o interessado e o cartorário, embora se trate de situação em que o cartorário aplica seus esforços para produzir resultado de interesse alheio.

#### 7.2.2 A pluralidade de partes e a inviabilidade da tese

A tese é ainda mais insustentável porque a arbitragem produz um vínculo jurídico que abrange todos os árbitros e todas as partes. Não se formam vínculos autônomos entre cada parte e cada árbitro. O árbitro indicado por uma das partes não é um “prestador de serviço” em favor dela.

A situação jurídica do terceiro árbitro é idêntica à dos outros dois. A ausência de relação contratual entre o terceiro árbitro e cada uma das partes é idêntica à relação entre cada árbitro e a parte que o indicou.

#### 7.2.3 A ausência de prestação “em favor” da parte

Tampouco se pode defender que a atuação dos árbitros seria uma prestação executada “em benefício” das partes. Afigura-se inquestionável a existência de um dever de fazer recaindo sobre o árbitro. Mas esse dever não tem por objeto produzir um benefício para a parte.

#### 7.2.4 A ausência de prestação economicamente avaliável

Nem é cabível reconhecer algum conteúdo patrimonial na prestação desenvolvida pelos árbitros. A decisão arbitral não é um objeto economicamente avaliável — ainda que verse sobre pretensões externadas pelas partes e que apresentem valor econômico.

#### 7.2.5 O conteúdo do “serviço”

O “serviço” prestado pelo árbitro consiste na produção de decisão destinada a compor o conflito. Essa atuação destina-se a promover a reintegração da ordem jurídica, perturbada pelo conflito de interesses instaurado entre as partes. Portanto e rigorosamente, a atuação dos árbitros apresenta um cunho de relevância social, constituindo-se numa solução privada para evitar a necessidade de movimentação do Poder Judiciário estatal.

#### 7.2.6 O dever de satisfazer o direito, não o interesse da parte

O árbitro tem a obrigação de desempenhar a sua função com absoluta imparcialidade, com total dedicação, visando produzir a decisão mais conforme à ordem jurídica.

Portanto, sua posição jurídica em face da parte não consiste em atender às necessidades dela, em obedecer às suas orientações ou em favorecê-la.

Se o árbitro “presta serviços” — construção que deve ser adotada com cautela —, tais serviços são desenvolvidos no interesse não de cada uma das partes. O árbitro atua visando promover a paz social e a realização dos valores jurídicos fundamentais.

### 7.2.7 A questão da “competência-competência”

Ou seja, a atividade desempenhada pelo painel arbitral apresenta uma dimensão supraindividual. Ainda que a instauração da arbitragem dependa de uma decisão consensual das partes, a atuação dos árbitros se configura como uma função de natureza pública (ainda que não estatal).

Isso se traduz na atribuição aos árbitros da competência para determinar a própria competência<sup>21</sup>. Essa decisão apresenta cunho vinculante em face do Estado<sup>22</sup>, mas apresenta efeito vinculante, antes de tudo, em face das próprias partes. Se existisse um contrato de prestação de serviços, ter-se-ia de convir com a impossibilidade de o painel arbitral definir a sua própria competência em face dos próprios sujeitos em litígio. Nenhum contrato de prestação de serviços poderia gerar um poder jurídico para que o prestador definisse, de modo autônomo em relação às partes, a existência de uma prestação de serviço “compulsória”.

### 7.2.8 O direito à remuneração

Outro ponto relevante é a questão da remuneração devida aos árbitros. Não cabe às partes definir esse aspecto. Os árbitros (ou a câmara de arbitragem) definem o valor da remuneração devida, que é imposto de modo vinculante às partes<sup>23</sup>.

Mais ainda, essa remuneração será devida independentemente da satisfação atingida pela parte com o desempenho do painel arbitral. A decisão desfavorável à parte não implica ausência de adimplemento do dever do árbitro.

Ademais, os honorários serão devidos ainda que a decisão arbitral implique o julgamento de improcedência para todas as pretensões externadas por ambas as partes.

É evidente, no entanto, que a conduta defeituosa do árbitro pode implicar a sua responsabilização civil (inclusive). O reconhecimento de um defeito, que pode acarretar até mesmo a invalidação da arbitragem, configura a violação a um dever inerente à função do árbitro. Mas não se configura propriamente o inadimplemento a deveres contratuais. Os deveres objetivos de atuação honesta e leal, conforme a ordem jurídica, de modo imparcial e com observância de todos os requisitos pertinentes, derivam da condição de árbitro.

## 8 A distinção entre o litígio e a sua composição

Anote-se que as teorias contratuálistas refletem um enfoque superado no âmbito do próprio direito processual clássico. Uma das conquistas fundamentais do direito processual reside na distinção entre o direito subjetivo decorrente da relação de direito material e o direito à obtenção de um provimento destinado a compor o litígio.

### 8.1 Ainda a “teoria dualista da ação”

A distinção entre a relação de direito material e a relação jurídica de arbitragem tem íntima vinculação com a clássica diferenciação entre “direito material” e “direito de ação”. A composição de um litígio por meio da atuação de terceiros desencadeia o surgimento de uma pluralidade de relações jurídicas, cada qual com objeto jurídico próprio e diverso do objeto jurídico do litígio.

### 8.2 A convenção de arbitragem

Rigorosamente, a convenção de arbitragem não dispõe sobre a relação de direito material, mas sobre o direito de ação. Como dito acima, a convenção de arbitragem é um pacto autônomo e distinto da relação de direito material. Se houvesse alguma dúvida, bastaria apontar que a cláusula compromissória pode ser inválida, sem que isso contamine a validade do contrato. E o contrato pode ser inválido, sendo essa invalidade pronunciada numa arbitragem instaurada

<sup>21</sup> Sobre o tema, confira-se TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares (In Memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 426-435.

<sup>22</sup> A decisão pode ser revista pelo Judiciário ao final do processo arbitral, por provocação das partes.

<sup>23</sup> Há sistemas jurídicos, no entanto, que admitem a negociação dos honorários entre os árbitros e as partes. Isso exige a observância de regras rigorosas para evitar o risco de comprometimento da imparcialidade dos árbitros.



com fundamento em cláusula compromissória contemplada no próprio contrato questionado<sup>24</sup>.

Mas é pacífico que os mecanismos jurisdicionais desencadeados para a composição do litígio não se constituem num mero desdobramento da relação jurídica em que tal conflito se instaurou.

Por isso, as pretensões das partes litigantes no âmbito da relação jurídica de direito material não se confundem com as relações jurídicas instauradas entre elas e terceiros, convocados a desempenhar a arbitragem.

### 8.3 A confessada influência da teoria do direito de ação

É claro que esse enfoque reflete a influência da concepção processualista, desenvolvida a propósito da atividade jurisdicional estatal. Ainda assim, é possível estabelecer um paralelo entre o direito de ação (direito público subjetivo) e o direito de provocar a instauração da arbitragem — ainda que apresente uma dimensão de natureza privada.

Mesmo que existam diferenças entre as duas situações, é inquestionável que a composição vinculante do litígio por meio da atuação de um sujeito imparcial e independente implica a existência de relações jurídicas diversas e distintas. Assim se passa tanto no âmbito da jurisdição estatal como no tocante à arbitragem.

### 8.4 A questão jurídica implicada

O instituto da arbitragem implica uma complexidade jurídica adicional, relativamente ao direito de ação. Assim se passa porque, como já acima exposto, o relacionamento jurídico entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem, mas com ela não se confunde.

A convenção de arbitragem produz uma relação jurídica entre as partes. A efetiva instauração da arbitragem implica o surgimento de uma outra relação jurídica, da qual participam as partes e os árbitros.

Ou seja, é necessário diferenciar a convenção entre as partes (compromisso arbitral ou cláusula compromissória) e as relações por elas estabelecidas

com terceiros em vista da efetiva execução propriamente dita da arbitragem.

### 8.5 A relação “processual não estatal”

No âmbito da atividade jurisdicional estatal, alude-se à existência de uma relação jurídica processual<sup>25</sup>, que vincula as partes e o Estado-jurisdicção.

O vínculo entre as partes e os árbitros, o qual pode abranger inclusive uma câmara arbitral, configura uma relação processual. Trata-se de um vínculo jurídico orientado a produzir uma atuação específica e diferenciada, por meio da qual haverá a composição do litígio entre as partes. Uma diferença fundamental, no entanto, reside na natureza não estatal desse vínculo. O processo arbitral não é um processo estatal.

Não seria incorreto, então, aludir a uma relação processual de natureza não estatal, que se caracteriza por sua pluriangularidade e pela posição de imparcialidade do árbitro.

## 9 A concepção jurisdicional

A concepção prevalente no tocante à natureza jurídica da arbitragem é a que reconhece a existência de uma atividade jurisdicional.

### 9.1 A posição de Carlos Alberto Carmona

A controvérsia sobre o tema foi objeto de análise específica de Carlos Alberto Carmona, em trabalho clássico, que deu nova configuração ao tratamento do instituto no direito brasileiro<sup>26</sup>. O autor sintetizou a origem das controvérsias, no texto abaixo reproduzido:

*O fato é que os autores do final do século passado e do início deste – especialmente os italianos – preocuparam-se sobremaneira com o contrato e compromisso, centrando ali suas preocupações. Assim, para os privatistas, a origem contratual da arbitragem era fundamental na qualificação de todo o instituto, ao passo que para os publicistas o problema estava em balizar, definir e especificar melhor a origem contratual da arbitragem, demonstrando ser fundamental o estudo do papel dos árbitros, suas funções e os efeitos da decisão deles<sup>27</sup>.*

<sup>24</sup> Esse último exemplo envolve, como é evidente, variações no tocante à causa de invalidade. Pode ocorrer de que a causa de invalidade contratual produza a invalidade inclusive da própria cláusula compromissória.

<sup>25</sup> Sobre a relação jurídica processual, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 200-225.

<sup>26</sup> *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 33.

O ponto central da questão reside na reavaliação do conceito de jurisdição. Como afirma Carmona,

*[...] parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça [...]*<sup>28</sup>.

Daí a conclusão preconizada por esse autor de que a arbitragem envolvia o desempenho de função jurisdicional, em tudo assemelhável às atividades atribuídas ao Poder Judiciário.

### 9.2 A orientação difundida na doutrina brasileira

A concepção antecipada no trabalho de Carmona vem sendo acompanhada pela generalidade dos doutrinadores.<sup>29</sup> Em trabalho mais recente, Cândido Rangel Dinamarco afirmou que:

*Indo além do que diz o próprio Carmona, hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização da justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro*<sup>30</sup>.

Logo a seguir, Dinamarco formula uma ponderação marcante, que apresenta grande importância para a controvérsia examinada. As suas palavras estão adiante reproduzidas:

*O que importa e se impõe como elemento essencial é o escopo social de pacificação. De importância menor nesse quando conceitual, ou de importância nenhuma, são ainda as circunstâncias de o poder do árbitro ter origem na convenção das partes, e não na Constituição ou na lei, e de a execução forçada estar inteiramente excluída de suas atividades*<sup>31</sup>.

### 9.3 Ainda a natureza não estatal da arbitragem

Daí não se segue, no entanto, que a arbitragem configure uma atividade estatal. Os árbitros são sujeitos privados, que não atuam em nome do Estado

e seus atos não se subordinam ao direito processual judiciário. Cabe aprofundar a questão.

## 10 O exercício de função

A natureza da função assumida pelo árbitro é incompatível com a instauração de qualquer relação jurídica específica e diferenciada com qualquer das partes. A relação jurídica que operacionaliza a arbitragem é a relação jurídica processual.

### 10.1 O árbitro como exercente de função jurisdicional

O árbitro é um sujeito investido de função jurisdicional, ainda que não integre a estrutura do Estado. A arbitragem é um instituto que se submete aos postulados fundamentais do Direito Público — ainda que não se configure como uma manifestação estatal.

#### 10.1.1 O direito público não estatal

Os diversos ramos do direito — inclusive o Direito Administrativo — encaminham-se para o reconhecimento de que a efetivação dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente não depende, de modo necessário, da participação e da presença do Estado.

Isso significa a crescente participação da sociedade (inclusive, mas não necessariamente, do chamado terceiro setor) como solução para a realização de valores reconhecidos como indisponíveis e supremos.

O efeito experimentado é o surgimento de institutos inovadores e desafiadores, que conjugam a ausência de estatalidade e a presença de publicismo. São cada vez mais frequentes as hipóteses em que um sujeito privado atua fora dos limites do Estado, mas desempenha atividades públicas. Isso não implica a integração do particular no âmbito estatal. Não significa o surgimento de relações típicas de Direito Público. Há o desempenho de funções de interesse coletivo, que são subordinadas aos princípios próprios do direito público, mas que não se desenvolvem ao interno do Estado. O Direito Público, os direitos fundamentais e os interesses coletivos são muito mais extensos do que o conceito de Estado.

Nesse sentido, podem ser referidas as lições de Eduardo Talamini, abaixo reproduzidas:

Conquanto legítima e plenamente compatível com a garantia da inafastabilidade da

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 37.

<sup>29</sup> “O caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido pela doutrina amplamente majoritária” (AMARAL, Paulo Osternack. Ob. cit., pp. 33-34, nota de rodapé nº 54).

<sup>30</sup> *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

<sup>31</sup> Ob. cit., pp. 40-41.

tutela jurisdicional, a atividade arbitral é privada. O árbitro não exerce a jurisdição estatal.

*Sua origem está em um ato negocial das partes [...] Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo 'jurisdição' no sentido clássico, de uma das modalidades do poder soberano do Estado, a arbitragem não é 'jurisdicional' (ainda que o seja em outra acepção...)*<sup>32</sup>.

Portanto, os árbitros não são agentes públicos, nem atuam em nome do Estado, ao desenvolver as atividades arbitrais<sup>33</sup>. Isso não implica negar, no entanto, a configuração de uma manifestação jurisdicional.

### 10.1.2 A amplitude do fenômeno

A arbitragem se insere, então, numa tendência de soluções privadas para a satisfação de interesses coletivos relevantes. Vai-se produzindo uma dissociação entre os conceitos de Estado e de função de interesse da coletividade.

Esse fenômeno verifica-se também a propósito da função administrativa, que não mais pode ser identificada com os Poderes do Estado. Tal como afirmado em outra oportunidade,

*O direito administrativo tem por conteúdo disciplinar a atividade administrativa pública – a qual pode ser desenvolvida no âmbito do Estado ou não. Isso significa que o direito administrativo institui a atividade administrativa pública estatal e disciplina o desenvolvimento da atividade administrativa pública não estatal [...]*<sup>34</sup>.

Esse processo social e político não se desenvolve apenas nos limites da função administrativa. Também se verifica no tocante à função jurisdicional. Pode-se

diferenciar, como decorrência, uma função jurisdicional estatal e uma função jurisdicional não estatal — que compreende inclusive a arbitragem.

## 10.2 A questão fundamental: garantias e a posição do árbitro

Tratando-se de função jurisdicional, a tutela constitucional e legal da arbitragem vincula-se diretamente à garantia de composição do litígio segundo uma concepção reforçada de devido processo legal e imparcialidade do julgador. Ou seja, não se trata tão somente de reconhecer a função de pacificação social promovida por meio da arbitragem. O ponto relevante é o *modo* pelo qual tal se produz. Como assinala Felipe Sripes Wladeck:

*A legitimidade e a constitucionalidade do instituto da arbitragem enquanto método apto a produzir decisões vinculantes para as partes decorrem da exigência que lhe põe [...] de realizar-se em plena conformidade com os ditames do devido processo legal, inclusive sob a condução de um terceiro imparcial – com o que se atendem os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal [...]*<sup>35</sup>

A garantia do devido processo legal compreende, de modo inafastável, a imparcialidade do julgador. O árbitro é um terceiro cuja imparcialidade se constitui num pilar teórico-organizacional do instituto.

### 10.2.1 A vedação à instituição de vínculo entre a parte e o árbitro

A natureza jurídica da arbitragem e as garantias inerentes à função jurisdicional constituem-se em impeditivos absolutos à existência de qualquer relação jurídica direta entre a parte e o árbitro. Essa é uma decorrência da conformação constitucional da jurisdição.

A imparcialidade do árbitro, que dá identidade à função jurisdicional (seja estatal ou não estatal), acarreta a inviabilidade de atuação como árbitro de um sujeito que integra o litígio. Portanto, o árbitro é *imparcial* na acepção, primeira e direta, de não ser titular de qualquer dos polos da relação jurídica em que se instaurou o litígio.

Mas a imparcialidade do árbitro se manifesta com idêntica relevância numa segunda acepção. Trata-se da vedação à instauração de vínculo jurídico contratual

<sup>32</sup> Arbitragem e Estabilização da Tutela Antecipada, *Revista de Processo*, V. 246, ano 40, p. 456.

<sup>33</sup> A Lei 9.307 determina, no art. 17, que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Isso não implica o reconhecimento de sua condição de agentes públicos. Se o fossem, aliás, nem seria necessária essa regra. Trata-se de admitir que a posição jurídica do árbitro no âmbito da arbitragem é equivalente à do magistrado. Por isso, a infração a deveres fundamentais pode configurar uma conduta típica similar.

<sup>34</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 12. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 31. Tornando mais claro o raciocínio, há o seguinte acréscimo em nota de rodapé: “O enfoque equivale a reconhecer a dissociação entre os conceitos de ‘Estado’ e de ‘atividade administrativa pública’. Mais ainda, admite a existência de atividade administrativa pública estatal (que é preponderante) e a atividade administrativa pública não estatal[...]”.

<sup>35</sup> *Impugnação da Sentença Arbitral*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 30.

entre a parte e o árbitro. Essa proibição se aplica não apenas em vista de relações externas ao litígio. Alcança inclusive a própria arbitragem. A exigência de imparcialidade do árbitro conduz à inviabilidade do reconhecimento de uma “prestação de serviços” em favor da parte. O árbitro não é nem pode ser, sob nenhum ângulo, parte numa relação jurídica contratual instaurada com uma ou com ambas as partes do litígio.

### 10.2.2 A tese das “partes litigantes” como parte única

Especialmente no direito comparado, costuma-se conceber que as partes litigantes seriam uma parte única no relacionamento com os árbitros. Existiria, então, uma comunhão de interesses entre elas, o que afastaria o risco de infração à imparcialidade.

A tese depende da aceitação de uma ficção jurídica, consistente em transformar as partes litigantes em um único polo da relação. Basta considerar que, no mundo real, é perfeitamente possível que uma das partes se oponha (devida ou indevidamente) à instauração da arbitragem. Isso não se constituirá em impedimento a que a arbitragem venha efetivamente a se desenvolver. Nesse caso, é muito problemático defender a tese de que ambos os litigantes teriam uma vontade comum no tocante à arbitragem.

Mesmo quando as partes estiverem de acordo em implementar a arbitragem e ainda que exista um interesse comum em obter um tratamento justo e equânime, isso não implica a existência de um contrato entre os litigantes (de um lado) e os árbitros (de outro).

Aliás, o Direito conhece situações dessa ordem, negando-lhes natureza contratual de modo pacífico. Suponha-se uma licitação. Vários sujeitos privados comparecem perante um órgão público e formulam propostas. Têm interesse comum em obter uma decisão da autoridade julgadora. Não se pode afirmar que o vínculo jurídico instaurado entre licitantes e Administração Pública tenha natureza contratual. E não se contraponha que a existência de um vínculo de direito público implicaria uma distinção fundamental.

### 10.2.3 A equivalência de posicionamento com o juiz

O relacionamento do árbitro com as partes é equivalente àquele existente no âmbito da função jurisdicional estatal. Não se admite qualquer vínculo contratual específico e diferenciado entre uma das partes (ou ambas) e o magistrado estatal. Idêntica exigência se põe no tocante à função assumida pelo árbitro.

### 10.2.4 Os deveres do árbitro

Portanto, os árbitros sujeitam-se a deveres muito severos, mas tais deveres não têm origem contratual. O desempenho correto e adequado da função de árbitro não é uma decorrência da contratação do árbitro pela parte. É uma característica inerente ao regime jurídico da função jurisdicional.

Há exigências normativas próprias do exercício da função jurisdicional. Todo o indivíduo que for investido de tal função estará subordinado ao regime jurídico correspondente.

É verdade que a tradição do tratamento dispensado à arbitragem pode induzir à utilização de figuras tipicamente privadas ou de feição caracteristicamente contratual. Mas isso é irrelevante, na medida em que o regime jurídico inerente ao desempenho de uma função de natureza pública (mesmo que não estatal, insista-se) implica a incidência automática dos deveres a ela correlatos.

## 10.3 A configuração de uma função

O árbitro desempenha uma função, utilizada a expressão na acepção técnico-jurídica própria. Configura-se uma função nas hipóteses em que a ordem jurídica atribui a um sujeito um poder jurídico como instrumento para promover a satisfação de interesses a ele transcendententes.

### 10.3.1 A configuração de um poder-dever

Uma das características essenciais do vínculo funcional reside na vedação à utilização dos poderes para a satisfação de interesses próprios, egoísticos.

Nessa linha, a posição funcional acarreta uma conjugação de poderes e deveres. O sujeito está subordinado à realização de um fim, que não se encontra na sua própria órbita de interesses. Portanto, há um dever jurídico finalístico que recai sobre o sujeito. Para permitir o atingimento desse fim, o direito atribui ao sujeito certos poderes jurídicos, de natureza instrumental. É usual aludir-se, então, a um poder-dever.

### 10.3.2 A função jurídica mais usual

A configuração mais típica da função se verifica no âmbito do Estado. Alude-se à posição funcional dos agentes públicos, todos os quais dotados de competências orientadas à promoção dos valores escolhidos pela Nação e consagrados na Constituição e na lei.

### 10.3.3 Outras hipóteses de função jurídica

Mas o direito não reduz as hipóteses de função jurídica apenas aos agentes estatais. No seu relacionamento privado, muitos sujeitos ocupam uma função. O exemplo mais evidente é o do titular do poder familiar (Código Civil, art. 1.630 e ss.).

### 10.3.4 A difusão de situações funcionais

Vem-se verificando uma ampliação das hipóteses de funcionalização das situações jurídicas. Essa tendência decorre da convocação dos sujeitos privados a assumir tarefas de interesse coletivo. Atribui-se ao sujeito um poder jurídico que pode compreender até mesmo a alteração da posição jurídica alheia, em vista da realização de fins determinados de interesse coletivo.

### 10.3.5 A posição funcional do árbitro

O árbitro está investido do poder jurídico de emitir decisão destinada a compor um litígio entre outros sujeitos. Essa posição jurídica lhe é atribuída por uma escolha voluntária dos sujeitos. Mas tal escolha não é acompanhada da autorização para que o árbitro exercite tais poderes para outro fim que não promover a solução mais justa e legítima do litígio, com observância do devido processo legal e com a mais absoluta imparcialidade.

Portanto, o árbitro tem poderes de natureza jurisdicional. Tem também deveres equivalentemente rigorosos. A posição jurídica do árbitro é instrumental: o árbitro é um sujeito que atua para realizar fins que são estranhos aos interesses próprios. Mais do que isso, até se poderia afirmar que o árbitro não busca realizar os interesses de qualquer das partes. Ainda que a sua decisão possa implicar a prevalência e a tutela aos interesses de uma das partes, a decisão do árbitro se orienta a promover a pacificação social.

### 10.4 O mecanismo social difundido

A arbitragem consiste num instrumento concebido para promover a pacificação social. As soluções de arbitragem e as pessoas envolvidas se constituem em instituições a que recorrem os integrantes da comunidade para obter a composição de litígios. Trata-se, portanto, de uma instituição social.

As concepções institucionais vêm adquirindo relevância cada vez mais intensa. Tal se passa precisamente pelo reconhecimento de que certas

atividades são desenvolvidas de modo a realizar os interesses comuns de uma pluralidade de sujeitos.

A concepção institucional concentra uma pluralidade de posições jurídicas em que o desempenho da atividade se faz visando à realização de certos interesses socialmente relevantes.

Assim e por exemplo, a concepção institucional foi consagrada para determinar a natureza jurídica da sociedade anônima. As concepções puramente contratualistas são aplicáveis apenas às sociedades ditas de pessoas. As sociedades de capital passaram a ser qualificadas como uma instituição, cuja origem e desenvolvimento não se vinculam aos acordos consensuais entre os sócios<sup>36</sup>.

## 11 A natureza jurídica dos desembolsos a cargo da parte

O exercício da função de árbitro e o funcionamento da câmara de arbitragem não necessitam fazer-se gratuitamente. Aliás, não existe vínculo jurídico entre o instituto da “função” e da “gratuidade”.

### 11.1 O exemplo clássico: a remuneração do agente estatal

A natureza transcendente dos interesses promovidos por meio da função não implicam uma exigência de atuação gratuita do sujeito. O exemplo mais evidente é, mais uma vez, o do agente estatal. Investido de situação jurídica funcional e encarregado de promover o bem comum, não se lhe é negado o direito de receber uma remuneração por sua dedicação.

### 11.2 O direito do árbitro de ser remunerado

Pelas mesmas considerações, assegura-se ao árbitro uma remuneração pela atuação desempenhada.

#### 11.2.1 A variação de situações e a remuneração da câmara

A remuneração ao árbitro apresenta configurações distintas em vista de seu relacionamento com a câmara arbitral. Admite-se inclusive que os árbitros estabeleçam relacionamento jurídico de natureza trabalhista com câmaras de arbitragem, mas

<sup>36</sup> Nesse sentido, confira-se MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 36. ed., atual. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 239.

a hipótese é anômala e deve preservar os postulados do devido processo legal.<sup>37</sup>

Por outro lado, as partes “pagam” à câmara uma remuneração que é uma contrapartida pelo desempenho da arbitragem.

### 11.2.2 A responsabilidade das partes

A remuneração auferida pelo árbitro será derivada de desembolsos promovidos pelas partes. Como visto, há alternativas diversas para a determinação do valor da remuneração dos árbitros. Mas o montante devido, ao menos no direito brasileiro, não é pactuado mediante uma convenção entre as partes e o árbitro.

### 11.3 O fundamento jurídico do desembolso

O desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais. Consiste num valor monetário de responsabilidade da parte, que se caracteriza como uma despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal.

Ou seja, o valor destinado ao custeio das atividades de arbitragem tem a mesma natureza jurídica dos emolumentos e custas exigidos a propósito das despesas judiciais. Em ambos os casos, não existe um vínculo contratual como causa jurídica do desembolso.

### 11.4 A inaplicabilidade do princípio da legalidade

Nem cabe estabelecer uma diferenciação com a jurisdição estatal, invocando o princípio da legalidade que disciplina a atividade estatal.

### 11.4.1 O motivo da fixação por lei das custas e emolumentos

As custas e emolumentos judiciais são fixados por lei em virtude da natureza essencialmente estatal da atividade. Não se trata de uma decorrência da natureza jurídica dos próprios emolumentos. Ou seja, a lei deve disciplinar o valor das custas e emolumentos porque se trata de uma remuneração exigida por um órgão estatal.

### 11.4.2 A ausência de obrigatoriedade do consumo

Aliás, a lei não impõe a obrigatoriedade da fruição dos serviços judiciários estatais. Se assim o determinasse, incidiria uma taxa e haveria a possibilidade de cobrança não apenas pela efetiva fruição, mas também pela simples disponibilidade do serviço.

### 11.4.3 A determinação do valor por meio de lei

Nem cabe alegar que o próprio valor das custas e emolumentos é fixado por lei. A forma de determinação do valor a ser desembolsado pelas partes não afeta a sua natureza jurídica.

Suponha-se, por exemplo, que o valor das custas e emolumentos das atividades judiciárias estatais não precisasse ser fixado por lei. Seria estabelecido por um ato unilateral da autoridade envolvida. Isso não alteraria a sua natureza jurídica. Continuará a se configurar uma despesa relacionada com a invocação pelo sujeito da tutela jurisdicional.

A fixação do valor das custas e emolumentos por lei resulta de uma garantia em favor dos jurisdicionados. Tal garantia não se faz necessária no âmbito das arbitragens.

## 12 Os reflexos sobre o Direito Administrativo

A longa exposição anterior destinou-se a fornecer os necessários fundamentos para identificar o regime jurídico aplicável aos trâmites de indicação de árbitros e câmaras de arbitragem, nas hipóteses em que a solução for praticada pela Administração Pública.

### 12.1 A exigência da licitação prévia à contratação administrativa

O reconhecimento da existência de um contrato entre a parte e a câmara arbitral ou entre a parte e o árbitro propiciaria, no direito brasileiro, uma disputa sobre a incidência da regra do art. 37, inciso XXI, da CF/1988 em vista da Administração Pública.

<sup>37</sup> Nesse sentido, há um interessante julgado do STJ, onde se pode ler o seguinte: “3. A remuneração do árbitro, ou dos árbitros, compete às partes que se valerem da arbitragem e poderá estar contida no próprio compromisso arbitral, se for o caso. Todavia, se o árbitro integrar uma câmara arbitral, nada impede que haja convenção determinando que os honorários, custas e despesas sejam pagos diretamente à instituição privada, a qual, por sua vez, repassará o valor devido aos seus árbitros. 4. Não existe, igualmente, nenhum óbice legal para que os serviços prestados pelos árbitros sejam remunerados por salário, mediante observância da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. 5. Hipótese em que os árbitros são remunerados diretamente pelas partes, não havendo previsão de pagamento de salário, na forma regimental, tendo o autor da demanda firmado contrato de franquia com tribunal arbitral, adquirido as respectivas cotas e participado de curso de arbitragem, determinando a existência de uma relação jurídica de natureza civil” (CC 129.310/GO, 2ª Seção, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 13/05/2015, DJe 19/05/2015).

### 12.1.1 A regra geral da licitação prévia ao contrato da Administração

Ali está previsto que toda contratação promovida pela Administração Pública deve ser precedida de licitação.

Como decorrência, ter-se-ia de promover licitação para a escolha da câmara arbitral a ser prevista na convenção ou do árbitro a ser indicado pela Administração, quando tal se fizesse necessário.

#### 12.1.2 A tese da inexigibilidade de licitação

Essa situação conduziu alguns a defender a configuração de “inexigibilidade de licitação” em tais hipóteses. Tal concepção acabou influenciando o próprio Regulamento da Lei de Portos (Lei 12.815/2015). O § 3º do art. 7º do Decreto 8.465/2015 determinou que

*A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes [...]»<sup>38</sup>.*

#### 12.1.3 A ausência de previsão legal sobre o tema

Nenhum dispositivo legal determina que o vínculo jurídico entre a Administração e os árbitros configura um contrato. A previsão de que a indicação do árbitro seja “considerada contratação direta”, contemplada no Dec. 8.465/2015, não consiste na explicitação de uma regra legal. Trata-se de uma tentativa de solucionar uma dificuldade prática, promovendo a extensão de institutos conhecidos para solucionar controvérsias até então nunca enfrentadas.

Essa solução deve ser interpretada com grande cautela. Assim se passa porque a tese da inexigibilidade de licitação alicerça-se em pressupostos inconsistentes. E conduz a dificuldades práticas insuperáveis.

É necessário examinar a questão com mais profundidade, para identificar as características diferenciadas do relacionamento jurídico entre partes e instituições encarregadas da atividade de arbitragem.

### 12.2 A não incidência do art. 37, inciso XXI, da CF/1988

Somente estão sujeitas à regra da licitação obrigatória as relações jurídicas de natureza contratual.

#### 12.2.1 A determinação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal

Em vista dos contratos da Administração Pública, incide a determinação genérica do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, cuja redação é a seguinte:

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

#### 12.2.2 A limitação da exigência de licitação prévia

O dispositivo constitucional referido determina a obrigatoriedade da licitação prévia às contratações promovidas pela Administração Pública. Não há dúvida quanto a isso, inclusive porque o dispositivo constitucional é claro ao aludir a “serão contratados”.

Portanto, um pressuposto inafastável para a aplicação do dispositivo é a configuração de contratação administrativa. Não se prevê licitação para as hipóteses em que o relacionamento jurídico da Administração Pública com um terceiro não configurar um contrato.

#### 12.2.3 A ausência de contratação do árbitro pela Administração

A arbitragem não é um contrato entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara de arbitragem), o que conduz à ausência de submissão da escolha do árbitro à disciplina do dispositivo constitucional acima indicado.

Como longamente demonstrado acima, a relação jurídica entre Administração e árbitro e câmara de arbitragem não se enquadra na figura do contrato. Não há relacionamento contratual em tal hipótese.

### 12.3 A ausência de aplicação da Lei 8.666

Como decorrência, o relacionamento em questão não se submete à disciplina da Lei 8.666.

<sup>38</sup> Algumas considerações podem ser encontradas em PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465 e sua aplicação prática. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 584-585.

### 12.3.1 O âmbito de abrangência do diploma

O art. 1º determina o âmbito de abrangência do referido diploma, estabelecendo a seguinte regra:

Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, somente incidem os dispositivos pertinentes aos casos em que existirem contratos pactuados pela Administração. Não havendo contratação administrativa, não se aplica o dispositivo. Também não incide a exigência de licitação.

### 12.3.2 O despropósito da ideia de licitação

A absoluta incompatibilidade entre a indicação de árbitros e o procedimento licitatório é reconhecida de modo genérico. Ninguém ousaria imaginar possível um potencial candidato a árbitro ser selecionado mediante um procedimento fundado em critérios objetivos (tal como o menor preço ou a maior qualidade técnica).

A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Como a arbitragem não se constitui num contrato, é inviável cogitar de promover licitação para instaurar uma arbitragem — ou para escolher árbitros ou câmaras de arbitragem.

### 12.3.3 O descabimento da inexigibilidade de licitação

É verdade que, tal como já acima apontado, tem-se adotado uma tese simplista para resolver questões práticas. A solução preconizada é a configuração de inexigibilidade de licitação. Esse entendimento legitima a ausência de licitação, mas não resolve os problemas existentes.

Há um pressuposto inafastável para a aplicação do instituto da inexigibilidade da licitação. Trata-se da existência de um contrato e a submissão do relacionamento entre as partes ao regime da Lei 8.666<sup>39</sup>.

Se não existir contrato e não houver a incidência da Lei 8.666, será juridicamente *impossível* submeter uma situação prática ao regime da inexigibilidade de licitação.

Ou seja, aplicar a inexigibilidade da licitação não resolve os problemas jurídicos porque implica o reconhecimento de que os árbitros e a câmara de arbitragem são contratados pela Administração Pública. Exige a aplicação do procedimento específico da inexigibilidade de licitação, o que envolve inclusive a determinação da “remuneração” devida ao particular contratado. Acarreta a necessidade de aplicar todo o regime da Lei 8.666 (ou, quando menos, as normas gerais) ao relacionamento entre as partes e os árbitros.

Esse regime jurídico não se conforma com a arbitragem, pela pura e simples razão de que não existe um contrato entre os árbitros (e a câmara arbitral) e as partes litigantes. Quando a Administração Pública é parte na arbitragem, não surge um contrato entre ela e os árbitros ou entre ela e a câmara arbitral.

## 12.4 A inviabilidade de competição e a notória especialização

Outro argumento utilizado para defender a aplicação da inexigibilidade de licitação é o reconhecimento de que é inviável a competição para indicação do árbitro, cuja atuação envolve uma notória especialização. Esse argumento também reflete uma confusão entre questões jurídicas distintas.

### 12.4.1 A notória especialização e a Lei 8.666

A notória especialização foi eleita pela Lei 8.666 como um dos critérios para escolha do particular a ser contratado, nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Assim está previsto no art. 25, inciso II e § 1º, do referido diploma.

Daí não se segue, no entanto, que toda e qualquer situação de notória especialização conduza à incidência dos dispositivos referidos. Há hipóteses em que a Administração estabelece relacionamento com um sujeito dotado de notória especialização. Mas daí não se segue que incida, de modo necessário, a regra do art. 25, inciso II e § 1º, da Lei 8.666.

Basta um exemplo simples para o raciocínio ser compreendido. A Administração pode pactuar

<sup>39</sup> Lembre-se que mesmo os ditos “contratos privados da Administração” submetem-se às normas gerais da Lei 8.666. Assim está previsto no art. 62, § 3º: “Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido,

*predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”*



convênios e ajustes com sujeitos privados. Algum desses sujeitos pode contar em seus quadros com indivíduos de notória especialização, o que se constitui em fundamento para a escolha de estabelecimento do vínculo<sup>40</sup>. A hipótese não será submetida, no entanto, ao art. 25 da Lei de Licitações. E não o será porque convênio não se confunde com contrato. E o art. 25 apenas se aplica às hipóteses de contratos. Portanto, a notória especialização pode existir e ser relevante, sem que a sua consideração conduza à incidência das normas sobre inexigibilidade de licitação.

Dito de outro modo, a notória especialização é um atributo pessoal e diferenciado de alguns indivíduos. Esses sujeitos podem estabelecer vínculos com a Administração. Mas esse atributo do sujeito privado pode ser reputado como relevante pela Administração não apenas na hipótese do art. 25 da Lei de Licitações.

#### 12.4.2 A questão da inviabilidade de competição

Considerações similares podem ser adotadas relativamente à inviabilidade de competição. Como se sabe, o art. 25 da Lei 8.666 estabelece que a inexigibilidade de licitação se configura nos casos de inviabilidade de competição. Não existe uma definição legal do conceito, mas apenas um elenco exemplificativo dos casos em que se verifica — tal como se encontra nos três incisos do mesmo art. 25.

É correto afirmar que não será realizada a licitação para a contratação administrativa nos casos em que for inviável a competição. Mas isso não significa que a inviabilidade de competição exista apenas a propósito de contratação administrativa.

A inviabilidade de competição se configura em diversas hipóteses. O art. 25 trata do tema relativamente aos casos de contratação administrativa. Mas há outros tipos de relacionamento jurídico estabelecidos pela

Administração. Em tais casos, também pode haver inviabilidade de competição.

Poder-se-ia utilizar o mesmo exemplo do convênio. Se a Administração deliberar realizar um convênio e existir um único sujeito em condições de participar, haverá inviabilidade de competição — sem que se configure uma hipótese de inexigibilidade de licitação.

#### 12.4.3 Síntese: a confusão a ser superada

A não configuração da arbitragem como um contrato conduz à impertinência das regras da Lei 8.666 atinentes à licitação. Também conduz à inaplicabilidade dos conceitos fundamentais relativos à contratação direta.

Não estão presentes os requisitos para uma licitação nas hipóteses de escolha de árbitros e câmara de arbitragem. Mas isso não decorre da subsunção do caso ao art. 25 da Lei 8.666. A razão fundamental para não ser aplicada a licitação consiste em que a arbitragem não é um contrato e os árbitros não são contratados pela Administração Pública.

### 12.5 Ainda a demonstração do despropósito da solução

Apenas por cautela, cabe apontar os resultados desastrosos que a tese da inexigibilidade de licitação acarretaria.

#### 12.5.1 A existência de contratação administrativa

A inexigibilidade de licitação conduz apenas à ausência de licitação, não ao afastamento de uma contratação administrativa. Aplicando-se o art. 25 da Lei 8.666, continuaria a incidir todo o regime jurídico próprio previsto naquele diploma.

#### 12.5.2 A exigência da contratação formal e por escrito

Como decorrência, caberia a formalização por escrito da “contratação”, com determinação explícita do prazo de vigência, das obrigações do “contratado”, do preço e das condições de pagamento, e assim por diante.

Então, o “árbitro” seria um sujeito vinculado à Administração Pública segundo o relacionamento jurídico correspondente. A ausência de licitação seria apenas um detalhe formal. O resultado, como é evidente, seria a instauração de um vínculo jurídico incompatível com a própria função de árbitro.

<sup>40</sup> Apenas por cautela, afaste-se o improcedente argumento de que a notória especialização do sujeito vinculado a uma empresa é juridicamente distinta da notória especialização do indivíduo contratado diretamente pela Administração. A situação é idêntica e o art. 13, § 3º, da Lei 8.666 determina que “A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato”. Quando a notória especialização for relevante para a Administração, será irrelevante se o titular dessa especialização for a própria pessoa física ou a pessoa jurídica a que tal pessoa física se vincular.

### 12.5.3 Ainda a questão do preço

Frise-se que o contrato teria de contemplar o “preço” a ser pago ao árbitro “contratado” pela Administração. Essa solução conduziria a um impasse invencível relativamente à situação dos demais árbitros. Não há solução para justificar contratualmente o pagamento a cargo da Administração relativamente ao árbitro indicado pela outra parte e ao terceiro árbitro indicado de comum acordo entre os árbitros. Quanto a isso, não existiria contrato, nem haveria fundamento para pagamento de importância alguma.

Mas o ponto evidente é o mesmo: nenhum dos árbitros, nem mesmo aquele indicado pela Administração, vincula-se a ela por um contrato de prestação de serviços.

### 12.5.4 Síntese: o problema essencial

O problema essencial, portanto, não é a dificuldade de realizar uma licitação para indicar um árbitro. Essa dificuldade é uma decorrência, um reflexo da ausência de vínculo contratual entre a Administração e o(s) árbitro(s).

### 12.6 A questão da câmara arbitral: a inviabilidade da solução

Nem seria cabível tentar solucionar a dificuldade mencionada por meio da utilização da câmara de arbitragem.

#### 12.6.1 A tentativa de solução

Alguém poderia supor que as dificuldades antes apontadas poderiam ser superadas por meio da “contratação” de uma câmara arbitral. Segundo esse enfoque, não haveria necessidade de estabelecer qualquer relacionamento entre a Administração e o árbitro. Bastaria pactuar um vínculo com a câmara arbitral, que seria contratada para prestar “serviços de arbitragem”. Essa solução é igualmente inadequada, afigurando-se como uma tentativa de encontrar uma solução formal para tentar acomodar a situação a um regime jurídico com ela incompatível.

#### 12.6.2 A permanência dos problemas

Todos os problemas essenciais permanecem existindo, na hipótese de uma “contratação” com a câmara de arbitragem. Em primeiro lugar, o vínculo jurídico é estabelecido em igualdade de condições entre a câmara e as duas partes. Em segundo lugar, a câmara não se obriga a prestar serviço algum às partes. Em terceiro lugar, a câmara não recebe o pagamento de

um preço. Em quarto lugar, a câmara não se subordina a qualquer prerrogativa ou poder jurídico contratual da Administração. Em quinto lugar, a câmara nem mesmo se obriga a “fornecer árbitros”. Em sexto lugar, há um vínculo jurídico direto entre os árbitros e as partes, que é insuprimível.

Como visto, a câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem. Não desempenha em nome próprio nenhuma atividade de resolução do litígio. A arbitragem é a atuação fundamental e principal, que é desenvolvida em nome próprio e diretamente pelos árbitros.

### 12.7 O descabimento da solução do convênio

Diante do cenário acima, há sugestões de adoção da figura do convênio.

#### 12.7.1 A figura do convênio

O convênio consiste num acordo de vontades de que participa a Administração, por meio do qual se obriga a conjugar esforços e(ou) recursos com outro sujeito, visando atingir um resultado de interesse comum.

Uma das características essenciais do convênio reside na vedação à apropriação pela parte conveniada de qualquer riqueza ou benefício em virtude da execução das prestações. No convênio, há uma atuação de interesse comum que é desenvolvida ou custeada por uma pluralidade de sujeitos, sem que qualquer um deles incorpore qualquer benefício daí decorrente. Assim, por exemplo, o Estado pode pactuar um convênio com uma instituição privada de assistência a portadores de certa moléstia. A Administração pode repassar valores para essa instituição. Mas é absolutamente vedado que tais valores sejam incorporados, mesmo que parcialmente, ao patrimônio da instituição.

#### 12.7.2 O descabimento do convênio

Não é viável submeter as atividades de arbitragem a convênio porque tanto o árbitro como a câmara de arbitragem apropriam-se de valores para seus próprios fins e interesses. Isso não é ilegítimo nem antijurídico: apenas é incompatível com um convênio.

Mas esse é apenas o obstáculo mais evidente. Há outros impedimentos relevantes. A atuação do árbitro ou da câmara de arbitragem não envolvem uma “associação”, nem uma “comunhão” de atividades com a Administração, que é parte no litígio. A câmara de arbitragem e o árbitro atuam com total independência,

sem se preocupar com as finalidades cogitadas pela Administração. A arbitragem tem por objeto o julgamento do litígio, sem que isso envolva uma atuação concertada entre o sujeito titular da função decisória e a parte no litígio.

Ou seja, o convênio promovido pela Administração Pública não fornece solução nem mesmo para o relacionamento isonômico entre o árbitro e a outra parte. Se há convênio entre a Administração e a câmara, qual é a situação jurídica da outra parte? Não há resposta para essa indagação.

### 12.7.3 Ainda o problema da licitação

Em rigor, a utilização do convênio é mais uma manifestação das distorções produzidas pela compulsão pela licitação. Supondo-se que seria obrigatório realizar licitação, reputa-se que a solução para evitá-la seria simular a existência de um convênio. O resultado é lamentável do ponto de vista prático, criando vulnerabilidade para os próprios envolvidos e propiciando riscos significativos de soluções inadequadas.

### 12.7.4 A validade de convênios pactuados

Até pode existir um efetivo convênio para incentivar e dar respaldo a soluções arbitrais. Mas a atuação de uma instituição como câmara arbitral não configura um convênio, sob o prisma jurídico. Ou seja, o desempenho de atividades de suporte a uma arbitragem não é um convênio entre a instituição e a parte, inclusive nos casos em que essa parte integra a Administração Pública.

Isso não significa imputar algum defeito jurídico a tais “convênios”. Negar a configuração de convênio não equivale a afirmar a invalidade das escolhas da Administração. É perfeitamente válido que a Administração escolha certa instituição para o desempenho das funções de câmara arbitral, desde que presentes os requisitos para tanto. Como visto, não se configura nem contrato, nem convênio. Trata-se de uma escolha administrativa, que deve ser fundada em motivos adequados. Denominar a escolha de “convênio” é irrelevante, se estiverem presentes os requisitos necessários.

Para ser ainda mais direto: a escolha pela Administração de uma certa instituição para atuar como câmara arbitral não depende de licitação. Mas essa desnecessidade decorre não da configuração de um convênio. Resulta da ausência de configuração de um ato bilateral (contrato ou convênio) entre

a Administração e a referida instituição. O único defeito na situação examinada consiste em afirmar a existência de um convênio em hipóteses em que não se encontram presentes os requisitos correspondentes.

## 12.8 O desastre do credenciamento

Outra solução que também não pode ser adotada é a do credenciamento. Aliás, o credenciamento pode gerar efeitos muito mais desastrosos do que as soluções antes examinadas.

### 12.8.1 A figura do credenciamento

O credenciamento consiste num ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração estabelece requisitos de habilitação de potenciais interessados em contratar com ela, promovendo contratações sucessivas, de modo indistinto, com os diversos credenciados.

#### 12.8.2 O tratamento isonômico para todos os credenciados

Em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias.

#### 12.8.3 O credenciamento de árbitros

Ainda em termos práticos, o credenciamento de árbitros e de câmaras de arbitragem se traduziria numa espécie de “banco de dados” contendo nomes de sujeitos distintos. Em cada situação concreta, haveria a escolha de um desses nomes — presumindo-se que todos os que se encontram credenciados dispõem de condições de idêntica performance.

#### 12.8.4 O problema enfrentado

O problema produzido pela adoção do credenciamento é a ausência de possibilidade de seleção fundada em critérios específicos, especialmente a avaliação fundada em razões diferenciadas. Há o enorme risco de admissão de credenciamento a sujeitos que dispõem de documentos de habilitação exigidos, mas que não se encontram em condições de desempenho satisfatório.

#### 12.8.5 Ainda o problema da existência de contrato

Ressalte-se que o credenciamento também é uma solução descabida porque se destina a resolver questões de natureza contratual. Portanto, propicia resultados inadequados em vista da arbitragem. No

credenciamento, não existe licitação, mas há contrato com a Administração Pública.

#### 12.8.6 Ainda e sempre o problema da licitação

Também a solução do credenciamento é uma prática orientada a evitar disputas relativamente a licitações. Trata-se de um meio para evitar o questionamento quanto à escolha de sujeitos determinados para o desempenho de funções para a Administração Pública.

#### 12.9 A solução jurídica adequada

A adoção dos postulados jurídicos corretos permite atingir a solução mais satisfatória e eficiente.

##### 12.9.1 O postulado jurídico fundamental

Há um postulado fundamental, que permite superar todas as dificuldades apontadas na via administrativa. Trata-se da admissão de que a arbitragem traduz o desempenho de função jurisdicional.

##### 12.9.2 Ainda a ausência de contratação administrativa

Por isso, a arbitragem não produz um vínculo de natureza contratual entre a Administração e a câmara de arbitragem e os árbitros. Trata-se de uma relação de natureza institucional.

##### 12.9.3 A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem

A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem envolve um ato administrativo unilateral, que é praticado no exercício de competência discricionária. Nada impede que essa escolha, inclusive da instituição arbitral, seja realizada consensualmente com o particular. Isso não implica o surgimento de um contrato, na acepção da Lei 8.666. A autonomia inerente à configuração da arbitragem permite que Administração e particular estruturarem diferentes soluções para disciplinar o procedimento<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Anote-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública, quando conduzida pela ICC (*International Chamber of Commerce*) é subordinada a regras peculiares. A partir de 2012, a ICC passou a ter competência para indicar diretamente, de modo discricionário, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral em tais casos. Segundo o Artigo 13(4) das Regras da ICC de 2012, "A Corte pode também apontar diretamente para atuar como árbitro qualquer pessoa que lhe pareça adequada quando (a) uma ou mais das partes for um Estado ou reclamar a condição de entidade estatal" (original em inglês).

##### 12.9.4 A não aplicabilidade de licitação

O ato não pode ser precedido de licitação porque esse instituto é reservado para hipóteses contratuais, em que o vínculo jurídico é produzido por acordo de vontades, que determina a disciplina jurídica aplicável.

##### 12.9.5 A pluralidade de alternativas

Existe uma pluralidade de alternativas para a Administração (e para qualquer sujeito privado) relativamente à indicação de árbitros e de câmaras de arbitragem. Daí não se segue a obrigatoriedade de licitação. Insista-se em que a licitação somente é cabível nos casos em que há contratações. Quando existe uma decisão a ser adotada de modo unilateral, por ato próprio da Administração, a pluralidade de alternativas não impõe a realização de licitação.

##### 12.9.6 A escolha orientada a produzir o resultado mais satisfatório

Tal como se passa com todas as decisões administrativas realizadas no exercício de competência discricionária, a escolha do sujeito a ser indicado como árbitro e da instituição para atuar como câmara arbitral devem ser orientadas por uma avaliação da realidade concreta. Isso se destina a produzir a escolha mais satisfatória e que possa atingir o melhor resultado possível.

Em termos concretos, é indispensável verificar se os sujeitos são dotados de respeitabilidade e conhecimento, inclusive a notória especialização. Também é indispensável examinar o universo de pessoas potencialmente indicáveis, identificando a presença dos requisitos pertinentes ao exercício adequado da função a ser exercitada.

##### 12.9.7 A vedação a "convites" e "chamadas"

A escolha de árbitros e câmaras de arbitragem não comporta soluções de natureza restritiva, que impliquem algum tipo de violação à indispensável situação de imparcialidade.

Por isso, não se admite que a Administração promova soluções de "chamamento público" ou de "convites", especialmente quando contemplarem algum tipo de definição de futura atuação dos potenciais interessados. Seria um despropósito, por exemplo, submeter a escolha da câmara de arbitragem a um procedimento seletivo, fundado em proposta de valores da remuneração a ser exigida.

Isso conduziria à escolha da câmara que praticasse os preços mais reduzidos. Ocorre que as câmaras de arbitragem e os árbitros não podem ser selecionados apenas segundo o critério econômico. O critério de seleção deve ser o melhor desempenho das atividades jurisdicionais e a observância das exigências do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade de julgamento.

#### 12.9.8 Ainda a notória especialização

A escolha da Administração somente será válida quando evidenciar, na sua motivação, a qualificação dos sujeitos indicados para o desempenho adequado e satisfatório das funções jurisdicionais envolvidas. Isso compreende inclusive a notória especialização. Somente pode ser indicado para árbitro o sujeito que seja titular de conhecimento e experiência diferenciados, que o qualifiquem para assumir uma função assim relevante.

Mais do que uma notória especialização genérica, é indispensável o conhecimento específico da área em que o litígio se verifica. Justamente por isso, a natureza e as características do litígio impõem limites à autonomia de escolha da Administração. Incumbe-lhe selecionar, dentre os sujeitos dotados de atributos diferenciados de conhecimento e experiência, aquele que se afigure como o mais qualificado para a função de árbitro.

#### 12.9.9 Os demais requisitos necessários

Acresce que não basta apenas a notória especialização do sujeito escolhido. É indispensável verificar outros atributos e eventuais impedimentos. A Administração tem o dever de tomar em vista a reputação do sujeito — tanto quanto da câmara arbitral escolhida. Isso envolve avaliar a opinião prevalente no setor especializado, a identificação de eventuais impedimentos ou de fatores que possam desaconselhar a indicação.

#### 12.9.10 Ainda a escolha discricionária motivada

Mas a escolha do nome do árbitro e da câmara arbitral a serem indicados refletirá uma decisão administrativa de natureza discricionária. Existirá uma margem de autonomia da autoridade competente, que deverá atuar visando produzir a solução mais satisfatória para os interesses públicos. Caberá motivar adequadamente a escolha. E nunca caberá questionar a validade da decisão sob o fundamento de que

existia uma pluralidade de sujeitos em condições de igualdade a serem indicados.

A pluralidade de potenciais indicados não é um motivo de invalidade da escolha. A escolha de um único, dentre os potenciais sujeitos aptos a satisfazer as necessidades em questão, é uma necessidade inafastável. O problema reside na escolha arbitrária, não motivada ou incompatível com os pressupostos existentes ou com as finalidades buscadas.

### 12.10 A dissociação entre o procedimento prévio e a arbitragem

Há ainda outro ponto, que se relaciona à validade da arbitragem independentemente de questões relacionadas ao trâmite interno adotado pela Administração relativamente à indicação do árbitro ou da instituição de arbitragem.

#### 12.10.1 As questões internas à Administração

As regras administrativas pertinentes à escolha do árbitro e da instituição arbitral devem ser observadas pela Administração. Daí não se segue, no entanto, que eventual infração imputável a ela de modo isolado implique a invalidade da arbitragem propriamente dita.

#### 12.10.2 Ainda a relevância da ausência do vínculo contratual

A não configuração de vínculo contratual entre os árbitros e a câmara arbitral e a Administração implica a dissociação entre o procedimento decisório adotado e a atuação do painel arbitral.

#### 12.10.3 A exigência dos requisitos objetivos

Exige-se a presença dos requisitos objetivos indispensáveis à assunção da condição de árbitro. Estando eles presentes, não cabe questionar o cumprimento pela Administração de requisitos próprios no desenvolvimento de sua atividade interna.

#### 12.10.4 A vinculação pela escolha exteriorizada

Portanto, a Administração se vincula pelos efeitos da escolha realizada, quer quanto ao árbitro, quer quanto à câmara arbitral. A arbitragem se instaura e se desenvolve sem vínculo de dependência quanto ao preenchimento de requisitos internos à Administração na formação dessa vontade.

#### 12.10.5 A vedação à “carta na manga”

Ou seja, não se pode admitir que a Administração mantenha uma espécie de “carta na manga” para pleitear a invalidade da arbitragem que porventura

não lhe seja favorável. Cabe-lhe observar todos os procedimentos necessários ao exercício dos atos necessários à implantação da arbitragem. Seria um despropósito admitir que a Administração poderia aguardar o desenlace da arbitragem e, verificando eventual insucesso, opor-se à validade da decisão invocando defeito da própria conduta.

### 13 Conclusão

A arbitragem é um instituto dotado de elevadas virtudes e que pode propiciar o aperfeiçoamento dos processos de composição de litígios envolvendo a Administração Pública. Isso produzirá reflexos sobre o conjunto das atividades administrativas. É uma solução cuja implementação é desejável e deve merecer incentivo generalizado.

É inquestionável, no entanto, que a operacionalização concreta da arbitragem propõe desafios de diversa ordem. Alguns deles se relacionam com a confluência de conhecimentos e regimes jurídicos distintos. Isso exige uma superação dos limites das práticas reiteradas. Demanda, de modo especial, a compreensão de que as soluções usualmente praticadas não são necessariamente compatíveis com as inovações introduzidas.

A controvérsia examinada demonstra a dimensão despropositada que a licitação adquiriu em nosso sistema jurídico. Até parece que “administrar é realizar licitações”. É mais do que tempo de aperfeiçoar as nossas práticas administrativas.

### Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAILLARD, Emmauel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: RT, 2016.
- LAGARDE, Mercedes Torres. “Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration”. *ASA Bulletin*, v. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 36. ed., atual. por ABRÃO, Carlos Henrique. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2<sup>nd</sup> edn. Lexis Nexis, 1989.
- PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465 e sua aplicação prática. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 584-585.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 246, ano 40, pp. 455-482. São Paulo: Ed. Rt., ago. 2015.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da Kompetenz-Kompetenz Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). *In*: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem*

*ao Professor Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da Sentença Arbitral*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

## Aspectos relevantes de recursos extraordinários em face de decisões do Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais

Nabor A. Bulhões\*

A denominada crise do recurso extraordinário, com a conseqüente inviabilização da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, levou o legislador constituinte a criar o Superior Tribunal de Justiça para absorver parcela da competência que a Suprema Corte exercia sobre a higidez do direito federal. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988, a par de ter mantido a competência do STF para dizer de forma terminante o direito constitucional mediante o julgamento de recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), instituiu o recurso especial de competência do STJ (art. 105, III, da CF), reservando a esta Corte a atribuição constitucional de dizer de forma terminante o direito federal, velando por sua inteireza positiva e unificando a sua interpretação e aplicação.

Desse sistema constitucional introduzido pela Carta Política de 1988, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto deste último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária<sup>1</sup>.

A propósito, não há dúvida de que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei que esteja sendo discutida em sede de recurso especial, mesmo de ofício. Contudo, como tem reiteradamente proclamado o STF, “o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior”, sob pena de ou

usurpar competência do STF (art. 102, III, da CF), se interposto paralelamente o recurso extraordinário, ou, caso contrário, de ressuscitar matéria preclusa.<sup>2</sup>

Essa exata compreensão encontra-se expressa no aresto com que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos Declaratórios nos Embargos de Divergência em REsp 347.692-SP, de que foi relator o eminente Ministro José Delgado: naquele expressivo julgamento, assentou-se que no recurso especial “não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais”, pois ao STJ “compete, exclusivamente, unificar o direito ordinário federal, em consequência de determinação da Carta Magna”. Conclusão: “Em sede de recurso extraordinário é que se desenvolvem a interpretação e a aplicação de princípios constantes do nosso Diploma Maior”, sendo certo que “a relevância de tais questões ficou reservada, unicamente, para o colendo STF” (DJ de 16/06/2003).

Em outro importante julgamento da Corte Especial do STJ, a questão da competência do Tribunal para dizer o direito constitucional foi mais amplamente debatida, tendo-se em vista o conjunto das competências que a Constituição Federal lhe atribuiu no art. 105, I, II e III: tratava-se de Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial 215.881-PR<sup>3</sup>, de que foi relator o eminente Ministro Nilson Naves (DJ de 08/04/2002). Nesse julgamento do órgão máximo judicante do STJ, assentou-se com razão que, em sede de recurso especial, o STJ só dispõe do contencioso constitucional em se tratando de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação federal que esteja em discussão naquela sede. Fora disso, o STJ só disporia de contencioso constitucional pleno, mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 105 da Constituição Federal. Nestes casos, devidamente prequestionada a matéria constitucional decidida pelo STJ em ações originárias ou recursos

\* Jurista. Parecerista. Conferencista. Advogado. Professor da Universidade Federal de Alagoas de Direito Penal, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional. Membro honorário vitalício da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de ex-presidente seccional. Membro do Conselho Editorial da Revista do TRF da 1ª Região.

<sup>1</sup> Nesse sentido, v. notável aresto proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 145.589-RJ, de que foi relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ 153/684).

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

<sup>3</sup> V. arts. 200 do RISTJ, 480 a 482 do CPC e 97 da CF, bem como a Súmula Vinculante 10 do STF.



ordinários, e observado o novo requisito especial de admissibilidade consubstanciado na repercussão geral, admitir-se-ia recurso extraordinário da questão constitucional diretamente julgada pelo Tribunal.

Esclareça-se que, no âmbito do recurso especial, o STJ não está obviamente proibido de fazer referência à Constituição Federal para dar suporte à interpretação da legislação federal que constitua o objeto do recurso em julgamento. O que não poderá fazer é decidir o recurso mediante a direta interpretação e aplicação de dispositivo constitucional, sob pena de violar não o dispositivo constitucional indevidamente invocado, mas as regras de competência a que aludem os arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna. Aqui reside questão técnica da maior relevância para o exato manejo de recurso extraordinário contra decisões do STJ, proferidas com extrapolação dos limites de sua competência para o julgamento do recurso especial, como se verá mais adiante.

Nos julgamentos dos Recursos Especiais 166.443-RS, rel. Min. Ari Pargendler (*DJ* de 08/09/1998), e 554.864-PE, rel. Min. Paulo Medina (*DJ* de 18/12/2006), o STJ decidiu que na via do especial o Tribunal pode referir-se à norma constitucional para tomá-la como “suporte da interpretação [e aplicação] de norma legal”, sem com isso extrapolar os limites de sua competência inscrita no art. 105, III, da Carta Magna. O que não poderia fazer seria decidir o recurso especial mediante a aplicação direta de dispositivo constitucional. O aresto subscrito pelo Ministro Paulo Medina bem sintetizou o entendimento do Tribunal acerca da matéria, quando consignou que “os artigos da Constituição alegados não podem ser o objeto do Recurso Especial”, sendo certo, contudo, ser

[...] legítimo a esta Corte, ao fixar a interpretação da lei federal, tomar aquelas disposições da Lei Maior como parâmetro hermenêutico (interpretação conforme a Constituição) [...].

A despeito da clareza da matéria, à luz dos citados precedentes, nem sempre o STJ e o STF têm sido fiéis à sua jurisprudência e à Constituição. A abordagem dessa vertente equivocada não pode ser feita sem que se recorde a advertência feita pelo *Justice Oliver Wendell Holmes* no sentido de que frequentemente “*hard cases make bad law*”. De feito. Os equívocos de ambos os tribunais a respeito de suas competências constitucionais insculpidas nos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna têm-se lavrado em casos “difíceis”,

algumas vezes envolvendo o interesse da Fazenda Nacional em pleitos de elevado valor econômico-financeiro. Lamentavelmente, o discurso terrorista dos números parece influir nos julgamentos de certas causas com aquela conformação, com prejuízo, no mínimo, para o sistema de distribuição de competência recursal extraordinária estabelecido pela Constituição Federal.

A respeito do assunto, notório exemplo é o caso do chamado Crédito-Prêmio de IPI — importante incentivo às exportações cuja vigência foi intensamente discutida nos últimos anos, sob os prismas constitucional e infraconstitucional. No que diz respeito ao aspecto infraconstitucional, o STJ, desde a sua instalação, vinha reconhecendo e declarando, mediante a interpretação de dois decretos-leis dos anos 70 e 80, a vigência daquele incentivo, sem definição de prazo — o que constituía expressivo ganho para os exportadores e para o próprio País, considerada a relevância evidentiíssima da receita advinda da exportação.

Nada obstante, a partir de 2004, a Fazenda Nacional resolveu mudar a estratégia da defesa da insubsistência do Crédito-Prêmio de IPI. Retomou o tema da sua extinção a partir de junho de 1983, matéria que já havia sido terminantemente decidida por ambas as Turmas de Direito Público do STJ, integrantes de sua 1ª Seção, já agora deduzindo argumentação *ad terrorem* de natureza econômico-financeiro: a manutenção do entendimento do Tribunal sobre a matéria redundaria na perda de bilhões e bilhões de reais para os cofres públicos.

À época, todos os recursos especiais sobre o tema existentes no Tribunal estavam relacionados exclusivamente à vigência do Crédito-Prêmio de IPI a partir de junho de 1983, por força da referida legislação infraconstitucional. Não havia, no âmbito do STJ, até pela natureza de sua competência, qualquer discussão sobre a subsistência do referido incentivo por razões constitucionais.

Ainda assim, nos julgamentos de vários recursos especiais e de embargos de divergência em recursos especiais, as duas Turmas de Direito Público do STJ e a sua respectiva 1ª Seção, por maioria de votos, decidiram a matéria infraconstitucional típica daqueles recursos favoravelmente aos contribuintes, mas, surpreendentemente, extrapolando os limites de sua competência constitucional (art. 105, III, da CF), resolveram decidir a causa aplicando de ofício

o disposto no art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988, sob a consideração de tratar-se de incentivo fiscal de natureza setorial não confirmado por lei dentro de dois anos da promulgação da Constituição<sup>4</sup>.

Por motivos óbvios, essas decisões surpreenderam os contribuintes interessados no desfecho daqueles recursos por duas ordens de razões: a uma, porque o STJ, na linha de sua própria jurisprudência e a teor de expressa disposição constitucional, não tem competência para decidir recurso especial mediante consideração e aplicação de norma constitucional; e a duas, porque, sobremais, essa matéria constitucional invocada para decidir os recursos especiais estava ausente do debate e consubstanciava relevante questão constitucional até então não submetida nem apreciada pelo Supremo Tribunal Federal — a quem competia deslindar a matéria mediante recurso extraordinário (art. 102, III, da CF).

O desencontro verificado no Superior Tribunal de Justiça gerou grande perplexidade e a conseqüente adoção, por parte dos contribuintes interessados naqueles recursos, de medidas impertinentes para a solução da nova controvérsia criada. Muitos deles, tão logo publicados os acórdãos, ingressaram de forma açodada com recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal dando como violada a norma constitucional do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna de 1988. Contudo, a maioria dos recursos com essa conformação não foi conhecida porque, como assentado na melhor jurisprudência do STF, em caso dessa natureza a norma violada seria de competência, no caso a norma contida no art. 105, III, da Constituição Federal, que deveria ser prequestionada, mediante embargos declaratórios, perante o STJ, a teor da Súmula 356-STF, antes da interposição do extraordinário. E o curioso é que pequena parcela de recursos extraordinários com aquela conformação equivocada ainda chegou a ser admitida na origem e a ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, *contra constitutionem*.

Exemplo de equívoco dessa natureza se encontra no RE 577.302-RS, rel. o em. Min. Ricardo Lewandowski: o recurso foi interposto contra decisão com que a

2ª Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 671.454-RS, decidiu o recurso com fundamento em norma constitucional ausente e estranha ao debate. A parte, sem interposição de embargos declaratórios para prequestionar as regras de competência dos arts. 102, III, e 105, III, da CF, interpôs diretamente recurso extraordinário. E a despeito de sua completa e cabal incognoscibilidade, foi o recurso admitido pela Vice-Presidência do STJ e conhecido pelo Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, que sobre a matéria nele versada estabeleceu repercussão geral, como se colhe do acórdão publicado no *DJ* de 02/05/2008. Tanto havia equívoco sucessivo na admissão e no conhecimento daquele recurso pela Vice-Presidência do STJ e pelo Plenário virtual do STF que, por ocasião do seu julgamento definitivo, a Suprema Corte terminou dando pelo seu não conhecimento (v. acórdão publicado no *DJe* de 27/11/2009).

As decisões que não conheceram daqueles recursos extraordinários estão absolutamente consentâneas com a sistemática constitucional de distribuição de competências recursais extraordinárias contemplada nos arts. 102, III, e 105, III, da Carta Magna, na linha, aliás, do paradigmático precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no AgRg no AI 145.589, expresso em aresto da fina lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ 153/684). Entre essas decisões, destaca-se a proferida pela Ministra Cármen Lúcia no RE 580.643-RS, tendo por objeto acórdão com que o STJ, em sede de recurso especial (REsp 766.442-RS), decidiu a causa mediante a invocação de norma constitucional. Na decisão com que negou seguimento ao recurso extraordinário, a eminente relatora ponderou que, ao invés de a empresa recorrente haver prequestionado mediante embargos declaratórios e posteriormente arguido no RE a violação dos arts. 102, III, e 105, III, da CF, indicou por violada a norma constitucional indevidamente aplicada no REsp.

Ao verificar que no caso então examinado havia recurso extraordinário admitido e retido tendo por objeto o dispositivo constitucional considerado no REsp para a solução do recurso, advertiu a relatora, sob a invocação do aresto proferido no AgRg no AI 145.589, rel. Min. Sepúlveda Pertence, que a recorrente deveria, a par da interposição do recurso cabível (embargos de declaração e recurso extraordinário),

<sup>4</sup> Entre os recursos decididos com essa conformação, confirmam-se: REsp 778.581-RS, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma; REsp 650.395-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma; REsp 876.969-CE, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma; e EREsp 677.216-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Seção, *inter plures*.

ter ajuizado reclamação para preservar a competência constitucional recursal extraordinária do STF<sup>5</sup>.

Em outra oportunidade, ao julgar recurso extraordinário interposto contra acórdão com que o STJ, em recurso especial, decidiu matéria submetida à sua jurisdição mediante a invocação de norma constitucional, a Suprema Corte, em aresto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, deu provimento ao RE por usurpação de sua competência (art. 102, III, *a*, da Constituição Federal) “para anular o acórdão do STJ e determinar que outro seja proferido – adstrito a eventuais questões infraconstitucionais aventadas” (RE 419.629-DF, DJ de 30/06/2006). É que, nos mesmos autos do REsp, havia recurso extraordinário admitido e retido, aguardando o julgamento do primeiro, em caráter prejudicial, a teor do art. 543, § 1º, do Código de Processo Civil.

Corretíssimo o entendimento expresso naquelas decisões: quando o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, decide a causa à luz de norma constitucional, de duas, uma: ou viola a regra de competência inscrita no art. 105, III, da CF, se não houver nos mesmos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre o princípio ou norma indevidamente considerado pelo STJ para a solução do recurso especial, ou viola a regra de competência inscrita no art. 102, III, da CF, terminando por usurpar a competência da Suprema Corte, se houver nos mesmos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre a norma indevidamente considerada pelo STJ para a solução do recurso especial.

É muito importante destacar que, nesta última hipótese, além do recurso extraordinário interposto por violação do art. 102, III, da CF, admite-se concomitantemente a interposição de reclamação para o Supremo Tribunal Federal. Isto porque, havendo recurso extraordinário retido nos autos do REsp versando a matéria constitucional indevidamente considerada para a solução deste pelo STJ, incide na espécie o disposto no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal, justificando a instauração do juízo reclamatório

[...] destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica,

a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal [...],

conforme tem enfatizado a sua jurisprudência (RTJ 134/1033, rel. Min. Celso de Mello).

Vale dizer, o recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido no REsp, longe de significar qualquer óbice, constitui “pressuposto negativo de admissibilidade da própria reclamação”, a teor da jurisprudência sumulada da Suprema Corte, “pois a reclamação não é sucedâneo de ação rescisória” (Reclamação 365-MG, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 07/08/1992). Mas não é só. Ainda segundo a jurisprudência predominante do STF, a recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação (Reclamação 329-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/06/1990).

No voto condutor do aresto unânime então proferido pelo Plenário da Suprema Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da reclamação em referência, ofereceu esclarecedoras razões sobre a matéria, destacando que (i) a reclamação cabe contra decisões judiciais, quaisquer que sejam elas, se se alega que invadiram a competência ou desrespeitaram a autoridade da decisão do Supremo Tribunal, e (ii) a cognição mais ampla que propicia a simplicidade do rito e a eficácia mais pronta, de que está dotada, tornam, de regra, a reclamação, um remédio insubstituível pelo recurso, particularmente, pelo recurso extraordinário, de âmbito restrito de admissibilidade, procedimento mais complexo e efeitos limitados e meramente devolutivos<sup>6</sup>.

E mais: ainda segundo o magistério jurisprudencial da Suprema Corte,

[...] o instrumento da reclamação deve ser interpretado como meio de pronta e eficaz proteção da competência originária, da competência recursal ordinária e da competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal [...] (AgRg na Reclamação nº 1.908-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.12.2004).

Ou ainda na pertinente ponderação feita pelo eminente Ministro Moreira Alves, por ocasião

<sup>5</sup> Na ementa da decisão monocrática então proferida, consignou a relatora: *Recurso extraordinário. Impugnação do acórdão do tribunal a quo por recurso extraordinário e recurso especial. Julgamento da questão constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça: usurpação de competência (DJe/STF de 30/04/2008).*

<sup>6</sup> Ressalte-se que esse entendimento foi enfaticamente reiterado no aresto unânime com que o Plenário da Suprema Corte julgou a Reclamação 377-PR, de que foi relator o em. Ministro Ilmar Galvão.

do julgamento do pedido de medida liminar na Reclamação 337-DF,

[...] quando a Constituição quer preservar a competência do Supremo, quer fazê-lo de modo integral”, por isso que [...] desde o momento em que essa competência, hoje explicitada no *caput* do artigo como sendo, precipuamente, a de guardar a Constituição, pode ser invadida ou, pelo menos, impedida de ser exercitada na sua plenitude, cabe, perfeitamente, a reclamação a que alude a letra I do inciso I do art. 102 [...] (RTJ 133/554).

Essa orientação jurisprudencial foi concretamente aplicada pelo eminente Ministro Celso de Mello na Reclamação 6.772-TO, com invocação dos precedentes consubstanciados nas Reclamações 6.162-AL, 6.288-PB e 6.581-RJ, mediante decisão do seguinte teor:

Assinalo, por relevante, que o eminente Senhor Ministro-Presidente desta Corte, ao deferir medida cautelar em casos rigorosamente idênticos ao da presente reclamação (Rcl 6.162/AL, Rel. Min. EROS GRAU – Rcl 6.288/PB, Rel. Min. EROS GRAU), neles proferiu decisão em que se registrou o que se segue:

[...] O Plenário deste Tribunal, em 19 de abril de 2008, reconheceu a existência de repercussão geral no RE 577.302, rel. Ricardo Lewandowski, cuja matéria é a mesma do recurso extraordinário retido nos autos do REsp 833.438, qual seja, a extinção, ou não, em 4 de outubro de 1990, do benefício do crédito-prêmio do IPI em razão do disposto no art. 41, § 1º, do ADCT.

Trata-se, portanto, de matéria de índole constitucional, cuja orientação será fixada por esta Corte no julgamento do mérito do RE 577.302.

Não parece difícil vislumbrar, portanto, que a decisão reclamada, em verdade, reconheceu a extinção do crédito-prêmio do IPI em 4 de outubro de 1990 com base no que dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, matéria objeto do recurso extraordinário que está retido nos autos do REsp 682.953, o que faz transparecer, ao menos nesse juízo preliminar, a usurpação da competência deste Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 682.953, até decisão final nesta reclamação.’ (grifei)

Em face das razões expostas e considerando, ainda, os fundamentos que venho de mencionar e a decisão que proferi na Rcl 6.581-MC/RJ, de que sou Relator, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final

julgamento da presente reclamação, a eficácia do acórdão proferido pela colenda 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AI 965.610-AgR/TO, Rel. Min. DENISE ARRUDA.

Impende averbar que, no caso de julgamento de REsp com a aplicação de norma constitucional sem que haja nos autos recurso extraordinário admitido e retido sobre o tema constitucional aventado de ofício pelo STJ, a única medida cabível é o recurso extraordinário, por violação do art. 105, III, da CF — não sendo cogitável, na espécie, o ajuizamento de reclamação, por não ser a hipótese de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, mas caso típico de extrapolação dos limites da competência do STJ para o julgamento de recurso especial. Esta é uma distinção de grande relevância para o manejo, ou não, de reclamação como instrumento concomitante de controle e correção da inconstitucionalidade perpetrada em concreto em julgamento portador desse grave vício.

Independentemente da consideração sobre o cabimento concomitante da reclamação numa das hipóteses de julgamento de recurso especial mediante aplicação de norma constitucional, o certo é que, nas duas hipóteses anteriormente tratadas (o STJ julga REsp aplicando norma constitucional sem que se tenha agitado na origem essa questão constitucional, incidindo em violação do art. 105, III, da CF, ou o STJ julga REsp aplicando norma constitucional que constitui objeto de recurso extraordinário admitido e retido nos mesmos autos, incidindo em violação do art. 102, III, da CF), o acesso à instância extraordinária depende da estrita observância de procedimentos técnicos incontornáveis para tanto.

Em ambos os casos acima configurados, é de rigor que sejam interpostos embargos declaratórios prequestionadores das regras constitucionais de competência violadas, a teor da Súmula 356 do STF. Afinal, como ressabido, o prequestionamento é tido na jurisprudência do STF como requisito de natureza constitucional. Desta forma, os embargos declaratórios têm a finalidade de cumprir essa exigência indispensável à cognoscibilidade do recurso. E faz sentido porque, como exposto anteriormente, quando o STJ decide recurso especial mediante aplicação de norma constitucional, termina por violar não a norma indevidamente aplicada, mas vulnera a regra de competência. Logo, a questão constitucional é nova e surge com o julgamento do recurso especial.

Sobre a natureza constitucional do prequestionamento, extraído diretamente do art. 105, III, da Carta Magna, tem aplicação na hipótese acima examinada o aresto proferido no RE 208.775, rel. Min. Moreira Alves, mediante o qual a 1ª Turma do STF deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do STJ que conheceu de recurso especial, não obstante a patente falta de prequestionamento de seu fundamento, consoante se colhe de sua expressiva ementa:

Recurso especial. Falta de prequestionamento.

O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, *a*, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial [...] (DJ de 19.05.2000).

Pois bem. Essa é uma das hipóteses excepcionais de cabimento de recurso extraordinário em face de decisão proferida pelo STJ em recurso especial. Outra hipótese se consubstancia no julgamento, pelo STJ, de recurso especial mediante a consideração de norma constitucional. E outra hipótese envolve o julgamento, pela Corte Especial do Tribunal, de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal debatido em recurso especial, *ex vi* dos arts. 200 do RISTJ, 480 a 482 do CPC de 1973 (948 a 950 do NCP), 97 da CF e da Súmula Vinculante 10 do STF.

Neste passo, indagar-se-ia: e se o STJ, instado a se manifestar sobre as regras de competências por ele violadas, mediante embargos declaratórios interpostos com base na Súmula 356 do STF, perseverar na omissão? Essa matéria já foi controvertida no Supremo Tribunal Federal por muito tempo, mas terminou resolvida de forma diversa da orientação concebida pelo próprio STJ para a solução das omissões verificadas nos julgamentos das instâncias inferiores que lhe chegam a exame em sede de recursos especiais. Aqui, a omissão é resolvida por via de violação do art. 535, I e II, do CPC. Já no recurso extraordinário, por razões técnicas, isso não seria possível, porquanto não se poderia abrir a instância extraordinária, adstrita às questões de índole constitucional, pela invocação de violação de norma infraconstitucional relativa aos pressupostos e requisitos dos embargos declaratórios.

A propósito, é muito importante observar que, a partir do julgamento do RE 219.934-SP, rel. Min. Octávio Gallotti, o Plenário da Suprema Corte uniformizou o entendimento do Tribunal no sentido de que, em caso

de persistente omissão dos tribunais em se manifestar sobre o tema constitucional agitado em embargos de declaração, deve prevalecer a Súmula 356 do STF, com a inteligência que a ela deu a 1ª Turma do STF no aresto proferido no RE 210.638-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em cuja ementa se consignou:

RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela [...] (DJ de 19.06.98).

É conferir o debate que então se estabeleceu no julgamento Plenário do referido RE 219.934-2/SP.

Em tema de conhecimento do RE, o eminente relator começou por dizer que

[...] o prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado, nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula 356) [...].

Tendo havido questionamento por parte do eminente Ministro Marco Aurélio sobre se não seria o caso de se ter

[...] arguido o defeito de procedimento, articulando a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, a nulidade, no que não examinada uma certa matéria de defesa [...].

nos embargos declaratórios, ao invés de se dar desde logo pelo prequestionamento do tema suscitado mas omitido pelo Tribunal de origem, respondeu o eminente Ministro Octavio Gallotti, na qualidade de relator:

Sr. Presidente, o que fez o Estado de São Paulo foi observar a Súmula 356, ou seja, suscitou o Estado, nas razões de apelação, a questão da exigência do concurso público. Houve uma omissão efetiva do acórdão, que não examinou esta questão, e prequestionou embargos de declaração. Isso é o que está na Súmula 356, e nunca aquele procedimento de que, ao invés de interpor o recurso extraordinário, tenha que alegar a anulação do acórdão recorrido

para voltar a matéria constitucional ao exame do Tribunal.

Há um voto do Ministro Sepúlveda Pertence que explica muito bem essa questão: a Súmula 356 institui esses embargos declaratórios, chamados de prequestionamento, no pressuposto de que a parte deve fazer o que está a seu alcance para levar a questão constitucional ao Tribunal de origem, mas não pode obrigar os desembargadores a fazê-lo [...].

Esse foi o entendimento prevalecente, com destaque para o voto proferido pelo em. Min. Sepúlveda Pertence, que bem equacionou e solucionou a controvérsia:

Sr. Presidente, a questão do prequestionamento mediante embargos de declaração vem dividindo a doutrina e, já agora, a jurisprudência.

A opinião expendida pelo eminente Ministro Marco Aurélio é hoje jurisprudência pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que a consagrou na Súmula 211/STJ ('inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo'). E, na doutrina, a mesma tese veio a receber a defesa vigorosa de excelente monografia de um jurista do Paraná (J.M. Garcia Medina, O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial, 2 ed., RT, 1999, p. 290).

Analisei a questão a partir de acórdão da Segunda Turma, da lavra do Ministro Marco Aurélio, que consagrava o entendimento agora reiterado por S.Exa.: mantive-me, no entanto, fiel aos precedentes que embasaram a Súmula 356 conforme consignei na ementa do RE 210.638, julgado em 14 de abril de 1998, publicado no DJ de 19/06/98:

'EMENTA: 1. RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.'

Noto que, na egrégia Segunda Turma, que chegou a perfilhar a tese do Ministro Marco Aurélio, no entanto, no RE 208.639, após voto-vista do Ministro Nelson Jobim, transcrito no Informativo 157, a maioria também se alinhou ao mesmo entendimento da Primeira, de estrita fidelidade à Súmula. É oportuno, assim, que o Plenário esteja,

neste julgamento, a reafirmar a doutrina da Súmula 356 [...].

Daí porque, já uniformizada a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria, a Primeira Turma do STF, ao julgar o RE 231.452-PR, rel. o em. Min. Sepúlveda Pertence, assentou:

Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração.

O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a sua jurisprudência -- já assentada na Súm. 356 --, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210.638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 219.934, Pl, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01) -- DJ de 24.09.04.<sup>7</sup>

Em conclusão, tem-se que:

(i) o Superior Tribunal de Justiça dispõe do contencioso constitucional pleno no exercício das competências inscritas no art. 105, I e II, da Constituição Federal;

(ii) o Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência inscrita no art. 105, III, da Constituição Federal, só dispõe do contencioso constitucional na hipótese de arguição incidental de inconstitucionalidade de dispositivo da legislação federal debatido no recurso especial;

(iii) julgado procedente o incidente de inconstitucionalidade referido no item anterior, a parte prejudicada poderá ingressar com recurso extraordinário, observados obviamente os pressupostos e requisitos de admissibilidade do recurso;

<sup>7</sup> Registre-se que, conquanto desde então a Suprema Corte tenha uniformizado a sua jurisprudência sobre a matéria, na linha dessa síntese feita pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no RE em referência, ainda assim tem havido equívocos no Tribunal acerca da matéria: assim veja-se que, ao negar seguimento ao RE 495.903-RO, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski fundamentou a sua decisão monocrática dizendo -- "Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido, situação que assim persistiu após a oposição de dois embargos de declaração". Ora, a razão invocada para a negativa de seguimento do recurso se prestava, ao contrário do que ali decidido, exatamente para dele se conhecer, a teor da Súmula 356 do STF. Por isso mesmo, interposto agravo regimental em face daquela equivocada decisão, o eminente relator se retratou para dar seguimento ao recurso extraordinário.

(iv) cumprida a exigência do prequestionamento de questão constitucional nova surgida com o julgamento do REsp no STJ, seja com o expreso pronunciamento do Tribunal sobre a matéria, seja com sua omissão em considerá-la nos embargos declaratórios interpostos, recurso extraordinário pode ser interposto para a Suprema Corte, devendo a parte recorrente, obviamente, preencher os outros requisitos de admissibilidade do recurso, entre eles o da repercussão geral;

(v) se a violação da Constituição diretamente perpetrada pelo STJ no julgamento do recurso especial se relacionar com matéria que seja objeto de recurso extraordinário já admitido e retido nos mesmos autos, além de recurso extraordinário para o STF, também se admite, concomitantemente, o ajuizamento de reclamação constitucional como instrumento mais rápido e eficiente para fazer cessar o vício de inconstitucionalidade consubstanciado na usurpação da competência da Suprema Corte; e

(vi) nas hipóteses dos itens iv e v, supra, quando o Superior Tribunal de Justiça decide recurso especial com fundamento em norma constitucional, o recurso extraordinário se viabiliza desde que sejam prequestionadas como infringidas as regras de competência dos arts. 102, III e 105, III, da CF, mediante embargos declaratórios, porquanto naquelas hipóteses não é cabível a irresignação derradeira com fundamento na norma constitucional indevidamente aplicada pelo STJ fora do âmbito de sua competência recursal.

Por fim, destaque-se que a instituição do regime de fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário nos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil em nada interfere nas conclusões acima expostas, porquanto nenhuma modificação se operou na sistemática de competências constitucionais

estabelecida nos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Vale dizer, o STJ continua sem competência para julgar, em recurso especial, matéria constitucional, enquanto o STF continua sem competência para julgar, em recurso extraordinário, matéria infraconstitucional.

A alteração introduzida pelo novo Código de Processo Civil objetiva preencher uma lacuna existente no sistema em ordem a garantir não apenas o princípio da primazia do julgamento do mérito das ações (arts. 4º, 6º, 139, IX, 952, parágrafo único, 938, § 1º, e 1.029, § 3º), consagrado expressamente no novo ordenamento processual, mas a efetivação da justiça com a completude da prestação jurisdicional. De feito, muitas vezes o STJ deixava de conhecer de recurso especial ao fundamento de que a matéria debatida nos autos tinha conformação constitucional, determinando então a remessa dos autos ao STF que, também muitas vezes, não conhecia do recurso extraordinário ao fundamento de que a matéria em verdade era infraconstitucional.

Com efeito, a fungibilidade instituída no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, nos termos dos arts. 1.032 e 1.033 do novo Código de Processo Civil, em boa hora vem contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na órbita cível, ainda que só aplicável aos recursos interpostos após a vigência do novo diploma processual civil, segundo o entendimento sufragado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de embargos de declaração em recurso extraordinário, em que se proclamou não se aplicar a nova sistemática de fungibilidade

[...] a recursos extraordinários regidos pelo Código anterior, assim entendidos os que impugnam acórdão publicado antes de 18/3/2016, quando vigia a Lei 5.869/1973 [...] (EDcl no RE nº. 959.489/SP, DJe nº. 210, divulgado em 30/09/2016, publicado em 03/10/2016 – Ata nº. 147/2016).

# A calendarização do processo e a ampliação do prazo de defesa no CPC de 2015

Gláucio Maciel Gonçalves\*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo examinar duas relevantes mudanças trazidas no Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em março de 2016: a calendarização do processo e a ampliação do prazo de defesa, com a contagem dos prazos processuais em dias úteis.

Palavras-chave: Processo civil. Defesa. Prazo. Ampliação. Possibilidade.

## 1 Introdução

Promulgada a Lei 13.105/2015, publicada no Diário Oficial de 17/03/2015, com um ano para entrar em vigor, introduziu-se no Brasil um novo Código de Processo Civil.

Muito se discutiu sobre a necessidade ou não de se reformular a lei processual existente, com a adoção de um novo código, tendo em vista as inúmeras modificações que foram feitas na Lei 5.879/1973, sobretudo a partir da década de 90 do século passado. De um lado, a elaboração de um novo código demandaria tempo, paciência e um hercúleo trabalho do legislador e de seus auxiliares, justificando-se, assim, uma reforma fatiada da legislação processual, como vinha sendo feito, não uma reforma global. De outro, era necessário um código novo, após tantas alterações na legislação, com total modificação de institutos, como o processo de execução e os provimentos de urgência, para que a unidade do processo civil fosse restaurada, com sistematização dos institutos.

O fato é que o Senado Federal instituiu comissão de juristas para elaborar um anteprojeto, o qual foi apresentado e aprovado nas duas casas legislativas após muito debate, inclusive pela sociedade civil, que pôde enviar sugestões pela internet e participar de

inúmeras audiências públicas que se realizaram por todo o País.

Ultrapassada agora a discussão sobre a conveniência da nova lei, em razão de sua promulgação e início de vigência, torna-se relevante analisar duas importantes modificações: (i) a possibilidade de as partes, em comum acordo com o juiz, estabelecerem um calendário de realização de atos processuais, e (ii) a alteração do prazo de defesa, inclusive para os órgãos da Administração Pública.

Há muito, no direito estrangeiro, é possível que as partes e o juiz acertem um calendário para a prática de atos processuais, às vezes modificando prazos até então intocáveis, previstos pela lei processual. Hoje, essa é a realidade também no Brasil: sempre visando à melhor solução de uma determinada causa, em razão de suas especificidades, é possível abandonar a previsão legal de prazos e impor um calendário distinto, com dispensa de intimações dos atos.

O prazo para apresentação de contestação, modalidade mais comum no exercício do direito de defesa, tem direta ligação com a garantia constitucional do amplo direito de defesa. Se, por um lado, é importante garantir a plena possibilidade de manifestação das partes no decorrer da demanda,<sup>1</sup> por outro, deve-se ter em mente que o processo precisa chegar a um fim, notadamente após a constitucionalização da celeridade processual. Justiça *versus* rapidez, o dilema sempre presente na ciência processual.

A relativização de um e de outro cânone sempre será criticada por uma das partes, dependendo da vitória ou da derrota na demanda. O equacionamento entre ambos os cânones se dá pela satisfação maior do objetivo do Direito, que é a pacificação com justiça, dentro de um prazo que seja aceito. Encontrar a forma dessa pacificação e o significado do que vem a ser prazo razoável é o objetivo de todos, inclusive do legislador, que buscou acertar, introduzindo novo Código de

\* Professor adjunto 4 e membro do corpo permanente da pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e doutor em Direito pela UFMG. Realizou estudos de pós-doutoramento na *Albert-Ludwigs-Universität*, em Freiburg, Alemanha, e foi pesquisador-visitante do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Juiz federal desde 1998, lotado em Belo Horizonte/MG.

<sup>1</sup> A garantia constitucional da ampla defesa não é dirigida apenas ao réu de uma demanda, mas a todas as partes, autor, réu, assistente, oponente, litisconsorte, tendo em vista que o que se busca com ela é a participação plena no processo, sob o crivo do contraditório, construindo as decisões a serem proferidas.



Processo Civil, cheio de vontade de reduzir o número de causas e de solucionar as já existentes.

## 2 O prazo no processo

O Estado, ao impedir que as pessoas fizessem justiça pelas próprias mãos, tomou para si a função jurisdicional e assumiu o dever de prestar essa relevante função aos cidadãos, com a maior eficiência possível. A realidade nos dias atuais demonstra, no entanto, que o Poder Público, uno e indivisível, descuidou-se da função jurisdicional que lhe é afeta, garantindo somente o mínimo para que essa atividade se considere existente. Existem vários entraves que impossibilitam a celeridade pretendida para o deslinde das ações levadas à apreciação do Judiciário, tais como o número reduzido de magistrados, o grande volume de processos em tramitação, a quantidade de recursos existentes e a falta de aparelhamento necessário ao bom desempenho das atividades.

As grandes transformações político-sociais ocorridas no mundo ocidental no século passado e, no Brasil em particular, a partir dos anos 80, refletiram-se na Administração Pública e, conseqüentemente, no Poder Judiciário, que passou a participar de forma mais ativa e direta da sociedade, devido à maior conscientização das pessoas que a ele recorreram para a defesa de seus direitos. Já não se admite mais o juiz quieto, omisso e que se limita a analisar a situação dos autos sem a menor consideração do que ocorre no mundo dos homens, embora seu comprometimento seja, em primeiro lugar, com a interpretação da norma no caso concreto.

O juiz, como agente político e partícipe do poder central, deve estar ciente do seu papel previsto constitucionalmente, de defensor das liberdades democráticas e do bem comum. Não pode ser relapso com o direito do povo, que justifica a sua existência e que o remunera.

A preocupação com a rapidez na solução de uma demanda levou o constituinte derivado a inserir na Constituição, em 2004,<sup>2</sup> como garantias constitucionais, a razoável duração do processo e os meios para conferir celeridade à sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º). Não se tratou de novidade legislativa, tendo em vista que o art. 6º, 1, da Convenção Européia para a

Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, já previa a razoável duração do processo.<sup>3</sup> Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969,<sup>4</sup> o Código de Processo Civil de 1973, ao prever, no inciso II do art. 125, que o juiz deve velar pela rápida solução do litígio, e o Código de Processo Civil de 2015, ao enunciar, no art. 4º, o direito de as partes obterem, em prazo razoável, a solução integral da demanda proposta.

Permeia, portanto, a solução de uma pretensão a noção de prazo, que nada mais é do que o espaço de tempo para a prática do ato processual.<sup>5</sup> O ato processual é imanente ao procedimento, o qual se caracteriza pela sucessão de atos, que se relacionam entre si e guardam uma dependência jurídica uns dos outros.<sup>6</sup> Independentemente da tese a respeito da natureza jurídica do procedimento (e do processo) adotada, deve-se reconhecer que estes atos se praticam em cadeia e que a regularidade do ato antecedente é pressuposto de validade do que o sucede.

Se se fala em cadeia de atos, os quais são praticados visando a um fim específico, que é a solução definitiva da controvérsia, ganha especial relevo a análise da conformidade do ato com a norma, ou seja, sua regularidade formal. Um dos elementos mais comuns da regularidade formal é o cumprimento do prazo, ou seja, a verificação de que o ato processual foi praticado dentro do período de tempo estipulado pela lei processual.

## 3 A classificação dos prazos

Para uma melhor sistematização do estudo do tema, papel que cabe ao doutrinador e não ao

<sup>2</sup> Emenda 45/2004.

<sup>3</sup> “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

<sup>4</sup> Art. 8º, I: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”

<sup>5</sup> Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 117.

<sup>6</sup> Gonçalves, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 111.

legislador, é comum classificar os prazos processuais. Frederico Marques, lembrando Couture e Lopes da Costa, divide-os em comuns e particulares (quanto à eficácia em relação às partes), em próprios e impróprios (quanto aos destinatários) e em legais, judiciais e convencionais (quanto à origem da fixação).<sup>7</sup> Prazo comum é o que corre simultaneamente para autor e réu, enquanto prazo particular é o que flui apenas para uma das partes. Prazo próprio, o destinado à prática de ato pela parte, o qual, descumprido, acarreta ônus e sanções; prazo impróprio, o que deve ser cumprido pelo juiz, servidores ou auxiliares da Justiça, cuja não observação nenhuma sanção traz, em regra. Prazo legal, o previsto pela lei; judicial, o qual, não previsto pela lei, é fixado pelo juiz; e convencional, sobre o qual as partes têm liberdade para acordar.

A classificação mais comum na doutrina leva em conta, ainda, a natureza dos atos, a partir de antiga referência legislativa brasileira. São eles divididos em prazos peremptórios e prazos dilatórios, embora já se tenha advertido que não há, na tradição doutrinária brasileira, uniformidade no tratamento do tema.<sup>8</sup>

De acordo com o Código de 1939 e o vigente, de 1973, os prazos peremptórios são prazos inalteráveis, via de regra, seja por convenção das partes ou por determinação do juiz, enquanto os dilatórios são aqueles fixados na lei, que precedem à prática do ato processual, mas em relação aos quais se admite ampliação pelo juiz ou, por convenção das partes, ampliação ou redução.<sup>9</sup> Isso, por interpretação dos arts. 181 e 182 do CPC de 1973. A importância dessa classificação reside no fato de que é a única prevista pelo Código, de forma que é necessário ter em mente os delineamentos dos conceitos “peremptórios” e “dilatórios”.

Barbosa Moreira, em artigo escrito ainda na década de 70 do século passado, desenvolve outro enquadramento dos prazos peremptórios e dilatórios.

Num primeiro grupo, estariam os prazos que objetivam estimular a atividade processual ou impulsionar o feito. O prazo é então fixado para a prática (i) do ato que se *deve* realizar, como o prazo para o juiz sentenciar ou para a parte entregar o bem

após sentença proferida na demanda de depósito, ou então (ii) do ato que se *pode* realizar, correspondente a um direito ou faculdade de quem o realiza, como o de apresentação de contestação, e que não se traduz em dever de ninguém. Ambas as sub-hipóteses se corresponderiam a prazos peremptórios.

Num segundo grupo, o dos prazos dilatórios, a característica comum é que o prazo interessa à própria pessoa que vai praticar o ato processual, seja pela inércia que se espera dela (a intimação só impõe comparecimento após transcorridas 24 horas), seja pelo impedimento da prática do ato (prazo para lavratura do auto de arrematação).<sup>10</sup>

Toda essa celeuma envolvendo a modificação dos prazos, impossível via de regra nos prazos peremptórios e possível nos dilatórios, desapareceu no Código de 2015. Isso, em razão de o art. 191 permitir a fixação de um calendário entre juiz e partes e de o § 1º do art. 222 prever que “ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”. Constata-se, portanto, que a alteração dos prazos será uma realidade a partir de março de 2016, mesmo dos peremptórios, desde que conte com a anuência das partes e com o deferimento pelo juiz.

Embora ainda exista a distinção entre os prazos peremptórios, expressamente previstos no Código de 2015, e os dilatórios (interpretação *a contrario sensu* da norma), sua característica principal não é mais a impossibilidade de modificação dos primeiros, em razão de disposição em contrário da nova lei. Assim, ganha relevo a antiga diferenciação de Barbosa Moreira, segundo a qual são peremptórios os prazos nos quais se deve praticar o ato que corresponda ao exercício ou à faculdade de direito ou ao cumprimento de um dever. Os dilatórios, a seu turno, são os que devem transcorrer antes da prática do ato processual.<sup>11</sup>

Dessa forma, não importa se os prazos foram alargados ou comprimidos. Se o prazo é fixado, pela lei ou pelo juiz, para que a parte exerça o direito que lhe é possível fazer ou cumpra o dever imposto, ele é peremptório. Se não, ele é dilatório.

A possibilidade de convenção das partes no que se refere aos prazos peremptórios não estaria completa se a lei não previsse a viabilidade de o juiz estabelecer

<sup>7</sup> Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 349.

<sup>8</sup> Barbosa Moreira, *Sobre prazos peremptórios e dilatórios*, p. 49.

<sup>9</sup> Theodoro Jr., *Processo de Conhecimento*, p. 300.

<sup>10</sup> Barbosa Moreira, *Sobre prazos peremptórios e dilatórios*, pp. 51-54.

<sup>11</sup> Barbosa Moreira, *Sobre prazos peremptórios e dilatórios*, p. 57.

com as partes um calendário específico para a sua demanda. As partes e o juiz não ficam atados aos prazos previstos pela lei. Diante de um caso concreto, de simples resolução ou de provas complexas a produzir, os prazos impostos pelo legislador podem ser alterados, para mais ou para menos, e também dispensadas certas formalidades, como intimação pela imprensa, desde que se fixem os dias certos para a prática dos atos.

#### 4 A calendarização do processo

A fixação de um calendário próprio para cada processo, desde que haja concordância das partes, não é novidade na doutrina processual estrangeira. A possibilidade atende a um chamado da maior eficiência na outorga da tutela jurisdicional, presente na França, na Alemanha, no Reino Unido e na Itália.<sup>12</sup>

Há muito vem se cobrando do Estado maior engajamento na solução rápida dos conflitos que lhe são submetidos, no desempenho de sua função jurisdicional. A prática judiciária demonstra que, no Brasil — o que também é visto em alguns dos demais países do sistema romano germânico de Direito, como Itália, Espanha e França —, o Judiciário, encarregado da função jurisdicional, não tem conseguido julgar a contento todas as demandas propostas.<sup>13</sup> Há um atraso grande na sua solução, o que trai a confiança da população. Alguns países da Europa têm sofrido inclusive condenações pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em razão da falta de solução das demandas em tempo razoável.

A causa dessa ineficiência é complexa. A legislação às vezes é obsoleta, os juízes são em número insuficiente para tantas demandas, há descanso demais para os juízes<sup>14</sup>, os órgãos do Judiciário não estão corretamente aparelhados para o número de causas

e não se investe em formas de solução de conflitos distintas da adjudicação pelo juiz.<sup>15</sup>

Pelo menos no Brasil, é de se registrar uma falta de diálogo entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a propósito da eficiência do serviço público, em menor ou maior proporção dependendo do estado-membro e da União, a despeito de uma exitosa parceria feita no âmbito federal há alguns anos.<sup>16</sup> Os tribunais não podem criar cargos públicos nem unidades de trabalho, pois dependem do Legislativo, e seu orçamento não é autoexecutável. Por sua vez, compete ao Executivo vetar projetos de lei e enviar o orçamento público para o Legislativo. Sem uma conversa institucional, com exposição de fatos, de justificativa e de ordem de prioridade, pode ocorrer que uma boa intenção caia no vazio ou tenha sua concretização postergada. No entanto, essa apresentação de intenções tem sido pouco usada pelo Judiciário, que prefere se comunicar por ofícios. Se, por um lado, é compreensível que o juiz, que não pode ter filiação partidária, às vezes introspectivo e receoso da proximidade com políticos, tem pouco gosto pela conversa institucional, por outro, deve-se praticar a boa política, com visitas aos outros chefes de Poder, exposição de problemas e discussão, a fim de buscarem uma solução conjunta.

A previsão de que as partes pudessem estabelecer negócios processuais, dos quais a calendarização é exemplo, não era bem vista por muitos doutrinadores<sup>17</sup>, que entendiam ser ela insuscetível de acertamento, em razão da natureza da atividade estatal e da atuação completa do Estado na solução das controvérsias.

Com a chegada do século XXI, a tecnologia avançou bastante e a informação, até então restrita a

---

juízes ainda têm direito a licença-prêmio: a cada cinco anos de trabalho, auferem três meses de descanso.

<sup>12</sup> Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo*, pp. 184-185.

<sup>13</sup> No Brasil, o estoque de causas não julgadas é de mais de 100 milhões, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça no Justiça em Números 2015, referente ao ano de 2014. (Cf. Justiça em Números, 2015, p. 35. Acesso em: 15 mar. 2015.)

<sup>14</sup> De acordo com a Lei Complementar 35/1979, Lei Orgânica da Magistratura Brasileira, os juízes têm 60 dias de férias por ano. Além disso, por determinação do Conselho Nacional de Justiça há recesso no final do ano, de 20/12 a 06/01 do ano seguinte, em que o fórum é fechado (presente na lei apenas para os juízes da União), e, em razão de leis federais, estaduais e municipais, vários feriados ao longo do ano. Além disso, em vários estados da Federação, os

<sup>15</sup> Louva-se a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução 125/2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

<sup>16</sup> Em 2004 e 2009 foram celebrados pelos presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal os Pactos Republicanos, estabelecendo medidas para melhora do Judiciário. Já o III Pacto não saiu do papel, por divergências internas, embora tivesse sido proposto em fevereiro de 2011 pelo presidente do Supremo Tribunal Federal.

<sup>17</sup> Recusavam o instituto do negócio processual: Cândido Rangel Dinamarco, Roque Komatsu, Daniel Mitidiero, Alexandre Freitas Câmara e Vicente Greco Filho (Cf. Nogueira, *A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC*, p. 18, nota 18).

um grupo, basta estar na rede para ser pública. O Estado não é mais um ente compartimentado, sobretudo quando se tem um território enorme, grande população e gigante máquina pública. A crise econômica surgida na primeira década do novo século fez ver que até mesmo os recursos públicos são finitos, chegando-se até à decretação de falência de entes federados, como ocorreu com a famosa cidade de Detroit, nos Estados Unidos da América. O Estado teve que se reorganizar e seus diversos setores foram obrigados a conversar entre si. A Administração Pública deixou de ser apenas o Executivo, como antigamente se dizia, para ser o conjunto dos serviços das três funções estatais; e a eficiência é cobrada de todos, da mesma forma que o bom uso do dinheiro público é exigido.

Érico Andrade, após lembrar que a doutrina francesa, encara a jurisdição como um serviço público, sujeita aos princípios da continuidade, igualdade e eficiência, adverte que se deve dar passagem à aplicação da consensualidade na sua atuação e se observar a economicidade, para que os recursos estatais possam ser mais bem aproveitados em prol da sociedade.<sup>18</sup>

A mudança de panorama fez com que o direito público e mais detidamente o direito processual oportunizasse a cooperação dos sujeitos interessados. Não se abre mão dos cânones constitucionais da isonomia das partes, do contraditório e da ampla defesa na solução jurisdicional de controvérsias, mas se permite que os interessados no resultado da ação estatal possam concertar sobre aspectos atinentes à forma de chegar à solução final.

Dessa forma, o art. 191 do Código de 2015 permite às partes e ao juiz a fixação de um calendário para a prática de atos processuais, que deverá ser seguido, a não ser em casos excepcionais.<sup>19</sup> As perguntas que se fazem em seguida são: em que momento o calendário é acertado e qual o seu alcance?

O melhor momento de se fixar um calendário é quando estão presentes no ato as partes e o juiz, ou seja, nas audiências, mas isso não será fácil no procedimento único da nova lei. Após a extinção da audiência preliminar pós-contestação do art. 331 do Código de 1973, com a redação dada pela Lei 10.444/2002, a única audiência obrigatória do Código de 2015 é a de conciliação ou mediação, prevista no art. 334, que não deve ser realizada pelo juiz, mas por conciliador ou mediador, devidamente treinado para o ato. A audiência para saneamento em cooperação com as partes, constante do § 3º do art. 357, somente ocorrerá quando houver complexidade em matéria de fato ou de direito da causa; a de instrução e julgamento do art. 358, apenas quando for necessária produzir prova em audiência.

Assim, a estipulação do calendário, que deveria ser feita em audiência, justamente pela necessidade de apresentação do pleito, debate e deliberação tanto pelas partes quanto pelo juiz, será jogada a segundo plano, a não ser que venha por escrito, com risco de vistas sucessivas a um e a outro até a decisão final, ou que seja designada audiência própria, utilizando a possibilidade prevista no inciso VIII do art. 139.

O sucesso do instituto está, portanto, nas mãos do juiz, o qual detém arsenal para tentar a resolução da controvérsia em um tempo menor. A melhor forma de se buscar a calendarização é, sem dúvida, por proposta do juiz, em audiência designada, já que o juiz pode esclarecer às partes as vantagens do novo instituto e o que ele representa, em termos de decisão mais célere. Isso não subtrai, de maneira nenhuma, o pedido de uma das partes, embora seja mais demorado, porque será necessário ouvir a parte contrária, o que pode fazer com que o juiz designe a audiência antes mencionada.

Em tese, a calendarização pode ser feita em qualquer tipo de processo, mas não deve ser utilizada como regra, já que é impossível estabelecer um rito diferenciado para cada processo da vara. Para os casos simples, corriqueiros, o Código dá a solução: o procedimento comum único. Para a causa diferenciada, seja pela complexidade da matéria, do procedimento ou pelo número de atingidos, pode ser interessante o estabelecimento de datas, prazos ou meios diversos dos constantes da lei.

A calendarização pode se dar em qualquer momento processual, no primeiro ou no segundo grau de jurisdição ou mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

<sup>18</sup> Andrade, *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo*, pp. 173-174.

<sup>19</sup> "Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário."

Depende, apenas, da interlocução das partes com o juiz responsável pela causa, o qual, nos tribunais, é o relator, já escolhido por sorteio e membro da turma julgadora.

Quanto ao alcance da estipulação, a discussão é mais profunda e não se esgota neste ensaio. É possível atingir todos os atos processuais? Num primeiro momento, a resposta é positiva. A uma, porque não houve nenhuma vedação legal. A duas, porque se é dado à parte até mesmo renunciar a direito, inexistente campo imune à deliberação coletiva. Contudo, o instituto está ainda engatinhando e somente com análise da casuística será possível verificar se está havendo desvirtuamento do seu uso.

Nos Estados Unidos da América, a celebração de um calendário no processo civil e no processo penal é tão corriqueira que nem se discute até onde pode ir, já que as partes são livres para estabelecer normas processuais.<sup>20</sup> Todavia, na Alemanha, país em que há muito se admite o acordo das partes no campo processual, o alcance não é amplo assim, porque esbarra na inviabilidade de sua utilização quando atinge disposições cogentes da lei processual (ZPO).<sup>21</sup>

Estabelecido um calendário para a prática de atos no processo, proposto pelas próprias partes, com a aquiescência do juiz, dispensa-se futura intimação das partes para a realização dos atos processuais, inclusive para a audiência, a não ser, evidentemente, que se acorde o contrário, por uma circunstância especial de determinado processo.

## 5 A ampliação do prazo de defesa e sua viabilidade

Consoante dispõe o art. 335 do Código de 2015, o prazo para o réu apresentar defesa é de 15 dias. Até aí nada de novo, tendo em vista que o Código de 1973 também fixa o prazo de 15 dias para a defesa. A novidade está contida na norma do art. 219 do Código de 2015: os prazos processuais são contados em dias úteis, inclusive o da contestação.

O cômputo do prazo em dias úteis é uma antiga reivindicação dos advogados, que não poucas vezes trabalhavam nos finais de semana para cumprir o prazo a vencer na segunda-feira ou em dia pós-feriado. Desde março de 2016, a advocacia pode respirar e desfrutar também dos dias não úteis.

Muito se tem criticado o alargamento do prazo de defesa, considerando que, se houver audiência de mediação ou conciliação, ela deve ocorrer, no mínimo, em 30 dias (úteis) e a citação deve se dar, no mínimo, em 20 dias (úteis). Somente após a audiência é que se inicia o prazo de 15 dias (úteis) para a defesa. A objeção se dá pela alegada violação da garantia da isonomia, porque o réu teria prazo em excesso para se defender e também pela infringência à garantia constitucional da celeridade processual.<sup>22</sup>

A dita inconstitucionalidade não se sustenta. Infringência à isonomia não há, uma vez que os prazos serão contados em dias úteis tanto para o réu quanto para o autor, nas ulteriores manifestações após o prazo de defesa. Não é, portanto, um benefício próprio da fase de contestação. Ao contrário, é aplicável a todos os prazos do processo, inclusive nos tribunais.

Também não se pode reputar vulnerada a norma constitucional que prevê a celeridade processual. Levando em conta o prazo de defesa, a contagem em dias úteis aumenta o prazo total em apenas 26%. Essa majoração não é relevante, considerando que, por política legislativa, decidiu-se que os prazos seriam contados somente pelos dias úteis. Foi uma escolha da lei, que não se vê malferida na sua essência.

A observância dos prazos, se praticada por todos aqueles que atuam no processo, juiz, partes, servidores e auxiliares da justiça, é medida extremamente salutar. Contudo, o volume exagerado de processos por juiz e por unidade jurisdicional não permite que os prazos sejam cumpridos, não obstante constantes da lei. Se isso se dá, nada mais justo que alargar ditos prazos para todos, considerando a contagem tão só em dias úteis.

A defesa dos entes federados e de suas autarquias e fundações públicas, por força do art. 183, conta agora com prazo em dobro para se manifestar

20 Eduardo Costa lembra que a calendarização não está prevista em nenhuma lei, mas sim em recomendação passada aos juizes e editada, no âmbito federal, pelo Federal Judicial Center. (Cf. Costa, A "execução negociada" de políticas públicas em juízo, p. 50).

21 Arens, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, 1977, p. 11.

22 No ponto, registra-se posição de Meireles, *in Duração razoável do processo e os prazos processuais no projeto de Código de Processo Civil*, 2012, p. 204, segundo a qual haveria inconstitucionalidade da norma que permite a contagem dos prazos em dias úteis.

nos autos. Reduziu-se o prazo em quádruplo para contestar, mas, por outro lado, instituiu-se a contagem também em dias úteis. Da mesma forma que se dá com as demandas envolvendo pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado, não há que se falar em inconstitucionalidade. A modificação veio por meio de uma lei, dentro de um contexto de um novo código, e sem exageros.

## 6 Conclusão

Diversos questionamentos foram feitos a respeito da conveniência ou não de se editar um novo Código de Processo Civil, os quais passaram pela demora do processo legislativo de tamanha envergadura, pela facilidade de se aprovar uma reforma fatiada, como já se tinha verificado, e pela não conveniência de se mudar a mais utilizada lei processual do País.

Os empecilhos foram sendo ultrapassados e, em março próximo passado, veio à lume a Lei 13.105, instituindo o novo código. Alguns institutos jurídicos foram mantidos intactos, outros tiveram alteração, dentre os quais a possibilidade de as partes derogarem a norma processual, por meio de negócios jurídicos, como a calendarização do processo, bem como a contagem dos prazos processuais em dias úteis.

O Judiciário, premido pela necessidade, viu-se obrigado a modernizar-se. A jurisdição passou a ser pensada como um serviço público, que deve ser eficiente, economicamente viável e apta a dar resultado num prazo razoável. Com isso, princípios antes restritos à ciência gerencial passaram a ser aplicados, fazendo com que o Estado pudesse chamar as partes, os maiores interessados na solução dos conflitos a ele submetidos, a participar no desenvolvimento desse procedimento, de comum acordo com o juiz.

É possível, então, que um calendário específico para determinada demanda seja montado, abolindo-se formalidades como intimações, porque já se sabe de antemão o momento da prática do ato, visando a um resultado eficiente e rápido.

Trouxe o novo código, ainda, a contagem dos prazos processuais em dias úteis, com alteração total da norma antiga, que previa a contagem dos prazos em dias corridos. Dita previsão é mais consentânea com a realidade, uma vez que o volume de causas impedia a observância dos prazos então fixados pela lei. E não se divisa nela nenhuma inconstitucionalidade.

As garantias constitucionais da isonomia e da celeridade processual não foram violadas. Todas as partes do processo têm direito ao cômputo dos prazos em dias úteis e a majoração de alguns prazos em pouco mais de um quarto não representa valor relevante.

Não tendo o novo código ainda entrado em vigor, o que ocorrerá em março de 2016, espera-se que as modificações tenham ocorridas para melhor, sempre buscando a finalidade última da jurisdição, que é a pacificação com justiça.

## Referências

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 193, ano 36, mar. 2011, pp. 167-199.

ARENS, Peter. Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts. In: GILLES, Peter (Org.). *Hu- mane Justiz*. Die deutsche Landesberichten zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozeßrechts in Gent 1977. Frankfurt a. M.: Athenäum, 1977. pp. 1-16.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O benefício da dilatação de prazo para a Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1, ano 1, jan.-mar. 1976, pp. 51-58.

\_\_\_\_\_. Sobre prazos peremptórios e dilatatórios. *Temas de Direito Processual*. 2ª. Série. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1988. pp. 49-60.

CAPONI, Remo. Autonomia Privada e Processo Civil. Trad. de Pedro Gomes de Queiroz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 39, n. 228, fev. 2014, pp. 359-376.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 212, ano 37, out. 2012, pp. 25-56.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. II. 575p.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. II. 518p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: Aide Editora, 1992. 137p.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo. A disciplina do prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores: noções gerais e o regramento adotado pelo CPC/2015. *Revista jurídica*. São Paulo, v. 63, n. 449, mar. 2015, pp. 9-18.

RUBIN, Fernando. O direito à produção de provas e as correlatas questões recursais no projeto do novo CPC. *Novas Tendências do Processo Civil*. v. II. Salvador: Jus Podivm, 2014, pp. 547-565.

MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no projeto de Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 207/2012, pp. 199-212, mai. 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fred; MEDINA, José Miguel; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Novas Tendências no Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 1, pp. 15-27.

SCHWAB, Karl Heinz. Introdução do Direito Processual Civil alemão. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976. Ano 1, n. 3, jul.-set. 1976, pp. 55-61.

THEODORO JR, Humberto. *Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. t. 1. 433p.





Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.360, de 17/11/2016.**

Altera a Lei 5.655, de 20 de maio de 1971, e outras e dá outras providências.

Publicada em 18/11/2016.

**Lei 13.361, de 23/11/2016.**

Altera a Lei 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública.

Publicada em 24/11/2016.

**Lei 13.362, de 23/11/2016.**

Altera a Lei 11.664, de 29 de abril de 2008, que “dispõe sobre a efetivação de ações de saúde que assegurem a prevenção, a detecção, o tratamento e o seguimento dos cânceres do colo uterino e de mama, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS”, para assegurar o atendimento às mulheres com deficiência.

Publicada em 24/11/2016.

**Lei 13.365, de 29/11/2016.**

Altera a Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção.

Publicada em 30/11/2016.

**Lei 13.366, de 1º/12/2016 (mensagem de veto).**

Altera as Leis 10.260, de 12 de julho de 2001, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que dispõem sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e dá outras providências.

Publicada em 02/12/2016.

**Lei 13.370, de 12/12/2016.**

Altera o § 3º do art. 98 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar a exigência de compensação de horário.

Publicada em 13/12/2016.

### Lei 13.371, de 14/12/2016.

Altera a remuneração de servidores públicos, estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho às aposentadorias e pensões e dá outras providências.

Publicada em 15/12/2016.

### Lei 13.409, de 28/12/2016.

Altera a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino.

Publicada em 29/12/2016.

### Lei 13.410, de 28/12/2016.

Altera a Lei 11.903, de 14 de janeiro de 2009, para dispor sobre o Sistema Nacional de Controle de Medicamentos.

Publicada em 29/12/2016.

### Lei Complementar 157, de 29/12/2016 (mensagem de veto).

Altera a Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”.

Publicada em 30/12/2016.

### Medida Provisória 752, de 24/11/2016.

Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências.

Publicada em 25/11/2016.

### Medida Provisória 753, de 19/12/2016.

Altera a Lei 13.254, de 13 de janeiro de 2016, para dispor sobre compartilhamento de recursos.

Publicada em 19/12/2016.

### Medida Provisória 755, de 19/12/2016.

Altera a Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública.

Publicada em 20/12/2016.

### Medida Provisória 757, de 19/12/2016.

Institui a Taxa de Controle de Incentivos Fiscais e a Taxa de Serviços em favor da Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa e dá outras providências.

Publicada em 20/12/2016.

### Medida Provisória 759, de 22/12/2016.

Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União e dá outras providências.

Publicada em 23/12/2016.

### Medida Provisória 763, de 22/12/2016.

Altera a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, para elevar a rentabilidade das contas vinculadas do trabalhador por meio da distribuição de lucros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dispor sobre possibilidade de movimentação de conta do fundo vinculada a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015.

Publicada em 23/12/2016.

### Decreto 8.893, de 1º/11/2016.

Dispõe sobre os empreendimentos do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI que serão tratados como prioridade nacional nos setores de energia e de mineração.

Publicado em 03/11/2016.

### Decreto 8.899, de 09/11/2016.

Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos públicos federais.

Publicado em 10/11/2016.

### Decreto 8.903, de 16/11/2016.

Institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras e organiza a atuação de unidades da Administração Pública Federal para sua execução.

Publicado em 17/11/2016.

### Decreto 8.915, de 24/11/2016.

Altera a vigência dos convênios e dos contratos de repasse, com execução de objeto iniciada, celebrados entre os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal com os órgãos e as entidades da Administração Pública municipal.

Publicado em 25/11/2016.

**Decreto 8.916, de 25/11/2016.**

Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos públicos federais de transportes para implantação de investimentos por meio de novas parcerias com o setor privado.

Publicado em 28/11/2016.

**Decreto 8.926, de 08/12/2016.**

Discrimina ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC a serem executadas por meio de transferência obrigatória.

Publicado em 09/12/2016.

**Decreto 8.929, de 09/12/2016.**

Regulamenta artigos da Lei 13.340, de 28 de setembro de 2016, que autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural e altera a Lei 10.177, de 12 de janeiro de 2001.

Publicado em 12/12/2016.

**Decreto 8.935, de 19/12/2016.**

Altera o Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes.

Publicado em 20/12/2016.

**Decreto 8.936, de 19/12/2016.**

Institui a Plataforma de Cidadania Digital e dispõe sobre a oferta dos serviços públicos digitais, no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Publicado em 20/12/2016.

**Decreto 8.942, de 27/12/2016.**

Dispõe sobre a integralização de cotas do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo pela União.

Publicado em 28/12/2016.

**Decreto 8.943, de 27/12/2016.**

Altera o Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

Publicado em 28/12/2016.

**Decreto 8.945, de 27/12/2016.**

Regulamenta, no âmbito da União, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Publicado em 28/12/2016.

**Decreto 8.950, de 29/12/2016.**

Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI.

Publicado em 30/12/2016.



## Corte Especial

*Arguição de inconstitucionalidade. Constitucional e Administrativo. Lei Municipal 2.112/1999. Município de Várzea Grande/MT. Regulação de procedimentos e serviços praticados por concessionária de serviço público federal de energia elétrica. Inconstitucionalidade. Competência constitucionalmente reservada à União. Constituição Federal, arts. 21, XII, b, e 22, IV. Inconstitucionalidade da lei municipal declarada.*

1. Viola a competência privativa constitucionalmente atribuída à União norma municipal cujo objeto seja a regulação de serviço público de energia praticado por concessionária local de energia elétrica, porquanto, nessa hipótese, configura-se frontal ofensa ao disposto nos art. 21, XII, b e 22, IV, da Constituição Federal, que sobre a questão, dispõem:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

Ao que constato, o texto da norma municipal, ao restringir e condicionar a instalação dos aparelhos de medição de consumo a serem utilizados pela concessionária local de energia elétrica, inclusive sob pena de multa, viola, efetivamente, competência privativa atribuída constitucionalmente à União.

2. Na espécie, a Lei Municipal 2.112/1999, editada pelo Município de Várzea Grande/MT, restringiu e condicionou a instalação dos aparelhos de medição de consumo a serem utilizados pela concessionária local de energia elétrica, inclusive sob pena de multa, usurpando assim, efetivamente, competência privativa atribuída à União.

3. Arguição de Inconstitucionalidade conhecida e acolhida, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 2.112/1999, editada pelo Município de Várzea Grande/MT.

(Numeração única: 0009219-73.1999.4.01.3600, Arguição de Inconstitucionalidade 1999.36.00.009219-0/MT, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 14/11/2016, p. 6)





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

*Processual Penal. Indeferimento de pedido de oitiva de testemunhas e de diligências. Reiteração. Preclusão. Cerceamento de defesa. Inexistência. Imprescindibilidade não demonstrada. Destinatário da prova.*

I. Intimado o réu para demonstrar a imprescindibilidade da oitiva de testemunha residente no exterior e indicar o endereço atualizado de outra, não localizada, requereu substituição destas, que foi indeferida, em decisão datada de maio de 2015, à qual não foi interposto nenhum recurso.

II. Descabido o pedido da defesa, mais de um ano depois, para oitiva daquelas mesmas testemunhas, tanto em razão da preclusão quanto pela ausência de demonstração de vinculação direta entre os fatos que afirma terem conhecimento — quer na condição de testemunhas de defesa quer na condição de testemunhas do juízo — e aqueles narrados na denúncia, a justificar a imprescindibilidade das oitivas.

III. Autorizar a oitiva das testemunhas, em processo cuja denúncia foi recebida há mais de oito anos e levou mais de três anos somente para oitiva das testemunhas da defesa — em razão da necessidade de expedição de diversas cartas de ordem para realização dos atos processuais em diversas localidades do interior do País — gerará um ciclo vicioso e postergará a tramitação do feito por infindáveis anos, com severos e concretos riscos de prescrição, tão repudiada no Direito Penal.

IV. A produção da prova no processo penal serve à formação da convicção do juiz, conforme inteligência dos arts. 155 e 156 do CPP. Precedentes.

V. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental na Ação Penal 0007159-09.2012.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de, p. 1.287)

## Terceira Seção

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Modificação da base territorial de subseção. Ausência de determinação para redistribuição de feitos. Declínio de ofício. Impossibilidade.*

I. A competência definida tão somente pela análise do foro do domicílio das partes ou do local do fato, em regra, não se caracteriza como funcional, mas apenas territorial, ainda que o âmbito da jurisdição de cada seção judiciária ou subseção judiciária seja determinado por ato normativo deste Tribunal Regional Federal. O local do fato fixa a competência de forma relativa, hipótese na qual a incompetência do juízo não pode ser reconhecida de ofício.

II. A Resolução Presi 46/2015/TRF1, reconhecendo a elevada quantidade de processos distribuídos anualmente na Subseção Judiciária de Sete Lagoas e o significativo acúmulo de feitos para julgamento, não obstante todo o esforço e dedicação dos magistrados e servidores que atuam naquela subseção, bem como a impossibilidade de, em curto prazo, obter-se soluções definitivas para resolução do problema, restringiu a abrangência da jurisdição federal de Sete Lagoas, com a transferência de vários municípios para a base territorial de Belo Horizonte.

III. Na referida resolução, não há qualquer dispositivo que determine a redistribuição dos processos em curso. Ao revés, o art. 4º da referida resolução dispõe que “*esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, alterando, em parte, a Resolução Presi 14 de 30 de abril de 2015, com efeitos 15 dias a partir de sua publicação*”. Assim, deve ser aplicada a regra geral, segundo a qual a incompetência relativa não pode ser declinada de ofício.

IV. Conforme a exposição de motivos contida na Resolução Presi 46/2015/TRF1, a medida adotada possui caráter provisório e objetiva apenas amenizar a situação da Subseção Judiciária de Sete Lagoas, até que seja possível a solução ideal e definitiva para o problema, que consistiria na criação de mais duas varas federais na localidade.

V. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, ora suscitado.

(Conflito de Competência 0056851-35.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, *e-DJF1* de 18/11/2016, p. 2.936)

## Quarta Seção

*Processual Civil. Conflito de competência. Ação cautelar preparatória de ação civil pública. Local do dano. Perpetuatio jurisdictionis.*

I. Segundo o art. 87 do CPC/1973, mantido pelo art. 43 do NCPC, “determina-se a competência no momento em que a ação é proposta”. Por isso, “são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”.

II. A Resolução Presi 46/2015 não suprimiu órgão judiciário nem alterou a competência da Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, limitando-se a redefinir seus limites territoriais.

III. Proposta a ação cautelar preparatória da ação civil pública no juízo competente à época para a ação principal, no caso Vara Única da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG — local do dano (CPC/1973, art. 800, mantido pelo NCPC, art. 299, c/c art. 2º da Lei 7.347/1985) — esse juízo é preventivo para ambas as demandas.

IV. Em virtude do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a redefinição dos limites territoriais da Vara Única de Sete Lagoas/MG, sem que houvesse supressão ou alteração de sua competência, não modifica a competência anteriormente fixada, independentemente de tratar-se de ação civil pública (REsp 1.085.922/MT, r. Francisco Falcão, 1ª Turma/STJ).

V. Conflito negativo de competência acolhido.

(Conflito de Competência 0032178-75.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, rel. p/ acórdão Des. Federal Novely Vilanova, maioria, *e-DJF1* de 08/11/2016, p. 35)

## Segunda Turma

*Processual Civil. Ação civil pública. Servidor público do TJDF. Polo ativo Ministério Público Federal. Competência. Justiça Federal. Art. 109, I, da CF/1988. Interesse jurídico da União. Ausência.*

I. Embora seja da competência da União organizar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal, bem como legislar sobre a organização judiciária do referido ente da Federação, o TJDF não tem natureza jurídica de órgão da União, sendo, pois, integrante da organização político-administrativa do Distrito Federal (art. 21, XIII, c/c art. 22, XVII, da CF/1988).

II. Aplicabilidade do Enunciado 150 da Súmula da jurisprudência do eg. STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias e empresas públicas”.

III. “[...] esta Suprema Corte, em reiteradas decisões, tem enfatizado que compete, unicamente, à Justiça Federal ‘emitir juízo de valor sobre o interesse manifestado pela União’ (RE 140.480/RJ, rel. Min. Carlos Velloso), cabendo-lhe, por isso mesmo, ‘avaliar a realidade, ou não, desse interesse’ (RE 197.628/SP, rel. Min. Mauricio Correa), pois a Justiça

Federal foi instituída precisamente, para dizer se existe, ou não, na causa, interesse jurídico da União Federal (RTJ 78/398-RTJ 99/1382 – RTJ 164/359)” (in Informativo 382 do STF, rel. Min. Celso de Mello).

IV. O art. 109, inciso I, da CF/1988 estabelece que a competência da Justiça Federal é definida pela natureza das pessoas envolvidas no processo (*ratione personae*). Logo, por se tratar de órgão da União, o ajuizamento da demanda pelo MPF é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal. Precedentes: REsp 440.002/SE, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195; CC 86.632/PI, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008.

V. Cabe ao Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria, as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) ou em razão da pessoa as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 109, I).

VI. Na hipótese dos autos, tem-se a *manifesta ilegitimidade do MPF* para figurar no polo ativo da presente ACP, em face da ausência de interesse federal, haja vista o TJDF não possuir natureza jurídica de órgão da União, sendo, pois, integrante da organização político-administrativa do Distrito Federal. Refoge, assim, às situações previstas no art. 109 da CF/1988, bem como na LC 75/1993.

VII. Apelação não provida.

(Numeração única: 0027550-14.2005.4.01.3400, Apelação Cível 2005.34.00.027822-8/DF, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, e-DJF1 de 25/11/2006, p. 446)

## Quarta Turma

*Processual Penal. Incidente de exceção de suspeição. Juiz singular. Protocolo diretamente no tribunal. Não conhecimento.*

I. Nos termos do art. 100 do CPP, a exceção de suspeição deve ser arguida mediante petição dirigida à pessoa do juiz que conduz o feito. Caso admitida a suspeição, os autos devem ser encaminhados ao substituto legal e, se não reconhecida, o magistrado excepto formará autos apartados e os enviará ao tribunal competente para o julgamento.

II. A arguição de exceção de suspeição deve ser dirigida inicialmente à figura do juiz que deverá se manifestar sobre o incidente. É incabível a arguição de suspeição protocolada diretamente no tribunal em face da pessoa do juiz singular. Da mesma forma, não cabe o manejo de exceção de suspeição para impugnar decisão proferida em procedimento da mesma espécie pelo magistrado excepto.

III. Exceção de suspeição não conhecida.

(Exceção de Suspeição Criminal 0027795-54.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 04/11/2016, p. 263)

## Oitava Turma

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Policiais civis do Distrito Federal. Interesse da União. Competência da Justiça Federal reconhecida.*

I. A União Federal deve figurar no polo passivo da relação jurídica, uma vez que, efetivamente, custeia as pensões e aposentadorias dos policiais civis do Distrito Federal e, em última análise, a ela são destinadas as contribuições previdenciárias.

II. A disposição constitucional que atribui à União a organização e a manutenção dos policiais civis do Distrito Federal (art. 21, XIV, CF/1988) existe em razão da política de auxílio de custeio que socorre o Distrito Federal, onde está situada a capital da República Federativa do Brasil.

III. Embora os policiais civis do Distrito Federal sejam servidores públicos distritais, e não federais, quem efetivamente custeia seus vencimentos é a União, que o faz por intermédio do Fundo Constitucional do Distrito Federal, com a utilização do Sistema Integrado de Administração de Recursos – Siape.

IV. O interesse da União no julgamento deste feito, que resulta de sua legitimidade para a demanda, atrai a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/1988.

V. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(Agravo de Instrumento 0067276-63.2012.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado), unânime, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 2.203)

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

*Constitucional, Penal e Processual Penal. Ação penal originária. Tentativa de lesão corporal leve (art. 129, caput, c/c art. 14, II, do CP). Ofensas e ameaça dirigidas a gerente do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista federal. Questões preliminares rejeitadas. Denúncia recebida com identificação de tipicidade da conduta. Crime de ameaça (art. 147 do CP). Emendatio libelli (art. 383 do CPP). Crime de desacato (art. 331 do CP). Condição funcional da vítima de funcionária pública equiparada (art. 327, § 1º, do CP). Arts. 74, 76 e 89 da Lei 9.099/1995. Não aplicação no caso concreto. Prescrição pela pena em abstrato não ocorrente. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação por desacato. Pena privativa de liberdade fixada em um (1) ano de detenção. Substituição pela pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP).*

I. Rejeitadas as questões preliminares suscitadas pela ré, ante a desnecessidade de instauração de incidente de insanidade mental nos presentes autos, a ausência de violação à ampla defesa pela negativa de oitiva de testemunhas por ela arroladas e a constitucionalidade e legalidade da decisão que, com fulcro no art. 367 do CPP e em precedente do Superior Tribunal de Justiça, decretou a sua revelia e determinou o prosseguimento do trâmite processual sem a realização de seu interrogatório.

II. A denúncia narra que a ré, após ter recusada proposta de renegociação de dívida por ela formulada, passou a ofender a vítima, gerente de agência do Banco do Brasil S. A., com palavras desabonadoras à sua atuação funcional, tais como “burra”, “incompetente”, “despreparada” e “desqualificada”, e que, ainda em face do ato de ofício praticado pela ofendida, passou a ameaçar-lhe a integridade física, utilizando-se para tanto de um “garfo de churrasco” que trazia em sua bolsa.

III. “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave” (art. 383 do CPP). Orientação jurisprudencial firme no sentido de que o momento apropriado para se proceder à *emendatio libelli* é o do julgamento (STF, HC 87324, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão de 10/04/2007; e STJ, HC 213043, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 13/08/2013).

IV. Expressamente mencionada na peça inaugural a condição da vítima de gerente do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista federal — funcionária pública equiparada para fins penais, portanto, nos termos do § 1º do art. 327 do CP —, essa condição constitui elemento do crime de desacato, previsto no art. 331 do mesmo código.

V. O desacato, definido por Nélson Hungria como a grosseira falta de acatamento, pode consistir em ameaça ao funcionário público, além do que, conforme a iterativa jurisprudência dos tribunais pátrios, “o agente que ofende e ameaça funcionário público no exercício de sua função, ou em razão dela, comete o delito previsto no art. 331 do Código Penal [...], restando a ameaça absorvida no desacato” (ACR 00490074220064047100, TRF da 4ª Região, Sétima Turma, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, DJ de 22/01/2016). Precedentes.

VI. Precedente do Supremo Tribunal Federal em que a Corte Maior reconhece tanto a possibilidade de equiparação a funcionário público, para fins penais, de empregado de sociedade de economia mista, como a possibilidade de que essa equiparação se estenda às hipóteses em que o funcionário público equiparado seja sujeito passivo de crime (HC 79.823-3/RJ, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ de 02/02/2001). Precedentes no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça, deste Regional e dos Tribunais Regionais das 2ª, 4ª e 5ª Regiões.

VII. Não se aplicam ao caso concreto as disposições dos arts. 74, 76 e 89 da Lei 9.099/1995, considerando que se trata de crime de ação penal pública incondicionada; que “o juiz [...] não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, *ex vi* do art. 76 da Lei 9.099/1995 c/c os arts. 129, inciso I, da Carta Magna e 25, inciso III, da LONMP, que

venha a oferecer transação penal *ex officio* ou a requerimento da defesa” (RHC 14088, STJ, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23/06/2003); e que a ré responde a outras ações penais.

VIII. “A matéria relativa à prescrição, em face da pena em abstrato, deve ser examinada nos termos em que proposta e recebida a denúncia, *salvo se alterada* pelo aditamento do Ministério Público recebido ou *pela sentença*” (STF, RHC 66432/SP, Primeira Turma, rel. Néri da Silveira, DJ de 26/05/1989) (sem grifo no original), devendo prevalecer, neste caso, a nova classificação do delito, para fins de cálculo do prazo de prescrição da ação penal. Precedentes no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça e deste Regional. Prescrição não ocorrente na espécie.

IX. Autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas nos autos, assim como o dolo da ré, consistente na sua vontade livre e consciente de proferir palavras e praticar atos injuriosos com a finalidade de desprestigiar a atuação funcional da vítima, após a prática por esta de ato de ofício que lhe contrariou os interesses, tendo desacatado a funcionária pública equiparada tanto no exercício da função por ela exercida como em razão dela (art. 331 do CP).

X. Pedido procedente (art. 331 c/c art. 327, § 1º, do CP), com condenação da ré à pena privativa de liberdade de detenção de um (1) ano, substituída pela pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP).

(Ação Penal 0006419-17.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, maioria, e-DJF1 de 14/12/2016, p. 75)

*Processual Civil. Mandado de segurança. Impetração contra decisão monocrática de desembargador federal, relator em apelação cível. Questão obrigacional. Competência da Terceira Seção. Eventual impedimento ou suspeição. Inexistência. Pedido liminar analisado em sede de plantão judicial. Cabimento. Realização de procedimento médico-cirúrgico. Irreversibilidade. Perecimento de direito. Aplicação do art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/1992. Precedente da Corte. Writ parcialmente concedido.*

I. Mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática proferida por desembargador federal, relator em sede de apelação cível, na qual antecipou os efeitos da tutela e deferiu o pedido de intimação da parte-ré, para o fim de dar integral cumprimento ao comando da sentença *a quo*, consistente na realização de cirurgia de alto custo.

II. A competência da Terceira Seção para demandas que envolvam planos de saúde e demais contratos de natureza pública tem guarida regimental e também forte apoio jurisprudencial: “não se discutindo o vínculo funcional de servidor, mas sim mera relação obrigacional, a competência é da Terceira Seção” (TRF1. Numeração única: 0007606-73.2008.4.01.3900; CC 2008.39.00. 007631-3/PA; Corte Especial, rel. p/ acórdão Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 14/05/2015, p. 19).

III. Descabe falar em impedimento ou suspeição desse relator, em face de parentesco com o presidente da Corte, pois a titularidade sucessiva de acervos não dá azo a impedimento, na medida em que não há correção da atividade de um magistrado por outro nem conserto de vontades para um mesmo resultado.

IV. “A arguição de parcialidade do juiz deve fundar-se em razões objetivas e subjetivas que comprovem a adequação a uma das hipóteses descritas no artigo 135 do CPC, afigurando-se insuficiente a existência de alegações desprovidas de comprovação robusta, por representarem meras conjecturas e suposições” (TRF1. Numeração única: EXSUSP 0031315-08.2010.4.01.3500/GO; Quinta Turma, Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), e-DJF1 de 16/03/2012, p. 561).

V. A questão tratada nos presentes autos se insere nas hipóteses que autorizam sua apreciação em sede de plantão judicial, notadamente, porque a decisão *a quo* impugnada nesse *writ* importa em risco de perecimento de direito, haja vista a impossibilidade de reversão de procedimento médico-cirúrgico autorizado judicialmente.

VI. “É da competência do presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução de decisões que carreguem em si a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (CF. art. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e art. 15 da Lei 12.016, de 07/08/2009.)” (TRF1.

Numeração única: 0011006-24.2009.4.01.0000; AGRSES 2009.01.00.011813-9/DF; Corte Especial, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *e-DJF1* de 14/06/2011, p. 163.)

VII. Em casos como o presente, a jurisprudência patrícia já consolidou o entendimento segundo o qual a via estreita do *mandamus* pode ser utilizada contra ato judicial em se tratando de decisão teratológica que ofenda *per sí* o sistema jurídico e suas bases de racionalidade.

VIII. “A concessão de mandado de segurança contra ato judicial somente é admitida em hipóteses excepcionais, como decisões de natureza teratológica, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação” (STJ. ROMS 201304062765, rel. Ministra Laurita Vaz, *DJe* de 24/06/2014).

IX. Afigura-se teratológica a decisão liminar concedida pela autoridade coatora, na medida em que concedeu tutela antecipada em amplitude desmedida, e muito além dos limites objetivos delineados no pedido e na decisão judicial originária. A concessão impugnada no mandado de segurança veio lançada aos autos em razão de petição da parte-autora do processo originário que requereu para muito além do que havia pedido na petição inicial.

X. No caso vertente, da análise do caderno processual, verifica-se que a parte-autora transformou cirurgia reparadora — termo constante no capítulo do pedido que integra a inicial — em 5 (cinco) procedimentos cirúrgicos, de natureza estética, que não estavam abrangidos sequer no pedido e, menos ainda, no dispositivo da sentença.

XI. O objetivo do § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992 é afastar a possibilidade de ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, situação que ocorre no caso em tela.

XII. “A teor do que dispõe o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992, ‘a suspensão deferida pelo Presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal’” (TRF1. Numeração única: AGRSLT 0012208-65.2011.4.01.0000/PA; Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela. Corte Especial. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro, *e-DJF1* de 27/01/2014, p. 300).

XIII. Segurança concedida parcialmente para manter a suspensão determinada liminarmente, até o trânsito em julgado da decisão de mérito na Ação Ordinária 2008.34.00.024796-8/DF.

(MS 0000042-59.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Ney Bello, Corte Especial, unânime, *e-DJF1* de 14/12/2016, p. 88)

#### *Mandado de segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Restabelecimento de precatório. Impossibilidade.*

I. Estando o deslinde final da demanda submetido ao Superior Tribunal de Justiça, a transferência dos valores aqui pleiteados compete genuinamente àquela Corte Superior, devendo a ela ser endereçada qualquer irresignação. O pleiteado levantamento dos valores em análise acarretaria o esvaziamento do recurso cujo julgamento está pendente.

II. O princípio que preconiza a aplicação da lei vigente no momento da prática do ato (*tempus regit actum*) impõe a incidência das Emendas Constitucionais 30/2000, 37/2002 e 62/2009, bem como de toda a legislação infraconstitucional que advenha no curso da discussão judicializada. Dizer o contrário significaria submeter a Administração Pública a uma obrigação de fazer sem amparo legal nem constitucional.

III. O orçamento fiscal das entidades da Administração direta e indireta não prescinde de sua previsão no orçamento anual, o qual é estabelecido por lei de iniciativa do Poder Executivo (inciso I do § 5º do art. 165 da Constituição Federal).

IV. Segurança denegada.

(MS 0034286-53.2011.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Kassio Marques, Corte Especial, unânime, *e-DJF1* de 14/12/2016, p. 54)

## Primeira Seção

*Processual. Administrativo. Anistia política. Militar licenciado da FAB. Revolta dos Sargentos. Licenciamento por motivação política. Art. 8º do ADCT. Lei 10.559/2002. Promoções dentro do mesmo quadro de carreira. Reparação econômica em prestação única (art. 4º da Lei 10.559/2002).*

I. Tratando-se de embargos infringentes ajuizados antes da vigência da Lei 13.105/2015 (novo CPC), que extinguiu o referido recurso, deve-se observar a teoria do isolamento dos atos processuais (arts. 14 e 1.046 do novo CPC) enquanto desdobramento processual da garantia fundamental do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXV, CF/1988).

II. A *Revolta dos Sargentos* constituiu uma rebelião promovida por cabos, sargentos e suboficiais da Aeronáutica, motivada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, durante o Governo João Goulart, de não eleger praças, legalmente eleitos em cargos políticos, para os órgãos do Poder Legislativo, fatos esses ocorridos em 11 e 12 de setembro de 1963.

III. O art. 8º do ADCT, regulamentado pela Lei 10.559/2002, dispôs que “serão considerados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição da República, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares”. Interpretando tais normas, o STF e o STJ vêm entendendo que os anistiados políticos fazem jus às promoções por antiguidade e merecimento, como se na ativa estivessem, independentemente de aprovação em cursos ou avaliação de merecimento, desde que restritas ao respectivo quadro de carreira. Precedentes.

IV. No caso, o autor, ex-militar da Força Aérea Brasileira, foi licenciado do serviço ativo antes de completar o tempo de serviço militar obrigatório, em razão de ato de exceção, de natureza exclusivamente política, materializada no Aviso S-20/GM-1, de 07/10/1963, por haver participado da chamada *Revolta dos Sargentos* (fls. 60-61).

V. O Boletim da Guarnição Aeronáutica de Brasília 180, de 20 de setembro de 1960 reconheceu que a reivindicação oriunda da *Revolta dos Sargentos* foi um problema essencialmente político (fl. 80). Por isso, deve-se reconhecer ao embargado a condição jurídica de anistiado político.

VI. Nada obstante o reconhecimento da situação de anistiado político, o ex-militar não faz jus às promoções pretendidas, pois, ao tempo de sua dispensa do serviço, ostentava o *status* de praça, na condição de “soldado de 2ª classe no Quadro de Infantaria de Guarda, como voluntário para servir por 2 (dois) anos” (fl. 60). Tal constatação se coloca como impeditivo à pretendida ascensão na carreira, não se podendo, ainda que por uma ficção jurídica, afirmar que o ex-militar teria alcançado as promoções a que almeja, se estivesse em serviço ativo, pois significaria, em última análise, conceder promoções fora do quadro de carreira.

VII. Sendo inviável a adoção de prestação mensal, permanente e continuada, afigura-se adequado e razoável a indenização calculada em 30 salários-mínimos por ano de afastamento das atividades militares, consoante os expressos termos do art. 4º da Lei 10.559/2002 (Art. 4º - A reparação econômica em prestação única consistirá no pagamento de trinta salários-mínimos por ano de punição e será devida aos anistiados políticos que não puderem comprovar vínculos com a atividade laboral).

VIII. Embargos infringentes conhecidos e parcialmente providos, fixando-se os honorários em 10% do valor da condenação, a teor do art. 85, § 3º, inciso I, do CPC/2015.

(Numeração única: 0035303-80.2009.4.01.3400, Embargos Infringentes 2009.34.00.036189-0/DF, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, *e-DJF1* de 08/11/2016, p. 8)

*Previdenciário. Ação rescisória. Aposentadoria por morte. Deferimento a cônjuge e filha inválida. Posterior deferimento integral à cônjuge. Pretensão de reconhecimento da continuidade da invalidez.*



I. Trata-se de ação rescisória fundada em documento novo e erro de fato, visando à desconstituição da sentença que invalidou o deferimento compartilhado de pensão por morte à ex-companheira e à filha inválida, determinando ao INSS o pagamento integral do benefício à primeira.

II. A prova nova é aquela cuja existência o autor ignorava ou não pode fazer uso no processo original e capaz, por si só, de alterar o resultado do julgamento rescindendo, assegurando ao demandante decisão favorável (art. 475, inciso VIII, CPC/1973 e art. 966, inciso VII, CPC/2015). Por outro lado, existe o erro de fato quando, haja nexos causal entre a prova produzida no processo original e o resultado do seu julgamento, admitindo a existência de fato inexistente ou considerando inexistente um fato que efetivamente ocorreu (art. 475, inciso XII, CPC/1973 e art. 966, inciso VIII). Precedentes.

III. O pleito de juntada da cópia integral do processo administrativo de pensão por morte não se amolda ao conceito de *prova nova*, pois a autora já tinha pleno conhecimento de sua existência desde a época da ação originária (fls. 12-32, 50-110). Ademais, o pedido de produção de nova perícia médica não se amolda à ideia de *erro de fato*, especialmente quando a prova técnica produzida na ação original atestou a ausência de incapacidade (fls. 149-150), em harmonia com a conclusão do julgamento.

IV. Ação rescisória indeferida. Honorários na base arbitrados em R\$ 1.000, consoante o art. 85, § 8º, CPC, valor submetido à condição suspensiva de exigibilidade, nos 5 (cinco) anos subseqüentes ao trânsito em julgado, em virtude da assistência judiciária gratuita (art. 98, § 3º, CPC).

(Numeração única: 0039159-04.2008.4.01.0000, Ação Rescisória 2008.01.00.040100-5/MG. rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 08/11/2016, p. 6)

*Processual Civil. Administrativo. Ação ordinária. Servidores públicos. Aposentadoria. Não homologação do ato pelo TCU. Manutenção de verbas (URP/1989) que, implantadas há mais de uma década por força de coisa julgada trabalhista (que a ulterior jurisprudência revelou mal aquilatada pela Administração Pública), foram mantidas por antecipação de tutela deferida antes da sentença e na admissão da apelação. Devolução: impossibilidade: erro voluntário da Administração na interpretação das normas e da coisa julgada, alongamento do debate, boa-fé, aspecto de definitividade. Embargos infringentes: providos os do autor, não providos os da ré.*

I. O Sintfub/DF ajuizou, em nov./2005, ação ordinária pretendendo a reversão de decisões do TCU que, nos idos de 2004/2005, negando registro aos respectivos atos de concessão de aposentadoria dos seus filiados/servidores, concluiu pelo decote/expurgo de valores que haviam sido incorporados/agregados aos respectivos proventos, em mar./1991, por força de decisão judicial trabalhista transitada em julgado em out./1990, à título de URP-fev./1989 (26,05%), que a Administração da Unb deliberou por implementar há “14 anos” pela via da introdução de rubrica perene e à parte nas folhas de pagamento dos litigantes.

II. Acórdão TCU 916/2004, DJU 08/set./2005, extraído do PA 852.702/1997-3, deliberou — oficiando à Fundação (FUB) — pela supressão da rubrica, que, no entender da Corte de Contas, não deveria ter sido implementada de forma “destacada e permanente”, até porque encontraria óbice na superveniência do RJU (Lei 8.112/1990).

III. O magistrado de 1ª Instância antecipou a tutela em dez./2005. Em mar./2008, todavia, proferiu sentença de improcedência do pedido, revogando a antecipação dos efeitos da tutela. No ulterior despacho de admissão da apelação (maio/2008), o recurso foi recebido no duplo efeito, com expressa restauração retroativa da eficácia da antecipação de tutela, por atenção aos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, “a fim de preservar uma situação de fato já iniciada com a concessão da tutela antecipada”.

IV. Ascendendo o feito ao TRF1, a 2ª Turma do TRF1, rel. Des. Federal Neuza Alves, em acórdão majoritário (maio/2010), confirmou a sentença no mérito, dando parcial provimento ao apelo do sindicato-autor apenas para — em “voto-médio” — explicitar que a verba seria indevida desde a implementação da Lei 11.784, de set./2008 (que reestruturou a carreira dos filiados), devendo os possíveis excessos doravante auferidos, portanto, serem objeto de cobrança parcelada na forma do art. 46 da Lei 8.112/1990. Ambas as partes opuseram embargos infringentes.

V. O voto vencido proferido pela Des. Federal Mônica Sifuentes, cuja prevalência o autor (Sintfub/DF) pretende, professa a posição de a incorporação desde a 1ª decisão do TCU que negou o registro do ato (alude-se a maio/2004),

não sendo legítimo, contudo, ventilar qualquer obrigação de ressarcimento, pois as verbas seriam alimentares e teriam sido auferidas de boa-fé (notadamente porque os pagamentos no curso da lide advieram de antecipação de tutela).

VI. O voto vencido proferido pelo Des. Federal Francisco Betti, cuja preponderância a ré (União Federal) almeja, compreendeu que, desde o posicionamento do TCU acerca do descabimento da incorporação (em torno de 2005), denotando o fim da boa-fé, a incorporação seria indevida e que a só antecipação de tutela não afasta a obrigação de devolução ao Erário de tais parcelas a contar de aludida data, ainda que a verba fosse ou seja alimentar.

VII. O sistema recursal do CPC/2015 somente se aplica em face das decisões/acórdãos publicados sob sua égide, permanecendo as anteriores sujeitas às normas do CPC/1973. O novo CPC dispõe (§ 4º do art. 1.046) que as “remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.”

VIII. O âmbito de cognição dos embargos de divergência (art. 530 do CPC) se limita pela amplitude da dissonância de entendimento entre os membros do colegiado.

IX. No contexto, a polêmica — entre a posição vencedora e as orientações vencidas (2ª Turma do TRF1) — adstringe-se à obrigação ou não de os filiados/aposentados devolverem ao Erário os valores auferidos a título de incorporação da URP-fev./1989, e, sendo positiva a conclusão, a partir de quando, bem como, ainda, sobre a presença ou não da boa-fé na percepção da aludida rubrica, cujo caráter alimentar é incontroverso.

X. Ao que consta, a percepção da verba — desde mar./1991 — advinha de interpretação administrativa livre e voluntária acerca da extensão/eficácia da coisa julgada trabalhista (ainda que equivocada/errônea), aspecto que importa, em primeiro olhar, admitir a presença da boa-fé e do aparente aspecto de perenidade do direito sob o olhar dos filiados, que a tanto foram induzidos pelo comportamento e raciocínio da Administração da Unb.

XI. A só posição jurisprudencial acerca da limitação da coisa julgada trabalhista apenas até o início de vigência do *RJU* (Lei 8.112/1990), apesar de (hoje) notória e pacífica (e.g. STJ/REsp 313.981/DF e STF/ED-MS 24.381/DF), tampouco o óbice advenientemente levantado pelo TCU, não têm o condão de autorizar a pronta conclusão de má índole ou de precariedade por parte de quem, com esteio em coisa julgada (estável, por sua própria natureza), reforçada por dupla antecipação de tutela (temporária/precária) deferida no curso da ação ordinária (antes da sentença, em 2005, e quando da admissibilidade da apelação, em 2008), permaneceu usufruindo da incorporação.

XII. Em tal — alongada e excepcional — trama de atitudes e de percepções da parte dos filiados, da Administração e dos julgadores que atuaram nesta demanda, vê-se que ora alguma avultou a evidência de que o fruir da verba contivesse evidente e inexorável viés da temporariedade, até porque tal fato ocorria há mais de 14 anos e, mal ou bem aquilatada sua extensão, havia, até então, coisa julgada trabalhista e posição expressa da Administração da UnB em favor dos filiados.

XIII. A jurisprudência, acerca da restituição de verbas alimentares auferidas por força de ação judicial, tem entendido, em suma, pela impossibilidade de se impor ao servidor público a “devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé [...], quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei, que criou “ uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos” (1ª Seção do STJ, REsp 1.244.182/PB, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 10/10/2012, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973):

XIV. Embora não se desconheça o pensamento pretoriano de que as verbas auferidas por servidor público por força de antecipação de tutela posteriormente cassada possam, em tese, ensejar a obrigatoriedade de oportuna devolução ao Erário, em face da possível precariedade da decisão, que derruiria, inclusive, a boa-fé do beneficiário, à míngua de qualquer “falsa expectativa de definitividade quanto ao direito pleiteado” (STJ, EREsp 1.335.962/RS), se, lado outro, havendo, como no caso, panorama fático-processual que, para além da mera antecipação de tutela, conduz à razoável e proporcional convicção de que a parcela era devida, pode-se — *mutatis mutandis* — invocar a mesma conclusão (*ratio essendi*) destilada pelo STJ nos precedentes que tratam da “dupla conformidade” geradora de razoável confiança na estabilização (Corte Especial do STJ, EREsp 1.086.154/RS).

XV. Reforço de argumento (Súmula AGU 34): “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”.

XVI. Alinhavando tais fundamentos, tem-se que é o voto vencido da Desembargadora Federal Mônica Sifuentes aquele que melhor se adéqua à realidade fático-jurídica da demanda: não são passíveis de devolução os valores recebidos pelos servidores aposentados no curso desta lide, a título de URP/1989, porque auferidos de boa-fé, por força de coisa julgada trabalhista que ainda não fora derruída judicialmente, advenientes, ademais, de errônea interpretação voluntária das normas e da coisa julgada pelo gestor público, que implementara a rubrica há mais de uma década, aspectos que se reforçam pela dupla concessão de antecipação de tutela, antes da sentença e quando da admissão da apelação.

Embargos infringentes: providos os do autor, não providos os da ré.

(Numeração única: 0032943-17.2005.4.01.3400, Embargos Infringentes 2005.34.00.033292-1/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, maioria, *e-DJF1* de 12/12/2016, p. 11)

*Previdenciário. Constitucional e Processual Civil. Ação rescisória. Desaposentação. Ilegalidade. Repercussão geral: RE 661256. Improcedência do pedido. Irrepetibilidade das parcelas recebidas por liminar. Ação rescisória procedente.*

I. O INSS pretende a anulação de decisão que declarou direito à desaposentação e nova aposentadoria mais vantajosa a segurado que retornou ao trabalho após aposentadoria. Alega que o *decisum* rescindendo incorreu em violação frontal ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991.

II. O Supremo Tribunal Federal, em julgado submetido à repercussão geral, considerou ser inviável o recálculo do valor da aposentadoria, por desaposentação, com o cômputo das contribuições vertidas após sua concessão, fixando a tese no sentido de que no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. (REs 661.256, 827.833 e 381.367, sessão do dia 26/10/2016.)

III. No que se refere às parcelas do benefício previdenciário, afinal indevido, mas recebidas por força de decisão judicial, não se aplica o REsp 1.401.560/MT (adotado no regime do art. 543-C do CPC de 1973, rel. para acórdão Ministro Ari Pargendler, julgado em 12/02/2014), em face da superveniência do julgamento do ARE 734242 agR (rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª T, *DJe*-175, pub. 08/09/2015), que afastou a reposição dos valores do benefício previdenciário recebidos em decorrência de decisão judicial.

IV. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, depois do julgamento do STJ, adotou orientação diversa no que se refere aos benefícios previdenciários, estabelecendo que “1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes. 2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 8.213/1991. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 734242 agR, rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª T, *DJe*-175, pub. 08/09/2015.)

V. É improcedente o pedido de desaposentação; irrepetibilidade das parcelas recebidas por decisão judicial.

VI. Rescinde-se o acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte na AC 0058620-37.2010.4.01.3800/MG (juízo *rescindens*), por violação literal ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991.

VII. Em novo julgamento, acolhe-se a apelação do INSS e a remessa oficial para julgar improcedente o pedido formulado na AC 0058620-37.2010.4.01.3800/MG, sem reposição de valores recebidos pelo segurado.

VIII. Custas e honorários de sucumbência pelo réu/segurado, fixados estes últimos em 10% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no § 2º do art. 85 do CPC. Suspensa a exigibilidade em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita.

IX. Ação rescisória procedente.

(Ação Rescisória 0073469-26.2014.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, *e-DJF1* de 19/12/2016, p. 25)

*Constitucional. Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória (em ação ordinária). Ato administrativo do Serpro determinando imediato desligamento de empregados aposentados voluntariamente. Reintegração. STF. Pedido rescisório improcedente.*

I. Ex-servidores/empregados ajuizaram (jun./2001) ação ordinária na Justiça Federal, contra o Serpro e a União, pretendendo reintegração aos quadros de tal empresa pública, da qual então haviam sido demitidos compulsoriamente ao só fato de suas condições de ex-empregados que, aposentados voluntariamente (RGPS/INSS), haviam sido recontratados.

II. O réu/Serpro evocara atos administrativos que os autores reputavam nulos: Memorando 85/SE/MF-1996, do Comif – Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais; Parecer PGFN 0484/1996; e Resolução Serpro 03/96, os quais se fincavam, em suma, nos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT (ambos posteriormente julgados inconstitucionais pelo STF, nas ADIs 1.770-4/DF e 1.721-3).

III. Os autores pugnaram pelo afastamento dos atos e a conseqüente percepção dos valores respectivos não auferidos em face da demissão/desligamento operada.

IV. Em primeiro instante (set./2003), o Juízo da 22ª Vara/DF excluiu a União do polo passivo e extinguiu o feito por incompetência absoluta, vislumbrando presente matéria de cunho trabalhista, determinando a remessa do feito à Justiça Laboral. Adiante, dando parcial provimento ao agravo de instrumento ao tempo interposto, o TRF1 (2ª Turma), todavia (ago./2007), retornou os autos à origem, compreendendo que a matéria seria, sim, de competência da Justiça Federal, embora a União, de fato, parte passiva legítima não fosse. O voto condutor compreendeu que “a extinção do contrato de trabalho determinada [...] inclui-se na esfera de ato administrativo, embora de gestão, por impor aos autores uma opção entre se manter aposentado ou sair do emprego, não envolvendo matéria de cunho trabalhista”. [...] É da Justiça Federal a competência para analisar causa em que se discute a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria de servidor de empresa pública federal, em decorrência de demissão levada a efeito em razão de considerar-se ilegal tal cumulatividade.”

V. Aportando a demanda na 1ª instância, julgou-se procedente, em parte, o pedido (jul./2008), anulando o ato e determinando a reintegração funcional dos autores e o pagamento dos vencimentos/salários correspondentes ao período havidos desde o indevido desligamento, agregados consectários. Ascendendo os autos ao TRF1, a 2ª Turma deu parcial provimento ao apelo do Serpro (apenas para lhe assegurar a possibilidade de ulteriores demissões sem justa causa após a reintegração); no mérito, contudo, confirmou a sentença, neste sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESA PÚBLICA. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. [...].

[...]

2. A questão da competência para o processamento da ação, bem assim, a questão tocante à natureza do ato impugnado já foram analisadas por este c.Tribunal quando do julgamento da apelação inicialmente interposta, em cujo voto da relatora foi consignado que a extinção do contrato de trabalho determinada em razão de recomendação do COMIF, inclui-se na esfera de ato administrativo, embora de gestão, por impor aos autores uma opção entre manter-se aposentado ou sair do emprego, não envolvendo matéria de cunho trabalhista.

3. Firmada, pois, a natureza administrativa do ato impugnado que serviu de suporte para o desligamento dos Apelados, é de se considerar aplicável à causa em que se pleiteia o desfazimento dele, o prazo prescricional quinquenal que rege as ações ajuizadas em face da Fazenda Pública, por força do Decreto 20.910/32.

4. A Lei nº 9.528/97, em seu art. 11, modificou o art. 453 da CLT, para determinar a extinção do vínculo empregatício em razão da aposentadoria por tempo de serviço, cuja permanência no emprego dependia do pedido de suspensão da aposentadoria que deveria ser solicitado.

5. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 1.170-4 e da ADIN 1.721-3, suspendeu a vigência e aplicabilidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, introduzidos pela Lei nº 9.528/97, não podendo a manutenção do benefício de aposentadoria previdenciária ser condicionada à extinção do contrato de trabalho dos segurados da Previdência Social.

6. Dessa forma, fazem jus os Apelados à reintegração pretendida. [...].”

VI. Iniciada a fase de cumprimento de sentença, o Serpro, então, em set./2013, ajuizou esta ação rescisória, na qual, ventilando suposta literal violação (art. 485, II e V, do CPC/1973) aos arts. 109, 114, I e 173, § 1º, II, todos da CF/1988, art. 477 da CLT, e nulidade por incompetência absoluta, pede a rescisão do julgado para que o feito (ação ordinária) seja extinto ou, quando menos, remetido à Justiça Trabalhista, que sustenta ser a única competente para o exame da querela.

VII. O autor da rescisória insiste em que o ato é tipicamente contratual/trabalhista, não administrativo e que, ainda que o fosse, não poderia ser anulado sem a presença da União no polo passivo. Nada alega em detrimento do mérito em si do acórdão rescindendo (possibilidade de rescisão/desligamento de empregados pelo fato isolado da aposentadoria voluntária em si). Argumenta, ainda, ser direito potestativo seu a demissão de empregados, sem possibilidade de debate judicial, até pelo comando constitucional de igualdade entre empresas públicas e privadas.

VIII. Há questões preliminares destiladas no processo (contestações e outras peças) a serem assim resolvidas:

a) A questão da competência interna para o exame desta rescisória findou resolvida no CC 0055501-17.2013.4.01.0000/DF, competindo, portanto, à 1ª Seção processar e julgar ditos feitos quanto aos julgados proferidos pelas Turmas que a compõem, ainda que o tema de mérito aparente ostentar cunho administrativo, que, no usual, resultaria na remessa da demanda para Seção outra (não o bastante, o STJ — AR 3.695/GO — afirma que a competência interna entre as Seções é relativa/prorrogável);

b) O prazo decadencial bienal para o ajuizamento da ação rescisória se inicial (termo *a quo*) com a última decisão proferida na demanda, conforme a Súmula 401 do STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”, tal se caracterizando, no concreto, a decisão que, no curso da lide ordinária, fixou — no leito de simples agravo de instrumento — a competência;

c) A rejeição da impugnação ao valor da causa derrui a correlata alegação, neste feito principal, de insuficiência do depósito prévio (5%);

d) A isolada circunstância de o autor da ação rescisória, ajuizada ao mero esteio de suposta incompetência absoluta da Justiça Federal, não ter consignado resistência ao mérito do julgado rescindendo em si, não denota falta de interesse de agir, pois o intuito da demanda fincada no art. 485, II, do CPC/1973 é exatamente sanear tal vício processual, que, quando havido, anula a deliberação final de mérito;

e) Não se constitui relevante que a União não mais conste no polo passivo da demanda, pois, além de o Serpro ostentar personalidade jurídica própria, proferiu ato administrativo federal independente congênera/correlato ao oriundo da União (Resolução Serpro 3/1996); e

f) Ser a ação rescisória protelatória ou procrastinatória ou ser o ato administrativo de desligamento dos empregados abusivo ou arbitrário são pontos de debate que se alinhavam ao mérito desta lide.

IX. A ação rescisória é via excepcional que, para além de meras pretensões recursais fincadas em descontentamento ou intenção de novas visões dos fatos ou revolver probatório, tenha por objeto julgados que, se e quando, ostentem elevado nível de inadequação frente ao ordenamento jurídico, na forma casuística do art. 485, I a IX, do CPC/1973 (art. 966, I a VIII, do CPC/2015).

X. O STJ (4ª Turma do STJ, AgRg no AREsp 472.433/SP) consigna que: “A ofensa a literal dispositivo de lei [...] deve ser direta, de forma que seja possível extrair a violação do próprio conteúdo do julgado [...], sem a necessidade de reexame de provas”. Objetiva-se evitar o manejo da demanda à mera intenção de reabrir a lide, como se a via excepcional recurso fosse.

XI. No concreto, a petição da rescisória reputa violados (art. 485, V, do CPC/1973) preceitos (redação vigente em jun./2001, tempo do ajuizamento da ordinária) que induziriam, no dizer do autor, nulidade do julgado rescindendo por incompetência absoluta (inciso II do art. 485 do CPC/1973).

XII. Até onde consta, o julgado rescindendo, em tema bastante controverso, haja vista o regime semi-híbrido que rege a relação entre as empresas públicas e seus colaboradores, professou solução razoável e de bom-senso, sem incorrer em teratologia. Fundou-se em ampla fundamentação para, ao final, sustentar a competência da Justiça Federal na espécie, sem que haja, ao menos até aqui, posição do STF explícita em sentido contrário, a tanto não

se prestando a só pendência do RG-RE 655.283/DF, que, ademais, não legitima o sobrestamento em si da ação rescisória.

XIII. Inexiste a figura da ação rescisória prognóstica, preventiva ou premonitória. A teórica ou aleatória possibilidade de manifestação ulterior contrária do STF no ponto não configura — sequer em tese — justa causa para a pretendida rescisão, até porque, até aqui, a posição do acórdão rescindendo, que reflete precedentes outros do TRF1, coincide exatamente com a do julgado paradigma que motivou a instauração do incidente atinente ao dito recurso repetitivo, em que recorrentes a União e a ECT e recorrida a Federação das Associações de Aposentados dos Correios.

XIV. Vale dizer: a última posição jurisprudencial em voga se harmoniza com a do acórdão rescindendo, na linha de que compete à Justiça Federal processar e julgar as ações de reintegração ou readmissão dos funcionários/empregados de empresas públicas federais que tenham sido — por atos administrativos, desligados de suas atividades laborais ao isolado e inconstitucional fundamento de que se teriam ou seriam aposentados do INSS/RGPS. Fosse ela aberrante, o próprio STF o teria suspenso *ad cautelam*.

XV. Cite-se — *e.g.* — este precedente específico do TRF1 (com RE sobrestado na Presi/TRF1): 3ª Turma Suplementar do TRF1, AC 0017922-40.2001.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, DJ 09/03/2012.

XVI. Quanto ao mais, o princípio constitucional de isonomia nas atividades econômicas entre empresas públicas e privadas — vedando privilégios ao setor público — não exerce qualquer influência no concreto, até porque, sendo uma a jurisdição, uno o ordenamento, o *status* do órgão julgador (se Justiça Federal, se Justiça Trabalhista), só por si, não ostenta o condão de, por só tal fato, ensejar oscilação da balança da igualdade na livre concorrência econômica de mercado, notadamente ante o primado do *Damih factum, dabo tibi jus* (dai-me o fato que de dou o direito)" (STF no AgRg-AI 838.141/GO).

XVII. Ao pretendo direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho ou os vínculos administrativos-funcionais se sobrepõe o princípio do amplo acesso ao Judiciário.

XVIII. Por derradeiro, calha asseverar que é o próprio autor quem afirma, na Resolução Serpro 3/1996, o caráter de ato administrativo (e vinculado) de que se reveste o desligamento dos empregados enquadrados na situação paradigma.

XIX. Em juízo final intelectual, à título de mero reforço de argumento (*obliter dictum*), há que se aludir, ainda, a aspecto incontornável do ponto de vista da concretude do processo em si.

XX. É que, ainda que nesta rescisória se pretenda a nulidade do julgado por suposta incompetência absoluta da Justiça Federal, não mais há — quanto ao tema de mérito da demanda ordinária — nenhum espaço de cognição possível que contraria a posição do STF havida em controle concentrado, seja na esfera administrativa, seja no âmbito da Justiça Trabalhista, uma vez que as decisões do STF nas ADIs 1.721/DF e 1.770/DF, reputando inconstitucional o item de lei estipulando a compulsória rescisão/desligamento dos vínculos trabalhistas/funcionais por aposentadoria voluntária, irradiam efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, induzindo, assim, plena e compulsória submissão pelos Poderes Judiciário e Executivo.

XXI. Portanto, a rescisão de um julgado havido na Justiça Federal, que acolheu posição do STF extraída em sede de controle abstrato e concentrado, nenhuma utilidade ou efeito prático aparenta possuir, pois o rejuízo futuro da respectiva demanda na Justiça Trabalhista a tal compreensão (efeito vinculante e eficácia *erga omnes*) deverá se curvar, nota de particularidade que permite conceber que esta ação rescisória palmilha o terreno da procrastinação, atentando contra a celeridade e a eficácia do processo judicial.

XXII. O Pleno do STF (AgRg-Rcl 13.019/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJe 12/03/2014) afirmou, no campo da reclamação, que: "O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*)", que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização

concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.”

XXIII. Pedido rescisório improcedente.

(Ação Rescisória 0055501-17.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, maioria, e-DJF1 de 19/12/2016, p. 156)

## Segunda Seção

*Penal e Processual Penal. Lei 8.666/1993. Dispensa indevida de licitação. Fraude ao caráter competitivo da licitação. Modificação ilegal de contrato administrativo. Procurador municipal. Parecer jurídico no processo de licitação. Responsabilidade penal. Apropriação de rendas públicas. Decreto-Lei 201/1967. Corrupção passiva.*

I. Pelo texto da denúncia, o primeiro acusado, prefeito municipal, se associou aos demais denunciados — secretária de Educação, presidente da Comissão Permanente de Licitação, procurador do município e empresários prestadores de serviços à municipalidade —, sob a sua liderança, nos exercícios de 2009/2010, para desviar recursos do Fundeb – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, repassados ao município.

II. Os (supostos) crimes teriam ocorrido mediante dispensa indevida e fraude em licitação para a contratação de transporte escolar; aquisição indevida de combustíveis com recursos do Fundeb; pagamentos indevidos de reformas de 36 prédios escolares; depósitos de recursos do Fundeb em contas particulares dos gestores do município; aluguel indevido de imóvel com desvio de recursos do Fundeb; e fracionamento indevido de despesas.

III. Nesse cenário fático, e se louvando no material documental que faz anexar, imputa-lhes o MPF, separada ou conjuntamente, em derredor dos diversos núcleos fáticos da denúncia, a autoria dos crimes previstos nos arts. 288 e 317 do Código Penal; no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967; nos arts. 89, 90 e 92, c/c o art. 88 da Lei 8.666/1993; e no art. 1º, V e VII, § 1º, II, da Lei 9.613/1998.

IV. A denúncia afirma que o primeiro e o oitavo acusados se beneficiaram diretamente de recursos do Fundeb quando receberam, em suas contas bancárias pessoais, valores depositados pela empresa prestadora de serviços de transporte escolar, contratada sem licitação, o que caracteriza (virtualmente) o tipo do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.”).

V. A mesma narrativa fática dá ensejo à imputação de corrupção passiva (art. 317 – Código Penal) em relação aos dois agentes. A despeito de cuidar-se de classificação provisória, a ser confirmada (ou não) no julgamento do mérito, não deve ser recebida a denúncia quanto à corrupção passiva, claramente indevida, sob pena de *bis in idem*. A descrição fática já está corretamente capitulada nos arts. 90 e 92 da Lei 8.666/1993 e no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967,

VI. A inclusão do procurador do município na denúncia ocorre tão somente por ter, no exercício de suas funções, firmado pareceres jurídicos sobre a dispensa de licitação (Dispensa 45/2009); sobre o Pregão Presencial 3/2009 (contratação de transporte escolar); e sobre o Convite 14/2009 (reforma de prédios). O MPF não lhe imputa, no desdobramento dos fatos (plano de eficácia das contratações), nenhum ato concreto de desonestidade, enriquecimento ilícito ou apropriação de valores do Fundeb, como o faz em relação aos demais acusados.

VII. Em face da alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo, em cuja eficácia tenha ocorrido dano ao Erário, a responsabilização do assessor jurídico, pelo conteúdo da sua manifestação, nas minutas de editais de licitação, bem nas dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, somente deve ocorrer nos casos de comprovada má-fé, culpa ou erro grosseiro, devidamente demonstrados (STF – MS 24.631-3/DF, DJ 1º/02/2008).

VIII. “O parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos autos de administração ativa” [...]; (MS 24.073, rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 06/11/2002).

IX. É atípica a conduta do advogado ou procurador público denunciado “apenas pela simples emissão e suposta aprovação de parecer jurídico, sem demonstração da presença de nexo de causalidade entre a conduta a eles imputada e a realidade do fato típico.” (STJ – 5ª Turma, no RHC 39.644/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2013.)

X. Improcedência da acusação em relação a Eustórgio Pinto Resedá Neto (Lei 8.038/1990 – art. 6º, e art. 386, III – CPP). Rejeição da denúncia em relação a Gilmário Souza de Oliveira e Josenildo de Carvalho Sena, quanto ao crime de corrupção passiva (art. 317 – CP). Recebimento da denúncia em relação a todos os acusados, quanto às demais imputações (art. 41 – CPP), exceção feita ao procurador do município.

(Procedimento Investigatório do MP (peças de informações) 0043059-53.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 17/11/2016, p. 44)

*Procedimento investigatório do Ministério Público. Prescrição. Não ocorrência. Inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/1993. Dano ao Erário não configurado. Denúncia rejeitada.*

I. No âmbito do Direito Penal a prescrição é regulada pela pena máxima cominada no preceito secundário do tipo penal e não pelos prazos adstritos nas normas de Direito Civil ou Administrativo. Considerando que a pena máxima do crime do art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/1993 é de cinco anos, o prazo prescricional é de doze anos (art. 109, III, CP), de modo que inexistente prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito alegadamente praticado entre os meses de abril de 2007 a abril de 2009.

II. Não obstante precedentes deste Tribunal tenham conferido tratamento diverso em relação às condutas do art. 89 da Lei 8.666/1993, é imperioso observar o princípio da segurança jurídica traduzido, na espécie, pela previsibilidade e estabilidade da jurisprudência que orienta a atuação estatal, a fim de acompanhar o entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional no sentido de que a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais exige a presença do dolo específico de causar dano ao Erário, como também do efetivo prejuízo à Administração Pública.

III. Carece de justa causa para o exercício da ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP, a denúncia fundada no art. 89 e parágrafo único da Lei 8.666/1993, na hipótese em que acórdão do Tribunal de Contas da União, proferido nos autos da TC 021.175/2010-1, conclui que os serviços contratados foram prestados sem que haja indícios de dano ao Erário ou má-fé dos gestores públicos.

IV. A mera celebração de contrato com a Administração Pública — na hipótese de inexigibilidade de licitação — não torna o contratante incurso na norma penal do parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/1993 se não estiverem presentes elementos indicativos de que concorreu efetivamente para a consumação da ilegalidade e beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação para celebrar contrato com o Poder Público.

V. Denúncia rejeitada.

(Procedimento Investigatório do MP (peças de informações) 0001207-44.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, maioria, e-DJF1 de 07/12/2016, p. 1.015)

## Primeira Turma

*Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública. Licença à gestante. Falecimento da filha dois dias após o parto. Direito à licença pelo período integral. Art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. Art. 207, § 2º, da Lei 8.112/1990.*



I. O falecimento da criança em dois dias após o nascimento *com vida* não retira o direito da servidora de gozar a licença à gestante prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal e art. 207 da Lei 8.112/1990, pois o fato gerador do direito — a gestação seguida do parto — ocorreu efetivamente. Precedentes TRF4 e TRF5.

II. Remessa oficial não provida.

(Numeração única: 0006954-92.2008.4.01.3500, Reexame Necessário 2008.35.00.006971-7/GO, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, *e-DJF1* de 16/11/2016, p. 829)

*Processual Civil. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço. Reconhecimento de tempo exercido como aluno-aprendiz. Contraprestação estatal indireta.*

I. Sentença sujeita à revisão de ofício, eis que proferida contra o INSS (art. 475, I, do CPC) e de valor incerto a condenação (*a contrario sensu* do § 2º do mesmo artigo).

II. 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.

III. O tempo de aprendizado em escolas profissionais públicas na condição de aluno-aprendiz é passível de ser contado como tempo de serviço para fins previdenciários, nos termos do Decreto-Lei 4.073/1942, combinado com o art. 58, inciso XXI, do Decreto 611/1992, desde que haja comprovação da prestação de trabalho e da retribuição pecuniária à conta do orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de contraprestação indireta, na forma de *alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros*.

IV. No caso concreto, os documentos juntados aos autos comprovam a frequência escolar do autor na condição de aluno-aprendiz, bem como o recebimento de retribuição pecuniária indireta, à conta do orçamento da União, no período de 1980 a 1982, devendo, portanto, ser averbado tal período pelo INSS, no CNIS do autor, para fins previdenciários.

V. Honorários advocatícios, conforme declinados na sentença.

VI. O período reconhecido deve ser imediatamente averbado, em razão do pedido de liminar, presentes que se encontram os seus pressupostos, com fixação de multa, declinada no voto, de modo a não delongar as respectivas providências administrativas de averbação do período para fins previdenciários.

VII. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(Apelação Cível 0051567-31.2015.4.01.9199/AC, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, *e-DJF1* de 30/11/2016, p. 1.138)

## Segunda Turma

*Administrativo. Constitucional. Processual Civil. Servidor público. Universidade Federal de Minas Gerais. Legitimidade passiva. Aposentadoria. Registro não aceito pelo TCU. Decadência. Poder de autotutela. Não ocorrência. Hora extra prestada sob o regime da CLT. Direito incorporado por decisão transitada em julgado. Supressão a partir da transposição para o regime estatutário. Extinção da relação contratual celetista. Legalidade. Inexistência de ofensa a direito adquirido ou a coisa julgada.*

I. É parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda — na qual servidora inativa insurge-se contra ato revisional de sua aposentadoria pela Universidade Federal de Minas Gerais — apenas a instituição de ensino, eis que dotada de autonomia administrativa e financeira.

II. A Corte Especial do STJ, nos autos do MS 17406/DF, ao interpretar o momento em que se daria a aposentadoria e considerando que esta somente se aperfeiçoa com a manifestação do órgão concedente em conjunto com a

aprovação do Tribunal de Contas da União, estabeleceu que o cômputo prescricional do ato complexo de aposentadoria somente pode ter início a partir da homologação da Corte de Contas, de modo que, sendo negado o registro da aposentadoria da autora naquele órgão, não teve início o transcurso do prazo decadencial para que a Administração Pública reveja o ato concessório de seu benefício, no exercício do poder de autotutela.

III. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não importa em violação à coisa julgada, ao direito adquirido ou à irredutibilidade de vencimentos a supressão de vantagens concedidas ao tempo da submissão ao regime celetista, ainda que por meio de decisão judicial transitada em julgado, isso porque o ingresso pelo servidor no regime estatutário implica em extinção do contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas e das vantagens inerentes a este último regime.

IV. Esta Corte Regional firmou, em recentes julgados, o entendimento jurisprudencial no sentido de que é admissível a supressão de horas extras, correspondentes a tempo de serviço prestado sob o regime celetista, que foram incorporadas à remuneração por força de sentença judicial transitada em julgado, em período anterior à submissão do interessado à Lei 8.112/1990, uma vez que aquela relação contratual de trabalho, regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas, foi extinta com o seu ingresso no Regime Jurídico Único, não havendo possibilidade do recebimento concomitante apenas das vantagens conferidas pelos mencionados sistemas.

V. Hipótese em que não ofende direito adquirido a decisão da UFMG de rever o ato concessório de aposentadoria da autora, deixando-lhe de pagar a incorporação de horas extras, oriundas do tempo de serviço por ela prestado sob o regime celetista, com fulcro no quanto determinado no Acórdão 1.786/2004, do Tribunal de Contas da União, que negou registro àquele ato.

VI. Apelação desprovida.

(Numeração única: 0049065-06.2004.4.01.3800, Apelação Cível 2004.38.00.049724-1/MG, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 14/11/2016, p. 366)

*Processual civil e Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Anulação da portaria que determinou a demissão. Prejudicial de prescrição rejeitada. Contraditório e ampla defesa. Ausência de prova da materialidade da conduta típica. Excesso na punição. Pedido de reintegração acolhido. Danos morais incabíveis. Juros e correção monetária. Custas. Lei 9.289/1996. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. Recurso adesivo prejudicado.*

I. Cuida-se de pedido de anulação da portaria, por via da qual se tornou pública a demissão da autora, fundada em violação dos incisos IV e XIII do art. 132 e XVI do art. 117, ambos da Lei 8.112/1990.

II. Prevalece na jurisprudência o entendimento de que, havendo simultaneidade de processos administrativo e penal, o prazo prescricional, no âmbito cível, para fins de reintegração de servidor público, só tem início quando do trânsito em julgado da sentença penal, no caso, ocorrido em outubro de 2007, consoante se extrai do sistema de andamentos processuais desta Corte, sendo que a exordial do presente feito foi protocolada em 09/01/2006. Prejudicial de mérito rejeitada.

III. O Judiciário não pode se imiscuir no âmbito subjetivo, discricionário, do ato administrativo, contudo, deve analisar o seu caráter objetivo, aferindo a sua legitimidade e legalidade. É possível verificar o pressuposto de fato que autoriza a sua prática. A validade do ato depende da verificação de existência do motivo enunciado. Se o motivo invocado pela Administração for inexistente, o ato praticado será inválido.

IV. O afastamento da autora dos quadros do serviço público ocorreu em razão de constar depósito em conta bancária de sua titularidade. É possível verificar dos depoimentos colhidos nas ações penais que a demandante não tinha conhecimento da origem ilícita da verba, principalmente pelo fato de que seu esposo, um dos servidores responsáveis pelas práticas ilícitas, era o gestor da referida conta.

V. O fato de a autora coabitar com seu esposo, uma das pessoas responsáveis pela prática ilícita, não é suficiente para incriminá-la, à míngua de qualquer prova de que tenha concorrido ou praticado qualquer conduta ilícita.

VI. É fato incontroverso nos autos que a autora não fez qualquer incursão no Sistema Siape, nem podia fazê-lo, mormente pelo fato de não possuir senha de acesso ao aludido sistema e por exercer suas atividades em setor diverso daquele que elabora a folha de pagamento.

VII. Se por um lado não se exige certeza absoluta para que seja aplicada sanção disciplinar apurada em processo administrativo, por outro também não é possível a aplicação da pena máxima de demissão diante de um quadro de incerteza ou baseada em meros indícios.

VIII. Não comprovada a materialidade, ante a inequívoca fragilidade da prova utilizada para demitir a autora, impõe-se a anulação do ato demissional. A reintegração importa restabelecimento de todas as vantagens pretéritas, com efeitos financeiros e contagem do tempo de serviço no período em que ficou indevidamente afastado do serviço público para todos os efeitos legais.

IX. Em razão de a Administração estar jungida ao princípio da legalidade, a autoridade administrativa deverá promover a apuração de qualquer irregularidade que tiver ciência, conforme reza o art. 143 da Lei 8.112/1990. Apesar de a reprimenda aplicada pela Administração Pública ser considerada inadequada, não é apta a ensejar a indenização por danos morais.

X. Considerando que a parte-autora decaiu de parte mínima do pedido (danos morais), deve ser mantida a verba honorária no valor arbitrado na sentença recorrida, considerando que não houve a necessidade de maiores contornos probatórios, mostrando-se justa e razoável a fixação da verba no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

XI. Atrasados: correção monetária e os juros moratórios conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

XII. Custas: isenção. (Lei 9.289/1996, art. 4º, I.)

XIII. Apelações improvidas. Remessa oficial parcialmente providas, nos termos dos itens 11 e 12.

(Numeração única: 0000207-43.2006.4.01.4100, Apelação/Reexame Necessário 2006.41.00.000207-7/RO, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 14/11/2016, p. 121)

*Constitucional. Administrativo. Servidor público. Militar reformado sob a égide da Constituição Federal de 1967. Reingresso no serviço público civil antes da CF/1988. Aposentadoria proporcional. Cumulação de proventos civis e militares. Implementação dos requisitos em período posterior à vigência da Emenda Constitucional 20/1998. Incidência da ressalva do seu art. 11. Admissibilidade. Alteração do posicionamento do Pleno do STF.*

I. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é admissível a acumulação dos proventos de militar reformado, que reingressa no serviço público em cargo civil, com a aposentadoria neste último cargo desde que a inatividade ocorra antes da edição da Emenda Constitucional 20/1998, que, em seu art. 11, expressamente ressalvou a inaplicabilidade do art. 37, § 10, da Carta Magna aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares, que tenham ingressado novamente no serviço público. Precedentes no mesmo sentido desta Corte Regional.

II. Em julgado mais recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a acumulação de proventos civis e militares é legítima nas hipóteses em que o servidor, reformado sob a égide da Constituição Federal de 1967, reingresse no serviço público civil antes da Emenda Constitucional 20/1998, ainda que o cumprimento dos requisitos para a inatividade neste último cargo se efetive na vigência de referida emenda, pois, mesmo nesta situação, incide a ressalva de seu art. 11.

III. Hipótese em que o autor era militar da reserva remunerada junto ao Ministério da Defesa, quando foi contratado, em 1º/07/1983, pelo então Serviço Nacional de Informações, passando, com o advento da CF/1988, a ser servidor estável e, posteriormente, exercendo o cargo de analista de informações da Agência Brasileira de Inteligência, de modo que faz jus à acumulação dos proventos militares e civis, independentemente de completar os requisitos necessários para a inatividade, naquele cargo adrede referido, após a vigência da Emenda Constitucional 20/1998.

IV. Considerando que a negativa da concessão de aposentadoria teve como fulcro a incidência na acumulação ilegal de proventos decorrentes de cargos inacumuláveis, sendo concedida a possibilidade de opção — o que leva à conclusão que os demais requisitos foram devidamente preenchidos, aí incluído o relativo à idade —, e que, consoante o entendimento jurisprudencial hodierno do Supremo Tribunal Federal, não existe óbice à mencionada acumulação na hipótese em que se enquadra o autor, deve ser concedida a ele aposentadoria proporcional no cargo civil exercido, possibilitando-lhe o recebimento concomitante com os proventos militares que já recebe, independentemente de opção por qualquer um deles.

V. Em relação aos consectários legais, as diferenças remuneratórias devem ser pagas com acréscimo de juros moratórios e correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal — aí incluída a observância do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, a partir da vigência da Medida Provisória 2.180-35/2001, e, posteriormente, da redação dada pela Lei 11.960/2009 desde sua entrada em vigor.

VI. Honorários advocatícios fixados no mínimo legal, em percentual a ser determinado quando da liquidação da sentença, por força do quanto disposto nos §§ 3º e 4º, II, do art. 85 do NCPC.

VII. Apelação provida. Pedido julgado procedente.

(Numeração única: 0035654-29.2004.4.01.3400, Apelação Cível 2004.34.00.044749-9/DF, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 14/11/2016, p. 113)

## Terceira Turma

*Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Operação Rios Voadores. Crime contra a flora. Organização criminosa. Leis 9.605/1998 e 12.850/2013. Alegação de incompetência. Via inadequada para dilação probatória. Prisão domiciliar. Medidas cautelares alternativas. Desnecessidade. Aplicação do princípio da simetria. Paciente idoso acometido por mal de Alzheimer. Concessão da liberdade provisória. Parecer ministerial favorável. Ordem parcialmente concedida.*

I. Quanto à alegação de incompetência, o *habeas corpus* não é via adequada para o exame aprofundado de provas, principalmente quando a ausência de justa causa não se encontra demonstrada de plano.

II. *In casu*, o ora paciente é portador da doença de *Alzheimer*, conta com 71 (setenta e um anos) de idade, situação fática incontroversa, tanto é assim que o juízo de origem, atendendo proposta formulada pelo Ministério Público Federal, decretou o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

III. Ao contrário do entendimento esposado pela autoridade coatora, o ora paciente não pode interferir na instrução criminal em curso nem impedir a aplicação da lei penal, notadamente, pela moléstia que lhe acomete.

IV. Aplicação do princípio da simetria com outras ordens de *habeas corpus* impetradas em favor de diferentes indiciados na mesma operação, nas quais foram deferidas as substituições das prisões preventivas por medidas cautelares, devendo ser, excepcionalmente, concedida ao ora paciente a liberdade provisória.

V. Liberdade provisória é um benefício de ordem processual cujo princípio orientador está insculpido no inciso LXVI do art. 5º da Constituição da República: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

VI. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para deferir a liberdade provisória ao paciente.

(*Habeas Corpus* 0053131-60.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 09/11/2016, p. 645)

## Quarta Turma

*Penal e Processual Penal. Estelionato qualificado (art. 171, § 3º, CP). Benefício de auxílio-doença cumulado com o exercício da atividade laboral. Silêncio a respeito da atividade. Indução do INSS a erro por omissão. Provimento do recurso em sentido estrito. Recebimento da denúncia.*

I. Se o recorrido requereu o auxílio-doença, alegando estar impossibilitado para o trabalho, na condição de professor do Município de Aveiro/PA, e não afirmou ao INSS que continuava no exercício da atividade docente, fica patente que induziu a autarquia em erro, mediante artifício (o silêncio sobre a sequência da atividade).

II. A indução a erro ocorre também por atos omissivos. A situação atípica se prolongou por mais de um ano — de 24/04/2012 a 1º/08/2013 —, não se tratando, portanto, de algo episódico, o que precisa ser pelo menos explicado, tanto mais que, conforme declara, tinha conhecimento da impossibilidade de acumulação das duas vantagens.

III. Se a doença, mesmo presente, lhe permitia trabalhar, não faria jus ao auxílio-doença, que não deveria requerer; se não lhe permitia, não poderia continuar trabalhando, caso em que faria jus ao benefício. Não é possível, sem fraude, a convivência entre as duas situações, que (reciprocamente) se repelem.

IV. Recurso em sentido estrito provido. Recebimento da denúncia.

(Recurso em Sentido Estrito 0000236-27.2014.4.01.3902/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 18/11/2016, p. 3.215)

*Processual Civil. Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho. Ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho. Desprovisionamento do recurso.*

I. Embora a jurisprudência do STJ reconheça a possibilidade do litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público da União, com o do Distrito Federal e com o dos Estados, e até mesmo entre órgãos do Ministério Público da União (art. 5º, § 5º, Lei 7.437/1985), a atuação conjunta exige uma comunhão do interesse jurídico a ser tutelado com as atribuições de cada órgão litisconsorte, o que não se dá na hipótese, pois os fatos não guardam nenhuma relação com o Direito do Trabalho, visto em face da ofensa de algum interesse coletivo ou difuso da classe trabalhadora.

II. Os supostos atos de improbidade administrativa praticados por magistrados integrantes do TRT 14ª Região, em decorrência de contratações de parentes menores de idade para emprego em cargos públicos sem o devido concurso e sem o efetivo de qualquer atividade laborativa, não justificam (todavia) a atuação conjunta do Ministério Público do Trabalho na qualidade de litisconsorte ativo do MPF.

III. Agravo de instrumento desprovido.

(AG 0021912-29.2016.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, Unânime, e-DJF1 de 12/12/2016, p. 382)

## Quinta Turma

*Constitucional. Ensino. Acesso ao primeiro ano do ensino fundamental aos menores de seis anos de idade. Restrição por motivo de idade. Resoluções CNE/MEC 6 e 7/2010. Art. 208, I e VI, da Constituição Federal e art. 32 da Lei 9.034/1996. Legalidade e legitimidade. Requerente cursando o ensino fundamental por força de decisão liminar desde o ano de 2012. Fato consumado. Sentença mantida.*

I. Apelação interposta pela União contra a sentença que julgou procedente o pedido para afastar a aplicação dos arts. 3º e 4º da Resolução 6/2010 e o art. 8º da Resolução 7/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação declarando o direito da autora de participar de processo de admissão ao primeiro ano do ensino básico apesar de não ter completado 6 anos de idade.

II. A autora, ora apelada, nasceu em 21/04/2006, portanto, na data do ajuizamento da presente ação, tinha 5 anos de idade e seus pais pretendiam que ela se matriculasse no primeiro ano do ensino fundamental. Contudo, a pretensão encontrou óbice na regulamentação do Conselho Nacional de Educação que dispunha que para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, a criança deveria ter idade de 6 anos completos, até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

III. A Constituição Federal dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade (art. 208, inciso I).

IV. O art. 32 da Lei 9.394/1996 (LDB) prevê “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão [...]”.

V. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade e será oferecida em creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade e pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade (arts. 29 e 30 da LDB).

VI. Havendo previsão legal para que o início do ensino fundamental se dê com 6 anos de idade, não há ilegalidade nas resoluções do Conselho Nacional de Educação, quanto à restrição de acesso às crianças que tenham 5 anos ou menos.

VII. O fato de que, após a data de corte (31 de março), a criança complete 6 anos ainda ao longo do ano letivo não afronta o aludido art. 32, porque o ciclo etário alusivo ao ensino infantil, que antecede ao ensino fundamental, alcançará estas crianças, evitando assim qualquer prejuízo aos infantes.

VIII. Sobre o tema o STJ já decidiu que as “Resoluções 01/2010 e 06/2010, ambas emanadas da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB), ao estabelecerem corte etário para ingresso de crianças na primeira série do ensino fundamental (6 anos completos até 31 de março do correspondente ano letivo), não incorreram em contexto de ilegalidade, encontrando, ao invés, respaldo na conjugada exegese dos arts. 29 e 32 da Lei 9.394/96 (LDB)”. (REsp 1412704/PE, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)

IX. As Resoluções 6/2010 e 7/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que fixavam o direito de a criança ter acesso ao ensino fundamental se completar 6 anos de idade até 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, não apresentam ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade.

X. Não obstante o entendimento aqui esposado, é importante observar que a requerente, por força da decisão liminar concedida, em 13/07/2011, nos autos da Medida Cautelar 0037346-80.2011.4.01.3800/MG, está cursando regularmente o ensino fundamental desde o ano de 2012, devendo ser mantida a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial e declarou o direito da autora de participar de processo de admissão ao ensino básico sem ter completado 6 anos de idade.

XI. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0043891-69.2011.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 07/11/2016, p. 936)

*Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Município. Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Suspensão do fornecimento. Serviço público essencial e indispensável ao mínimo existencial.*

I. A suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário, embora prevista na legislação de regência, deve considerar o interesse da coletividade, mormente em se tratando, como no caso, de ente municipal, de forma a preservar a prestação dos serviços públicos voltados para a saúde, educação e segurança públicas, indispensáveis ao mínimo existencial dos povos civilizados e à dignidade da pessoa humana, assegurados pela nossa Carta Magna, sem prejuízo de sua cobrança, na forma legal.

II. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(Reexame Necessário 0002225-02.2013.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 1.341)

*Direito Administrativo. Agravo. Ocupação irregular de terra pública. Decisão de reintegração de posse em ação civil pública. Cumulação de pedidos. Possibilidade. Deferimento da posse em razão do domínio sobre a área e da impossibilidade do ocupante vir a regularizar sua situação perante a autarquia fundiária. Art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946.*

I. A ação civil pública onde proferida a decisão agravada pretende a desocupação e restituição dos imóveis indicados na exordial, que compõem o denominado “Complexo do Divino Pai Eterno”, com a condenação dos réus a pagar indenização, a ser apurada em liquidação, pela degradação ambiental, bem como em valor referente a ocupação ilegal equivalente à taxa de ocupação, com termo inicial em 2007. Deve ser admitido o pedido de reintegração de posse de área pública irregularmente invadida, em ação civil pública, quando não é o único deduzido na ação, mas está cumulado com pedido de recuperação da área degradada e de condenação para reparação ao Erário, mediante pagamento de valores equivalentes à taxa de ocupação da área.

II. O direito de propriedade sobre imóvel público é imprescritível e inviabiliza qualquer possibilidade jurídica de sua apropriação pelo particular. Uma vez demonstrada a sua titularidade dominial, o imóvel deverá sempre ser restituído ao Poder Público, de quem quer que o detenha, restando apenas saber, em alguns casos, se haverá direito à indenização.

III. Segundo a diretriz imposta pelo art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946, disciplinadora do regime jurídico dos imóveis da União, inexistente previsão para o direito de retenção, notadamente quando não demonstrada a boa-fé dos ocupantes — os quais tem conhecimento da irregularidade da ocupação.

IV. Em exame de cognição sumária não se verifica plausibilidade da tese exposta pelos agravantes para postular a suspensão da decisão agravada, porque não configura medida que destina a resguardar direito de posse por detentor, que se vislumbra inexistente nesta fase de processamento da ação. Evidenciada a irregularidade da ocupação e verificado que a decisão que determina a reintegração de posse está amparada na legislação de regência e em conformidade com o entendimento jurisprudencial da Corte sobre a matéria, deve ela ser mantida por seus próprios fundamentos jurídicos.

V. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0071692-69.2015.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 24/11/2016, p. 694)

*Reexame necessário e apelação cível. Responsabilidade civil. Queda de aeronave. Transporte de prestador de serviço. Ilegitimidade passiva da FUB e Funasa. Rejeição. Denúnciação da lide à empresa de táxi aéreo. Impossibilidade. Prescrição bienal e trienal. Rejeição. Danos morais. Ocorrência. Juros e correção monetária. Manual de Cálculos da Justiça Federal. Sentença parcialmente reformada.*

I. Em se tratando de acidente aeronáutico ocorrido com prestador de serviço contratado pela FUB, exercendo suas atividades junto à Funasa em virtude de convênio, não há que se falar em ilegitimidade passiva. Precedentes do STJ.

II. Não há que se falar em denúnciação da lide quando em razão dela há dilação da causa de pedir posta, com a necessidade de demonstração de realização de conduta culposa ou dolosa por parte do denunciado, sobretudo se o direito de regresso em relação a ele estiver resguardado por lei ou por contrato. Precedentes.

III. Em se tratando de responsabilização civil de ente da Administração Pública, o prazo prescricional é quinquenal à luz da jurisprudência do c. STJ, mediante aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedente do STJ.

IV. A teor do disposto no art. 37, § 6º, é objetiva a responsabilidade da Administração Pública por atos praticados por seus agentes, não sendo elidida em razão da delegação de suas atribuições mediante contratação de particulares.

V. Demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexos de causalidade entre ambos, configura-se a responsabilidade civil. No caso em apreço, o autor foi vítima de acidente aeronáutico durante a prestação de serviço para a Funasa e a FUB, situação que lhe causou danos à integridade física, com a quebra de costelas, e psicológicos,

ante a exposição à selva fechada pelo período de 25 horas, havendo incerteza quanto à possibilidade de seu resgate e, por conseguinte, quanto à sua sobrevivência, situação que extrapola o mero aborrecimento.

VI. Danos morais fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), compatíveis com a situação descrita nos autos e com a jurisprudência, devendo R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) serem pagos pela Funasa e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) serem pagos pela FUB.

VII. Tendo em vista que a condenação foi imposta a entes da Fazenda Pública, impende a observação de parâmetros próprios para o cálculo de juros e correção monetária, tais como os previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VIII. Recursos de apelação do autor e da FUB e Funasa aos quais se nega provimento. Remessa tida por interposta a que se dá parcial provimento (item VII).

(Numeração única: 0000636-93.2009.4.01.4200, Apelação Cível 2009.42.00.000636-5/RR, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 17/11/2016, p. 718)

*Constitucional e Administrativo. Agravo de instrumento. Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Anvisa. RDC 26/2015. Rotulagem obrigatória dos alimentos que causam alergias alimentares. Legalidade. Incidência sobre produtos nacionais e importados. Abrangência geral da norma. Poder de polícia sanitária. Possibilidade de fiscalização e aplicação de sanções. Direito à saúde pública. Informação técnica do produto comercializado. Direito do Consumidor. Presença de interesse público. Desprovimento.*

I. Nos termos da Lei 9.782/1999, é competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária/Anvisa regular a comercialização de produtos que envolvam riscos à saúde pública, nela incluída a rotulagem de alimentos alergênicos — objeto da Resolução RDC 26/2015.

II. A abrangência da norma em debate — RDC 26/2015 — é ampla e irrestrita, não havendo qualquer disposição sobre tratamento diferenciado entre produtos de origem nacional ou estrangeira, sendo a interpretação em contrário mera ilação desmotivada. A ausência de menção expressa, no texto normativo, de aplicação sobre produtos importados não implica dizer que a regra não seja incidente sobre produtos dessa natureza, notadamente porque existe base legal sujeitando-lhes ao atendimento da legislação nacional. A questão, aliás, já havia sido questionada no âmbito administrativo, e restou superada de qualquer dúvida.

III. A dificuldade na fiscalização do cumprimento da norma em relação aos produtos importados não pode servir como pretexto para seu afastamento. A agência reguladora possui mecanismos adequados para a realização do dever de polícia sanitária, nos limites da competência que lhe é outorgada, cabendo-lhe aplicar sanções na ocorrência de infração pelo descumprimento de seus atos regulatórios.

IV. A regulação da matéria pelo Poder Público — harmonizada às demais normas e compatível com as demais regras do mercado internacional —, está justificada pela importância em estabelecer diretrizes a fim de garantir ao consumidor a fruição de alimentos seguros e saudáveis, notadamente pelo potencial de ingestão de um alimento alérgico que possa comprometer sua saúde. A determinação de esclarecimento da presença de alergênicos nos rótulos dos alimentos comercializados decorre do próprio direito a informação adequada e suficiente — já garantido pelo Código de Defesa do Consumidor —, o que evidencia a razoabilidade da medida, além da sua proporcionalidade, em consideração aos fins que busca tutelar.

V. Agravo conhecido e desprovido.

(Agravo de Instrumento 0045020-87.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 22/11/2016, p. 2.021)

*Civil. INSS. Pagamento de proventos. Beneficiário falecido. Viúva. Direito à pensão. Retroatividade. Concessão administrativa. Danos materiais. Inexistência.*



I. Na espécie, uma vez detectado o pagamento indevido de proventos (beneficiário já falecido) a terceiro de má-fé, não há que se falar em danos materiais sofridos pela respectiva viúva, haja vista que recebeu, inclusive retroativamente à data do falecimento, os valores devidos a título de pensão por morte.

II. Os valores pagos mediante fraude (proventos indevidos) só dizem respeito ao interesse jurídico do INSS, que, caso queira, deve adotar as providências necessárias em relação ao ressarcimento correspondente.

III. Apelação provida. Sentença reformada.

(Numeração única: 0019154-91.2004.4.01.3300, Apelação Cível 2004.33.00.019157-5/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 07/12/2016, p. 2.591)

## Sexta Turma

*Apelação cível. União. Autores. Morte de filho e irmão. Serviço militar obrigatório. Omissão estatal. Ocorrência. Ausência de atendimento por médico especialista. Choque séptico. Danos morais. Ocorrência. Majoração. Danos materiais. Configuração. Pensão mensal. Juros e correção monetária. Manual de cálculos. Sentença parcialmente reformada.*

I. Narram os autos situação em que houve falecimento de soldado em serviço militar obrigatório em virtude de choque séptico, por omissão estatal, já que não houve atendimento por profissional especializado, nem a consecução de exames médicos em prazo suficiente para realização de tratamento adequado.

II. Caso em que o autor, sofrendo de mal estar, dor de cabeça, febre e icterícia, foi atendido por ginecologista, angiologista e pediatra em regime de plantão, os quais não conseguiram tratar de modo adequado seu quadro de infecção generalizada, em razão da ausência de especialização e de exames realizados de modo intempestivo, o que culminou com seu falecimento por sepse.

III. A responsabilidade da Administração Pública, em razão de sua conduta omissa é aferível na modalidade subjetiva, configurada a sua culpa em razão da falta do serviço, o que ficou caracterizado no caso *sub examine*. Jurisprudência do c. STJ e desta e. Corte.

IV. Os danos morais reflexos ou em ricochete são aqueles sofridos pelos familiares do falecido, em razão da ofensa que lhe fora infligida, no caso, o inadequado tratamento de saúde e a consequente morte. Reconhecimento jurisprudencial.

V. Danos morais inicialmente fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-se, para autora Norma Aparecida Gomes, na qualidade de mãe do falecido, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e para cada um dos irmãos do soldado, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes.

VI. Reconhecimento de danos materiais, na modalidade pensão mensal, nos termos do art. 948, inciso II, do Código Civil, a serem pagos à autora Norma Aparecida Gomes, mãe do falecido, no valor de 2/3 de salário-mínimo até a data em que ele faria 25 (vinte e cinco) anos; em seguida, o valor será reduzido para 1/3 de salário-mínimo, até a data em que seu filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos ou até o falecimento da beneficiária, o que ocorrer primeiro.

VII. Para fins de cálculo dos juros de mora e da correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, que espelham as normas oficiais adotadas por esta e. Corte, considerando as peculiaridades da Fazenda Pública na qualidade de devedora.

VIII. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), que se mostram compatíveis com a baixa complexidade da demanda, que exigiu a realização de apenas uma audiência, sequer tendo ocorrido a realização de prova pericial.

IX. Recurso de apelação da União e reexame necessário aos quais se nega provimento. Recurso de apelação dos autores a que se dá parcial provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0011447-14.2010.4.01.3801/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 04/11/2016, p. 374)

*Administrativo. Apelação. Concurso público. Técnico do Seguro Social do INSS (Edital 1/2007). Candidato com deficiência. Existência de duas listas de classificação. Regional e nacional. Utilização da classificação nacional para fins de nomeação. Preterição. Inexistência do direito à indenização. Recurso provido em parte.*

I. No caso dos autos, o autor se inscreveu e foi aprovado no concurso público para provimento do cargo de técnico do Seguro Social do INSS (Edital 1/2007), obtendo a 1ª colocação na lista dos candidatos com deficiência na localidade do Município de Campo Maior/PI, a 84ª classificação na lista de ampla concorrência daquela mesma localidade e 166ª colocação na lista nacional de candidato com deficiência.

II. Não obstante haver a previsão no Edital 1/2007 da existência de duas listas de classificação de candidatos com deficiência, uma em relação ao cargo/formação/localidade de vaga (regional) e outra nacional, o edital é omissivo sobre qual o critério deve ser utilizado para fins de nomeação e posse.

III. O INSS apontou na Nota Informativa 53/2016/DDC/CGGP/DGP que “[...] na primeira etapa de nomeações, o INSS adotou o procedimento de nomear os PD de acordo com a lista nacional de classificação, mas observando, ainda, se na localidade escolhida pelo candidato, havia mais de uma vaga ofertada”, ou seja, adotou o critério nacional de classificação e outro não previsto no edital, qual seja, a eventual existência de mais de uma vaga na localidade escolhida pelo candidato.

IV. Diante dos inúmeros problemas com as nomeações de candidatos do concurso regido pelo Edital 1/2007, o Ministério Público Federal no Rio de Janeiro editou a Recomendação 1/2009, com orientação no sentido de que fosse obedecido o critério nacional de classificação dos candidatos com deficiência, motivo pelo qual ocorreram as nomeações daqueles classificados com base neste apontamento até a 162ª colocação.

V. Em tendo sido nomeada a candidata Iara Cristina Staffen, que obteve a 211ª colocação na lista de classificação nacional, e ainda que antes da edição da Recomendação 1/2009, mas com base na lista nacional de classificação, configurada está a preterição do direito do autor, que obteve a 166ª colocação.

VI. Conforme entendimento jurisprudencial do STF, firmado em sede de repercussão geral, e do STJ, em regra, a nomeação tardia de candidato em concurso público, em razão de ato considerado ilegal posteriormente por decisão judicial, não enseja indenização por danos materiais e morais, salvo se for demonstrada a ocorrência de situação de 1) patente arbitrariedade; 2) descumprimento de ordens judiciais; 3) litigância meramente procrastinatória; e 4) má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições.

VII. Não tendo sido demonstrada pelo autor a ocorrência de ato praticado pela Administração que configurasse uma das quatro exceções justificadoras do deferimento do pedido de indenização, o pedido há que ser julgado improcedente.

VIII. Apelação conhecida e parcialmente provida para julgar o pedido parcialmente procedente para determinar a nomeação e posse do autor no cargo pretendido.

(Apelação Cível 0023184-19.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 04/11/2016, p. 385)

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Terceiro prejudicado. Ministério da Agricultura. IN SDA 4/2015. Suspensão de dispositivos da IN SDA 5/2012. Ilegalidade. Não ocorrência.*

I. Argumento de supressão de instância levantado pela agravada que se afasta, pois a agravante impugna especificamente os fundamentos da decisão de primeiro grau, defendendo a legalidade da Instrução Normativa SDA 4/2015 e, ademais, os documentos por ela apresentados, apesar de não constarem dos autos principais, dizem respeito diretamente à questão meritória no processo originário.

II. Não se afigura razoável exigir a juntada prévia dos documentos nos autos principais se não houve a promoção da citação da agravante e consequentemente não lhe foi oportunizado manifestar-se antes da prolação da decisão agravada.

III. A Edição, em 7 de abril de 2016, da IN SDA 6/2016, prorrogando, até 12/04/2017, a vigência da IN SDA 4/2015, afasta a perda de objeto deste recurso.

IV. Instrução Normativa SDA 4/2015, que suspendeu, pelo prazo de 12 meses, dispositivos da IN SDA 5/2012, que estabeleceu novas regras de biossegurança para os laboratórios produtores de vacinas contra a febre aftosa.

V. A Nota Técnica SDA 36/2015 é clara quando traz os fundamentos para a necessidade de prorrogação do prazo para cumprimento das exigências postas na IN SDA 5/2012, qual seja, o risco de desabastecimento em razão do reduzido estoque de vacinas contra a febre aftosa em razão da paralisação das atividades dos laboratórios que ainda não conseguiram se adaptar às novas regras do referido ato normativo.

VI. Inexiste vício de motivação a ensejar a suspensão dos efeitos da IN SDA 4/2015, não cabendo aqui discutir sobre o mérito do ato administrativo, já que não está demonstrada a ocorrência de ilegalidade apta para macular a sua validade.

VII. Quanto ao risco para a biossegurança em laboratórios e para o *status* sanitário atual de controle da febre aftosa, conforme afirmado na decisão agravada, faz-se necessário um sopesamento entre o suposto retrocesso no controle da doença sem a manutenção das exigências e a possibilidade de desabastecimento em razão do baixo estoque de vacina disponível, o que poderia inviabilizar a vacinação do gado já no segundo semestre de 2015 ou no primeiro semestre de 2016.

VIII. Até a edição da IN SDA 5/2012, as vacinas foram produzidas normalmente sem tais exigências, e não se tem notícia que tenha ocorrido vazamento de vírus ou que o regramento anterior tenha resultado em risco para a saúde ou a segurança dos funcionários diretamente ligados ao processo de fabricação.

IX. Apesar de louvável e desejável a adoção de normas mais rígidas de controle de fabricação, a alegação de risco para a biossegurança não justifica o fechamento imediato dos laboratórios que não conseguiram se adaptar, mesmo porque não houve a revogação da IN SDA 5/2012, mas sim a fixação de um prazo para que os fabricantes se adaptem às novas exigências.

X. Pela leitura do Parecer 476/2015/Conjur-MAPA/CGU/AGU e da Nota Técnica SDA 36/2015 já fica clara a existência de um risco real de desabastecimento de vacinas contra a febre aftosa, fato que jogaria por terra todo o trabalho de anos com os programas de vacinação, por intermédio dos quais o Brasil conquistou o almejado *status* de território livre da febre aftosa.

XI. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(Agravo de Instrumento 0039205-46.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 04/11/2016, p. 427)

*Apelação cível. Responsabilidade civil. Abordagem policial. Ausência de identificação dos policiais federais. Emprego desnecessário de violência. Ato ilícito. Danos morais. Configuração. Sentença reformada.*

I. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade civil da Administração Pública pelos atos ilícitos praticados por seus agentes é objetiva, configurando-se mediante a demonstração da prática de conduta contrária à lei, dano e nexo de causalidade entre ambos.

II. No caso em apreço, conforme relatos testemunhais, depois de parado o veículo do autor por ocasião de abordagem policial, encontrando-se ele do lado de fora, foi alvo de socos e chutes desferidos por agentes da Polícia Federal, embora já não houvesse qualquer resistência de sua parte, eis que, na sequência, foi conduzido sem uso de algemas para estabelecimento comercial próximo para fins de averiguação.

III. Além da violência praticada de maneira desnecessária, no caso em apreço, a ausência de identificação dos agentes da Polícia Federal logo após a abordagem teria causado confusão, eis que tanto o autor quanto os presentes acreditavam se tratar de criminosos e não de servidores estatais dada a ausência de fardamento, de viatura com emblema ou documento com insígnia da instituição.

IV. Os danos à integridade física do autor ficaram evidenciados por laudo de exame de corpo de delito, que atestou que as lesões sofridas resultaram de ação contundente. As testemunhas também relataram que a abordagem deu-se em local movimentado, em frente a crianças e próximo à casa da sogra do autor, o que agravou a humilhação a que submetido.

V. Danos morais fixados em R\$ 30.000,00, dadas as circunstâncias narradas nos autos e a jurisprudência desta e. Corte. Precedentes.

VI. Recurso de apelação do autor a que se dá provimento.

(Numeração única: 0002957-36.2005.4.01.3200, Apelação Cível 2005.32.00.002965-8/AM, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 17/11/2016, p. 687)

*Civil. Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano material e moral. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Vítima fatal de acidente de trânsito. Abaloamento frontal com viatura pertencente à Anatel e conduzida por um de seus empregados. Nexo causal devidamente comprovado por laudo pericial. Indenização devida ao cônjuge supérstite e ao filho do de cujus. Pensão mensal. Duração. Valor da remuneração. Dano moral. Fixação em valor razoável, que se mantém. Honorários advocatícios. Sucumbência mínima dos autores. Pagamento integral pela ré. Sentença reformada, em parte.*

I. Demonstrado que o acidente automobilístico foi causado por viatura pertencente à Anatel, conduzida por um de seus empregados, é cabível a reparação dos danos moral e material causados aos autores em decorrência de falecimento de familiar.

II. A mulher e o filho do *de cujus* fazem jus ao recebimento de pensão mensal, na esteira de jurisprudência deste Tribunal que, em sintonia com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), solidificou o entendimento de que a “indenização por ato ilícito é autônoma em relação à indenização de caráter previdenciário” (AC 0016946-20.2007.4.01.3304/BA, relator Desembargador Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 30/11/2015, p. 178).

III. Na hipótese dos autos, o valor da remuneração do falecido está devidamente demonstrado, por intermédio do comprovante de rendimento que instrui a lide, o qual deve ser observado para apuração do valor da pensão mensal, correspondente a 2/3 do respectivo *quantum*, e que deverá ser pago à viúva e ao filho.

IV. Em relação à viúva, a contar da data do óbito até o momento em que a vítima completaria 65 anos de idade, conforme requerido na inicial.

V. No que diz respeito ao filho, verifica-se que, nascido em 20/03/1993, estava com 18 (dezoito) anos na ocasião do óbito de seu genitor, ocorrido em 28/04/2011, de modo que faz jus ao recebimento de pensão, a partir do óbito do instituidor, até completar 25 anos.

VI. Mantido o valor referente aos danos morais, fixado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que, diante das circunstâncias do caso, mostra-se razoável para reparar o gravame sofrido, cabendo o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada um dos litisconsortes.

VII. No que se refere aos danos materiais correspondentes às avarias causadas no veículo sinistrado, embora o contrato de financiamento e os respectivos boletos de pagamento tenham sido emitidos em nome de terceira pessoa, deve ser aplicada, na espécie, interpretação dada pelo STJ ao art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo a qual, a falta de transferência da propriedade do veículo junto ao Departamento de Trânsito não impede que a alienação seja comprovada por outros meios, visto tratar-se de bem móvel, cuja tradição é suficiente para transferir a propriedade e, ainda, que a comunicação prevista no aludido artigo tem por finalidade, tão somente, afastar a responsabilidade do antigo proprietário por infrações cometidas pelo adquirente.

VIII. No caso, a procuração pública outorgada pela primitiva adquirente do veículo é suficiente para demonstrar que o automóvel foi, de fato, alienado, o que se infere da redação do referido documento.

IX. A autora faz jus à reparação do dano material decorrente da perda do referido bem móvel, no valor de R\$ 33.900,00 (trinta e três mil e novecentos reais), conforme registrado na Nota Fiscal 16848, juntada aos autos.

X. Em face da sucumbência parcial, e mediante a aplicação do disposto no art. 86, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil (CPC), visto que os autores sucumbiram de parte mínima do pedido, fixa-se o valor referente aos honorários advocatícios em 8% (oito por cento) sobre o valor da condenação, que deverá ser pago integralmente pela Anatel, na conformidade do art. 85, § 3º, inciso II, do CPC em vigor.

XI. A correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na conformidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, vigente à época da liquidação da sentença.

XII. Apelação dos autores provida, em parte. Recurso da Anatel e remessa oficial, desprovidos.

(Apelação Cível 0048703-93.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 23/11/2016, p. 1.425)

*Apelação cível. Contrato de previdência privada. CEF e Caixa Vida e Previdência S/A. Legitimidade passiva da CEF. Existência. Aplicação de conceito de fornecedor do CDC. Competência da Justiça Federal. Art. 109, I, da Constituição Federal. Prescrição quinquenal. Art. 27 do CDC. Renda vitalícia e indenização por danos morais. Sentença mantida.*

I. A jurisprudência desta e. Corte entende ser passível de preclusão matéria de ordem pública, desde que debatida nos autos e objeto de decisão a qual não restou devidamente impugnada. Contudo, tendo sido suscitada a ilegitimidade passiva da CEF tanto por esta quanto pela corrê Caixa Vida e Previdência, tendo esta interposto o adequado agravo retido da decisão que rejeitou a preliminar aludida, não há que se falar em preclusão.

II. Ademais, ainda que a Caixa Vida e Previdência não tivesse interesse processual no reconhecimento da ilegitimidade passiva da CEF, é fato notório que o recurso interposto por um dos litisconsortes ao outro aproveita havendo coincidência de alegações, nos termos do art. 509 do CPC/1973, motivo pelo qual deve ser analisado.

III. Em se tratando o contrato de previdência privada de relação de consumo, a ele aplicam-se as disposições previstas no CDC. Portanto, tendo em vista o disposto nos arts. 3º e 14 do diploma consumerista, ainda que a CEF não figure como contratante, por ter comercializado o mencionado serviço deve ser tratada como fornecedora, responsabilizando-se de maneira objetiva por eventuais danos causados ao consumidor. Daí o reconhecimento de sua legitimidade para figurar no feito. Precedentes do TRF da 2ª Região.

IV. Sendo a CEF parte legítima a figurar no feito, é de se reconhecer a competência absoluta da Justiça Federal para seu processamento, a teor do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

V. Para o reconhecimento de nulidade processual, é necessária a demonstração de prejuízo. As alegações de cerceamento de defesa feitas pela CEF em razão da não intimação da decisão que indeferiu seu pleito de ilegitimidade passiva não merecem prosperar, a uma, porque em momento posterior foi novamente intimada de decisão com conteúdo semelhante não a impugnando da maneira devida, a duas porque a matéria foi objeto de análise do presente voto.

VI. No que diz respeito ao termo inicial da prescrição, formulado anteriormente requerimento administrativo, fixa-se da data do indeferimento do pleito.

VII. Quanto ao mérito, o contrato de previdência privada firmado pela autora previa a possibilidade de pagamento de renda mensal vitalícia em razão de invalidez total e permanente para o trabalho, tendo o beneficiário sido acometido por acidente ou doença não passível de cura.

VIII. No caso em apreço, os laudos periciais multidisciplinares concluíram que a autora possui doenças sem cura (fibromialgia, lúpus e síndrome do túnel do carpo) que a impedem de realizar sua atividade laboral, já que a sua consecução causaria prejuízos ainda maiores à sua saúde.

IX. Portanto, é de se concluir que a parte-autora possui incapacidade permanente e total para o exercício de trabalho, sem perspectiva de reversão de seu quadro de saúde.

X. Quanto aos danos morais, a jurisprudência pátria é firme em sustentar que o mero inadimplemento contratual não dá ensejo à sua configuração. Por outro lado, no caso em apreço, a negativa indevida de cobertura do plano de previdência contratado agravou a condição depressiva da parte-autora, conforme se constatou durante a realização de sua perícia, motivo pelo qual, excepcionalmente é de se reconhecer o seu direito à indenização por danos morais, já que houve violação a seu direito da personalidade, mais especificamente no que diz respeito à sua saúde mental.

XI. Danos morais fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mantidos.

XII. Em sendo a parte-autora beneficiária da gratuidade de justiça, à luz da Resolução 541 do CNJ, os honorários periciais das provas por ela requeridas devem ser arcados pela União. Contudo, ocorrendo sucumbência da parte adversa, tais valores devem ser reembolsados ao Erário.

XIII. No caso em apreço, embora a parte-ré tenha antecipado os honorários periciais em desacordo com a normativa do CNJ, tendo ela sucumbido na presente demanda, não há que se falar em recolhimento indevido de valores, os quais, de qualquer maneira, deveriam ser reembolsados à União.

XIV. Agravo retido e recursos de apelação da CEF e da Caixa Vida e Previdência S/A aos quais se nega provimento.

(Numeração única: 0001778-66.2007.4.01.3307, Apelação Cível 2007.33.07.001778-0/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 23/11//2016, p. 1.372)

*Apelação e recurso adesivo. Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais – CAA/MG e autor. Plano de saúde. Negativa de cobertura de prótese cirúrgica. Stent. Responsabilidade solidária da Unimed BH. Ocorrência. Danos morais. Existência. In re ipsa. Gratuidade de justiça à CAA/MG. Impossibilidade. Ausência de demonstração de miserabilidade. Isenção. Existência. Dever de reembolsar despesas judiciais. Previsão legal. Sentença parcialmente reformada.*

I. De acordo com a jurisprudência pátria, mostra-se abusiva a cláusula contratual que restrinja a implantação de próteses e órteses decorrentes de tratamento cirúrgico. Precedentes.

II. Da negativa indevida de implantação de *stent* para fins de tratamento de saúde, decorre o direito de indenização por danos materiais e morais. Os danos morais são considerados, de acordo com a jurisprudência, *in re ipsa*, dispensada sua demonstração. Precedentes.

III. Indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 que não se mostra excessivo à luz dos parâmetros jurisprudenciais desta e. Corte.

IV. Aos contratos de plano de saúde se aplica o disposto no Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto no Enunciado Súmula 469 do c. STJ.

V. Nos termos do art. 14 do CDC, caracterizam-se como fornecedores de serviço aqueles que realizem sua comercialização, desde que aufram remuneração com a mencionada prática.

VI. Dispõe a norma consumerista que a responsabilidade entre os fornecedores de um determinado serviço é solidária e objetiva em razão dos danos que venham a causar ao consumidor.

VII. Impende a responsabilização conjunta e solidária da Unimed BH e da CAA/MG no que concerne ao caso em apreço, vez que a parte-autora firmou junto à última contrato de plano de saúde a ser prestado pela primeira.

VIII. Ainda que haja cláusula contratual entre as rés de que a incumbência para autorização de procedimentos médicos caiba à CAA/MG, tal, além de constar de relação jurídica da qual o autor não faz parte, contraria os documentos colacionados aos autos, que espelham que a negativa de autorização decorreu de conduta imputada à Unimed BH, conforme comunicação interna de fls. 558-559.

IX. Precedente do colendo STJ, REsp 1.285.483/PB, cujo teor exclui da aplicação do CDC operadoras de plano privado de assistência à saúde, onde se enquadraria a CAA/MG não influi neste feito, pois a responsabilidade desta não decorre do CDC, porém da vedação do fornecimento do *stent*, no contrato entre ela e a Unimed.

X. Em que pese ser possível a concessão de justiça gratuita à pessoa jurídica sem fins lucrativos, cabe a ela a demonstração de sua miserabilidade, não se aplicando a presunção prevista no art. 4º da Lei 1.060/1950, o que não ocorreu no caso sob exame. Precedentes.

XI. Apesar de se reconhecer a natureza autárquica da CAA/MG, órgão da OAB/MG, a isenção legal de que ela goza nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/1996 não alcança o reembolso de despesas processuais, nos termos do § 1º do mencionado artigo.

XII. Recurso de apelação da CAA/MG a que se dá parcial provimento (item VII). Recurso adesivo do autor a que se dá provimento (item VII).

(Numeração única: 0005338-28.2008.4.01.3809, Apelação Cível 2008.38.09.005337-8/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 29/11/2016, p. 802)

*Internacional. Busca e apreensão de menor. Mãe brasileira e pai uruguaio. Criança transferida ilicitamente para o Brasil. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Retenção nova: pedido de regresso formulado em prazo inferior a um ano da transferência ilícita. Exame psicossocial. Completa adaptação do menor ao novo meio social. Restituição ao país de moradia anterior: impossibilidade. Sentença mantida.*

I. Cumprido o requisito previsto no art. 523 do CPC/1973, vigente à época, devido o conhecimento de agravo retido interposto contra decisão que determinou a realização de prova pericial consubstanciada em estudo psicossocial. Exame da insurgência da União, contudo, em conjunto com o mérito da controvérsia, já que com ele se confunde — necessidade ou não de realização de prova pericial quando transcorrido período inferior a um ano entre a retenção ilícita de menor e a comunicação às autoridades competentes.

II. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças objetiva assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente, excetuada a hipótese de integração do menor ao novo meio, que deve ser verificada por meio de exame psicológico.

III. O fato de o pedido de restituição do menor ao país de origem ser formulado em prazo inferior a um ano entre a transferência ilícita e o início do processo perante a autoridade administrativa ou judicial do Estado contratante onde a criança se encontra não é suficiente, por si só, para determinar seu imediato regresso se a pessoa que se oponha a seu retorno provar (a) que aquela que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou (b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

IV. Exame psicológico produzido nos autos revela a plena adaptação do menor transferido ilicitamente para o Brasil ao novo meio em que inserido, havendo conclusão, ainda, no sentido de que o menor tem receio de visitar seu pai sem o acompanhamento de algum familiar materno, por temer não conseguir retornar ao Brasil. Exceção descrita na alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia caracterizada.

V. Não há na alínea *b* do art. 13 da Convenção de Haia qualquer limitação no sentido de que a expressão “risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” deva ser interpretada no sentido único pretendido pela União — caracterização do risco pela existência de áreas desestabilizadas por acidentes naturais, guerras, epidemias, escassez de alimentos, questões sociais graves etc. A necessidade de observância de interpretação restrita do art. 13, *b*, da Convenção de Haia não legitima a restrição de seu alcance sem qualquer indicativo no sentido pretendido.

VI. Não comprovada a prática, pela genitora do menor, de alienação parental, que sequer fora apontada pelos peritos judiciais, tampouco pelo assistente técnico da União, não há que se falar em risco na permanência do menor junto a ela.

VII. Agravo retido e recurso de apelação interpostos pela União aos quais se nega provimento.

(Apelação Cível 0001259-19.2011.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 29/11/2016, p. 830)

## Sétima Turma

*Tributário. Contribuição para o PIS. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998. Faturamento x receita bruta. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Cofins – art. 8º da Lei 9.718/1998. Majoração da alíquota (2% para 3%). Constitucionalidade.*

I. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos RREE 390.840-5/MG e 346.084-6/PR, declarou a inconstitucionalidade do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 que, via lei ordinária, ampliou a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins (de faturamento para receita bruta), extrapolando os contornos da norma constitucional que, em sua redação original (anterior à EC 20/1998), autorizava a incidência das referidas contribuições, apenas, sobre o faturamento.

II. Quando do julgamento do RE-AgR 419.010/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a majoração de alíquota, promovida pelo art. 8º da Lei 9.718/1998 (2% para 3%), bem como a restrição à compensação do montante correspondente à majoração, apenas, para débitos da CSLL, compreendidos no mesmo período de apuração.

III. Apelações a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0019823-37.2010.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 1.653)

*Tributário. Tarifa aeroportuária. Agravo retido. Prescrição. Não ocorrência. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de relação de consumo. Aeronave de propriedade da apelante. Subarrendamento. Exclusão da responsabilidade do proprietário pelo pagamento das tarifas. Impossibilidade. Ausência de comprovação de subarrendamento no período das cobranças.*

I. Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, tendo-se em vista que a própria apelante afirma que a utilização da aeronave não era para uso próprio, uma vez que arrendava a referida aeronave, o que evidencia a natureza eminentemente comercial do uso do bem. Demais, como bem ressaltado pelo MM. juiz *a quo*, as subarrendatárias, que se utilizaram dos serviços da Infraero, não se enquadram no conceito de consumidor constante do art. 2º da Lei 8.078/1990, vez que utilizavam a aeronave em atividade econômica, como táxi aéreo, não se enquadrando como destinatárias finais do serviço.

II. Fica afastada, também, a alegação de prescrição formulada pela apelante, tendo-se em vista que referida alegação tinha como pressuposto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

III. Demais, com a edição do Código Civil de 2002, a transição dos prazos prescricionais restou disciplinada na forma do art. 2.028, que tem a seguinte redação: "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". Desse modo, para aplicação do prazo prescricional inscrito na norma transcrita, o novo código reclama a redução do prazo pela lei nova e que, contado pela regra antiga, haja decorrido mais de metade do prazo, hipótese inexistente no caso dos autos em que o recorrente é inadimplente desde 1999. Na espécie, por tratar-se de ação pessoal, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos (art. 205/CC).

IV. Assim, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de 10 anos é o dia 11 de janeiro de 2003 — data da entrada em vigor do novo Código Civil.

V. A sentença fundamentou-se no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento da tarifa aeroportuária é solidária entre a proprietária da aeronave e a subarrendatária, anotando que a única hipótese de exclusão da responsabilidade de proprietária somente ocorre quando o nome do explorador do serviço estiver inscrito no Registro Aeronáutico Brasileiro, mediante qualquer contrato de utilização da aeronave, o que não ficou provado nos autos.

VI. Embora a apelante afirme que consta o nome da subarrendatária Uirapuru Táxi Aéreo no Registro Aeronáutico Brasileiro, cumpre observar que os débitos cobrados pela Infraero datam de 1998, 1999 e 2000, e no termo de registro juntado aos autos consta que o subarrendamento ocorreu em 1º/08/1997, pelo prazo de noventa dias, prorrogados por mais sessenta dias, conforme registro do aditivo ao referido contrato.

VII. Portanto, as cobranças feitas à apelante estão corretas, tendo-se em vista que se referem a período compreendido entre 1988 e 1990, quando a aeronave se encontrava sob a responsabilidade da apelante.

VIII. Apelação e agravo retido aos quais se nega provimento.



(AC 0004637-13.2006.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, Sétima Turma, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 1.106)

## Oitava Turma

*Administrativo. Conselho Federal de Enfermagem. Ação civil pública. Cursos de educação profissional de técnico e auxiliar em enfermagem. Estágio supervisionado. Carga horária mínima. Omissão na Resolução CEB 4, de 1999, e na Lei 9.394/1996. Fixação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Apelação provida.*

I. A legitimidade ativa do Conselho Federal de Enfermagem – Cofen decorre da norma do art. 5º da Lei 7.347. O Conselho Federal de Enfermagem foi criado pela Lei 5.905, de 1973, e tem natureza jurídica de autarquia, nos termos do art. 1º do referido diploma legal. Tem, pois, legitimidade para ajuizar ação civil pública que tenha por objeto a formação dos profissionais de sua área de interesse. Precedentes desta Turma e do Superior Tribunal de Justiça.

II. Desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo, uma vez que a eficácia da sentença de procedência não dependia da citação de qualquer outro réu, sendo suficiente a presença da União no polo passivo, haja vista que a ordem judicial que determinasse a fixação de carga horária mínima para o estágio supervisionado dos alunos dos cursos de auxiliar e técnico de enfermagem somente poderia ser cumprida pela União, através do Conselho Nacional de Educação, órgão do Ministério da Educação.

III. É de se refutar a alegação de nulidade por falta de intimação para responder a embargos de declaração, porque a União não sofreu prejuízo concreto, já que a sentença não foi modificada substancialmente. À míngua de demonstração de dano à União, é inconcebível a declaração de nulidade do processo pelo descumprimento de formalidade do rito processual.

IV. O Cofen pretende que a União seja compelida a editar ato normativo fixando a carga horária mínima do estágio supervisionado a ser cumprida pelos alunos dos cursos de formação de auxiliares e técnicos de enfermagem. O autor toma como parâmetro a Resolução 7, de 1977, promulgada pelo antigo Conselho Federal de Educação, sob a égide da Lei 5.692, de 1971, que fixava a carga horária mínima para o estágio supervisionado, prática não repetida pela Lei 9.394, de 1996, e pela Resolução 4, de 1999, do atual Conselho Nacional de Educação, órgão do Ministério da Educação, normas que revogaram a legislação precedente.

V. Em parecer encartado nas fls. 163 a 170, o Conselho Nacional de Educação, autor da Resolução 4 em questão, deixou claro que a falta de arbitramento da carga horária do estágio supervisionado é fruto de uma política educacional distinta daquela pregada pelo antigo Conselho Federal de Educação, sedimentada na outorga de mais flexibilidade, liberdade e responsabilidades às escolas, mediante avaliação de qualidade, supervisão e acompanhamento por parte do Poder Público. Como se pode depreender da leitura do documento, a ausência de uma definição da carga horária do estágio supervisionado foi deliberada em função do propósito de transferir a responsabilidade pela estruturação do plano pedagógico às instituições de ensino, conforme suas respectivas realidades, sem prejuízo da supervisão por parte do Ministério da Educação.

VI. Cuidando-se de uma opção de política educacional feita pelo Poder Executivo, não cabe ao Poder Judiciário impor a obrigação de arbitramento de uma carga horária mínima para o estágio supervisionado na formação de técnicos e auxiliares de enfermagem, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes.

VII. Também não há fundamento legal para se infligir tal encargo, porquanto a Lei 9.394, de 1996, que estabeleceu as diretrizes da educação nacional, não prescreveu a obrigatoriedade de fixação de uma carga horária mínima para o estágio supervisionado a ser prescrita às instituições de ensino por meio de norma administrativa. De igual modo, a Lei 11.788, de 2008, que disciplinou o estágio de estudantes, não o fez. Diante das escolhas feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo, não é dado ao Poder Judiciário usurpar as funções próprias daqueles Poderes para impor à União a obrigação de definir, nacionalmente, a carga horária do estágio supervisionado dos cursos de formação de técnico e de auxiliar de enfermagem.

VIII. Não se pode determinar a observância da legislação anterior à vigente, como posto na sentença, porquanto já revogada. O Poder Judiciário não tem a força de repriminar normas já sepultadas pela aprovação e promulgação de novos regramentos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

IX. Controle de qualificação técnica dos egressos dos cursos profissionalizantes na área de enfermagem que pode ser feito pelo próprio Cofen através de exames prévios à outorga da habilitação profissional, a exemplo do que faz a OAB.

X. Apelação parcialmente provida.

(Numeração única: 0002880-43.2004.4.01.3400, Apelação Cível 2004.34.00.002888-0/DF, rel. Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado), unânime, e-DJF1 de 18/11/2016, p. 3.923)

*Processual Civil. Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM. Leis 7.990/1989 e 8.001/1990. Receita patrimonial. Base de cálculo.*

I. A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, criada pelas Leis 7.990/1989 e 8.001/1990, regulamentadas pelo Decreto 1/1991, não tem natureza tributária e encontra suporte nos arts. 20, § 1º, 154, I, e 155, § 3º, da Constituição Federal. (STF, AI – AgR 453.025, DJ de 09/05/2006, p. 28).

II. A circunstância de a CFEM não se amoldar ao modelo constitucional de compensação financeira pela exploração de recursos minerais — que não legitimaria a cobrança da verba sobre o faturamento da empresa — não conduz ao reconhecimento da inconstitucionalidade da referida obrigação, diante da sua conformidade com outra previsão contida no mesmo art. 20, § 1º, da Constituição Federal, qual seja, a participação no produto da exploração. (STF, RE 228800/DF, DJ de 16/11/2001.)

III. Com base no comando estabelecido pela lei e pelo decreto regente do instituto em referência, a Instrução Normativa 6/2000 do DNPM especificou quais são as parcelas dedutíveis e delimitou a exata abrangência da regra legal, de modo a propiciar a fiel execução dos diplomas regulamentados, em estrita observância dos limites que pautam o exercício da competência regulamentar.

IV. Não obstante a legislação determine a dedução dos tributos referentes ao processo de industrialização (PIS/Pasep, Cofins e ICMS) na apuração da base de cálculo da CFEM, não há nos autos prova de que os lançamentos de débito da CFEM teriam sido realizados em desacordo com as disposições das Leis 7.990/1989 e 8.001/1990 e do Decreto 1/1991.

V. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 040527-62.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 2.179)

*Tributário. Mandado de segurança. Requerimentos administrativos de ressarcimento de créditos. Crédito presumido do IPI (Lei 9.363/1996). Saldo credor do IPI (Lei 9.779/1999). Omissão do órgão competente quanto à análise dos pedidos. Ocorrência. Art. 24 Lei 11.457/2007. Exclusão, do cálculo do ressarcimento do crédito presumido do IPI, de valores referentes a aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem de não contribuintes da contribuição para o PIS e da Cofins. IN SRF 419/2004. Ilegalidade. Exclusão do valor das vendas para o exterior de produtos não tributados na receita de exportação. Possibilidade. Atualização monetária, pela taxa Selic, dos valores reconhecidos como devidos pelo Fisco e das importâncias indevidamente glosadas. Termo inicial. Data dos protocolos dos requerimentos administrativos. Jurisprudência do STJ. Remessa oficial não provida. Apelação parcialmente provida.*

I. “Tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento dor referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/2007)” (REsp 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, Primeira Seção, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/09/2010).

II. São ilegais, porque não encontram respaldo na Lei 9.363/1996, as disposições de atos normativos da Secretaria da Receita Federal — notadamente a IN 419/2004, objeto dos autos — que determinam a exclusão, do cálculo do ressarcimento do crédito presumido do IPI, dos valores relativos a aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem de não contribuintes da contribuição para o PIS e da Cofins. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III. É legal a exclusão — determinada por atos normativos da Secretaria da Receita Federal —, do cálculo do ressarcimento do crédito presumido do IPI, do valor das vendas para o exterior de produtos não tributados na receita de exportação, uma vez que o art. 6º da Lei 9.363/1996, de forma expressa, remeteu à legislação infralegal a normatização dessa matéria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

IV. É devida a atualização monetária, pela taxa Selic, dos valores reconhecidos como devidos pela Receita Federal a título do ressarcimento do saldo credor do IPI (Lei 9.779/1999) e do ressarcimento do crédito presumido do IPI (Lei 9.363/1996), bem assim, quanto a este último, dos valores indevidamente glosados pelo Fisco com fulcro na IN SRF 419/2004, devendo ela incidir a partir dos protocolos dos pedidos administrativos respectivos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

V. Remessa oficial não provida. Apelação parcialmente provida.

(Apelação/Reexame Necessário 0027662-95.2010.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 1.600)

*Tributário e Processual Civil. Ação ordinária. Imposto de Renda sobre complementação de aposentadoria. Não incidência da vigência da Lei 7.713/1988. Legitimidade ativa da associação (RE 573.232/SC). Limitação territorial dos efeitos do julgado afastada. Precedentes do STJ. Prescrição quinquenal. LC 118/2005. Termo inicial: vigência da Lei 9.250/1995 ou data da aposentadoria, se posterior. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região. Contribuintes aposentados antes da vigência da Lei 7.713/1988: ausência de bis in idem. Contribuintes aposentados na vigência da Lei 7.713/1988: restituição limitada à data da aposentadoria. Precedentes do STJ. Atualização monetária conforme orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF 267/2013). Compensação dos valores restituídos na declaração de ajuste anual. Possibilidade. Precedentes. Remessa oficial parcialmente provida.*

I. Considerando que, por força do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, o Juízo Federal da Seccional do Distrito Federal possui competência em todo o território nacional, limitando-se a eficácia do julgado apenas à abrangência da associação autora, que, na espécie, é nacional, não há que se falar em limitação dos efeitos do julgado ao âmbito territorial do órgão prolator. Precedentes do STJ.

II. Válida a aplicação do prazo prescricional de cinco (5) anos da Lei Complementar 118/2005 às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005 (RE 566.621/RS, STF, relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, DJe 11/10/2011).

III. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, visto que a incidência tributária ocorreu mensalmente sobre o montante vertido pelo contribuinte no período de vigência da Lei 7.713/1988, a prescrição alcança apenas as parcelas anteriores ao ajuizamento da ação, sendo que somente a partir da vigência da Lei 9.250/1995 é que nasceu a alegada bitributação, quando o imposto passou a incidir apenas sobre o benefício previdenciário.

IV. Surge o direito à repetição do indébito a partir da ocorrência da lesão, ou seja, na data da aposentadoria, quando esta ocorrer na vigência da Lei 9.250/1995; ou a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/1988 ou antes disso. Precedentes desta Corte.

V. No regime da Lei 7.713/1988, as contribuições vertidas pelos associados ao fundo de previdência complementar eram tributadas na fonte, ao passo que a fruição do benefício de aposentadoria não sofria qualquer incidência do Imposto de Renda, situação diversa da observada no regime instituído pela Lei 9.250/1995, onde não há tributação sobre a contribuição, mas sim sobre o benefício.

VI. Tendo o contribuinte se aposentado sob a égide da Lei 7.713/1988, independentemente de ter continuado a contribuir para o fundo de previdência complementar, a restituição dos valores devidos a título de Imposto de

Renda limita-se à data do início do benefício de aposentadoria, pois, a partir daí, não há mais *bis in idem*. Precedentes do STJ.

VII. “Quem se aposentou antes do regime da Lei 7.713/1988 (Lei 4.506/1964, época em que a contribuição era deduzida e o benefício tributado), por certo, mesmo continuando a verter contribuições, atravessou todo o período de vigência do regime da Lei 7.713/1988 (contribuição tributada e benefício isento) gozando da isenção correspondente dos seus benefícios. Sendo assim, não sofreu *bis in idem* (a isenção na saída teria compensado a tributação na entrada). Somente sofreu o *bis in idem* quem verteu contribuições tributadas em maior proporção do que recebeu benefícios isentos para o período da Lei 7.713/1988. Isso somente seria possível se o contribuinte tivesse se aposentado ao final do regime instituído pela Lei 7.713/1988 ou depois, já no regime da Lei 9.250/1995” (REsp 1297586/RS, STJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/08/2012).

VIII. A questão relativa a não incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria e do resgate de contribuições, referente a um terço do montante recolhido para a entidade de previdência privada no período de 1º/01/1989 a 31/12/1995, já resta pacificada pela Primeira Seção do STJ, na sistemática de recursos repetitivos (REsp 101.290-3/RJ).

IX. Atualização monetária do indébito com observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal, inclusive quanto à taxa Selic.

X. Os valores a serem repetidos devem ser compensados com os valores eventualmente já restituídos por ocasião da declaração de ajuste anual do Imposto de Renda, sob pena de se configurar excesso de execução. Precedentes.

XI. Remessa oficial parcialmente provida.

(Reexame Necessário 0014460-60.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 1.590)

*Constitucional. Ação popular. Medida provisória. Declaração de nulidade. Conversão em lei. Validação pelo Congresso Nacional. Inexistência de demonstração de lesão ao patrimônio público. Remessa necessária não provida.*

I. A Medida Provisória 324, de 2006, cuja nulidade se almejava com a ação popular, foi convertida na Lei 11.388, de 14 de dezembro de 2006, por aprovação do Congresso Nacional, no exercício do mister constitucional estatuído no art. 62 e parágrafos da Carta Magna.

II. A aprovação dada pelo Congresso Nacional convalidou as razões que conduziram o então presidente da República à promulgação da medida provisória em questão, tornando prejudicada a discussão no âmbito do Poder Judiciário.

III. Ademais, como bem ressaltado na sentença, o chefe do Poder Executivo Federal entendeu, na ocasião, presentes circunstâncias urgentes que justificavam a liberação de créditos extraordinários, tendo esposado os motivos para a adoção da medida. Diante de tal quadro, não cabia ao Poder Judiciário emitir juízo de valor sobre as decisões políticas adotadas pelo Poder Executivo, em face da inexistência de inconstitucionalidade patente na adoção da medida provisória para a liberação de recursos públicos e tendo em vista a inexistência de demonstração de lesão ao patrimônio público. Tal controle é feito, naturalmente, pelo Congresso Nacional, em regime de urgência, o qual, no caso, deu aval para a abertura do crédito extraordinário. Portanto, não pende mais discussão sobre a constitucionalidade do ato impugnado.

IV. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Numeração única: 0030310-96.2006.4.01.3400, Reexame Necessário 2006.34.00.031077-2/DF, rel. Juiz Federal Bruno Apolinário (convocado), unânime, e-DJF1 de 16/12/2016, p. 2.952)



Desmatamento ilegal da Amazônia



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.

## Quinta Turma

*Administrativo. Ambiental. Mandado de segurança. Infração ambiental. Desmatamento de cobertura florestal nativa. Veículo (trator). Apreensão. Legalidade. Direito de propriedade. Mitigação. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração.*

I. Constatada a infração administrativo-ambiental referente ao transporte irregular de madeira, que se concretizou com a utilização de veículo automotor (trator), afigura-se escorreita a apreensão empreendida pela fiscalização ambiental (*ex vi* dos arts. 25, *caput*, e 72, IV *c/c* o art. 70, *caput*, todos da Lei 9.605/1998, regulamentados pelos arts. 3º, IV, e 47, § 1º, do Decreto 6.514/2008), tendo-se em vista os princípios da precaução e da prevenção, do poluidor-pagador, da responsabilidade social e do desenvolvimento sustentável.

II. O exercício do direito de propriedade não é absoluto, submetido que está aos interesses da coletividade (função social), entre os quais o direito de desfrutar de meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual deve sofrer mitigação quando em confronto com os princípios dirigentes do Direito Ambiental.

III. Não cabe invocar-se, aqui, categorias jurídicas de direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, a descurar-se de sua determinante função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

IV. Não se afigura razoável que a Administração ambiental promova a adequada aplicação da lei, na força determinante do comando constitucional da norma-matriz do art. 225, *caput*, do Texto Magno, com a apreensão dos instrumentos das infrações e os agentes do Poder Judiciário, em excepcional exercício hermenêutico, venha a desmerecê-la no cumprimento da legislação pertinente, em clara e perversa sinalização aos agentes infratores para a continuidade da degradação ambiental, na espécie.

V. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] *O princípio do desenvolvimento sustentável*, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: *o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações*” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006)”.

VI. Nos termos do art. 105, *caput*, do Decreto 6.514/2008, os bens apreendidos devem ficar sob a guarda do órgão ou entidade responsável pela fiscalização ambiental, podendo, “excepcionalmente, ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo”, caso em que caberá à Administração, no exercício do seu poder discricionário, definir sobre quem assumirá esse encargo, dentre as opções previstas nos incisos I e II do art. 106 do referido ato normativo.

VII. Na hipótese em exame, contudo, o ilícito noticiado, que já se operou, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautelas necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descuidar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de precaução, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

VIII. Apelação e remessa oficial providas para cassar a segurança impetrada.

(Apelação/Reexame Necessário 0002807-92.2014.4.01.3603/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de , p. 691)

*Constitucional, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Fraudes no sistema DOF/Ibama. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar. Possibilidade. Danos materiais. Definição do quantum devido. Prova emprestada de ação penal. Possibilidade. Rejeição das preliminares de incompetência da Justiça Federal, de inépcia da inicial e de ilegitimidade passiva ad causam.*

I. “Configura-se manifesta a competência da Justiça Federal, para processar e julgar o feito, mormente em se tratando de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, no exercício regular de suas funções institucionais, cuja presença, no pólo ativo da demanda, por si só, estabelece a competência da justiça federal para processar e julgar a demanda” (AG 0004249-48.2008.4.01.0000/PA, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p. 119 de 10/11/2008), mormente em se tratando de demanda envolvendo a apuração da responsabilidade de dano ambiental causado em área localizada dentro dos limites ecológicos da Floresta Amazônica, constitucionalmente classificada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), a gerar interferência direta no mínimo existencial-ecológico da Amazônia Legal, com reflexos diretos em todos os ecossistemas ali existentes, como no caso. Ademais, em casos assim, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça que “a ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juizes federais processar e julgar ‘as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho’. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.” (REsp 440.002/SE, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195). Rejeição da preliminar de incompetência da Justiça Federal.

II. Na hipótese dos autos, encontrando-se suficientemente delineados os fatos e os fundamentos jurídicos em que repousa a pretensão jurisdicional deduzida na exordial, afasta-se a preliminar de inépcia da petição inicial.

III. Tratando-se de ilícito ambiental decorrente da suposta aquisição fraudulenta de créditos virtuais no sistema eletrônico DOF, como no caso, afiguram-se legitimados a integrar o polo passivo da demanda, além da empresa responsável por tal prática, os seus respectivos sócios. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva.

IV. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal e de “ser admitido o uso emprestado, em ação de improbidade administrativa, do resultado de interceptação telefônica em ação penal. Confira-se: REsp 1297021/PR, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 20/11/2013; REsp 1190244/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 12/05/2011”. (AgRg no AgRg no REsp 1482811/SP, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 25/08/2015, DJe 03/09/2015)

V. “Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da



ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV)” (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 172, de 12/06/2012).

VI. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza *propter rem*” (REsp 1164587/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 13/04/2012).

VII. Demonstrada, na espécie, a ocorrência do dano ambiental, caracterizada pela comercialização ilegal de 9.991,385m<sup>3</sup> (nove mil, novecentos e noventa e um, trezentos e oitenta e cinco metros cúbicos de madeira), bem assim, do dano moral coletivo, resultante da agressão difusa derivada dessa conduta ilícita, impõe-se o dever de indenizar.

VIII. O *quantum* do dano ambiental material haverá de corresponder à multiplicação da quantidade de madeira ilegalmente comercializada (9.991,385m<sup>3</sup>) pelo valor do seu preço médio de mercado, na época — R\$ 929,33 (novecentos e vinte e nove reais e trinta e três centavos), totalizando R\$ 9.285.662,06 (nove milhões, duzentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e sessenta e dois reais e seis centavos).

IX. O dano moral, à míngua de parâmetro legal definido para o seu arbitramento, deve ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto, bem assim em consonância com a função sancionatória e pedagógica da reparação. Na hipótese em exame, sopesados as variáveis elencadas pelo douto Ministério Público Federal, na peça de ingresso, decorrentes da ação agressora dos promovidos, quais sejam: perda de solo e nutrientes; deslocamento de mão de obra; depleção do capital natural; incremento do dióxido de carbono na atmosfera; e diminuição da disponibilidade hídrica, reputa-se razoável, na espécie, fixar o valor da indenização a esse título, no montante correspondente a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

X. Provimento das apelações do Ministério Público Federal e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos naturais Renováveis – Ibama. Sentença reformada, em parte.

XI. Desprovimento dos recursos dos promovidos.

(Numeração única: 0011734-39.2008.4.01.3900, Apelação Cível 2008.39.00.011767-9/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 994)

*Constitucional. Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Exploração de recursos energéticos em área indígena. UHE Teles Pires. Licença de instalação. Autorização do Congresso Nacional e audiência prévia das comunidades indígenas afetadas. Inexistência. Violação à norma do § 3º do art. 231 da Constituição Federal. EIA/RIMA viciado e nulo de pleno direito. Agressão aos princípios de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput), da responsabilidade social, da proibição do retrocesso ecológico e do desenvolvimento sustentável (CF, arts. 225, caput, e 170, VI). Perda superveniente do objeto da demanda. Não ocorrência. Preliminares de nulidade por incompetência do juízo monocrático e de ausência de interesse de agir. Não conhecimento.*

I. Versando a controvérsia instaurada nos autos sobre a regularidade, ou não, do licenciamento ambiental do empreendimento hidrelétrico UHE Teles Pires, a superveniente conclusão desse licenciamento e a concessão da respectiva Licença de Operação, por si sós, não têm o condão de caracterizar a perda superveniente do objeto da demanda, eis que eventual acolhimento da pretensão deduzida acarretará o reconhecimento da ilegitimidade do aludido licenciamento e, por conseguinte, dos demais atos que se lhe seguiram, inclusive, da mencionada Licença de Operação. Preliminar rejeitada.

II. Resolvida, em sede de agravo de instrumento, a discussão envolvendo a suposta ausência de interesse de agir do suplicante e a incompetência do juízo monocrático, como no caso, afigura-se indevida a renovação desse debate, na apelação interposta, sob pena de violação à autoridade da coisa julgada formal e ao princípio da preclusão consumativa. Preliminares não conhecidas.

III. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento sustentável.

IV. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e

comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20) e Conferência de Paris (COP-21, em 2015).

V. Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

VI. Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).

VII. De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal — EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do então Poder Executivo Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do Ibama, como órgão da Administração indireta do próprio Governo Federal, sob rigorosa investigação policial e judicial e já politicamente decaído. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput), da responsabilidade social, da proibição do retrocesso ecológico e desenvolvimento sustentável (CF, arts. 225, caput, e 170, VI).

VIII. Remessa oficial e apelações desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação/Reexame Necessário 0003947-44.2012.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime)

## Sexta Turma

*Civil. Processual Civil. Ambiental. Pedido de desembargo de área. Falta de licenciamento ambiental. Fato confessado pela parte. Validade do auto de infração. Inexistência de perigo da demora. Autuação que persiste há mais de quatro anos. Agravo de instrumento desprovido.*

I. A confissão da parte, de que não possui licenciamento ambiental, ampara a validade do ato de interdição.

II. A eventual demora na expedição do licenciamento ambiental não autoriza a prática de atos contrários à legislação em vigor.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG 0022055-18.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 22/11/2016, p. 2.014)



## Agravo de Instrumento 0064164-47.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra UTE Porto do Itaqui Geração de Energia S/A e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja declarada a nulidade da 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012 relativos ao empreendimento termelétrico UTE Porto do Itaqui, no Município de São Luís/MA, pugnando, ainda, pela imposição de obrigação de fazer, consistente na observância e manutenção dos limites de efluentes atmosféricos inicialmente estipulados na referida licença de operação.

Após regular oitiva dos promovidos, o juízo monocrático deferiu o pedido de tutela de urgência formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a empresa UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA S/A e o Ibama - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, qualificadas (fl. 03), que objetiva o reconhecimento de responsabilidade civil - de natureza ambiental - que decorre da ampliação dos limites da emissão de dióxido de enxofre (SO<sup>2</sup>) pela Usina Termelétrica do Porto do Itaqui.

Em síntese, sustenta que em decorrência de decisão judicial proferida nos autos do processo n.º 74830-02.2015.4.01.3700, o Ibama realizou o monitoramento das emissões atmosféricas produzidas pelo empreendimento e detectou que os parâmetros de dióxido de enxofre (SO<sup>2</sup>), estabelecidos na Licença de Operação n.º 1.101/2012, foram violados.

Narra que a autarquia ambiental, em vez de determinar a correção das irregularidades, conforme determinado naquela decisão judicial, modificou o limite máximo e expediu a 1ª Retificação da Licença de Operação n.º 1.101/2012, de modo que triplicou o volume de emissão de dióxido de enxofre (passando de 400mg/Nm<sup>3</sup> para 1.250mg/Nm<sup>3</sup>, em base seca, corrigido para 6% de oxigênio), em desconformidade com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

Pede o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para que seja determinado 1) ao Ibama, a suspensão dos efeitos da 1ª Retificação da Licença de Operação n.º 1.101/2012 ou medidas equivalentes, especialmente para assegurar a manutenção dos limites de efluentes atmosféricos anteriormente estipulados na LO 1.101/2012, condicionante 2.42, letra g (SO<sup>2</sup> – 400 mg/Nm<sup>3</sup>; MP – 50 mg/Nm<sup>3</sup>); 2) à UTE Porto do Itaqui: a implementação das medidas necessárias à correção dos poluentes emitidos, de modo a alcançar os limites definidos na LO 1.101/2012, condicionante 2.42, letra 'g' (SO<sup>2</sup> – 400 mg/Nm<sup>3</sup>; MP – 50 mg/Nm<sup>3</sup>), inclusive mediante a instalação de eventuais equipamentos necessários à redução de poluentes, modificação da origem do carvão utilizado, conforme determinação da autoridade ambiental.

Inicial instruída com documentos (fls. 32/260).

Manifestação preliminar do Ibama - instruída com documentos (fls. 281/288) - ao argumento de que não houve violação aos motivos determinantes da licença ambiental, tampouco desvio de finalidade do ato administrativo. Acrescenta que apesar do aumento do limite da emissão de SO<sup>2</sup> (para 1.250mg/nm<sup>3</sup>) - autorizado na 1ª Retificação da LO 1.101/2012 -, esse novo parâmetro não viola os padrões de emissões instituídos pela Resolução Conama 08/1990 e os de qualidade do ar previstos na Resolução Conama 03/90. Menciona, por fim, que “os ganhos ambientais decorrentes da reavaliação do limite de emissão do SO<sub>2</sub> da UTE Porto do Itaqui são evidentes e significativos, pois viabilizará o aproveitamento dos resíduos sólidos produzidos pela UTE, o que não estava sendo possível no cenário anterior” (fls. 266/279).

Defesa preliminar – instruída com documentos (fls. 307/377) apresentada pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA S/A (Itaqui) com alegação de inexistência dos requisitos da tutela de urgência. Sustenta que diante da necessidade da usina termelétrica operar ininterruptamente – em decorrência da crise energética nacional -, aquele empreendimento “passou a gerar volume muito elevado de cinzas não aproveitáveis por outros processos produtivos. É que para buscar o limite de emissão de SO<sub>2</sub> previsto na LO 1.101/2012, o empreendedor não consegue fazer com que as cinzas tenham as características necessárias ao aproveitamento por outras indústrias, como as cimenteiras” (fl. 296).

Entende que a retificação da licença de operação promovida pelo Ibama atende ao princípio da legalidade, na medida em que: a) a Resolução n.º 237/97 prevê a modificação das condicionantes previstas em licenças ambientais; b) a Lei n.º 12.305/2010 estabelece prioritário a não geração e a reutilização de resíduos; c) o novo parâmetro de emissão de SO<sup>2</sup> observa os limites máximos de emissão desse gás estipulado na Resolução Conama n. 08/1990 e os padrões de qualidade do ar previstos na Resolução Conama n. 03/1990.

Resposta (Contestação) apresentada pela Itaqui Geração de Energia S/A (Itaqui) na qual ratificam os argumentos deduzidos na manifestação prévia (fls. 380/406 e 407/513).

É o relatório.

Preliminarmente ao exame dos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela de urgência, cumpre destacar a existência de outra ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Ibama com o objetivo de condenar essa autarquia ambiental em obrigação de fazer, consistente no efetivo monitoramento de efluentes atmosféricos produzidos pela UTE PORTO DO ITAQUI (Processo n.º 74830-02.2015.4.01.3700).

Já a presente ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Federal contra a UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA e o Ibama, com o objetivo de declarar a nulidade da 1ª retificação da Licença de Operação 1.101/2012 e compelir a pessoa jurídica corré em implementar medidas necessárias à correção dos poluentes emitidos.

Considero, portanto, que a despeito da interligação dos fatos, há diferenças entre as causas de pedir e pedido, pois esta ação, com fundamento no descumprimento do EIA/RIMA, pretende a nulidade da retificação da referida licença de operação e adoção de medidas necessárias à correção dos gases poluentes. Já aquela ação (Processo 74830-02.2015.4.01.3700) pretende o efetivo controle e monitoramento dos efluentes atmosféricos gerados pela usina termelétrica.

#### 1. DO PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO

Não há que se falar em *periculum in mora inversum*.

Ressalte-se que, mesmo naqueles casos (plano teórico) em que há risco de *periculum in mora inversum*, e a hipótese desta ação civil pública não é uma delas (plano concreto), esta probabilidade (risco) não pode tornar-se obstáculo à concessão da antecipação da tutela quando estiver em causa a própria efetividade do direito; a situação se resolve, então, pela ponderação dos interesses em conflito.

Prevalece, em tais casos (plano teórico), a tutela do direito que se mostra mais provável. No plano processual - e na fase do juízo de cognição sumária -, deve preponderar o direito cuja existência a prova que serve de base à propositura da ação (prova que instrui a petição inicial) aponta-o como o mais provável.

Trata-se de uma categoria própria do processo civil, como o é - a título de exemplo - a do direito líquido e certo 1 no mandado de segurança.

A opção pelo direito mais provável (categoria processual) - na verdade o direito que, de acordo com a prova existente, se mostra como o mais verossímil - não se faz sem exame da verossimilhança deste mesmo direito, pois somente ela (verossimilhança) autoriza sacrificar o direito improvável em benefício do direito provável, até porque o risco na demora da prestação jurisdicional pode decorrer tanto da concessão quanto da denegação da tutela de urgência.

Fica claro, portanto, que a tensão só encontra solução possível através do juízo de ponderação do interesse que se mostra como mais relevante no caso concreto.

Desse modo, admitir-se que o risco inverso autorizaria a vedação da tutela em casos nos quais a verossimilhança do direito afirmado recomenda a sua concessão, seria o mesmo que dizer que a legislação protege o dano e autoriza a prestação de tutela jurisdicional contra direito que se mostra mais verossímil.

Ora, isso equivaleria ao absurdo de prestar tutela (provisória) em favor de quem aparenta não possuir razão.

Portanto, a única conclusão a que se chega é a de que, se existente um direito que se mostra como mais provável (verossímil), a tutela, mesmo que provisória, deve ser prestada exatamente em benefício deste direito, notadamente quando em risco o meio ambiente em sua concepção mais ampla (patrimônio natural), cuja higidez tem função de peculiar relevância para a vida das pessoas e o prejuízo que resultaria do indeferimento da antecipação da tutela excede - demasiadamente - o prejuízo que o processo judicial pretende evitar.

Assim é porque a tutela jurisdicional de urgência está baseada naquilo que a doutrina processual concebe como juízo de verossimilhança preponderante, ou seja, na tutela do direito aparente e nos limites da prova que lhe serve de fundamento.

Seja como for, não parece legítimo que o Poder Judiciário possa recusar-se a prestar tutela jurisdicional a favor de direito que se mostra verossímil e correr o risco de, ao final do processo, reconhecer-lhe (este mesmo direito) apenas a existência teórica.

#### 2. REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

É procedente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O primeiro de seus requisitos - existência de elementos de prova que evidenciem a probabilidade do direito alegado - está presente, ao menos a princípio, na medida em que parte da prova documental produzida sugere que a 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012 - que ampliou o limite de emissão de SO<sup>2</sup> - foi expedida em desacordo com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) aprovado pelo órgão ambiental.

O Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório constituem-se, nas palavras Ana Maria Moreira Marchesan, em prévio diagnóstico do empreendimento, onde são contrapostos os benefícios socioeconômicas e/ou biofísicos aos eventuais danos dele decorrentes e "visa a evitar que um projeto, justificável sob o prisma econômico, ou em relação os interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto para o meio ambiente, pelo que possui incontestável vocação preventiva e precaucional".

A sua confecção se faz necessária, pois, como condicionante ao licenciamento de toda e qualquer atividade causadora de significativa degradação do meio ambiente, como é o caso de usinas termelétricas – conforme especificado na Resolução Conama 001/86, que elenca, em seu art. 2º, rol exemplificativo de atividades em que o significativo impacto ambiental é presumido, dentre elas, a atividade de geração de eletricidade (alínea XI).

Com efeito, o limite de emissão atmosférica de 400mg/Nm<sup>3</sup> de SO<sub>2</sub> previsto na LO 1.101/2012 foi estabelecido “ com base na eficiência dos equipamentos do sistema de controle das emissões atmosféricas apresentada no EIA/RIMA” (Parecer 02001.002029/2015-36 COEND/Ibama, fl. 50) e, ainda segundo esse parecer da autarquia ambiental, “o projeto aprovado pelo Ibama no licenciamento ambiental prevê a não geração de resíduos de cinzas leves pela operação do empreendimento, tendo em vista que as mesmas deveriam ser reaproveitadas, sobretudo, como insumo para as indústrias cimenteiras do DISAL [...]” (fl. 53).

A esse respeito, cumpre esclarecer que a tecnologia utilizada pela UTE PORTO DO ITAQUI para reduzir os índices de emissão de SO<sub>2</sub> na atmosfera compreende o uso de calcário (CaCO<sub>3</sub>) ou cal (CaO). Esses reagentes são utilizados para dessulfurizar os gases e são adicionados, no caso da UTE do PORTO DO ITAQUI, em um equipamento dessulfurizador externo à caldeira (Flue Gas Desulfurization - FGD) cujo tipo é semi-seco (spray dryer absorber – SDA).

Portanto, com a adoção dessa tecnologia de controle de emissão de poluentes atmosféricos, foi estabelecido o limite de emissão de 400 mg/Nm<sup>3</sup> de SO<sub>2</sub>, conforme previsto no EIA/RIMA aprovado pelo Ibama.

A despeito disso, o Ibama informa que, ao analisar o relatório consolidado de emissões atmosféricas e qualidade do ar encaminhado pela UTE PORTO DO ITAQUI, observou que as emissões de SO<sub>2</sub> ultrapassaram o limite previsto na LO 1101/2012 (fl. 101).

Impende evidenciar que, mesmo após a adoção de medidas corretivas para adequação do dessulfurizador (FGD) - em setembro/2013 -, não houve alteração significativa desse cenário, de modo que as emissões de dióxido de enxofre continuaram a ultrapassar o limite estabelecido na citada licença de operação .

Sobre o assunto, o Ibama registrou que “estes resultados indicaram, segundo a ENEVA, que mesmo após as adequações e a estabilização operacional da UTE, e em especial do FGD, não houve aumento significativo da eficiência do abatimento do SO<sub>2</sub> compatível ao proposto no projeto aprovado pelo Ibama, e por consequência, ao exigido na LO 1.101/2012. Reitere-se que não foram apresentadas informações detalhadas sobre a engenharia de controle de processos adotada e sobre o modelo de investigação dos parâmetros, conforme discutido anteriormente neste parecer” (fls. 57/58).

Em outras palavras, constata-se que a tecnologia utilizada pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA para abater as emissões de dióxido de enxofre não funcionou com eficiência , de modo que os parâmetros estabelecidos na licença de operação não foram atendidos.

Além do não atendimento a esses parâmetros, a utilização desse sistema de controle (FGD) produz um resíduo, consistente em cinzas leves com alto teor de sulfato que não são aproveitáveis pelas indústrias cimenteiras. Esse cenário, frise-se, está em desacordo com o projeto aprovado pelo Ibama (fl. 53) e indica a ocorrência de problemas operacionais nessa tecnologia.

Segundo o Relatório Técnico de Avaliação das Emissões de SO<sub>2</sub> e estudo de ciclo de vida do FGD elaborado pela pessoa jurídica Tetra Tech (fls. 408/513), 81,52% das emissões de SO<sub>2</sub> expelidas pelo empreendimento durante o período de 24/11/2013 a 07/10/2014 e antes de serem submetidas ao dessulfurizador (FGD) ficaram abaixo de 1.250 mg/Nm<sup>3</sup> (fl. 487). Desse modo, a UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA requereu a alteração da licença de operação para aumentar limite de emissão de SO<sub>2</sub> para 1.250 mg/Nm<sup>3</sup>.

Vale dizer, de acordo com o estudo apresentado pela UTE ITAQUI, a operação da usina termelétrica até dispensaria a operação da tecnologia prevista no EIA/RIMA, utilizada para reduzir os teores de emissão de SO<sub>2</sub> (FGD) e, em contrapartida, não haveria a produção de cinzas leves (com sulfato), na medida em que não se utilizaria os reagentes calcário (CaCO<sub>3</sub>) ou cal (CaO)!

Nesse contexto, o controle sobre as emissões de dióxido de enxofre, conforme o relatório, seria “primordialmente por meio da utilização de carvões com baixo teor de enxofre, privilegiando-se a atuação sobre o processo produtivo, eliminando ou reduzindo a necessidade do uso de equipamento de controle” (fl. 488).

Isso contraria o EIA/RIMA apresentado para obtenção da licença ambiental, o que pode sugerir ter aquele sido subdimensionado.

Além disso, conforme ponderou o Ibama, a utilização desse novo padrão não assegura a dispensa da tecnologia de dessulfurização (FGD) para certas condições operacionais, pois, a depender dos teores de enxofre do carvão, as concentrações de dióxido de enxofre poderão superar o limite de 1.250 mg/Nm<sup>3</sup> (fl.72).

Parece, pois, que no cenário proposto pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA não há a garantia da ausência de produção de cinzas leves, na medida em que o sistema de abatimento de SO<sub>2</sub> poderá ser acionado. Haveria não só o aumento da emissão do gás na atmosfera, mas também possível produção de cinzas inaproveitáveis.

Para além disso, o Ibama asseverou que “o balizador para definição do novo limite de emissão de SO<sub>2</sub> não deve se restringir ao atendimento do padrão estabelecido na Resolução Conama n. 03/1990, mas sobretudo, àquele que permita a qualificação das cinzas para viabilizar seu aproveitamento econômico em detrimento do seu tratamento como rejeito do processo, o que não foi feito pelo relatório. A exemplo, caso seja necessário utilizar o FGD para atender ao padrão 1250 mg/Nm<sup>3</sup>, ou seja, em 18,48% das emissões, até que ponto haveria o comprometimento da qualificação das cinzas?” (fl. 73).

Quer dizer, o relatório apresentado pela UTE ITAQUI não abordou qual seria a aplicação máxima de cal para se reduzir a emissão de dióxido de enxofre de modo que não produza cinzas leves - como resíduo - que não são aproveitáveis pela indústria cimenteira.

A princípio, parece possível a utilização do sistema de controle de redução das emissões de dióxido de enxofre sem a produção de cinzas com alto teor de sulfito de cálcio (6%). Todavia, essa hipótese não foi contemplada no relatório apresentado pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA.

Entendo, todavia, que os problemas operacionais no sistema de abatimento do dióxido de enxofre (FGD) e o fato da usina termelétrica operar ininterruptamente (fl. 53) – o que ocorre apenas em situações emergenciais – não devem servir de mola propulsora para a ampliação do limite da emissão desse gás, sobretudo diante da análise técnica do Ibama sobre essa tecnologia que serviu de fundamento para a emissão da licença de operação.

Deveria a pessoa jurídica corré apresentar um parecer técnico detalhado sobre as medidas tomadas para tentar corrigir os desvios constatados e, assim, alcançar o parâmetro - relativo à emissão do dióxido de enxofre - estabelecido na licença de operação e gerar cinzas leves com concentrações de sulfito de cálcio que garantam o seu aproveitamento.

Portanto, não me parece razoável a solução proposta pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA, consistente na ampliação dos limites de emissão de SO<sub>2</sub>, em desacordo com o EIA/RIMA e sem uma análise detalhada sobre as medidas tomadas para correção da tecnologia.

Ademais, o Ibama registrou que, apesar de o limite pretendido de emissão de dióxido de enxofre pela UTE PORTO DO ITAQUI GERAÇÃO DE ENERGIA não violar os padrões de qualidade do ar, ele representa 97% da máxima concentração das médias diárias do padrão secundário de qualidade do ar (Resolução Conama 03/1990) e “estabelecer limite de lançamento cuja consequência é a quase saturação das concentrações de SO<sub>2</sub> atmosférico, mesmo que de uma pequena região dentro de um distrito industrial, poderá inviabilizar a instalação de outras indústrias emissoras de SO<sub>2</sub>, no entorno da UTE. Caso este aspecto não seja devidamente observado durante o processo de licenciamento ambiental de novos empreendimentos, a qualidade do ar nesta área fatalmente será afetada” (fl. 73 - grifei).

Conforme pontuou o Ministério Público Federal, com base nas informações disponíveis no sítio eletrônico da CETESB, “o SO<sub>2</sub> presente na atmosfera pode levar a formação de chuva ácida e é precursor dos sulfatos, um dos principais componentes das partículas inaláveis (MP10). Os sulfatos incorporados aos aerossóis são associados à acidificação de corpos d’água, redução de visibilidade, corrosão de edificações, monumentos, estruturas metálicas e condutores elétricos.”

Continua que “a principal via de exposição da população geral ao dióxido de enxofre é a inalatória. Os efeitos adversos da exposição a altos níveis de SO<sub>2</sub> incluem dificuldade respiratória, alteração na defesa dos pulmões, agravamento de doenças respiratórias e cardiovasculares. [...]” (fl. 27).

Demonstrado o sério risco de que haja irreversível degradação ao meio ambiente - inclusive com sérios riscos à saúde das pessoas, sobretudo daquelas instaladas no entorno do empreendimento (fl. 60) -, de inteira aplicabilidade o princípio da prevenção, por meio do qual se busca a melhor (mais eficaz) forma de tutela do meio ambiente contra os danos que se mostram manifestos à vista do grau de verossimilhança dos fatos, os quais sugerem o elevado potencial lesivo da ampliação do limite de emissão do dióxido de enxofre.

Cabe ressaltar que na ideia de prevenção se considera a cessação de atividade real ou potencialmente danosa, ou seja, aquilo que se conhece no âmbito doutrinário como prevenção pela correção na fonte, com a supressão ou impedimento de atividade ou comportamento que esteja na origem da situação ilícita, evitando-se a criação e/ou agravamento do dano ao meio ambiente.

Nesse contexto, não considero desarrazoado antever-se que a continuidade da emissão de dióxido de enxofre em descompasso com o EIA/RIMA pode servir à consolidação de uma situação de gravíssima degradação ambiental.

Havendo risco de manutenção de atividade degradante, com a ampliação do panorama de devastação já constituído, é necessária a concessão de medida de urgência, a fim de resguardar, durante a discussão regular do litígio, o direito ao meio ambiente sadio.

Nisso reside a urgência da tutela.

Com tais considerações, DEFIRO o pedido de tutela de urgência para determinar:

1) ao Ibama que providencie a imediata suspensão dos efeitos da 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012 ou medidas equivalentes, especialmente para assegurar a manutenção dos limites de efluentes atmosféricos anteriormente estipulados na LO 1.101/2012, condicionante 2.41, letra g (SO<sub>2</sub> – 400 mg/Nm<sup>3</sup>; MP – 50 mg/Nm<sup>3</sup>);



2) à UTE Porto do Itaqui que promova a imediata implementação das medidas necessárias à correção dos poluentes emitidos, de modo a alcançar os limites definidos na LO 1.101/2012, condicionante 2.41, letra 'g' ( $SO_2$  – 400 mg/Nm<sup>3</sup>; MP – 50 mg/Nm<sup>3</sup>), inclusive mediante a instalação de outros equipamentos ou tecnologias necessários à redução de poluentes.

Citem-se e intemem-se.

\*\*\*

Em suas razões recursais, a recorrente reitera os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático, asseverando que, além do manifesto descabimento da declaração de invalidade, em sede liminar, de ato administrativo praticado por autoridade competente, como no caso, em que se suspendera a eficácia da 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012, expedida pelo Ibama, no exercício regular de suas funções institucionais e respeitados os atos normativos de regência, a decisão agravada teria se amparado em premissas equivocadas. Nesse sentido, destaca:

(i) Inexistência de probabilidade do direito: não há como se reconhecer probabilidade do direito às alegações do MPF, visto que questiona ato administrativo emitido por autoridade competente, com base em pareceres tecnicamente robustos, elaborados após extensa análise dos estudos ambientais exigidos para subsidiar a avaliação do caso e com fundamento na legislação vigente. Naturalmente, não cabe ao Poder Judiciário substituir o ente licenciador e definir, em decisão liminar, quais medidas mitigadoras e compensatórias devem ser observadas;

(ii) Inexistência de perigo de dano: tampouco é possível se cogitar de perigo de dano, pois as emissões de  $SO_2$  no novo limite proposto atendem estritamente às previsões das Resoluções Conama 08/1990 e 382/2006. Adicionalmente, a qualidade do ar na região está em consonância com os padrões previstos pela Resolução Conama 03/1990;

(iii) Periculum in mora inverso: a concessão da tutela requerida acarreta grave periculum in mora inverso. Isso porque a decisão, nos termos em que proferida, impede a continuidade das atividades de geração de energia, impondo inaceitável e injustificável prejuízo não apenas à Agravante, mas também à segurança elétrica e energética do Sistema Interligado Nacional, como esclarecido pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico ("ONS") na Nota Técnica nº NT ONS – 0128/2016 (doc. 15). Ademais, a decisão é lesiva ao próprio meio ambiente. Como se verá, a motivação do Ibama para retificar a LO foi exatamente melhorar o controle ambiental. Após longa e fundamentada análise, a maior autoridade ambiental do Brasil entendeu que, do ponto de vista estritamente ambiental, era essa a alternativa mais adequada.

Deve-se considerar ainda que muitos prejuízos serão causados à ordem e à economia públicas, pois UTE Itaqui com Potência Instalada de 360 MW é indispensável à confiabilidade do Submercado Nordeste do Sistema Interligado Nacional ("SIN"). Além disso, a decisão agravada coloca em risco a própria função social da UTE Itaqui com imposição de condição impossível de ser cumprida, colocando em risco empregos na região, fornecedores e demais empresas ligadas ao empreendimento. Tudo isso, quando se sabe que se trata de usina vencedora de leilão público, em operação desde 2013, autorizada pelo Ministério de Minas e Energia e pela Agência Reguladora, devidamente licenciada e avalizada por todos os órgãos e esferas governamentais [...].

\*\*\*

Destaca, ainda, a recorrente, que a alteração em referência, além de se encontrar perfeitamente enquadrada nos limites estabelecidos nos atos normativos de regência, notadamente aquele estabelecido na Resolução Conama 8/1990, que, ao definir os limites máximos de emissão para partículas totais e dióxido de enxofre ( $SO_2$ ), fixou em 2.000 mg/Mkcal (dois mil gramas por milhão de quilocalorias), para as Áreas II e III (caso da recorrente), correspondendo a 1.386 mg/Nm<sup>3</sup>, conforme assim definido pelo próprio Ibama, decorreu da posterior constatação da sua inviabilidade técnica da *"operação em atendimento ao padrão de lançamento de dióxido de enxofre originalmente definido, sem produzir rejeitos (cinzas) inutilizáveis"*, ou seja, *"o índice original de emissão, muitíssimo inferior ao padrão legal, mostrou-se inexequível. Além disso, a operação com foco da redução da emissão de gases poluentes resultou inevitavelmente na indesejável geração de cinzas inaproveitáveis, contribuindo para a formação de grande passivo ambiental"*.

\*\*\*

Registro, inicialmente, que, em princípio, a decisão agravada afina-se com a tutela cautelar 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.

Há de ver-se, ainda, que, em homenagem à tutela ambiental acima referida, ações agressoras do meio ambiente devem ser rechaçadas e inibidas, com vistas na preservação ambiental, em referência.

Na espécie dos autos, contudo, a suposta agressão noticiada, que já teria se operado, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautela necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de prevenção, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

Registre-se, por oportuno, que, na inteligência jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o *princípio da proibição do retrocesso ecológico, em defesa do meio ambiente equilibrado* autoriza o entendimento de que

[...] o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). (AgRg no AREsp 327.687/SP, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.)

Na hipótese dos autos, conforme bem acentuado no *decisum* impugnado, a alteração da licença de operação levada a efeito pelo Ibama estaria a violar os termos do próprio EIA/RIMA que lhe fora previamente submetido à apreciação e aprovação, na medida em que altera o limite estabelecido na condicionante 2.41 g da referida licença, para fins de emissão de dióxido de enxofre, em 400,00 mg/Nm<sup>3</sup>.

A equipe técnica do Ibama motivou a alteração em destaque, com estas letras:

Com base nas análises dos Pareceres, Notas Técnicas, vistorias, reuniões técnicas, Ofícios e Despachos elaborados sobre o atendimento às condicionantes da LO, a necessidade de retificação e a solicitação de reavaliação das emissões de Dióxido de Enxofre, conclui-se que: (i) os ganhos ambientais decorrentes da reavaliação do limite de emissão de SO<sub>2</sub> da UTE Porto do Itaqui são evidentes e significativos, além de ter respaldo técnico e legal, sobretudo da Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; (ii) apesar do novo limite de emissão de

SO<sub>2</sub> proposto pela UTE Porto do Itaqui não violar os padrões de emissões legalmente instituídos, considera-se pertinente que a autorização definitiva do Ibama somente seja concedida após o período de um ano de testes, adotando-se o limite máximo de SO<sub>2</sub> em 1.250 mg/Nm<sup>3</sup> e o limite alvo como sendo 880,0 mg/Nm<sup>3</sup>.

Acerca da previsão normativa para a alteração em referência, impende destacar que a Resolução Conama 237/1997 assim dispõe:

Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

- I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.
- II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.
- III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Vê-se, assim, que, verificadas uma das referidas premissas, como no caso, poderá o órgão ambiental proceder à modificação das condicionantes antes estabelecidas, não se vislumbrando, num exame superficial, sob esse viés, qualquer irregularidade na mencionada alteração.

De ver-se, porém, que, segundo consignado na avaliação técnica levada a efeito pelo Ibama, "*o limite de emissão atmosférica de 400mg/Nm<sup>3</sup> de SO<sub>2</sub> estabelecido no item g da Condicionante 2.41 da LO 1.101/2012 foi definido com base na eficiência dos equipamentos do sistema de controle das emissões atmosféricas apresentada no EIA/RIMA*".

Assim, para fins de avaliação da legitimidade, ou não, da alteração da referida condicionante, impõe-se a submissão da matéria ao exame da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do EIA/RIMA, que deliberará acerca da eventual adequação da referida alteração, às premissas anteriormente definidas.

De ver-se, assim, que, a despeito das louváveis e bem lançadas medidas impostas pelo juízo monocrático, em manifesta sintonia com o princípio da prevenção em prol do meio ambiente equilibrado, mas, sopesando os efeitos decorrentes dos reclamos da população servida pelo fornecimento de energia elétrica produzida pela

empresa recorrente, *impõe-se, na espécie, em caráter excepcional, a fim de se evitar solução de continuidade em tal fornecimento, a manutenção provisória da eficácia da sobretida alteração da condicionante em referência, de forma a viabilizar o regular prosseguimento das atividades da UTE Itaquí, nos termos ali estabelecidos, até o pronunciamento da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do EIA/Rima, no prazo razoável de 45 (quarenta e cinco) dias, podendo, inclusive, proceder à indicação de soluções tecnológicas alternativas, visando a máxima redução de emissão dos mencionados poluentes, comunicando-se, nestes autos, oportunamente, as conclusões do mencionado estudo técnico-ambiental.*

\*\*\*

Com estas considerações, *defiro, parcialmente, si et in quantum*, o pedido de tutela provisória e de urgência formulado na inicial, para sobrestar a eficácia da decisão agravada, determinando, contudo, à recorrente e ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama que submetam, a sobrealudida 1ª Retificação da Licença de Operação 1.101/2012 à avaliação da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do EIA/Rima relativo ao empreendimento termelétrico descrito nos autos, para, no prazo de 10 (dez) dias, após a conclusão dos aludidos estudos, pronunciar-se acerca da sua eventual adequação aos termos das premissas ali anteriormente estabelecidas e proceder à indicação de soluções tecnológicas alternativas, visando a máxima redução de emissão dos poluentes descritos nestes autos, facultando-se ao douto Ministério Público Federal o acompanhamento dos aludidos estudos e de suas conclusões técnicas na dimensão do interesse público ambiental.

(Agravamento de Instrumento 0064164-47.2016.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 09/11/2016, p. 738)

## Agravamento de Instrumento 0052744-45.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Vistos etc.

Trata-se de agravamento de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão que deferiu a imissão provisória na posse pela União em área expropriada de posse do agravante.

Alegam os agravantes que *“o Eminent Juízo a quo deixou de fundamentar sua decisão, na medida em que se restringiu a fazer ilações sobre razoabilidade do valor ofertado unilateralmente pela CES”* (Companhia Energética Sinop S/A).

Não fora isso, os agravantes alegam que a decisão de primeiro grau não pode prevalecer visto que o imóvel está sob o pálio de medida cautelar de produção antecipada de prova pericial de avaliação, perante o Juízo da Vara Única de Itaúba/MT. Assim deveria o juízo federal esperar o cumprimento da determinação do juízo comum para, então, ordenar a imissão na posse do imóvel do agravante.

Acrescentam ser imprescindível prévia avaliação para que o órgão municipal venha a fixar a indenização e assim imitar-se na posse do imóvel expropriado, sendo que a avaliação unilateralmente proposta pelo expropriante fora muito abaixo do real valor do bem.

Relatei.

Decido.

A decisão agravada está posta nestes termos:

Dispõe o §1º do art. 15 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 que a imissão provisória poderá ser feita independente da citação do réu mediante o depósito da quantia ofertada. In casu, a expropriante justifica o quantum indenizatório ofertado, à luz de apuração baseada em pesquisas de preço e levando em consideração as particularidades do imóvel em relação a outros da mesma região. Deste modo, tenho que, eminentemente para fins de reconhecimento das formalidades legais exigidas para o deferimento do pleito liminar, as informações trazidas pela expropriante são suficientes. Ademais, conforme já assentado pelo STF, no julgamento do RE 184069, Rel. Min. Néri da Silveira, o depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo, conforme art. 5º, XXIV, da Constituição. É dizer, a indenização definitiva somente será fixada após a regular instrução probatória. Por outro lado, a questão do desapossamento é consequência indiscutível do decreto expropriatório, cabendo

apenas ao Juízo a fixação do momento apropriado para sua efetivação. Destarte, considerando as razões já expendidas, A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE DEVE SER DEFERIDA. Junte-se a petição protocolo n. 13164, acostada à contracapa. Considerando que o depósito já foi efetuado, conforme petição supracitada, expeça-se de imediato o necessário para cumprimento da ordem acima. Citem-se os expropriados.

Primeiramente cumpre frisar que o interesse da União, no presente caso, não é aquele meramente econômico que impede o deslocamento da competência para a Justiça Federal (AgRg no AREsp 392.006/PR – rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T. *DJe* 12/11/2013), visto que a desapropriação de que trata o caso em tela visa à construção de Usina Hidrelétrica, logo, evidencia-se o interesse público já que o desate da lide será de importância para a realização de obra de infraestrutura energética da região. Não fora isso, o ato de desapropriação é ato de império, próprio e exclusivo do Estado, presente, portanto, o interesse da União (AC 0005478-42.2005.4.01.3300/BA, 6ª T., rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, *e-DJF1* de 22/10/2012, p. 45).

Nesse passo, entendo que a competência para o julgamento da lide é da Justiça Federal, sendo que a cautelar concedida pelo juízo comum estadual de Itaúba é nula, eis que concedida por magistrado absolutamente incompetente.

Em segundo lugar, o pedido liminar do presente agravo confunde-se com o próprio mérito da causa, visto que pretende a perícia prévia para modificar o valor da oferta inicial e só então a União imitar-se na posse do imóvel expropriado. Aspira a agravante esgotar o pedido que deve ser feito em sede de processo cognitivo.

Nesta senda, é importante, de um lado, frisar que o STJ decidiu que a imissão prévia só pode ser efetivada se a avaliação for fundada em valor atualizado do ano fiscal imediatamente anterior à imissão, conforme se pode observar do aresto abaixo:

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. DEPÓSITO JUDICIAL. VALOR FIXADO PELO MUNICÍPIO OU VALOR CADASTRAL DO IMÓVEL (IMPOSTO TERRITORIAL URBANO OU RURAL) OU VALOR FIXADO EM PERÍCIA JUDICIAL.

- Diante do que dispõe o art. 15, § 1º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, o depósito judicial do valor simplesmente apurado pelo corpo técnico do ente público, sendo inferior ao valor arbitrado por perito judicial e ao valor cadastral do imóvel, não viabiliza a imissão provisória na posse.

- O valor cadastral do imóvel, vinculado ao imposto territorial rural ou urbano, somente pode ser adotado para satisfazer o requisito do depósito judicial se tiver “sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior” (art. 15, § 1º, alínea “c”, do Decreto-Lei n. 3.365/1941).

[...]

- Revela-se necessário, no caso em debate, para efeito de viabilizar a imissão provisória na posse, que a municipalidade deposite o valor já obtido na perícia judicial provisória, na qual se buscou alcançar o valor mais atual do imóvel objeto da apropriação.

Recurso especial improvido. (REsp 1185583 / SP, 1ª Seção, rel.: Min. Cesar Asfor Rocha, *DJe* de 28/08/2012).

Assim é que o valor depositado, ao contrário do que afirmam os agravantes, foi calculado adotando-se como base o valor cadastral do IPTU do ano de 2015 (fl. 64, item 18). Logo, sob este aspecto, a avaliação prévia encontra-se em sintonia com a jurisprudência da Corte Superior.

De outro lado, a urgência no presente caso está vinculada não ao interesse do particular, visto que o imóvel expropriado não lhe serve de moradia e, em sua maior parte, é composto por cobertura nativa (fls. 63, item 13, e 64, 16), não lhe causando nenhum prejuízo irreparável ou que não lhe seja compensado por meio dos consectários legais que remunerarão o autor pela perda do imóvel e pela eventual demora no pagamento.

Há urgência, sim, da parte da União (fls. 61-62), visto que há interesse público envolvido na efetivação de obra que visa, repito, instalar usina que implementará ou incrementará a oferta de energia elétrica na região (vide laudo, fls. 133-135), o que, por si, justificaria a imediata imissão na posse, se não, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE. PRÉVIA PERÍCIA JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE URGÊNCIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Regional tem admitido a imissão provisória na posse de imóvel objeto de ação de desapropriação sem prévia avaliação judicial quando demonstrada a urgência por parte do ente expropriante.

2. No caso, a falta de avaliação judicial prévia constitui óbice à integral execução da medida deferida, tendo em vista que se a perícia for realizada somente após a destruição das benfeitorias existentes no imóvel, por certo as suas conclusões não espelharão corretamente a realidade. Diante desse quadro, a imissão provisória na posse se dará unicamente sobre a área correspondente à terra nua do imóvel expropriando, preservando-se a benfeitoria existente no local até a realização de perícia judicial.

3. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AG 0019759-57.2015.4.01.0000 / MG, 3ªT, rel.: Des. Federal Monica Sifuentes, e-DJF1 de 18/11/2015, p. 851)

Nesse aspecto, correta a decisão singular, que imitiu a empresa energética, e, de consequência, a União, na posse mediante depósito prévio.

Assim é que, à primeira vista, inexistentes a verossimilhança das alegações dos agravantes, de iminência de dano irreparável ou de difícil reparação e ainda de *periculum in mora*, é de se negar o efeito suspensivo pretendido.

(Agravo de Instrumento 0052744-45.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, e-DJF1 de 08/11/2016, p. 307)

### Agravo de Instrumento 0066680-74.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por *Maria Guimarães Ferreira* impugnando decisão — proferida pelo Juiz de Direito Ademir Bernardes de Araújo Filho, da comarca de São Gotardo (MG) — que “[...] após a juntada da petição requerendo o destacamento dos honorários com cópia do contrato [...], indeferiu o pedido de destaque dos honorários contratuais, reduzindo ao montante de 20% (vinte por cento), [...]”.

Requer, pois, “[...] seja feito o destacamento dos honorários advocatícios no percentual de 40% (quarenta por cento do RPV), conforme pedido feito as fls [...], em anexo, respeitando assim o contrato feito entre as partes”.

Tendo em vista o Enunciado Administrativo 2 do eg. STJ, versando sobre as regras de transição, em razão da entrada em vigor do novo CPC, bem como em observância ao Princípio do *tempus regit actum*, passo à análise da admissibilidade do presente incidente recursal, tomando por base a legislação em vigor à época da decisão agravada:

A decisão ora agravada está assim redigida:

Conforme decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública, tombada sob o nº 0621.14.003762-6 ocasião em que restou deferida medida liminar determinando que, em todos os processos que a Drª Adrina Freitas Barbosa de Oliveira figure como advogada, os honorários advocatícios convencionados pelas partes se limitariam a 20% do valor a ser recebido por elas, determino a expedição de alvarás judiciais nos moldes como consignado na decisão subdimensionada, restando, pois, INDEFERIDO, o requerimento retro.

Em que pese as alegações da parte agravante, não vislumbro como possa prosperar o presente incidente recursal, haja vista que o ilustre magistrado de 1º Grau — em competência delegada (art. 109, § 3º da CF/1988) — indeferiu o pedido da parte recorrente com base em decisão liminar limitadora de valor de honorários em demandas previdenciárias. Ou seja, em ação civil pública ajuizada com vistas a obter a revisão de cláusulas abusivas em contratos celebrados entre advogados e segurados da Previdência Social.

A referida liminar foi concedida nos termos seguintes:

Autos nº 0621.14.0037626

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública com pedido de liminar ajuizada pelo Ministério Público Estadual, por seu órgão de execução, em face de Adriana de Freitas Barbosa de Oliveira e Márcio Aurélio Ferreira Pessoa.

Aduz, em síntese, que:

Instaurou-se inquérito civil para apurar eventual cobrança desarrazoada de honorários advocatícios decorrentes de ajuizamento e acompanhamento de ações previdenciárias visando a aposentadoria de diversos idosos na Comarca de São Gotardo/MG;

os contratos de honorários advocatícios firmados eram contratos padrões e que eram apresentados a todos os clientes, os quais aderiam aos seus termos sem maiores esclarecimentos acerca das suas obrigações;

também restou demonstrado que a ré Adriana é militante em várias comarcas da região, notadamente em processos envolvendo aposentadorias;

na qualidade de advogada atuava com o apoio do corréu Márcio Aurélio, o qual, não obstante seja apenas bacharel em Direito, se apresentava como advogado, não possuindo inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;

a ré aproveitando-se da necessidade dos idosos em se aposentar, bem como da sua simplicidade, apresentava-lhes documentos para serem assinados, sendo que, sem saberem ao certo teor, comprometiam-se a pagar à requerida o percentual de 50% (cinquenta por cento) de tudo que fosse auferida a título atrasados de aposentadoria e ainda 05 (cinco) salários mínimos a título de custo operacional do processo, os quais eram pagos tão logo fosse deferida a antecipação de tutela;

não satisfeita em receber vultosas quantias estabelecidas nos contratos, a ré, ao receber os alvarás judiciais referentes aos benefícios atrasados pagos pelo INSS por várias vezes se apropriava dos valores integrais de propriedade dos ofendidos.

Pede, liminarmente, a declaração da nulidade das procurações conferidas à parte ré por idosos da Comarca de São Gotardo, no que se refere aos poderes para receber ou autorizar o levantamento de valores depositados em contas judiciais pelo INSS em razão de ação previdenciária que tramitou nesta Comarca, bem como para que os alvarás doravante sejam expedidos e entregues somente à parte e que fiquem depositados em juízo o percentual de 20% a título de honorários advocatícios para serem levantados com o advento da decisão judicial definitiva ou, alternativamente, a supressão e correção dos contratos de honorários por ocasião da expedição dos respectivos alvarás de levantamento dos benefícios atrasados nas ações previdenciárias patrocinadas pela requerida; a expedição de ofício à instituição financeira informando a declaração judicial, em medida liminar, de nulidade das procurações; o reconhecimento da abusividade dos honorários advocatícios nos percentuais praticados pela demanda, condenando a ré à obrigação de não fazer, consistente em não cobrar honorários das causas previdenciárias de idosos em valores abusivos, sob pena de multa; sejam os alvarás expedidos entregues somente à parte, até o deslinde da presente ação civil pública, reservando-se o direito das vítimas idosas a serem assistidas por um curador judicial, caso haja necessidade de assistência jurídica por ocasião dos acertos dos honorários dos aposentados junto a ré. No mérito pretende seja julgada procedente a presente ação.

Acompanha a inicial o inquérito civil nº MPMG0621.14.0000152

(ff..35/775).

É a síntese do necessário. Decido.

O artigo 12, da Lei 7.347/85, diploma legal que rege a ação civil pública, estabelece a possibilidade de concessão, pelo Juízo, de medida liminar.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Desse modo, tem-se que, presentes os requisitos gerais das liminares, consistentes no perigo da demora (*periculum in mora*) e na fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), o juiz deverá conceder a medida liminar pleiteada.

Este o entendimento doutrinário:

“preenchidos os pressupostos legais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, deve o juiz conceder a liminar, não havendo necessidade de justificação prévia. Ausentes os pressupostos legais, deve indeferir a liminar. Sendo necessária a realização de audiência para a comprovação dos requisitos legais, deve o magistrado designar justificação prévia, determinando a citação do requerido. (NERY Júnior, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. Nota 2 ao art. 12 da Lei 7.347/85).

A jurisprudência do Eg. TJMG não discrepa de tal entendimento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO CIVIL PÚBLICA PEDIDO LIMINAR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DECISÃO MANTIDA RECURSO DESPROVIDO. Para que seja deferido pedido liminar, deve a parte requerente demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Restando ausente um dos requisitos, deve ser mantida a decisão que indeferiu a liminar pleiteada. (Agravo de Instrumento Cv 1.0701.13.0056438/001, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/11/2013, publicação da súmula em 02/12/2013)

É cediço que, por perigo da demora (*periculum in mora*), entende-se a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte, caso aguarde pelo seu reconhecimento na decisão de mérito e, por fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), a pertinência do fundamento em que se alicerça o pleito contido na exordial.

Desta forma, passa-se à análise da existência dos requisitos necessários ao deferimento da medida liminar pleiteada.

Trata-se de ação civil pública na qual o Ministério Público pleiteia a concessão de medida liminar a fim de que seja declarada a nulidade das procurações conferidas à parte ré por idosos da Comarca de São Gotardo, no que se refere aos poderes para receber ou autorizar o levantamento de valores depositados em contas judiciais pelo INSS em razão de ação previdenciária que tramitou nesta Comarca, bem como para que os alvarás doravante sejam expedidos e entregues somente

à parte e que fiquem depositados em juízo o percentual de 20% a título de honorários advocatícios para serem levantados com o advento da decisão judicial definitiva ou, alternativamente, a supressão e correção dos contratos de honorários por ocasião da expedição dos respectivos alvarás de levantamento dos benefícios atrasados nas ações previdenciárias patrocinadas pela requerida; seja deferida a expedição de ofício à instituição financeira informando a declaração judicial, em medida liminar, de nulidade das procurações; o reconhecimento da abusividade dos honorários advocatícios nos percentuais praticados pela demanda, condenando a ré à obrigação de não fazer, consistente em não cobrar honorários das causas previdenciárias de idosos em valores abusivos, sob pena de multa; sejam os alvarás expedidos entregues somente à parte, até o deslinde da presente ação civil pública, reservando-se o direito das vítimas idosas a serem assistidas por um curador judicial, caso haja necessidade de assistência jurídica por ocasião dos acertos dos honorários dos aposentados junto a ré.

Pois bem.

Compulsando os autos verifico que se fazem presentes, prima face, os requisitos legais para concessão da medida liminar, sendo o caso de seu deferimento pelos motivos a seguir expostos.

O Estatuto da Advocacia e da OAB Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, assegura aos advogados o direito à percepção dos honorários convencionados, fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência ao dispor que:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Da análise dos presentes autos constata-se que os contratos de honorários advocatícios avençados pela parte requerida evidenciam a celebração de uma avença com a cláusula quota litis, ou seja, a pactuação se deu sob a forma de contrato de risco ou aleatório, no qual a procuradora faria jus a honorários de sucumbência, na hipótese de êxito na ação.

Os contratos aleatórios são expressamente autorizados pelo artigo 38 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil ao ordenar:

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de

honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

Assim, verifica-se que os honorários são livremente pactuados entre as partes, contudo, a legislação fixa limites à liberdade negocial ao prever que as verbas convencionadas, cumuladas com os valores de decorrentes de sucumbência, não podem ser superiores ao proveito que a parte auferirá com a demanda.

Percebe-se, dessa maneira, que o ordenamento jurídico pátrio veda que o causídico aufrá proveito econômico superior ao da pessoa que teve seu direito violado, porquanto o somatório das verbas honorárias, incluídas de todas as naturezas (contratuais – quota litis – e sucumbenciais) não pode superar o valor que couber à parte do processo.

Dessarte, tem-se que os clientes da primeira ré compareceram ao Ministério Público, tendo relatado que com ela pactuaram o pagamento de honorários advocatícios no importe de cinco salários mínimos, sendo que não perceberam os valores previdenciários reconhecidos em sentenças, como se vislumbra dos documentos de ff. 44/45, 51/52, 55/56, 64/65.

Não obstante, tem-se que a secretária da ré, Sra. Maristela Delfina Souza Londe, relatou perante o parquet ter ciência de que eram pactuados honorários no importe de cinco salários mínimos e cinquenta por cento dos valores retroativos reconhecidos em sentença, conforme declarações de ff. 73/76.

Neste norte, o segundo réu, ao prestar esclarecimentos perante a Promotoria de Justiça, afirmou que era cobrado o importe de cinco salários mínimos, como custo operacional do processo, bem como o montante de cinquenta por cento dos valores retroativos como honorários advocatícios, como se depreende do documento de ff. 105/107.

Da análise dos contratos de prestação de serviços advocatícios colacionados aos autos às ff. 108/115, tem-se que o contratante ficava obrigado ao pagamento de honorários no importe de 50% (cinquenta por cento) sobre a quantia a ser recebida, bem como ao pagamento de 05 (cinco) salários mínimos, intercalados, ao início do processo, além de obrigar-se ao pagamento de todas as despesas necessárias ao andamento do feito, conforme cláusula IV dos instrumentos contratuais.

Desse modo, restou demonstrada a existência de indícios suficientes de que os réus percebiam exacerbados montantes a título de honorários advocatícios em detrimento dos valores percebidos pelos seus clientes, na medida em que, além de terem de arcar com os custos processuais, teriam que adimplir honorários no importe de cinco salários mínimos e de 50% dos valores retroativos reconhecidos em sentença.

Diante de tais fatos, restam evidentes os indícios de que os réus percebiam valores superiores aos seus clientes, porquanto além desses honorários contratuais, os quais, por si só, já seriam acima do percentual admitido em lei, recebiam honorários de sucumbência.

Ademais, importante frisar que os valores retroativos percebidos pelas partes, referente aos benefícios previdenciários pleiteados em Juízo detém caráter alimentício, impondo-se, ainda mais, o dever de velar que as relações contratuais sejam constituídas sob o manto da boa fé e da equivalência de interesses.

Lado outro, os réus advogavam apenas em causas previdenciárias lidando, em sua quase totalidade, com idosos e hipossuficientes, razão pela qual não se pode querer que a vontade das partes prevaleça de maneira incontestada, cabendo ao Poder Judiciário restaurar o equilíbrio de tais relações negociais, adequando-as de acordo com o princípio da boa fé objetiva.

É cediço que ordem jurídica instituída com a Constituição de 1988, estabeleceu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e, para sua garantia, elegeu certos grupos de minorias como merecedores de especial atenção, como os idosos, crianças, adolescentes, mulheres, tendo a legislação infraconstitucional se incumbido de regulamentar tal proteção.

Destarte, verifica-se que as diversas leis que regulamentam a proteção a tais grupos formam um verdadeiro microsistema jurídico a tutelar as minorias que a Constituição elegeu como merecedoras de prioritária atenção, sendo certo que estes diplomas legais prescrevem o princípio da proteção integral a tais parcelas da população.

Assim, entendo que os valores pactuados a título de honorários devem ser revistos, de modo a restaurar o equilíbrio dos contratantes, considerando -se, principalmente, que os aderentes são, em sua maioria, pessoas pobres, idosos e poucos recursos e instrução, as quais não detêm capacidade para se opor à cláusulas

manifestamente abusivas e desvantajosas, como os honorários pactuados.

Neste norte, entendo adequado e razoável limitar-se os honorários convencionados a 20% do valor a ser recebido pela parte nos processos previdenciários, notadamente porque os réus já percebem, de modo antecipado, o montante de cinco salários mínimos, a título de honorários, expedindo-se alvará de levantamento em nome da parte autora quanto aos outros 80% do valor depositado.

Este o entendimento do Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURAÇÃO. PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. ALVARÁ. EXPEDIÇÃO EM NOME DO ADVOGADO OU DA PARTE BENEFICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO. RESOLUÇÃO 168/2011 CJF. VALOR EXCESSIVO. BOAFÉ.

PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. ÉTICA. AFRONTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A faculdade outorgada ao advogado que detém poderes para receber e dar quitação não impede que o alvará a ser expedido o seja em nome do beneficiário direto do crédito a ser levantado, ou seja, a própria parte exequente.

2. Não há direito líquido e certo de as impetrantes terem expedidos, em seu nome, necessariamente, os alvarás de levantamento de valores depositados em juízo, ainda que possuam poderes para receber e dar quitação, uma vez que a procuração outorgada pela parte exequente não retira desta o direito de receber referidos valores, já que é o próprio titular do direito.

3. É firme o posicionamento desta Corte de que, no caso de ter sido juntado aos autos, a tempo e modo, contrato de honorários firmado entre o causídico e a parte, referido valor poderá ser destacado, a fim de garantir que cada um receba o que lhe é de direito, resguardando o direito inalienável da parte de receber os seus créditos pessoalmente, bem como o do advogado de receber a contraprestação pelos serviços prestados, a teor do disposto na Resolução nº 168/2011 do CJF.

4. Dispõe o contrato de honorários firmado (cláusula segunda fls.

174/175) que, "Em pagamento pelos serviços prestados, o contratante se

compromete a pagar- lhe, a título de honorários advocatícios o montante equivalente a um salário mínimo, mensalmente, durante o período compreendido entre a propositura da ação e o final do processo, considerando-se como final do processo o dia do recebimento dos respectivos atrasados ou o dia do início do pagamento do benefício previdenciário pretendido, que, não sendo coincidente,

prevalece a última data."

5. Versando os autos sobre aposentadoria rural por idade, verifica-se que os honorários advocatícios pactuados correspondem à totalidade do benefício devido à parte autora, configurando, portanto, valor excessivo, em evidente afronta à boa-fé do contratante, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, à ética que deve permear a conduta do profissional.

6. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado. (TRF1, MS 002217855.2012.4.01.0000/MG, 1ª Seção, Relatora Desembargadora Federal Ângela Catão, eDJF1 de 09/11/2012, p. 374) (negritei).

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, "a", da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.



2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

3. Consustancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida. (STJ, REsp 1155200/DF, 3ª Turma do STJ, Relatora p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 02/03/2011). (negritei)

Importante acrescentar que é necessário que os alvarás para recebimento dos valores referentes aos benefícios previdenciários em atraso sejam expedidos diretamente em nome da parte, com o decote do montante estabelecido como honorários advocatícios, a uma porque há nos autos indícios de que os réus tenham se apropriado indevidamente dos valores que caberiam aos seus clientes, a duas porque seus clientes são de hipossuficientes, idosos, com baixa instrução, sendo facilmente influenciáveis, tornando ineficaz a medida antecipatória ora deferida.

Os demais pleitos liminares formulados pelo parquet já serão plenamente atendidos com a revisão, em sede antecipatória, do valor dos honorários e a determinação de entrega dos alvarás em nome das partes, razão pela qual não há porque serem deferidos.

Por tais razões e, diante da presença dos requisitos legais, o deferimento da medida liminar pleiteada é medida de rigor.

Ante o exposto, DEFIRO o pleito liminar, para limitar os honorários convencionados a 20% do valor a ser recebido pela parte nos processos previdenciários, devendo-se trasladar cópia da presente decisão a todos os processos previdenciários em que a primeira ré figure como advogada. Determino, ainda, que os alvarás para levantamento dos valores atinentes aos benefícios previdenciários em atraso sejam expedidos em nome da parte, sendo que os alvarás referentes aos honorários devem ser destacados em nome da primeira ré.

Citem-se os réus para apresentarem defesa, no prazo legal.

Cumpra-se.

São Gotardo, 13 de fevereiro de 2015.

Ademir Bernardes de Araújo Filho

Juiz de Direito Substituto

Pois bem.

Não se pode, *in casu* (onde a questão já foi submetida ao devido processo legal), se valer da regra geral no sentido da não intervenção do Poder Judiciário no percentual dos honorários contratuais pactuados entre o segurado e seu patrono. Neste ponto, observa-se que:

4. Não se afasta, contudo, de forma definitiva a possibilidade de que as cláusulas contratuais relacionadas ao percentual da remuneração devida pelo segurado ao seu patrono sejam revistas pelo Poder Judiciário. 5. Há que se fazer, necessariamente, uma apreciação do contrato à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da boa-fé contratual e da vedação ao enriquecimento sem causa de um dos contratantes em prejuízo do outro, tendo como referência as próprias disposições do Estatuto de Ética e Disciplina da ordem dos Advogados do Brasil. 6. Resumindo, tem-se a respeito do tema o seguinte panorama: a regra geral é a não intervenção do Poder Judiciário no contrato de honorários advocatícios. Deve-se, contudo, admitir a redução, pelo juiz, até mesmo de ofício, do percentual da verba honorária contratual naquelas situações em que se mostrar imoderado o montante contratado, tendo como parâmetro máximo para tal verificação a impossibilidade de que a demanda resulte mais benéfica ao advogado do que ao próprio cliente. [...] (AG 00072268720124040000, Celso Kipper, TRF4 - Sexta Turma, D.E. 18/2009/2013).

Afigura-se — ainda — própria a lição da eminente Ministra Nancy Andrigli, por ocasião do julgamento do REsp 1.155.200:

As circunstâncias da causa permitem aferir o nexo causal necessário para a caracterização da lesão. Uma pessoa que tem apenas instrução primária não teria condições de compreender o exagero da contraprestação a que se obrigara, notadamente porque os operadores do direito têm conhecimento de que a exigência de contrato quota litis mediante pagamento de 50% do benefício econômico da parte é algo absolutamente incomum. A desconexão entre a postura

manifestada pelos recorridos e os usos e costumes quanto à matéria também indicam a existência de clara lesão à boa-fé objetiva que deve permear as negociações preliminares, à celebração e à execução do contrato.

Reconheço, portanto, tomando o princípio da boa-fé objetiva como cânone de interpretação do contrato ora discutido, a ocorrência do abuso de direito (art. 187 do CC/02) e de lesão (art. 157 do CC/02). [...]

Assim, “2. O critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado, não devendo altear-se a culminâncias desproporcionais e nem ser rebaixado a níveis claramente demeritórios, [...]” (in STJ - AgRg no AREsp 111641/SP 2011/0245687-0, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, data de julgamento: 27/05/2014, T1 - Primeira Turma, data de publicação: DJe 18/06/2014).

Tenho, pois, por incensurável a decisão ora impugnada que — com base em decisão liminar anteriormente deferida em ACP — limitou os honorários convencionados a 20% do valor a ser recebido pelas partes nos processos previdenciários, muito embora seja cediço que, em tais ações, a jurisprudência e o Conselho de Ética da OAB adotem o limite de 30% (incluídos a[í], também, os honorários de sucumbência, como parâmetro razoável).

Outra não é a orientação jurisprudencial desta col. Corte Regional:

[...] Conforme o art. 114 da Lei nº 8.213/91, é absolutamente nula a constituição de qualquer ônus sobre o benefício previdenciário, razão pela qual nulo o contrato de honorários advocatícios que estipula percentual de remuneração de 45% sobre o montante a ser recebido àquele título, não atendendo aos requisitos necessários para ser considerado apto a amparar o privilégio legal de destaque na fonte previsto na Lei nº 8.906/94 e na Resolução CJF nº 168/2011 [...]

(in MS nº0055313-24.2013.4.01.0000/MG, Rel. p/Acórdão Juiz Fed. (Conv) Henrique Gouveia da Cunha, data de julg. 27/05/20014)

Assim sendo, *nego seguimento* ao presente agravo de instrumento (art. 557 do CPC/1973 c/c art. 29 do RITRF da 1ª Região).

(Agravo de Instrumento 0066680-74.2015.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, e-DJF1 de 04/11/2016, p. 162)

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0062716-39.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

A União requer a suspensão das liminares concedidas pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos das ações relacionadas à fl. 6, propostas por sindicatos e/ou associações, determinou, à exemplo da Ação Ordinária 0045331-63.2016.4.01.3400,

[...] que a União implante e pague, em até 30 dias após a intimação da decisão, a indenização prevista na Lei nº 12.855/2013, adotando os parâmetros estabelecidos na referida lei (no valor de R\$ 91,00, por dia de efetivo serviço e demais disposições), aos substituídos ou não do Sindicato/Autor, desde que estes sejam servidores públicos da Polícia Rodoviária Federal nos estados do Pará e do Amapá, e desde que esteja em efetivo serviço nas áreas abrangidas no respectivo Estado nas localidades previstas no teor da Mensagem Eletrônica n. 003/2015-SIC/DGP/DPF, nos termos da lei, independentemente da data do vínculo do servidor público para com a União ser anterior ou posterior a esta decisão judicial [...]. (fl. 7)

Alega, inicialmente, que a questão se refere a ações ajuizadas por sindicatos e/ou associações de servidores da Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal,

[...] todas com pedido de concessão de tutela provisória, em face da União, com o objetivo de ver reconhecido direito aos seus substituídos/associados a percepção da rubrica denominada indenização de fronteira, prevista na Lei 12.855/2013, no valor de R\$ 91,00 (noventa e um reais), por dia de efetivo exercício nas localidades de fronteira ou naquelas em que há dificuldade de fixação de efetivo. (fl. 6)

Afirma que, embora seja inegável que haja orçamento, o modo como realizada a despesa, ou seja, “o ato regulatório do pagamento do adicional de fronteira, deve emanar do Poder Executivo e dele tão somente.” (fl. 8)

Destaca que, ao conceder liminares em 20 (vinte) ações ordinárias, o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do DF, *“ofendeu a ordem pública-jurídica, vez que a concessão de liminar para pagamento de valores é expressamente proibida pelo ordenamento jurídico, nos termos do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, além de, in casu, esgotar o objeto da ação, nos termos do § 3º do art. 1º da Lei 8.437/1992.”* (fls. 8-9)

Argumenta que houve também ofensa à ordem econômica, visto que as diversas decisões no mesmo sentido *“tem inegável efeito multiplicador dado que fomentam o ajuizamento de ações com objeto análogo, impondo à Administração Pública o ônus do pagamento do adicional sem regulamentação do Poder Executivo, agregando elevado dispêndio financeiro aos cofres públicos.”* (fl. 11)

Esclarece que já são 25 (vinte e cinco) ações ajuizadas — das quais pelo menos 20 (vinte) são posteriores à declaração de prevenção da 5ª Vara — pleiteando o pagamento do adicional de fronteira sem a regulamentação do Poder Executivo, todas com tutela antecipada determinando o imediato pagamento.

Registra que, por força de uma decisão precária, a União está pagando uma verba que, no mérito, não está obrigada a pagar.

Cita precedentes recentes todos no sentido de que *“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”*. (fl. 12)

Sustenta que houve, em síntese, um acinte à ordem pública jurídica, administrativa e econômica, pois *“não há como impor à União a concessão da referida vantagem aos servidores, antes da definição, por ato normativo, dos parâmetros para sua percepção.”* (fl. 17)

Pugna para que seja determinada a suspensão das tutelas provisórias concedidas pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nas ações que relaciona à fl. 19, *“tendo em vista a grave lesão à ordem jurídica, à economia pública e à ordem administrativa, bem como o imensurável efeito multiplicador”*, fl. 19, considerando-se a plausibilidade do direito invocado, calcada na jurisprudência do TRF1 e do STJ, e a urgência na concessão medida, nos termos do § 4º do art. 15 da Lei 12.016/2009.

*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.

As decisões em análise se referem a ações ajuizadas por sindicatos e associações em defesa de servidores das carreiras da Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal.

A requerente alega a possibilidade de grave lesão à ordem e à economia pública, bem como o imensurável efeito multiplicador, considerando-se a extrema plausibilidade do direito invocado.

*In casu*, entretanto, a própria União afirma, à fl. 8, que *“embora seja inegável que haja orçamento”* para pagamento da referida indenização de fronteira, o modo como será realizada a despesa deve emanar tão somente do Poder Executivo.

Considerando que a previsão orçamentária é inegável (fl. 8), bem como a determinação contida nas decisões questionadas (v.g. fls. 1.182-1.189), de que somente fazem jus à indenização de fronteira os servidores de cargos específicos da Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal, e desde que estejam em efetivo serviço nas áreas

abrangidas no respectivo estado (cfe. Mensagem Eletrônica 003/2015-SIC/DGP/DPF, fls. 126-127), não há como reconhecer a possibilidade de lesão *grave* à economia pública.

Vale ressaltar que na definição das unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, foram considerados pelo Departamento de Polícia Federal “dois critérios, conforme premissa legal: o município deverá estar localizado em região de fronteira ou com dificuldade de fixação de efetivo.” (fl. 126)

Não demonstrado de que modo o pagamento das referidas indenizações de fronteira é capaz de causar acinte à economia pública, frágil se torna o argumento para sustentar a existência de grave lesão aos bens tutelados pelas normas de regência.

A controvérsia referente à ausência do ato normativo regulamentador, pelo Poder Executivo, é questão que deve ser discutida no processo principal.

Frise-se que

[...] a suspensão de segurança, expressão utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui o julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico, senão uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se 'evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas' (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009). (TRF1, Corte Especial, AGRSLT 0009426-51.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Dj-e 30/04/2012.)

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de suspensão de liminares.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0062716-39.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 592)

## Agravo de Instrumento 0064350-70.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

I. Trata-se de (novo) agravo de instrumento interposto por *Francisco Silva Conceição*, Prefeito Municipal de Candeias/BA, contra (nova) decisão da 12ª Vara Federal/BA, nos autos de ação de improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público Federal, que, após decisão desta Corte, desconstituindo a anterior ordem de afastamento do agravante do exercício do cargo de prefeito, decretou novo afastamento, sob o fundamento da existência de fatos novos que justificariam tal medida.

Estão assim lançados os fundamentos da decisão recorrida, transcrita em alguns excertos para melhor análise:

[...] “DO AFASTAMENTO CAUTELAR DE AGENTES PÚBLICOS

O MPF fundamentou o seu pedido cautelar de afastamento do acionado Francisco Silva Conceição, Prefeito do Município de Candeias/BA, alegando que as ilicitudes narradas na presente ação civil pública fazem parte de um modus operandi instalado na Secretaria Municipal de Saúde em Candeias/BA e que a manutenção dos agentes públicos em suas funções coloca em risco a instrução processual, justificando-se o afastamento quando se pode concluir que, em razão dos cargos, os agentes facilmente podem fazer com que documentos, depoimentos e informações potencialmente vitais ao esclarecimento dos fatos tomem rumos desconhecidos.

Entretanto, agora, apresenta fatos novos e atuais, que não foram objeto de análise na decisão concessiva da tutela de urgência, originariamente.

Com efeito, o afastamento cautelar de agente político está autorizado pelo art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429, de 1992, “quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

Na hipótese dos autos, já não há fundado temor de que o réu, na qualidade de Prefeito, chefe do Poder Executivo, de fato, possa dificultar a apuração dos fatos, eis que já o fez ao realizar, em apenas um dia, 19/07/2016, quando já devida e pessoalmente intimado acerca da decisão que determinou o seu afastamento, por oficial de justiça, inclusive dando recebimento de próprio punho no mandado colacionado aos autos às fls. 65, o réu realizou pagamentos com uso de token (assinatura digital) « senha pessoal, intransferível, especificamente às seguintes empresas e com os seguintes valores:

CAMPINHO PARANHOS CANGUÇU E ADVOGADOS

ASSOCIADOS (fl. 122).

R\$25.000,00

ATLÂNTICO TRANSPORTES E TURISMO LTDA (fl. 123).

R\$39.092,00

GD ENGENHARIA LTDA (fl. 124) .

R\$ 22.275,14

ATLÂNTICO TRANSPORTES E TURISMO LTDA (fl. 125) .

R\$508.694,76

ATLÂNTICO TRANSPORTES E TURISMO LTDA (fl. 126) .

R\$1.067.858,64

GERALMAQ SERVIÇOS E CONSTRUÇÕES (fl. 127).

R\$221.403,80

Tendo em vista tratar-se de novo decisum, impende a este magistrado trazer os fundamentos anteriormente embasadores da decisão inicial, salientando que, no caso apresentado nos autos, existe risco de grave lesão à ordem pública, consubstanciada na manutenção, no cargo, do agente político, que já descumpriu deliberadamente a determinação judicial, realizando despesas milionárias quando já desautorizado a fazê-lo.

Cumpra salientar que embora o afastamento de agentes políticos seja medida excepcional, nos autos encontra-se suficientemente provado que o réu quebrou a ordem processual descumprindo a ordem judicial ao realizar os já mencionados pagamentos, preenchendo assim o requisito para a determinação do seu afastamento. Ou seja, houve descumprimento de decisão judicial no curso deste processo, com exercício irregular do cargo público durante o período em que o requerido estava impossibilitado de fazê-lo por determinação judicial demonstrando desprezo pelas instituições constituídas e pela população que o elegeu." (...)

Assim, o fato de o réu haver realizado, com uso de assinatura digital e senha intransferível, pagamento de despesas em descumprimento à ordem judicial e às pressas, uma vez que entre o seu ciente no mandado intimação da decisão que determinou o seu afastamento e a realização do referido pagamento decorreram apenas uma hora e cinquenta e nove minutos, quebra a ordem processual, bem como faz recair sobre o réu a névoa da desconfiança .processual.

Cabe salientar que um dos graves fundamentos da presente ação civil pública, é o conluio envolvendo FRANCISCO SILVA CONCEIÇÃO, prefeito do Município de Candeias, a Secretária de Saúde do Município afastada, e a empresa CENTRO MÉDICO ARACAJU EIRELI EPP, que administrava Hospital Municipal de Candeias até ser afastada por decisão deste juízo proferida nestes autos, bem como que o atual quadro do Município é a administração realizada pelo PREFEITO, réu nesta ação, uma nova Secretária de Saúde, por ele indicada, responsável pela realização dos pagamentos das despesas realizadas pelo único hospital existente no município de Candeias, o Hospital Municipal José Mário dos Santos, bem como pelo fornecimento de medicamentos e materiais, realização de reparo e obras nas suas instalações físicas, necessárias à manutenção do atendimento à população.

E, ainda, e não menos importante ressaltar que, agora não pretende o julgador a comprovação prévia, uma vez que, ela se tornou concreta e incontestável de que o agente político, vinha e continua praticando diversas irregularidades, culposa ou dolosamente, conforme demonstrado nos autos do inquérito em questão e nas demonstrações financeiras apresentadas pelo Órgão Ministerial, que se encontra no poder e em posse de documentações, dados, anotações e provas diversas que atestam contra si, continuará praticando atos capazes de prejudicar a instrução processual o que implica autorizar o afastamento cautelar, que restará inócuo antes os fatos já ocorrido e aqueles que ficaram patentes com o comportamento inadequado de descumprimento claro de ordem judicial.

Alerta do descumprimento da ordem judicial, possivelmente, para beneficiar um reduzidíssimo número de pessoas, transferiu para o escritório do seu advogado, Fernando Carapinho (que faz a sua defesa pessoal nas ações de improbidade em trâmite), onde se apuram inúmeras outras irregularidades milionárias; tendo este causídico um contrato entabulado com o próprio Município,(que possui Procuradoria Municipal)com honorários no importe de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) em seu favor.

Entretanto, estranhamente, em 19/07/2016, como alega o MPF, (uma hora e cinquenta e nove minutos após o afastamento) , o réu determinou o pagamento de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao mencionado advogado. Ou seja, houve pagamento em duplicidade, no mesmo mês, ao referido escritório de advocacia, que é aquele que faz a sua defesa pessoal na presente ação e nas demais, que tramitam por este Juízo. No mesmo dia (19/07/2016) , o escritório formulou pedido de reconsideração da decisão de afastamento e, no dia seguinte (20/07/2016), protocolizou-o na Justiça (fls. 70 e 83).

Em exame perfunctório, esse comportamento espúrio, ilegal e abusivo, primeiro porque em descumprimento da ordem judicial impeditiva de movimentação financeira do Município; e, segundo, em manifesta proteção a advogado contratado pelo Município, que recebeu valores antecipadamente, para defesa pessoal do réu, recursos extraídos dos cofres

municipais e; em terceiro lugar, o desrespeito ao povo do Município de Candeias. Sem contar que o contrato entabulado supera em 250% (duzentos e cinquenta por cento) os outros assinados pelo mesmo advogado com outros Municípios (frise-se: existindo Procuradoria constituída, com Procurador-Geral em atividade).

Nesse exame preambular, que gira o procedimento desta ação, verifica-se, ainda, pagamentos em favor de uma empresa - a Atlântico Transportes e Turismo Ltda., mesmo após ter sido afastado do cargo, ao arrepio da lei, nas sombras do Poder, descumprindo escancaradamente a ordem judicial impeditiva de movimentação financeira ou administrativa, a quantia de R\$1.646.919,00 (um milhão, seiscentos e quarenta e seis mil e novecentos e dezenove reais). Isto significa que não está presente apenas a fumaça do bom direito quanto comportamento ilegal, mas um verdadeiro incêndio a contaminar a instrução processual caso não seja imediatamente afastado o alcaide municipal.

Bem assim, nos termos do quanto alega o MPF em sua petição de fl. 713/716, insta considerar que somente de janeiro a julho de 2016 (praticamente meio ano) o réu já havia pago à ATLÂNTICO TRANSPORTES (empresa beneficiária pelo pagamento determinado após a intimação do afastamento judicial) a quantia de 10,1 milhões de reais. Ocorre que esse valor corresponde quase a todo o montante pago à empresa ao longo de todo o ano de 2015, que foi de 12,7 milhões de reais, demonstrando o reiterado propósito de obstruir o cumprimento das ordens judiciais, de resistir à aplicação da justiça e de impedir a efetividade no curso do processo, tornando imprescindível o seu afastamento.

Diante do exposto, outra decisão não pode adotar este Magistrado senão determinar, nos termos do art. 20, parágrafo único da Lei 8429/1992, o afastamento cautelar de Francisco Silva Conceição, Prefeito do Município de Candeias-BA, do exercício de seu cargo." [...] (negrito do original)

Sustenta o recorrente que a decisão recorrida, sem novo elemento fático que a justificasse, atenta, mais uma vez, contra o seu mandato, pretendendo a sua cassação, sem a demonstração da existência de elemento objetivo que aponte que teria atentado contra a instrução do processo de fundo; e que os pagamentos realizados não representam descumprimento de ordem judicial, já que se encontravam agendados e que os atos de liquidação das despesas já haviam sido praticados em conformidade com o art. 63 da Lei 4.320/1964.

Destaca que se trata de pagamentos a empresas que sequer integram a ação de improbidade, decorrentes de contratos que não estariam sob investigação e que são lícitos, e que, ao tempo da prática dos atos, não havia ocorrido ainda a assunção do vice-prefeito ao cargo, ou sequer juntado o mandado da sua notificação aos autos; e que o pagamento à empresa Campinhos Paranhos Cangaçu e Advogados Associados refere-se a serviço prestado, conforme nota fiscal emitida e cuja fonte de recursos é do município, sem nenhuma vinculação federal, não sendo o MPF legitimado para questioná-lo.

Conclui afirmando que a decisão provoca grave violação à ordem processual, ao tempo em que determina o afastamento da função pública sem os requisitos do art. 20 da Lei 8.429/1992, sob os auspícios de meras suposições do magistrado, contrariando anterior decisão desta Corte, que restabelecera o agravante no exercício de suas funções.

II. No exame do Agravo de Instrumento 43960-79.2016.4.01.0000/BA, decidiu-se restabelecer ao agravante o exercício do cargo de prefeito de Candeias, para o qual fora eleito, com base nos seguintes elementos:

[...] III. No que concerne ao afastamento do demandado do cargo público de prefeito municipal, a decisão vem fundada no parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual "a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual."

O implemento da medida, visto em face da norma objetiva, pressupõe a existência de elementos objetivos a demonstrar que o exercício do cargo representa, efetivamente, uma dificuldade à instrução do processo e prejudicará a demonstração dos fatos.

"A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade da sua ocorrência." (STJ – 1ª Turma – Resp 550.135 – Rel. Min. Teori Zavascki – Dju 08/03/2004).

Conquanto a decisão faça um esforço no sentido de demonstrar essa possibilidade, o que se observa é que a sua preocupação primordial é a da preservação da ordem pública, impedindo uma eventual continuidade delitiva, a partir dos contornos fáticos e do modus operandi de uma atuação administrativa que se presume voltada contra o interesse público, em especial a saúde pública do município.

Essa visão, embora informada pelo objetivo de preservar ordem pública, não está autorizada na norma transcrita, que restringe a atuação jurisdicional a uma preservação apenas da ordem processual, cujas razões não ficaram demonstradas. (...)

A despeito de exibir a decisão dados detalhados — de clareza pouco vista em processos de improbidade administrativa — das prestações de contas que supostamente não teriam demonstrado os gastos realizados e contabilizados, numa sinalização objetiva, mas indiciária, da ocorrência de irregularidades, o fato é que a vasta prova produzida não autoriza com plausibilidade a conclusão de que a manutenção do recorrente no cargo possa atentar contra a produção da prova.

A eventual destruição de provas, já produzidas e constantes dos autos (!), mostrar-se-ia pouco inverossímil como expediente destinado à desqualificação das imputações narradas na inicial. Diante do robusto material que a instrui, o que interessa ao recorrente é a produção de prova “positiva” de que os gastos que realizou tiveram lastro em demonstrativos reais que comprovem as despesas realizadas.

Não há, portanto, justificativa processual válida para o afastamento do recorrente. Uma decisão judicial que determine o afastamento, porque contramajoritária (na contramão da escolha do eleitorado), deve exibir fundamentação cerrada na linha do permissivo legal do parágrafo único do art. 20 da Lei 8.428/1992, o que não ocorre na espécie, com toda a licença do ilustre magistrado.

Nesta linha de compreensão, de que o afastamento do agente político do cargo, nas ações de improbidade administrativa, está restrito à demonstração de uma suposta quebra da ordem processual, pode-se destacar o aresto do STJ e deste Tribunal, abaixo transcritos:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO CAUTELAR DE AGENTE POLÍTICO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.429/1992. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AOS INTERESSES TUTELADOS PELO ART. 4º DA LEI N. 8.437/1992.

I - O afastamento cautelar de agente político está autorizado pelo art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429, de 1992, “quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

II - Essa norma supõe prova suficiente de que o agente possa dificultar a instrução do processo.

III - O afastamento sub judice está fundado no risco à instrução processual, inexistindo, portanto, lesão aos interesses tutelados pelo art. 4º da Lei n. 8.437, de 1992.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS 1.900/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 09/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO AFASTAMENTO DE PREFEITO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O GESTOR ESTEJA CAUSANDO EMBARAÇOS À INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

1. O afastamento cautelar de agente político é medida excepcional que só se justifica quando há provas de que o seu comportamento esteja dificultando a instrução.

2. O requerido, ora agravado, em anterior determinação judicial, foi afastado do cargo por 180 (cento e oitenta) dias, tempo bastante razoável para a efetiva instrução processual.

3. Não foi comprovado que o gestor, ora agravado, em razão da posição de comando e facilidades do cargo que ocupa, esteja adotando qualquer medida que influencie na instrução do feito.

4. Agravo de instrumento do MPF não provido. (AG 0028759-18.2014.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.972 de 23/01/2015)

IV. Tal o contexto, recebo o agravo parcialmente no efeito suspensivo, para determinar o imediato retorno do recorrente ao cargo de prefeito do Município de Candeias/BA e, em segundo ponto, para limitar a indisponibilidade de bens ao valor do suposto dano (R\$ 3.343.590,34), excluindo da constrição, por outro lado, os valores em depósito de conta corrente, representativos de ganhos decorrentes dos seus vencimentos no cargo público, na forma da fundamentação acima. [...]

Esses fundamentos (acima transcritos) se aplicam em sua totalidade e com mais razão à desconstituição da decisão recorrida, a exemplo do que fora feito com a anterior, na medida em que busca sustar uma suposta continuidade delitiva ou ímproba do prefeito no exercício do cargo.

Mais uma vez, com a devida vênia, a decisão recorrida, sob a provocação do Ministério Público Federal, e no mesmo cenário da ação de improbidade administrativa, busca fazer o controle da atuação administrativa do Município de Candeias, num juízo crítico prematuro — e sem o prudente distanciamento que se impõe numa ação em andamento, onde toda a prova ainda está em formação — da ação institucional do seu prefeito, porém, fora das balizas da discussão da ação de fundo (ato de improbidade específico decorrente da suposta irregularidade do Contrato 51/2014, firmado entre o município e o Centro Médico Aracaju); e, da mesma forma, fora dos contornos processuais do art. 20 da Lei 8.429/1992, que normatiza a hipótese de perda e de afastamento de cargo público pelo demandado.

Não há na decisão impugnada nenhuma referência a uma atuação específica do demandado contra a instrução do Processo 12934-57.2016.4.01.3300. A imputação (os fatos novos) é que teria efetuado pagamentos a credores do município quando já afastado do cargo, num intervalo de pouco mais de uma hora a partir da notificação, o que teria violado a ordem judicial de afastamento então vigente.

Conquanto a hipótese possa traduzir uma eventual indisciplina à ordem recebida, o fato não representa uma atuação ofensiva à instrução do processo, única hipótese em que a norma do art. 20 autorizaria a suspensão da função pública, tanto mais que o afastamento das funções fora desconstituído por decisão desta Corte, retirando-lhe, *si et in quantum*, a validade e a eficácia.

Na narrativa do agravo, os pagamentos a que faz alusão a decisão recorrida se deram em relação a empresas que sequer integram a relação processual da ação de improbidade administrativa e, de resto, em cumprimento a contratos de prestação de serviço contra os quais, até onde se sabe, não há imputação de ilicitude, o que faz pressupor que os pagamentos, antes encaminhados no seu procedimento, se deram dentro de uma situação de normalidade e legalidade administrativas.

Se a atuação do prefeito se mostra detrimetosa ao interesse público, na visão ampla de controle da ordem pública (esta não é a finalidade institucional da Lei 8.429/1992) que a decisão recorrida pretende encetar, numa leitura, com a devida licença, pouco crítica dos pedidos do MPF, incumbe a este, dentro do aspecto jurídico, atuar para sustar essa realidade — demonstrando (*v.g.*), nos autos da ação de improbidade, que se trata de mais atos ímprobos, para buscar, sendo o caso, a punição futura —, obedecido o devido processo legal, que, nas ações de improbidade administrativa, somente autoriza o afastamento da função pública (repita-se!), “quando a medida se fizer necessária à instrução processual”, o que não vem novamente demonstrado, sendo oportuno destacar, mais uma vez, os arestos do STJ e deste Tribunal, abaixo transcritos:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO CAUTELAR DE AGENTE POLÍTICO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.429/1992. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AOS INTERESSES TUTELADOS PELO ART. 4º DA LEI N. 8.437/1992.

I - O afastamento cautelar de agente político está autorizado pelo art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429, de 1992, “quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

II - Essa norma supõe prova suficiente de que o agente possa dificultar a instrução do processo.

III - O afastamento sub *judice* está fundado no risco à instrução processual, inexistindo, portanto, lesão aos interesses tutelados pelo art. 4º da Lei n. 8.437, de 1992.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS 1.900/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 09/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO AFASTAMENTO DE PREFEITO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O GESTOR ESTEJA CAUSANDO EMBARAÇOS À INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

1. O afastamento cautelar de agente político é medida excepcional que só se justifica quando há provas de que o seu comportamento esteja dificultando a instrução.

2. O requerido, ora agravado, em anterior determinação judicial, foi afastado do cargo por 180 (cento e oitenta) dias, tempo bastante razoável para a efetiva instrução processual.

3. Não foi comprovado que o gestor, ora agravado, em razão da posição de comando e facilidades do cargo que ocupa, esteja adotando qualquer medida que influencie na instrução do feito.

4. Agravo de instrumento do MPF não provido. (AG 0028759-18.2014.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.972 de 23/01/2015)

III. Tal o contexto, *recebo o agravo de instrumento no efeito suspensivo*, para, mais uma vez, determinar o imediato retorno do recorrente ao cargo de prefeito do Município de Candeias/BA.

(Agravo de Instrumento 0064350-70.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *e-DJF1* de 08/11/2016, p. 1.266)



## Habeas Corpus 0064320-35.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Allan Clayton Pereira de Almeida impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Anderson Mendonça da Silva e Edson Cardoso Bezerra, objetivando

[...] a suspensão imediata da decisão que incluiu os Pacientes no Presídio Federal em Porto Velho/RO, evitando-se um gasto desnecessário de dinheiro público (com escolta policial, viagem de avião, etc), bem como garantindo a legalidade das decisões judiciais, o que garantirá segurança jurídica aos cidadãos desse país, determinando-se, pois, o retorno dos Pacientes para o Presídio Estadual de Parnamirin/RN, até o julgamento do mérito do presente 'writ' [...] (fl. 22).

Alega a parte impetrante que, não obstante o reconhecimento expresso da ilegalidade da transferência dos custodiados, ora pacientes, para o presídio federal em Porto Velho/RO, em razão do não atendimento às exigências legais, fato reconhecido pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Parnamirim/RN, bem como pela não ratificação da decisão de "*inclusão emergencial*", a autoridade coatora determinou a combatida inclusão dos pacientes naquela unidade prisional federal.

Sustenta, em relação ao paciente Alex Barros de Medeiros, serem insubsistentes os argumentos utilizados para fundamentar a decisão impugnada, pois inexistem provas concretas hábeis a confirmar que ele seja "*um dos principais líderes da facção 'Sindicato do Crime do RN'*", de modo que resta evidenciado o constrangimento ilegal objeto do presente *writ*.

Quanto ao paciente Edson Cardoso Bezerra, assevera serem inidôneos os argumentos de que ele é um dos principais líderes da precitada organização criminosa; que ele comanda a venda de drogas ilícitas; que ele jamais foi investigado ou denunciado por crimes de homicídios, além da inexistência de qualquer prova de que ele teve sua visita social suspensa ou que tenha sido submetido a custódia em cela de castigo; e, por fim, que não há comprovação de que ele tenha financiado uma fuga em massa no presídio estadual, razões pelas quais entende não ser admissível sepultar o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade desse paciente, pelo que também se afigura insubsistente a fundamentação do multicitado decreto de transferência.

Aduz, também, que a transferência para o Estado de Rondônia, de cidadãos cujas famílias residem no Rio Grande do Norte e na Paraíba, é uma verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento expresso na Constituição da República, tendo em vista que os presos irão passar, no mínimo, 1 (um) ano sem a visita de seus parentes, amigos e, até mesmo, de advogados, haja vista a impossibilidade financeira para tanto.

As informações foram prestadas pelo juízo de origem às fls. 294-294v.

É o breve relatório. *Decido*.

De acordo com o STJ, "*a concessão de liminar em 'habeas corpus' é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano*" (HC 245.975/MG, Quinta Turma, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 07/12/2012). No mesmo sentido, confira-se o RHC 36.497/RJ, Sexta Turma, rel. Des. Marilza Maynard (convocada do TJ/SE), DJe de 1º/08/2013 e o AGRG no AREsp 419.225/SP, Sexta Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 07/10/2014).

Como já decidiu esta Terceira Turma no HC 20.644/MT, rel. Desembargador Federal Plauto Ribeiro,

[...] o pedido de liminar, formulado em sede de 'habeas corpus', é instrumento muito utilizado pelos advogados e aceito pelos tribunais e pela doutrina, embora não exista previsão legal para a sua concessão, razão pela qual o seu deferimento deve revestir-se, sempre, de cautelas redobradas, na medida em que, por não haver previsão na legislação processual penal em vigor, não existe, também, recurso contra a decisão que aprecia tal postulação [...].

A transferência de presos para estabelecimentos penais federais de segurança máxima somente deve ocorrer em situações excepcionais e por prazo determinado, conforme preceitua o art. 10, *caput*, da Lei 11.671/2008, que assim prevê:

A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

O § 1º desse mesmo artigo autorizou a prorrogação da permanência de presos em estabelecimento penal de segurança máxima, quando estabeleceu que: “O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência”.

Além disso, estabelece o art. 3º da Lei 11.671/2008 que: “Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”.

Consoante se extrai dos dispositivos supra, é possível a inclusão no regime em questão quando o preso apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

É a hipótese. Infere-se dos autos que os custodiados, ora pacientes, apresentam extrema periculosidade.

As informações prestadas pelo juízo de origem, às fls. 294-294v, noticiam, *in verbis*:

Houve, no mínimo, a fuga de 131 detentos dos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Norte (até junho/2016), o que resultou no aumento do já alto índice de criminalidade no Estado do Rio Grande do Norte. Ainda que o Sistema Penitenciário Federal não tenha como finalidade substituir o Sistema Penitenciário Estadual, o fato é que o Estado do Rio Grande do Norte está com uma série de crises na segurança pública em decorrência da total ausência de estrutura de suas unidades prisionais.

Se há uma precariedade dos órgãos de segurança do Estado do Rio Grande do Norte, é evidente que os órgãos de inteligência também estão comprometidos. É por isso que não é razoável, nessas circunstâncias, exigir provas contundentes, bastando meros indícios (fontes humanas: informações repassadas por agentes penitenciários e outros presos) de que os pacientes participaram, direta ou indiretamente, de atos de depredação e violência coordenados pela facção criminosa local.

Assim, em virtude dessa crise de segurança pública ocorrida no Estado do Rio Grande do Norte e da ocorrência de atos de depredação e violência coordenados pela facção criminosa local, os pacientes foram incluídos na Penitenciária Federal em Mossoró/RN em caráter de urgência, em 01/08/2016. Após a instrução dos autos, autorizei a inclusão definitiva dos presos na Penitenciária Federal em Porto Velho/RO, como exposto na decisão anexa [...].

Por oportuno, transcrevo, ainda, excertos da precitada decisão (cópia às fls. 295-304), *ipsis litteris*:

Os reeducandos em tela foram ‘incluídos emergencialmente na Penitenciária Federal em Mossoró/RN’, por meio de pedido formulado pelo Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania do Rio Grande do Norte, com o aval do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Parnamirim/RN (fls. 04-07).

[...]

EDSON CARDOSO BEZERRA possui condenações por tráfico de drogas e associação para o tráfico que totalizam 22 anos, 5 meses e 9 dias (fls. 274-275v).

A autoridade administrativa postulante formulou que (fls. 213v-214):

‘Além de ser um dos principais líderes da facção ‘Sindicato do Crime do RN’, comanda a venda de drogas ilícitas na cidade de Parnamirim, responsável por cometer vários homicídios e comandar de dentro do Presídio várias mortes de traficantes rivais, bem como, desempenha função de liderança, relevantíssima, na mencionada organização criminosa. Ainda é suspeito de ter praticado alguns crimes no ambiente prisional de origem, inclusive teve por várias vezes suas visitas sociais suspensas e, foi, por várias vezes submetido a custódia em cela diferenciada das normais, as chamadas ‘celas de isolamento ou de castigo’, as quais se assemelham ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. O Criminoso em tela também é suspeito de, no dia 07.07.2016, ter financiado uma fuga em massa no Presídio Estadual de Parnamirim. No curso do inquérito de n. 0101419-91.2016.8.20.0124 da DENARC, que investiga crimes de tráfico de drogas, foi identificado que EDSON CARDOSO domina o tráfico na cidade de PARNAMIRIM, sendo responsável por orquestrar uma série de ataques naquela cidade, incluindo o ataque a 1ª Delegacia de Parnamirim/RN, nesses últimos eventos após a instalação dos bloqueadores. Em razão dessa investigação foram presos JOÃO PAULO TAVARES DO NASCIMENTO, RAFAEL MARCELINO DE BRITO e ANDRÉ DE ASSIS BARROSO, de posse de armas de fogo, colete balístico e cerca de nove litros de combustível, culminando na ação penal de n. 01031118-05.2016.8.20.0129. Todos os investigados presos são ligados diretamente a EDSON CARDOSO e estavam se preparando para praticar ataques em seu nome, conforme provas juntadas aos referidos autos.

[...]

ANDERSON MENDONÇA DA SILVA foi condenado à pena de sete anos de reclusão, no regime inicial fechado, pelo crime do art. 33, ‘caput’, da Lei n. 11.343/2006, com previsão de cumprimento integral da pena em 07/2009/2016 (Ação Penal n. 5749-74.2010.4.20.2014 - fls. 113-114). Então a juíza de origem esclareceu (fls. 195):

'[...] em que pese o respectivo atestado indique suposta extinção de pena (ainda não declarado nos autos), ele já conta com nova condenação proferida por este Juízo, cujo feito se encontra em grau de recurso, conforme extrato de processo que segue em anexo. Responde, ainda, este último preso a outras ações penais no Estado do Rio Grande do Norte.

[...].

Nos autos da Ação Penal n. 4216-47.2007.8.20.0124 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Parnamirim/RN, o reeducando foi condenado a 6 anos de reclusão, no remi inicial semiaberto. [...].

[...]

O Secretário de Estado da Justiça e Cidadania informou (fls. 214-214v):

'[...] conhecido no mundo do crime por 'SANCINHO', é o líder do 'Sindicato do Crime do RN', comanda a venda de drogas ilícitas na cidade de Parnamirim, nos bairros Passagem de Areia, Bela Vista etc. É responsável por cometer vários homicídios e comandar de dentro do presídio várias mortes de traficantes rivais, como também ser o responsável pela venda da maior quantidade de drogas dentre os traficantes da cidade de Parnamirim, bem como desempenha função de liderança, relevantíssima, na mencionada organização criminosa. É suspeito de ter praticado alguns crimes no ambiente prisional, e, por várias, vezes, suas visitas foram suspensas, sendo, por várias vezes, submetido a custódia em cela diferenciada das normas, as chamadas "celas de isolamento ou de castigo", as quais se assemelham ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD.

[...] um dos maiores traficantes da região de Parnamirim é muito venerado na facção onde sempre é homenageado em raps de apologia a criminalidade. É um dos últimos líderes gerais da facção e comandou de dentro da cadeia os ataques ao RN'.

[...]. De qualquer forma, os dados da inteligência, assim como os atestados de pena e os mandados de prisão preventiva são suficientes, por ora, para justificar a inclusão dos reeducandos, tendo em vista que ficou claro que são presos de alta periculosidade [...].".

Os fatos acima narrados, por óbvio, justificam a inclusão dos recorrentes no sistema penitenciário federal, tal como deferido pelo magistrado *a quo* que bem fundamentou a medida.

Observe-se que o Decreto 6.877, de 2009, estabelece textualmente que o exercício de liderança ou a participação relevante em organização criminosa fundamentam a inclusão de presos no Sistema Penitenciário Federal: "Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características: I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa".

A decisão, portanto, encontra amparo nos arts. 3º e 10 da Lei 11.671/2008<sup>1</sup>, considerando a situação excepcional e o interesse da segurança pública na medida judicial em discussão.

Corroborando toda a fundamentação supra, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial que, *mutatis mutandis*, trata de situação análoga à presente:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSFERÊNCIA PARA PRESÍDIO FEDERAL. DECRETO N.º 6.877/2009. LEI NO 11.671/2008. INCIDENTES DE FUGAS NO CASO CONCRETO. PARTICIPAÇÃO RELEVANTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ART. 103 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RELATIVIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Com efeito, o Decreto n.º 6.877/2009; que regulamenta a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008 que, por sua vez, dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou a sua transferência para aqueles estabelecimentos; disciplina em seu art. 3º que: "Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características: I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa; II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem; III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD; IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem."

2. A necessidade da transferência do ora paciente para presídio federal foi devidamente fundamentada pelo Juízo impetrado, ficando demonstrado o interesse público na custódia do paciente em estabelecimento prisional de segurança

<sup>1</sup> Art. 3º Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

[...].

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

máxima, notadamente em razão dos diversos incidentes de fugas relatados, além do fato de que o paciente exerceria função relevante dentro de organização criminosa instituída para o cometimento de delitos.

3. Não obstante seja assegurado ao réu permanecer preso em local próximo ao seu meio social e familiar, nos termos em que previsto no art. 103 da Lei de Execução Penal, deve ser ressaltado que não se trata de um direito subjetivo absoluto, notadamente quando se tem em conta que o art. 86, caput, do mesmo diploma legal, impõe limites a este direito, ao estabelecer que “As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União”.

4. Ordem denegada.

(TRF1, HC 0008978-39.2016.4.01.0000/RO, Quarta Turma, Rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado), e-DJF1 de 23/06/2016 - destaques nossos).

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de liminar.

(*Habeas Corpus* 0064320-35.2016.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Ney Bello, e-DJF1 de 11/11/2016, p. 1.266)

## Apelação Cível 0022425-98.2010.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo (convocado)

A União requer (fls. 2.077-2.078) provimento judicial que lhe autorize a realização de obras emergenciais e estruturais na área objeto de litígio na presente demanda, consistente na implantação de acessos à Comunidade Quilombola Rio dos Macacos, ligando os moradores da comunidade diretamente à via pública, bem como no fechamento do muro ao redor da Base Naval de Aratu.

Relata que ajuizou 3 (três) ações reivindicatórias, tendo como objeto a área denominada Rio dos Macacos, nas quais foram proferidas sentenças, julgando procedente o pedido, e recebidos, somente no efeito devolutivo, os recursos delas interpostos, considerando que, em todas elas, houve o deferimento de tutela antecipada para desocupação das áreas.

Afirma que, no decorrer da ação, a comunidade em questão foi reconhecida como quilombola e, a fim de organizar o acesso às comunidades, que se encontram em fase de demarcação territorial, em razão da destinação de 104 hectares para as mesmas, faz-se necessária a realização das obras, que são de interesse de todos e em nada alteram a área litigiosa nem impedem a implementação de decisão final do feito.

Decido.

A questão que ora se aprecia se encontra bem delineada no expediente que deu ensejo ao presente pleito (fls. 2.086-2.087), nestes termos:

A presente manifestação diz com conflito fundiário travado entre comunidade remanescente de quilombo, conhecida como Comunidade Rio dos Macacos, e a União, através do Comando da Marinha, acerca de bem público federal afetado à Força Naval – mais especificamente, acerca do imóvel onde hoje está instalada a Vila Naval da Barragem, organização militar da Marinha do Brasil. Nesse contendo, a União, antes que essa comunidade fosse reconhecida como remanescente de quilombo, o que foi feito através da Portaria nº 165/2011, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, de 04 de outubro de 2011 (vide anexo), ajuizou 03 (três) ações reivindicatórias junto à Justiça Federal no Estado da Bahia, tendo por pedido a retirada dos particulares que ocupantes das terras públicas. Como acima referido, as ações reivindicatórias foram distribuídas sob os nº 0016296-14.2009.4.01.3300, nº 0022425-98.2010.4.01.3300 e nº 0022426-83.2010.4.01.3300 à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, e foram ajuizadas em face de todos os particulares que ocupavam o terreno público da União, em litisconsórcio passivo.

Em outubro e novembro de 2010, a União obteve, no curso do processo das aludidas ações, a concessão de tutelas antecipadas que determinavam “a desocupação das áreas [...] no prazo de 120 dias, sob pena de retirada compulsória”.

Ocorre, porém, que os réus, até então considerados como meros invasores de patrimônio imobiliário da União, no curso das referidas demandas judiciais obtiveram junto à entidade competente, qual seja, a Fundação Cultural Palmares (vide art. 3º, §4º, do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003), a certificação de que constituem uma comunidade remanescente de quilombo [...]

A partir daí, deu-se início ao processo administrativo junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA para que, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988,

a comunidade tradicional obtivesse o título de propriedade definitiva das terras por ela efetivamente ocupadas, bem como daquelas necessárias à propriedade definitiva das terras por ela efetivamente ocupadas, bem como daquelas necessárias à sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Diante desse cenário, com amparo no art. 11 do Decreto nº 4.887/2003, foram inauguradas tratativas administrativas conciliatórias, buscando preservar os interesses de defesa nacional da Marinha do Brasil sobre a área em questão e, ao mesmo tempo, garantir a sustentabilidade da comunidade quilombola.

Ao longo de todas essas tratativas, que contaram com a participação efetiva de representantes deste Ministério da Defesa, da Secretaria-Geral da Presidência da República, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Fundação Cultural Palmares, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e do Governo do Estado da Bahia, dentre outros, foram apresentadas propostas de composição fundiária.

A última proposta apresentada à comunidade quilombola contempla a destinação em seu favor de uma área de pouco mais de 104 ha (cento e quatro hectares) no Tombo da Vila Naval da Barragem, dividida em duas glebas descontínuas e localizada em área em que hoje efetivamente reside a totalidade dos integrantes da comunidade tradicional.

A Marinha do Brasil manifestou concordância quanto à área delimitada para fins de regularização fundiária a ser utilizada pela Comunidade quilombola Rio dos Macacos, nos termos do Ofício nº 60-355/GCM-MB, de fls. 458/470 (vide anexo). Da mesma forma, o INCRA, no exercício de suas competências legais de demarcação e titulação das terras remanescentes de quilombos, também anuiu com a referida proposta da União, como demonstra o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID (DOU nº 163, Seção 3, páginas 104/105, de 26 de agosto de 2014) e a Portaria INCRA nº 623, de 16 de novembro de 2015 [...]

Além da destinação de áreas em favor da comunidade quilombola, nos termos do art. 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, a União propôs construir, por intermédio do Exército Brasileiro, duas vias de acesso ligando os moradores do quilombo à via pública, uma via para cada gleba descontínua.

A obra para construção das duas vias de acesso em prol da comunidade remanescente de quilombos Rio dos Macacos, a cargo do Comando do Exército, está detalhada no Anteprojeto e no Plano de Trabalho anexos, ambos de autoria do 4º Batalhão de Engenharia de Construção.

No que diz respeito ainda à construção das referidas vias de acesso em favor da comunidade quilombola, cumpre enfatizar ainda que a União já descentralizou os recursos orçamentários devidos para a sua realização (vide anexo), estando atualmente os militares do 4º Batalhão de Engenharia de Construção concentrados e mobilizados no local das obras.

Destaca-se também que a pretensão inicial do Comando do Exército era começar a obra a partir do dia 10 de outubro do corrente ano, razão pela qual a Força Terrestre já se encontra mobilizada na região, com seu pessoal militar e material/equipamentos de engenharia (vide anexo).

Registre-se ainda que a União, por meio da Marinha do Brasil, pretende também construir um muro demarcatório visando a proteger, de forma legítima, o bem imóvel que permanecerá sob domínio público, nos termos do documento anexo.

[...]

A situação descrita nos presentes autos autoriza o deferimento do pedido.

Com efeito, é de conhecimento público que o único acesso à Comunidade Quilombola Rio dos Macacos é realizado por dentro da Vila Naval da Barragem, área militar pertencente à Marinha do Brasil, o que tem sido motivo de vários conflitos na região, em razão do controle realizado pelos militares.

Nesse contexto, a construção das vias de acesso, ligando diretamente a comunidade às vias públicas, sem a necessidade de trânsito dos moradores pelo interior da área militar, bem como a edificação de muro ao redor da base naval, são obras que se fazem necessárias, a fim de sanar os conflitos na região, trazendo benefícios tanto ao povo quilombola, que terá acesso às moradias sem ter que se submeter ao controle militar, quanto à segurança militar, eliminando o trânsito de pessoas estranhas aos quadros da Marinha no interior da Vila Naval.

Registro, contudo, que, até que seja possível a utilização das novas vias de acesso, deve ser assegurada aos moradores da Comunidade Quilombola Rio dos Macacos a manutenção do acesso pelo interior da Vila Naval da Barragem.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado pela União, autorizando a realização das obras pleiteadas.

(Apelação Cível 0022425-98.2010.4.01.3300/BA, rel. Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo (convocado), e-DJF1 de 17/11/2016, p. 771)

Numeração única: 0029183-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.029716-4/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Trata-se de apelações interpostas pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás e pela empresa Rio Amazonas Energia S/A – Raesa contra sentença que concedeu a segurança “para determinar que a impetrante continue recebendo o reembolso da CCC-ISOL nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei 8.631/1993, do art. 25, parágrafo único, do Decreto 774/1993, e do art. 3º da Medida Provisória 466/2009, bem como para afastar a incidência do art. 6º, III da Resolução Normativa Aneel 347/2009 ao caso em tela” (fls. 421-3).

A Quinta Turma, na sessão de julgamento do dia 24/10/2016, ao apreciar os recursos proferiu acórdão que ficou assim ementado (cito):

ADMINISTRATIVO. CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS DOS SISTEMAS ISOLADOS - CCC-ISOL. REEMBOLSO DEVIDO ÀS TERMELÉTRICAS PELO CUSTO EFETIVO DO COMBUSTÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO POR MEIO DE ATO NORMATIVO. ILEGALIDADE DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS Nº 347/2009 E Nº 427/2001 DA Aneel. LEI 8.631/1993. DECRETO 774/1993. LEI 12.111/2009. DECRETO 7.246/2010. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. Agravo regimental interposto pela Aneel prejudicado pelo julgamento do mérito da controvérsia.

2. Preliminares de litisconsórcio passivo necessário da União e de falta de interesse de agir da impetrante rejeitadas.

3. A Lei 12.111/2009 (que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos Sistemas Isolados) manteve a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistema Isolados - CCC-ISOL para subsidiar os custos decorrentes da aquisição de combustíveis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados, prevendo, nos termos do § 2º de seu art. 3º, previu a inclusão no custo total de geração de energia elétrica dos demais custos diretamente associados à prestação do serviço e que não estavam previstos nos incisos de seu § 1º. O Decreto 7.246, de 28/07/2010 que a regulamenta reitera, em seu artigo 11, o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica.

4. Tanto a Resolução Normativa nº 347/2009 quanto a de nº 427/2011 contrariam a legislação em vigor. Tendo a Lei que rege a matéria imposto a adoção do reembolso pelo custo efetivo do combustível segundo os valores constantes na fatura, não poderia a Aneel, por intermédio de normas infralegais, impor critérios não previstos pelo legislador e, sobretudo, em prejuízo das usinas termoeletricas sob pena de ferir a necessária garantia de continuidade dos serviços públicos e interferir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Precedentes.

5. “Não encontrando as autoras outros fornecedores de combustível dispostos a atender sua demanda, o valor da compra junto à BR Distribuidora deve ser integralmente ressarcida, sendo desarrazoado reduzir de forma fictícia tal reembolso, em se tratando de fornecedor sobre controle da própria União. VI - Não podendo admitir a empresa privada em operar com prejuízo, óbvio que repassará o custo não ressarcido ao consumidor final, encarecendo o preço de consumo de energia elétrica.” (TRF1, AC 0034652-48.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.2429 de 29/05/2015).

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o mandado de segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração: “O Mandado de Segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos da Súmula 269/STF, segundo a qual “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, bem como da Súmula 271/STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Precedentes.”(STJ, AgRg no RMS 47.638/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015).

7. Pedido de concessão de tutela de urgência deferido para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente acórdão, que substitui a sentença apelada para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S.A. ao reembolso da CCC-ISOL nos termos do artigo 3º da Lei 12.111/2009 e do artigo 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado, impondo-se, em caso de descumprimento injustificado, multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

8. Agravo regimental da Aneel prejudicado. 9. Remessa oficial e apelações da Rio Amazonas Energia S.A. e da Eletrobrás a que se nega provimento.

(AC 0029183-21.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Quinta Turma, e-DJF1 de 01/03/2016)

A empresa Centrais Elétricas Brasileira S/A – Eletrobrás interpôs embargos de declaração, fls. 980-982, e protocolizou petição afirmando haver cumprido integralmente “a decisão proferida nestes autos tendo realizado todos os pagamentos em aberto com recursos do Fundo CCC”, fl. 984. Em petição denominada de “complementação dos embargos de declaração” (fls. 1.014-1.020) reitera estar cumprindo a antecipação de tutela deferida e afirma:

[...] a parte controvertida diz respeito ao alcance da decisão liminar, isto é, a Raesa entende que a liminar lhe dá o direito de cobertura integral de suas despesas com a aquisição de combustível líquido, enquanto a Eletrobrás entende que a liminar afasta apenas a aplicação de preço-limite de combustível líquido, sem utilização da tabela ANP, artigo 11 da Resolução 427/2011, devendo ser considerados todos os demais possíveis fatores limitantes constantes da Resolução Normativa nº 427/2011. (fls. 1.018/1.019).

A empresa Rio Amazonas Energia S/A – Raesa, por sua vez, protocolizou diversas petições (fls. 987-990, 995-998, 1.005-1.008, 1.022-1.025) nas quais alega que a Eletrobrás depositou apenas parte do valor e sustenta o descumprimento da antecipação de tutela deferida.

Às fls. 1.027-1.029 a Petrobrás Distribuidora S.A. – BR requereu o seu ingresso na lide na qualidade de terceira interessada e pleiteou a intimação da Eletrobrás “para imediato repasse integral do valor da Raesa contido na CCC-ISOL em favor da BR”.

Decido.

*Do pedido da Raesa:*

O acórdão de fls. 953-970 deferiu a antecipação da tutela recursal nos seguintes termos (cito):

7. Pedido de concessão de tutela de urgência deferido para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente acórdão, que substitui a sentença apelada para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S.A. ao reembolso da CCC-ISOL nos termos do artigo 3º da Lei 12.111/2009 e do artigo 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado, impondo-se, em caso de descumprimento injustificado, multa diária de R\$ 10.000,00. (grifos acrescidos)

A Raesa reconhece em suas petições que os repasses vêm sendo feitos (fl. 996), inclusive com pagamentos “feitos diretamente à BR Distribuidora” (fl. 1.006).

Assim, verifico que a Eletrobrás está cumprindo a decisão desta Corte ao afastar as Resoluções Aneel 347/2009 e 427/2011 e regularizar o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC.

Considero que eventual pedido de cumprimento provisório do pagamento de valores pretéritos (à tutela de urgência) deve ser formulado no juízo competente com prestação de caução idônea, nos termos dos arts. 520 a 522 do novo CPC.

É certo que a parte pode e até mesmo deve dar imediato cumprimento aos títulos judiciais (sentenças ou acórdãos) desde quando, publicados, não pesem contra eles recursos com efeito suspensivo; contudo, caso não o faça por disposição própria, incumbe a quem tenha interesse jurídico buscar a sua concretização *junto ao juízo competente para o seu cumprimento provisório ou definitivo*. No caso, o Tribunal, a princípio, encerraria o seu ofício judicante com o julgamento da apelação, sendo que o título executivo daí decorrente, não encontrando cumprimento voluntário pela própria Administração (Eletrobrás), deveria ter a execução (provisória ou definitiva) requerida no juízo de primeira instância, tudo conforme os arts. 516 e 520 do CPC (cito):

Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

[...]

Art. 522. O cumprimento provisório da sentença será requerido por petição dirigida ao juízo competente.

[...]

Portanto, a princípio, as parcelas decorrentes do acórdão proferido em 24 de fevereiro de 2016, mas anteriores e não abrangidas pela tutela de urgência concedida por esse tribunal, deverão, em não sendo pagas voluntariamente pela Eletrobrás, ser alcançadas junto ao juízo competente para o cumprimento do julgado (provisório ou definitivo), no primeiro grau de jurisdição.

Nesse sentido, transcrevo trecho de artigo do Professor Ronaldo Campos e Silva<sup>1</sup>:

A sentença de mérito que fixa para a Administração uma imposição pecuniária vincenda deve ser cumprida de plano, sem necessidade de execução *stricto sensu*, aplicando-se, nesse particular, o que dispõe o art. 26 da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009. Nos termos desse dispositivo legal, o descumprimento da sentença mandamental que imponha uma prestação pecuniária vincenda subsume-se na conduta típica do crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas e de eventual enquadramento no crime de responsabilidade.

Por sua vez, em se tratando de prestações pecuniárias vencidas no curso do procedimento do mandado de segurança e reconhecidas em sentença transitada em julgado, há de se adotar a sistemática comum de execução de título judicial contra a Fazenda Pública, que culmina com a expedição e o pagamento de precatório, sem prejuízo de se proceder, outrossim, a compensação tributária desses valores. (grifos acrescidos)

A pretensão da Raesa, portanto, não merece guarida.

*Do pedido da BR:*

Quanto ao pedido formulado pela Petrobrás Distribuidora S.A. – BR requerendo o seu ingresso na lide na qualidade de terceira interessada (fls. 1.027-1.029), observo que seu pleito encerra conteúdo meramente econômico e não jurídico de forma a justificar sua intervenção na lide.

Deveras, somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver *interesse jurídico* em que uma das partes vença a ação. No dizer de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery “há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária [...]” “o interesse econômico ou moral não enseja a assistência se não vier qualificado como interesse também jurídico”<sup>2</sup>.

Os ilustres doutrinadores apresentam como exemplos de interesse jurídico, dentre outros, o do sublocatário em ação de despejo e o do agente político o do servidor público, em ação de indenização proposta contra a Administração Pública, por dano causado por ele.

Como exemplos de interesse *não jurídico* que, portanto, não autoriza o ingresso do terceiro interessado está exatamente o do credor em ação condenatória proposta por terceiro contra o devedor. Por analogia, no caso dos autos, temos a ação proposta pelo devedor (Raesa) contra terceiro (Eletrobrás) e similar condição de credor por parte da BR.

A reforçar a caracterização de mero interesse econômico por parte da BR está a afirmação dela própria na petição em que pede seu ingresso na lide (cito):

[...] devendo ser salientado que a BR é a fornecedora deste combustível para a Raesa, sendo atualmente sua credora em valores milionários decorrentes de fornecimento inadimplido.

Tanto assim o é que a Raesa, em mais de uma oportunidade, já indicou nos autos a BR como beneficiária direta do repasse dos valores da conta.(fl. 1.028, grifos acrescidos).

Pelo exposto:

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiv-vWghtHPAhWG1x4KHx98Cx0QFggI/MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.impetus.com.br%2Fnoticia%2Fdownload%2F54%2Fmandado-de-seguranca-com-efeitos-patrimoniais-preteritos%3A--uma-boa-noticia&usq=AFQjCNHIXImD23H\\_R0ZYKU4phCMcA8ZXHQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiv-vWghtHPAhWG1x4KHx98Cx0QFggI/MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.impetus.com.br%2Fnoticia%2Fdownload%2F54%2Fmandado-de-seguranca-com-efeitos-patrimoniais-preteritos%3A--uma-boa-noticia&usq=AFQjCNHIXImD23H_R0ZYKU4phCMcA8ZXHQ)>.

<sup>2</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 535-536.



a) *indefiro* os sucessivos pedidos formulados pela empresa Rio Amazonas Energia S/A – Raesa de efetivação do comando judicial exarado pelo acórdão Quinta Turma (fls. 953-970) uma vez que a tutela antecipada vem sendo cumprida pela Eletrobrás;

b) *indefiro* o pedido de ingresso na lide da BR à míngua de interesse jurídico a justificar sua intervenção.

(Numeração única: 0029183-21.2009.4.01.3400, Apelação Cível 2009.34.00.029716-4/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, *e-DJF1* de 17/11/2016, p. 649)

## Agravo de Instrumento 0041520-13.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto Juízo da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada por Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A contra a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja determinada a anulação do Despacho Aneel 4.395/2014, determinando-se, ainda, à promovida, que notifique o Operador Nacional do Sistema Elétrico, para que desconsidere e desfaça todos os efeitos do referido despacho, de modo que sejam preservados os efeitos das Cláusulas dos Termos Aditivos 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º e 22º ao CUST 121/2002.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela de urgência formulado no referido feito, com estas letras:

A autora acima nominada, qualificada à fl. 02, ajuizou a presente ação de procedimento ordinário contra a Aneel, pleiteando, em sede de liminar, que sejam suspensos os efeitos do Despacho Aneel nº 4.395/2014, bem como que seja notificado o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) acerca da suspensão dos efeitos do referido despacho.

Alega que, originalmente, o acionamento excepcional e esporádico da EU Pedreira não era tratado como carga da AES Eletropaulo. Logo não era contratada a demandada para este uso excepcional em controle de cheias dos Rios Tietê e Pinheiros. Em caso de ultrapassagem da demanda contratada pela AES Eletropaulo, havia o expurgo da carga da EU Pedreiras. Posteriormente, resolveu-se que a carga da UE Pedreiras deveria ser incluída na demanda contratada pela AES Eletropaulo.

Argumenta que a nova interpretação dada pelo ONS afeta diretamente os consumidores da Eletropaulo, haja vista que a consideração da carga da EU Pedreira, aumentar-se-ia o Montante de Uso do Sistema de Transmissão contratado pela Distribuidora e nos termos do contrato de concessão esses custos são integralmente repassados para as tarifas.

Narra que, ao invés de invalidar a nova interpretação dada pelo ONS à UE Pedreira com efeitos prospectivos, a Aneel anulou todos os termos aditivos ao CUST nº 121/2002, a cláusula em que o ONS e a AES Eletropaulo acordaram que a ultrapassagem do MUST contratado no Ponto de Conexão Piratininga fosse tratada como ocorrência de remanejamento de cargas, não incidindo adicional de encargo devido à ultrapassagem de demanda.

Afirma que a Aneel determinou a recontabilização do encargo de uso do sistema acrescido do adicional de ultrapassagem no Despacho nº 4.395/2014, insurgindo-se a autora contra a pretensão da Aneel de anular as Cláusulas dos Aditivos ao CUST nº 121/2002 e recontabilizar o Montante de Uso do Sistema de Transmissão, impondo à AES penalização retroativa e ilícita por suposta ultrapassagem do montante de uso contratado.

É o breve relato. Decido.

Para a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, é necessário que, com base em prova inequívoca, o julgador se convença da verossimilhança dos fundamentos fáticos da demanda, bem como que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação relacionado à demora natural da entrega definitiva da prestação jurisdicional, e desde que inexistam perigo de irreversibilidade das consequências práticas do provimento antecipado.

Em análise preliminar, concluo pela existência verossimilhança dos fundamentos fáticos da demanda. A autora pede que sejam suspensos os efeitos do Despacho Aneel nº 4.395/2014, bem como que seja notificado o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) acerca da suspensão dos efeitos do referido despacho.

A Aneel, agência reguladora, tem atribuição de fiscalizar a prestação de serviços de energia elétrica, aplicando, conforme o caso, as sanções correspondentes à situação de irregularidade, notadamente, quanto a obrigações legais e contratuais, com escopo nos arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.472, de 26/12/1996:

Art. 2º. A Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à Aneel: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

[...]

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...]

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

[...]

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Com efeito, é inegável que as agências reguladoras detêm poder normativo e de polícia, ou seja, de fiscalização, contudo seu poder não é absoluto. Pontuo, ainda, que a ONS, embora detenha natureza jurídica de direito privado, está a exercer a longa manus da prestação do serviço público.

Neste sentido, a Aneel deve fiscalizar todos os agentes que operem no setor de energia elétrica e, verificando não conformidades, aplicar as multas administrativas, dentro dos limites legais. No entanto, existem balizas que devem ser respeitadas pela Aneel, entre elas o pacta sunt servanda e o princípio da razoabilidade, entre outros.

No caso em concreto, da análise dos autos, verifico a existência de diversos aditivos contratuais ao CUST nº 121/2002, no qual constam que:

Cláusula 3ª - As partes acordam que as ultrapassagens do MONTANTE DE USO contratado no Ponto de Conexão PIRATININGA 88KV, até os valores estabelecidos na tabela a seguir, serão tratadas como ocorrências de remanejamento de cargas, em montantes previamente acordados, bem como redespacho de geração ou abertura de linhas, conforme previsto no Artigo 15, da Resolução Aneel nº 281, de 01 de outubro de 1999.

Ou seja, a ONS celebrou, ao longo de vários anos, diversos contratos administrativos com a parte autora, onde havia a expressa previsão de que não incidiria adicional de encargo devido à ultrapassagem de demanda, relacionado à vazão do acionamento da EU Pedreira. Tratou-se, pois, de uma deliberação das partes, ponderando obrigações e direitos diante da avença, entre as várias cláusulas contratuais celebradas.

Ressalto que, em que pese a ANAEL não ter celebrado o contrato, por decorrência lógica, teve acesso aos diversos aditivos contratuais ao longo dos anos.

Destarte, apesar da ONS ser pessoa jurídica de direito privada, como já pontuado, entendo que tais contratos trazem questões afetas também ao direito administrativo. Contudo, não vejo motivo lógico-jurídico, e que fuja da proporcionalidade, a cláusula estabelecida (objeto da querela), uma vez que os benefícios do contrato celebrado devem ser vistos de forma global.

Assim, mesmo diante da possível aplicação das cláusulas exorbitantes, o poder de polícia exercido pela agência reguladora foi além da razoabilidade, uma vez que anulou contrato celebrado por terceiros, para então cobrar sanção retroativa, multando a parte autora desde a celebração do primeiro aditivo.

Existindo previsão contratual estabelecendo que não incidiria adicional de encargo devido à ultrapassagem de demanda, e considerando que as partes celebraram o contrato de boa-fé, caberia à Aneel, em decorrência da mudança de entendimento quanto à legalidade da cláusula, estabelecer novas cláusulas proibindo a ultrapassagem do MUST contratado no ponto de conexão Piratininga – 88 KV, e a partir da alteração, passar a cobrar multas nos casos de descumprimento.

Deve, pois, prevalecer a presunção de boa-fé, uma vez que a própria ré teve conhecimento prévio dos diversos aditivos contratuais, pois a atividade empresária confiou e agiu com base no contrato.

Desse modo, tenho que a recontabilização, pelo ONS, dos encargos de uso do sistema de transmissão e eventuais parcelas de ineficiência de ultrapassagem associados ao ponto de conexão Piratininga, determinada no despacho nº 4.395/2014 (fl. 235) afigura-se ilegal.

Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR, para determinar a suspensão os efeitos do Despacho Aneel nº 4.395/2014, devendo a ré notificar o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) acerca da suspensão dos efeitos do referido despacho.

Tal decisão não impede que a cláusula não seja revista, mas, apenas, que a ré não dê o efeito retroativo à anulação, atingindo aditivos contratuais pretéritos.

Em caso de descumprimento, desde já, aplico multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, fora o envio das principais peças do processo para o MPF apurar a ação penal por crime de desobediência/prevaricação.

\*\*\*

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, a legitimidade do ato impugnado, destacando que, diferentemente do que sustenta a suplicante, ora recorrida, em casos assim, as regras propostas pelo ONS para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN devem ser por ela homologada, conforme disposto no inciso *f* do parágrafo único do art. 13 da Lei 9.648/1998, não prosperando, por conseguinte, a alegação de que o ONS seria o único responsável por propor regras e procedimentos de rede para operação no SIN no que diz respeito a tratamento específico, como no caso dos Termos Aditivos ao CUST 121/2002, uma vez que estas regras têm de ser aprovadas pela Aneel.

Regularmente intimada, a recorrida apresentou suas contrarrazões, pugnando pela manutenção da decisão agravada.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, 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, mormente 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, de forma a autorizar a suspensão da eventual imposição de penalidade, até a definição sobre a sua legitimidade, ou não, sob pena de frustrar-se o resultado da demanda instaurada naquele feito, em caso de procedência da demanda, com vistas nas garantias fundamentais da ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, incisos LIV e LV).

\*\*\*

Com estas considerações, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0041520-13.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 18/11/2016, p. 3.274)

## Agravo de Instrumento 0066108-84.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Teófilo Otoni/MG, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e outros, em que se busca a concessão de antecipação da tutela, no sentido de se determinar aos promovidos que providenciem o fornecimento de água potável à comunidade indígena descrita nos autos.

O juízo monocrático deferiu o pedido de tutela de urgência formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Cuida-se de Ação Civil Pública, com pedido de liminar, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da União Federal, da Secretaria Especial da Saúde Indígena (SESAI) e do Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo, objetivando a condenação dos requeridos na obrigação de prover o fornecimento de água potável e adequada ao consumo humano para a comunidade indígena Nokuriñ, localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG, inicialmente por meio de caminhões-pipa ou outro meio equivalente, e, posteriormente, por meio de sistema completo de captação, tratamento, armazenamento e distribuição de água, sob pena de multa. Requer, ainda, a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, causados pela omissão que privou os índios, por anos, de acesso a esse bem fundamental à vida humana.

Inicial instruída com os Inquéritos Cíveis Públicos n. 1.22.023.000100/2012-05 e 1.22.023.000421/2013-82.

Brevemente relatado, passa-se à DECISÃO.

Trata-se de ação civil pública cuja legitimidade do MPF não se questiona, eis que diante de interesses coletivos, transindividuais de natureza indivisível atinentes à comunidade indígena, cuja defesa de direito e interesses está contida na função institucional do MPF, nos termos do artigo 129, da CF/88.

Legitimado, portanto, o Ministério Público Federal para ajuizar a presente demanda, passa-se à apreciação da legitimidade passiva.

Verifica-se que o MPF ingressou com a presente ação contra a União Federal, a Secretaria Especial da Saúde Indígena (SESAI) e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo (DSEI). Contudo, analisando o art. 2º, II, f, do Decreto nº. 8.065/2013, observa-se que a Secretaria Especial de Saúde Indígena e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo compõem o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, sendo órgãos integrantes do Ministério da Saúde. Por não terem personalidade jurídica própria, a SESAI e o DSEI não detêm legitimidade passiva para figurar no presente feito, motivo pelo qual devem ser excluídos da lide.

Por outro lado, cabe frisar que a União, pessoa jurídica, da qual o Ministério da Saúde faz parte, já integra o pólo passivo da demanda.

Dessa forma, passa-se à análise da pretensão apenas em relação à União Federal.

Pois bem. Alega o douto representante do Órgão Ministerial que a etnia Nokuriñ está localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG e que a demarcação da área está sob litígio (ação civil pública nº 6679-63.2011.4.01.3816).

Afirma que no local em que a comunidade indígena se encontra não possui condições mínimas de sobrevivência, seja pela precariedade de recursos naturais para a sustentabilidade do grupo, seja pela falta de prestação de serviços públicos, como o fornecimento de água potável.

Aduz o Parquet que, em 12/04/2013, recomendou ao Distrito Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo que analisasse a água fornecida à comunidade Nokuriñ e que procedesse aos ajustes necessários para o fornecimento de água adequada ao consumo humano, sendo informado pela referida autarquia que a solução definitiva havia ficado para o ano de 2015 e que até que se contratasse o serviço de caminhão-pipa seriam distribuídos filtros cerâmicos para melhorar a qualidade da água.

Contudo, narra o MPF que, até a presente data, a situação permanece inalterada.

Afirma que o cacique da Aldeia, Edson Erlon Xavier dos Santos, relata diversas violações aos direitos da etnia, sobretudo a ausência de sistema adequado de abastecimento de água saneamento. Ainda segundo o cacique, foi feita análise da água utilizada pela comunidade e se constatou a existência de coliformes fecais, o que a torna imprópria para o consumo.

Sustenta o MPF, ainda, que o Poder Público tem nas mãos os recursos necessários para prover a comunidade com o necessário sistema de abastecimento de água, fato que só não se concretizou pela sua negligência.

Pois bem. A concessão da tutela antecipada apenas é cabível quando o juiz, convencendo-se da verossimilhança das alegações sustentadas na inicial, mediante prova inequívoca carreada aos autos, vislumbra elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso em tela, consta do IPC nº 1.22.023.000100/2012-05 (fls. 08/24) que o grupo indígena da etnia Nokuriñ se encontra na região do atual Município de Itambacuri/MG desde 1860. Contudo, o território onde a comunidade está instalada não é considerado "terra indígena", tanto que foi ajuizada ação civil pública (autos nº 6679-63.2011.4.01.3816) com tal finalidade.

Consta, também, que desde o ano de 2013, em que se solicitaram providências para o fornecimento de água potável à comunidade indígena, as únicas obras realizadas consubstanciam-se na construção de duas caixas d'água para armazenamento de água das chuvas captadas pelo telhado, e em um poço tubular profundo que abastece de água pequenos reservatórios instalados em pontos elevados que, por gravidade, abastecem as casas. Contudo, conforme perícia realizada no local, a solução é precária, pois em época de seca a água fica escassa (fls. 184/185).

Há, ainda, as declarações prestadas pelo cacique da Aldeia, Edson Erlon Xavier dos Santos, que relata a constatação de coliformes fecais na água utilizada, o que a torna imprópria para o consumo humano (fls. 155/157).

Nota-se, portanto, que as poucas medidas adotadas não são suficientes para solucionar o problema de abastecimento de água na comunidade indígena, pois não solucionam a escassez de água nem melhoram a qualidade desta.

Nesse contexto, o que se constata é uma atuação leniente por partes das autoridades responsáveis por resguardar os direitos indígenas. No jogo de empurra cada um dos órgãos envolvidos transfere para o próximo a responsabilidade pela inércia da administração, sendo este fato conjugado pela conhecida burocracia pública, levando a este fato deplorável de seres humanos vivendo em situação desumana, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Logo, não há dúvidas da plausibilidade do direito invocado.

Já o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se constata no fato da comunidade estar sofrendo com a escassez de água e com a utilização de água imprópria ao consumo humano, ficando, ainda, sujeitas a diversas doenças

que colocam, diariamente, em risco a saúde de toda a população da Aldeia. A perdurar a situação corre-se o risco de muito breve não haver mais sobreviventes do grupo, ou, apenas um pequeno número de doentes abandonados à própria sorte, considerando que a comunidade, atualmente, é composta por apenas 40 pessoas.

Conforme explicitado no art. 231, caput, da Constituição da República de 1988, cabe à União a missão de proteger e de fazer respeitar todos os bens indígenas; assim como a promoção da saúde de todos os brasileiros “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços [...]”, conforme o art. 196, também da Lei Maior. Nos termos do Decreto n. 3.156/99, “o Ministério da Saúde estabelecerá as políticas e diretrizes para a promoção, prevenção e recuperação da saúde do índio, cujas ações serão executadas pela FUNASA”.

No âmbito infraconstitucional o Brasil, promulgou o Decreto n. 5.051, de 19/04/2004, incorporando ao direito nacional o texto da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 27/06/1989 e que estabelece a política geral a ser seguida pelos signatários.

Ao referendar as disposições da OIT, o Brasil se comprometeu a concretizar políticas de assistência sócio-econômicas voltadas aos membros das comunidades indígenas de forma a abolir diferenças evidenciadas entre os membros da comunidade nacional e o indígena. No mesmo sentido aponta o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).

Cabendo à União a promoção da saúde, não só dos indígenas, mas de todos os brasileiros, o que dizer do direito à própria vida, insculpido no art. 5º da nossa Carta Magna e no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, imagine os pais assistindo seus filhos ingerirem água contaminada, esperando inertes pelo aparecimento de doenças ou por um fim ainda mais trágico.

Nessa linha, é preciso que se tome uma providência enérgica, acabando com o jogo de empurra entre os responsáveis pela solução do problema. Não se pode ficar jogando com vidas humanas é necessário que o problema seja resolvido o mais rápido possível, sem mais embaraços.

Isto posto, concedo a liminar requerida no item “a” (fls. 54/55), para determinar à União Federal que forneça água potável e adequada ao consumo humano, em quantidade suficiente, a todas as famílias residentes na comunidade indígena Nokuriñ, localizada no Córrego Pezinho, Município de Campanário/MG, provisoriamente, através de caminhões-pipa (pelo menos três vezes por semana), ou por outro meio equivalente, a partir de no máximo 5 (cinco) dias da data da intimação da decisão. O fornecimento deverá ser contínuo até o início do efetivo funcionamento do sistema completo, perene e estável de abastecimento de água potável na aldeia, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser revertida em favor da comunidade.

Outrossim, entendo viável a realização de audiência de conciliação na tentativa de compor as partes para uma solução mais célere da lide. Assim, determino que a Secretaria da Vara agende audiência de conciliação, devendo todas as partes serem intimadas para comparecimento.

Deixo para analisar o pedido liminar requerido no item “b” (fls. 55), bem como reanalisar o pleito do item “a”, após a Audiência de conciliação e o oferecimento da contestação.

Excluo do pólo passivo da demanda a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI e o Distrito Sanitário Especial Indígena em Minas Gerais e Espírito Santo em vista de não terem personalidade jurídica própria, sendo apenas órgãos integrantes do Ministério da Saúde, conforme art. 2º, II, f, do Decreto nº. 8.065/2013”.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal, em resumo, que, além de caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes, a determinação constante da decisão agravada afigurar-se-ia materialmente impossível de ser cumprida no exíguo prazo assinalado pelo juízo monocrático, “visto que o cumprimento das determinações judiciais concernentes a construção de redes de abastecimento de água potável é um procedimento moroso”, impondo-se, na espécie, a sua prorrogação pelo prazo de 60 (sessenta) dias. Sustenta, ainda, o descabimento de multa pecuniária em face da fazenda pública, pugnano, ainda, alternativamente, pela redução do valor arbitrado, sob essa rubrica.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal postulada na inicial, 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, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos condições existenciais mínimas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde pública, como garantias fundamentais asseguradas em nossa Carta Magna, não se podendo olvidar que, no caso, se trata da proteção de um direito de todos e de um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e

econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal).

Assim, não se mostra admissível a falta de fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, considerando-se a essencialidade do bem pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, e 231, *caput* e respectivo § 3º).

Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal,

*[...] a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (ARE 639337 AgR, relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177, divulg. 14/09/2011, public. 15/09/2011, ement. Vol-02587-01, p. 125).*

Nessa inteligência, confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL A ALDEIAS INDÍGENAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). II - No caso em exame, não se mostra admissível a falta de fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, considerando-se a essencialidade do bem pretendido, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para assegurar o direito à saúde e à vida das comunidades indígenas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, *caput* e respectivo parágrafo 3º). III - Ademais, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, "a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança." (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). IV - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(REO 0005921-07.2012.4.01.3701 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.697 de 03/06/2015).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. REFORMA ESTRUTURAL E SANITÁRIA DE CASA DE SAÚDE INDÍGENA. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTERESSE PROCESSUAL. PRELIMINARES REJEITADAS. I - Na espécie dos autos, não merece prosperar a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que inexistente óbice legal ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal na defesa dos direitos indígenas, além de que os fundamentos que sustentam a insurgência da apelante confundem-se com o próprio mérito recursal, com o qual serão apreciados. De igual forma, não há que se falar em ausência de interesse processual, na medida em que, no caso em exame, as providências requeridas na petição inicial somente ocorreram em decorrência do deferimento da medida liminar, sendo que apenas a sentença de mérito produz coisa julgada formal e material. II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). Em sendo assim, afigura-se juridicamente possível, na espécie, condenar a promovida na obrigação de fazer consistente na implementação de reforma estrutural e sanitária de Casa de Saúde do Índio, com vistas à proteção de direito constitucionalmente assegurado aos povos indígenas. III - Nesta dimensão, o Supremo Tribunal

Federal, no exame da ADPF nº 45/DF, firmou sua inteligência, no sentido de que “é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), pois “a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). IV - Apelação da União Federal desprovida.

(AC 0019156-89.2012.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.895 de 19/03/2015)

De ver-se, ainda, que, em casos assim, o colendo Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento, no sentido de que, “*tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.*” (AgRg no REsp 1136549/RS, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010) e de que “*a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário Republicano, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso.*” (AC 0002508-94.2005.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 294, de 10/01/2014).

De igual modo, no tocante à imposição de multa pecuniária, a “jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser possível a imposição de multa, ainda que contra a Fazenda Pública, em se tratando de obrigação de fazer” (AgRg no REsp 951.072/RS, rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009), não se vislumbrando, ainda, na espécie, qualquer afronta ao princípio da razoabilidade no montante da astreintes, fixado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no cumprimento do *decisum* impugnado, sob pena de frustrar-se a sua finalidade — inibir eventual descumprimento do julgado (AGRAC 0009520-02.2013.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 08/09/2016).

Por fim, no que pertine à aventada exiguidade do prazo assinalado na decisão agravada, a pretensão recursal ampara-se em premissa inexistente, eis que, em nenhum momento, se determinou a construção de redes de abastecimento de água potável, no prazo de 5 (cinco) dias, mas sim que, nesse prazo, seja iniciado o fornecimento de água potável à comunidade indígena descrita nos autos, em caráter provisório, por intermédio de caminhões-pipa, de forma contínua, até o início do efetivo fornecimento pelo sistema completo.

\*\*\*

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0066108-84.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 18/11/2016, p. 3.297)

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0063825-88.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

A União requer a suspensão das liminares concedidas pelos Juízos da 7ª Vara Federal do Distrito Federal e 1ª Vara Federal de Rondônia, nos autos das Ações Cíveis Públicas 14166-95.2016.4.01.3400 e 369-86.2016.4.01.4100, respectivamente.

Alega que o Ministério Público Federal ajuizou ações civis públicas, tendo por objeto, em síntese, acordos de cooperação técnica firmados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) e alguns municípios, para auxílio nas atividades de fiscalização sanitária, no âmbito do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (Suasa), por meio da cessão de servidores públicos médicos veterinários para atuar na fiscalização.

Esclarece que a primeira ação civil pública foi proposta visando o

[...] desfazimento de todos os Acordos de Cooperação Técnica firmados entre o Mapa e os Municípios pactuantes, bem como a determinação para que sejam nomeados os candidatos excedentes aprovados para o cargo de Fiscal Federal Agropecuário com especialização em Medicina Veterinária (Edital 1/2014) em número suficiente para substituição dos servidores conveniados das unidades restantes, ou seja, ao menos 177 (cento e setenta e sete) excedentes [...]. (fl. 5)

Na primeira ação, a liminar foi parcialmente concedida para

[...] determinar ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que suspenda a celebração de novos acordos de cooperação técnica com os municípios, voltados para a cessão, por parte das prefeituras, de servidores para exercer as funções de fiscal federal agropecuário com especialização em medicina veterinária, bem como, quanto aos convênios já celebrados, proceda à devolução, no prazo de 30 (trinta) dias, de todos os servidores cedidos que não preencham o requisito de possuir vínculo efetivo com a Administração, até decisão final do presente feito. (fl. 6.)

Na segunda ação, a liminar foi deferida para determinar à União que

[...] a) se abstenha de utilizar para execução do objeto dos acordos de cooperação técnica firmados ou que venha a firmar com os demais entes federativos, servidores cedidos que não tenham sido contratados por meio de concurso público pelos entes cedentes, devendo valer-se de mão de obra cedida apenas para tarefas secundárias e de apoio às atividades típicas de inspeção sanitária e industrial de produtos de origem animal, sem prejuízo de ulterior deliberação judicial para desfazimento dos contratos em caso de constatação de utilização de servidores comissionados ou para execução de atividades típicas de fiscalização federal; b) adote as providências necessárias para, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, nomear, em caráter precário, os 12 candidatos que se encontram aprovados em cadastro de reserva para o cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade médico veterinário, no Estado de Rondônia. (fls. 137-138)

Afirma que as decisões liminares, na forma como proferidas, geram grave lesão à ordem, economia e saúde públicas, porquanto colocam em risco o interesse público e são capazes de proporcionar graves danos à toda coletividade.

Registra que

[os] [...] acordos de cooperação técnica são celebrados com base no regime de cooperação instaurado no âmbito do Suasa. São instrumentos formalizados com o objetivo de firmar interesse na "mútua cooperação técnica", visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, não ensejando obrigação de repasse de recursos entre os partícipes. (fl. 10)

Relata que

[...] o aspecto que representa grave lesão à ordem administrativa pode ser encontrado em trecho da decisão proferida na ACP 369-86.2016.4.01.4100 que determinou a nomeação, em caráter precário, "de 12 candidatos que se encontram aprovados em cadastro de reserva para o cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade médico veterinário, no Estado de Rondônia [...].

Argumenta que o cumprimento de tal determinação "gera grave lesão ao regular exercício das funções da administração, na medida em que desconsidera o fato de inexistir dotação orçamentária para nomeação, trazendo repercussões negativas em toda a execução financeira e orçamentária do órgão." (fl. 24)



Consigna que “a problemática que ensejou o deferimento das liminares reside no fato de que os acordos estariam sendo executados de forma ‘ilegal’”. (fl. 10)

Destaca que,

[...] segundo cláusula específica constante dos acordos, os Municípios/Estados comprometem-se em ceder médicos veterinários que tenham efetivo vínculo com a Prefeitura Municipal/Estado” (fl. 11), mas em alguns Municípios, essa cláusula foi descumprida, tendo sido cedidos médicos veterinários que não possuem vínculo estatutário municipal.” (fl. 11)

Sustenta que a Administração reconhece que tal postura não é adequada e que as irregularidades já estão sendo objeto de apuração.

Pugna pela suspensão das liminares afirmando que

[...] é clara a grave lesão à saúde e à economia pública, pois a suspensão dos termos de cooperação, a devolução dos servidores cedidos e a proibição de celebração de novos acordos repercutirão na segurança alimentar da população e no bom desenvolvimento de atividades econômicas, podendo inclusive gerar desemprego e causar prejuízos na balança comercial do país. (fl. 12)

*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.

As decisões questionadas possuem, em síntese, os seguintes comandos:

(i) determinação para nomeação de 12 candidatos para o cargo de Fiscal Federal Agropecuário em Rondônia; (ii) quanto aos convênios já celebrados, devolução, no prazo de 30 (trinta) dias, de todos os servidores cedidos que não preencham o requisito de possuir vínculo efetivo com a Administração; (iii) abstenção de utilização de servidores cedidos que não tenham sido contratados por meio de concurso público pelos entes cedentes; (iv) suspensão da celebração de novos acordos de cooperação técnica com os Municípios. (fl. 12)

Da análise dos arts. 27-A da Lei 8.171.1991, e 37 e 142 do Decreto 5.741/2006, deduz-se que todos os abatedouros, frigoríficos, indústrias de pescado e laticínios estão sujeitas à fiscalização do Poder Público, uma vez que desenvolvem atividades intimamente ligadas à segurança alimentar e à saúde pública.

Examina-se, no processo principal, se os acordos de cooperação técnica estariam sendo executados de forma ilegal em razão de alguns municípios estarem cedendo médicos veterinários que não possuem vínculo estatutário com o município, visto que nos acordos de cooperação técnica existem cláusulas nas quais os entes se comprometem a ceder, tão somente, médicos veterinários que tenham efetivo vínculo com a prefeitura municipal ou com o estado.

O MPF alega que os acordos celebrados pela Administração estariam violando a regra constitucional do concurso público e representariam terceirização ilegal de mão de obra, porque os conveniados cedidos pelos municípios estariam emitindo certificações sanitárias.

*In casu*, como as irregularidades já estão sendo objeto de apuração caso a caso, inclusive mediante a imputação de responsabilidades às autoridades que descumpriram os acordos de cooperação técnica, tendo havido, inclusive, a solicitação de substituição dos agentes por outros que atendam às exigências contidas nos acordos, *entendo* que a devolução imediata dos servidores que não possuem vínculo estatutário poderá paralisar o serviço público de fiscalização, colocando em risco a saúde pública.

Entendo ainda que a suspensão dos termos de cooperação, bem como a proibição de novos acordos repercutirão na segurança alimentar da população e no bom desenvolvimento das atividades econômicas.

No tocante à determinação de nomeação de candidatos aprovados em concurso público sem a respectiva dotação orçamentária, tal conduta é capaz de gerar grave lesão à ordem administrativa e à economia pública, porquanto a autorização para preencher novas vagas depende de dotação orçamentária prévia (art. 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal).

Pelo exposto, *defiro* o pedido de suspensão das liminares concedidas pelos Juízos da 7ª Vara Federal do Distrito Federal e 1ª Vara Federal de Rondônia, nos autos das Ações Cíveis Públicas 14166-95.2016.4.01.3400 e 369-86.2016.4.01.4100, até o respectivo trânsito em julgado.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0063825-88.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 29)

### Agravo de instrumento 0042896-34.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência de Extensão Rural – Empaer, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que indeferiu o pedido de levantamento dos valores penhorados em sua conta bancária, nos autos da Execução Fiscal 96.00.00726-8.

Ao decidir, sua excelência entendeu que: “os valores bloqueados, apesar de provir de repasses públicos, não estão protegidos pela regra da impenhorabilidade, pois não seriam empregados nas áreas afetas ao dispositivo legal” (fl. 716).

Em seu recurso, a agravante alega a impenhorabilidade da verba oriunda de convênio, em afronta ao art. 833, inciso IX, do novo Código de Processo Civil.

Sustenta, ainda, que:

[...] a penhora recaiu sobre numerário advindo do Convênio n. 718165/2009- Embrapa, no qual esta última repassou para exclusiva aplicação nas finalidades objeto do convênio, o montante de R\$3.458.019,77 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e oito mil, noventa e sete centavos), conforme cláusula sexta do convênio.

Estes valores foram depositados em conta corrente destinada unicamente a esta finalidade, como é próprio dos convênios, haja vista que os valores permanecem em separado, justamente pela sua vinculação exclusiva, impossibilitando aplicação em destino diverso. (fl. 06)

Em atendimento ao despacho de fl. 733, a agravante juntou aos autos cópia integral do Convênio 718165/2009 – Embrapa, firmado entre a Empaer e a Embrapa (parágrafo único do art. 932, c/c o § 3º do art. 1.017, ambos do NCPC).

Com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

De acordo com o Convênio de Cooperação Técnica e Financeira 718165/2009, celebrado entre a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa e a Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural – Empaer/MT, ora agravante, registrado no SICONV sob o número 718165/2009, que tem por objeto “a integração de esforços entre as partes para o fortalecimento da pesquisa agropecuária estadual em seus aspectos técnico e de infraestrutura [...]”; as partes estabeleceram plano de trabalho para a realização das despesas decorrentes da execução do objeto do convênio, mediante a alocação de recursos orçamentários e financeiros — cláusulas 1ª a 6ª do convênio (fls. 739-758).

Os recursos financeiros relativos ao valor global para a execução do convênio, no valor de R\$ 3.938.300,77 (três milhões, novecentos e trinta e oito mil e trezentos reais e setenta e sete centavos), bem como a dotação orçamentária para exercícios futuros, identificada por “Termos Aditivos” em relação a cada exercício civil, seriam depositados na conta bancária especificada na cláusula oitava, segundo o cronograma de desembolso estabelecido no convênio.

Na hipótese, a constrição no montante de R\$ 2.228.876,08 (dois milhões, duzentos e vinte e oito mil, oitocentos e setenta e seis reais e oito centavos) recaiu sobre a conta-corrente da agravante, destinada à aplicação vinculada dos recursos públicos ali depositados, provenientes do Convênio 718165/2009 – Embrapa.

Conforme demonstra o Termo Aditivo 6 ao convênio de cooperação técnica e financeira, celebrado entre a Embrapa e a Empaer/MT, de prorrogação da sua vigência até 31/12/2016, os recursos dele advindos devem obedecer às finalidades estabelecidas.

Como visto, a penhora recaiu sobre valores oriundos do Convênio Empaer/Embrapa, cuja vinculação é específica, e deve atender às diretrizes constantes do referido termo do convênio.

Dispõe o art. 833, inciso IX, do novo Código de Processo Civil:

São impenhoráveis:

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

O entendimento jurisprudencial desta egrégia Corte é no sentido da impenhorabilidade dos recursos públicos recebidos por instituições privadas, com destinação legal específica em educação, saúde, ou assistência social. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJULGAMENTO POR FORÇA DE DECISÃO DO STJ. OMISSÃO. PENHORA. NOMEAÇÃO DE BENS. RECUSA DA EXEQUENTE.. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA DE BENS. BACENJUD. APÓS VIGÊNCIA DA LEI 11.382/06. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. UTILIDADE PÚBLICA. RECURSOS REPASSADOS PELO SUS. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, IX DO CPC.

[...]

7. “Os valores recebidos pela entidade privada recorrente vinculam-se à contraprestação pelos serviços de saúde prestados em parceria com o SUS - Sistema Único de Saúde, razão pela qual são absolutamente impenhoráveis” (in AGA 200901000368697 AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200901000368697 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA Sigla do órgão TRF1 Órgão julgador SÉTIMA TURMA Fonte e-DJF1 DATA:26/11/2010 PAGINA:140). 7. Em relação às Santas Casas de Misericórdia, que prestam serviço público de saúde e sobrevivem de verbas do chamado SUS, é evidente que tais verbas são fundamentais para a continuidade de sua existência. Dispõe o art. 649, inciso IX, da Lei Adjetiva Civil: “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: [...] IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”.

[...]

(EDAGA 2008.01.00.042519-0, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:03/05/2013 PAGINA:353.)

Assim, para a concessão da medida acautelatória requerida pelo agravante, faz-se mister a presença de elementos que demonstrem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme prevê o art. 300 do NCPC.

Conforme se depreende do art. 1º do Estatuto da Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural S/A – Empaer, ora agravante, trata-se de uma sociedade de economia mista, vinculada à Secretaria de Agricultura e Assuntos Fundiários do Estado de Mato Grosso, cujos objetivos sociais da empresa estão previstos no art. 4º do mencionado estatuto, dentre os quais se destaca:

II – implementar ações governamentais relativas a atividades econômicas ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado no âmbito da pesquisa, assistência técnica, extensão rural e produção agropecuária, levando em consideração a preservação e conservação do meio ambiente;

[...]

V – desenvolver programas de extensão rural, entendida como processo educativo de caráter permanente, com ensinamentos em tecnologias de produção agropecuária, do uso do crédito rural, armazenamento, comercialização e atividades relacionadas com a organização de produtores e melhoria de qualidade de vida da população rural; [...] (fl. 358)

O objeto do Convênio 718165/2009 – Embrapa encontra subsunção ao quanto prescreve a norma de regência, que, por sua vez, tem como um dos seus pressupostos a aplicação em educação.

Ora, conquanto não se tenha a expressa indicação à palavra “educação” no termo de convênio, não se pode empreender raciocínio diverso a “*integração de esforços entre as partícipes para o fortalecimento da pesquisa agropecuária estadual em seus aspectos técnico e de infraestrutura [...]*” como medida educacional.

Exigir, de forma singela, a expressão “educação” no conteúdo do objeto do convênio é, em última análise, restringir o alcance da norma por meio de sua interpretação textual.

*In casu*, restou configurada a probabilidade do direito da agravante, vez que são impenhoráveis os recursos públicos destinados à aplicação compulsória em assistência social, a teor do disposto no art. 833, inciso IX, do NCPC.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside na impossibilidade de adimplemento das despesas previstas no plano de trabalho da Empaer, junto aos seus contratados.

Ante o exposto e com fundamento nos arts. 294 e 300 c/c o art. 932, inciso II, do NCPC, *concedo a antecipação da tutela recursal*, para determinar a liberação dos valores bloqueados nas contas bancárias decorrentes do Convênio 718165/2009 – Embrapa.

(Agravo de instrumento 0042896-34.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, *e-DJF1* de 18/11/2016, p. 3.540)

## Agravo de Instrumento 0062708-62.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Rondônia e o Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia, que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos Ação Civil Pública 5710-93.2016.4.01.4100, ajuizada contra Santo Antônio Energia S.A. e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, objetivando:

- a) tutela cautelar de indisponibilidade dos bens da empresa Santo Antônio Energia S.A. até o montante do valor da causa;
- b) suspensão da Licença de Operação até que a empresa apresente um Plano de Contenção dos Mosquitos e outras providências eficazes e sejam revistos os relatórios apresentados pela empresa quanto ao cumprimento do Programa de Monitoramento de Macrófitas Aquáticas, Seção 11 do Projeto Básico Ambiental – PBA do AHE Santo Antônio e e elabore parecer sugerindo medidas cabíveis ao caso;
- c) ou, subsidiariamente, determine que a empresa cumpra o Programa de Monitoramento de Macrófitas Aquáticas, Seção 11 do Projeto Ambiental Básico e apresente solução eficiente para o controle do mosquito *Mansonia*, com a cominação de multa diária;
- d) Ou determine à empresa que realize o remanejamento provisório das famílias dos assentamentos Joana D’Arc I, II e III afetadas diretamente pela infestação do *Mansonia*, mediante auxílio financeiro mensal no valor de R\$ 1.500,00.

### 2. Eis trecho da decisão recorrida no que relevante à controvérsia (fls. 115-118):

*Passo a analisar detidamente o pleito liminar.*

*A tutela provisória 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, consoante a inteligência do artigo 300, do Código de Processo Civil de 2015.*

*No caso sub judice, não verifico a presença dos requisitos autorizadores da liminar requerida.*

*Os pleitos liminares cingem-se ao cumprimento de Programa de Monitoramento de Macrófitas Aquáticas, seção 11 do Projeto Básico Ambiental -PBA do AHE Santo Antonio, em decorrência da proliferação de mosquitos nos Projetos de Assentamentos Joana D’Arc I, II e III.*

*Infer-se dos documentos constantes nos autos (fls. 390/615) que a Santo Antonio Energia S.A. vem cumprindo as obrigações impostas pelo IBAMA, tomando, portanto, as medidas cabíveis ao caso.*

*Nesse contexto, vislumbro em análise perfunctória, própria das liminares, que as requeridas vem desempenhando medidas com o fim de retomar o meio ambiente equilibrado na área almejada.*

*Ponto que não obstante a relevância do tema, o objeto dos autos e de extrema complexidade, necessitando de uma análise notadamente técnica. circunstância que demanda um juízo de cognição plena, o que será alcançado com a formação do contraditório e a instrução do feito.*

*Saliento que no tocante aos pleitos cautelares de indisponibilidade de bens pertencentes a Santo Antonio Energia S.A e suspensão da Licença de Operação, eventual deferimento inviabilizaria a execução dos programas de mitigação dos impactos, situação que traria mais prejuízos ao meio ambiente e a população atingida.*

*Por fim, quanta ao pleito de remanejamento provisório das famílias, elucido que referido pleito já se encontra resguardado nos autos n. 14433-03.2012.8.22.0001, o qual tramita no Juízo estadual, tendo, inclusive, sido proferida sentença favorável aos autores, conforme cópia da sentença constante as fls. 332/361.*

*Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.*

3. Irresignados, argumentam os agravantes que foi instaurado inquérito civil público para apurar os fatos narrados pelos moradores dos Assentamentos Joana D'Arc I, II e III, no Município de Porto Velho, que afirmam ser insustentável conviver com a presença dos mosquitos do gênero *Mansonia*, que alegam ter proliferado após a formação do reservatório de água do Complexo Hidrelétrico Santo Antônio, e que a empresa teria soltado diversas caixas de mosquitos transgênicos a fim de eliminar os mosquitos transmissores da malária, o que afirmam ter causado a proliferação da espécie *Mansonia*.

4. Alegam que a 6ª Promotoria da Justiça da Comarca de Porto Velho realizou pesquisa de campo e, dentre outras conclusões, destaca-se que o mosquito *Mansoni* é vetor de várias viroses: febre do vale, encefalite equina, febre amarela silvestre, chikungunya, salientando ser comum a proliferação desse mosquito em áreas alagadas, bem como ser assustador o índice de picadas homem/hora.

5. Aduzem que a Santo Antônio Energia S.A. – SAE não tem realizado o monitoramento do mosquito e o Ibama não verificou a iminente calamidade, causando preocupação nas áreas com grande quantidade de macrófitas e mesmo com a retirada das macrófitas ocorreu um aumento significativo do mosquito, salientando que a Licença de Operação emitida pelo Ibama já previa riscos ambientais e de saúde, exigindo que a empresa efetuasse o controle mensal das macrófitas ao longo do determinado perímetro.

6. Requer, após outras diversas alegações, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Autos conclusos. *Decido.*

8. Não obstante as alegações dos agravantes, fundamentadas em depoimentos dos moradores e parecer técnico emitido pelo MPRO decorrente de pesquisa de campo realizada em 2014 (fl. 223), ressalto a relevância das informações prestada recentemente pelo Ibama (fls. 131-136), contrárias aos pedidos recursais, as quais transcrevo os trechos mais relevantes:

[...]

*Nesse sentido, a única soltura de espécimes conhecida diz respeito a experimento realizado por órgãos vinculados ao sistema de saúde para combater surto de dengue a partir da liberação de ovos Infectados por bactéria que inibe a propagação da doença. Tal tipo de ação não tem qualquer relação com o licenciamento ambiental para instalação da Usina.*

*Também alegam os autores que o IBAMA não realizou análises e vistorias em relação ao cumprimento do PBA. Contudo, a partir da expedição da Licença de Operação nº 1044 em 2011, o Ibama realizou pelo menos 25 vistorias técnicas, que são inspeções in loco visando aferir e comprovar o andamento dos monitoramentos e ações realizados.*

*O Programa de Saúde Pública, que vem sendo desenvolvido desde 2008. abarca o monitoramento do mosquito do gênero *Mansonia*, acompanhamento que foi iniciado em 2015. Com base em recomendação do Ibama exposta no Parecer 02001.001583/2014 COHID/IBAMA.*

*Pontua-se que o gênero *Mansonia* tem presença e ampla distribuição na região amazônica, mesmo antes da implantação da UHE Santo Antônio. No entanto, no processo de licenciamento não há registro de reclamações da população prévias à implantação do empreendimento e por isso o PBA, especificamente o programa de saúde pública, não incorporou, na ocasião, o monitoramento deste gênero. Apenas em 2013, no momento da realização de uma oitiva para se discutir o alteamento de cota de operação do empreendimento é que se registrou a alegação de parte da população sobre incômodos ocasionados pelo mosquito.*

*Inicialmente houve o entendimento de que caberia ao Ministério da Saúde o acompanhamento do monitoramento c execução de ações de controle do mosquito. Posteriormente, em reunião realizada em 19/02/2015, entre IBAMA c Ministério da Saúde, estabeleceu-se que a competência para o acompanhamento e para a realização das medidas de mitigação caberiam ao IBAMA, uma vez que não há comprovação de que *Mansonia* é vetor de doenças no Brasil, portanto sem risco para saúde pública.*

*A partir de então o Ibama emitiu os Pareceres 02001.001170/2015-1 1. 02001.002407/2015-81, 02001.004876/2015-35 e, 02001.002641/2016-90 COHID/IBAMA. Que dentre outros temas analisa os relatórios encaminhados pelo empreendedor. Neste período o IBAMA realizou ao menos 02 vistorias, sendo que uma foi especificamente para verificar a situação de incomodo descrita pela população e acompanhar a execução da medida de remoção de macrófitas determinada pelo Ibama.*

*Cabe frisar que o Programa de Monitoramento Limnológico e de Macrófitas Aquáticas vem sendo realizado desde o início do processo de licenciamento ambiental do empreendimento.*

*Registra-se, também, a existência de 11 relatórios de acompanhamento devidamente apreciados pelo IBAMA por meio de pareceres e notas técnicas, além de vistorias e inspeção em campo.*

9. Informa também o Ibama que o mosquito do gênero *Mansonia* ocorre naturalmente na região Amazônica, bem como que a remoção indiscriminada dos bancos de macrófitas não deve ocorrer, pois são importantes para a manutenção da qualidade da água (fl. 135). Confira-se:

*Em primeiro lugar importa reafirmar que os mosquitos do gênero *Mansonia* ocorrem naturalmente na região. A espécie apresenta elevada capacidade de voo, podendo se deslocar por grandes distâncias. Os assentamentos do INCRA Joana D'Arc I, II e III estão situados em ambiente de charco, mais susceptível à presença de mosquitos. Outros assentamentos da região não registram alta incidência dos mosquitos do gênero *Mansonia*.*

*Assim, ainda que não se tenha certeza da existência nexos de causalidade, o IBAMA tomou as medidas recomendadas na literatura e pelo Ministério da Saúde, quais sejam: (i) determinou remoção de banco de macrófitas, visando eliminar larvas; (ii) determinou ao empreendedor a distribuição de mosquiteirose; (iii) determinou o desenvolvimento de programa de monitoramento específico do gênero *Mansonia*, para avaliar o comportamento do mosquito, bem como subsidiar ações futuras de controle, se necessário.*

*Em relação à remoção de banco de macrófitas saliente-se que a medida não deve ser realizada de forma indiscriminada, com a remoção total dos espécimes, uma vez que é reconhecida a importância de macrófitas para a manutenção da qualidade de água do reservatório, além de não competir ao licenciamento ambiental a gestão dos efeitos da biota em relação à população, mas somente o impacto ambiental gerado pelo empreendimento licenciado.*

10. Quanto aos pedidos de suspensão da Licença de Operação da empresa agravada, alerta o Ibama que (fls. 135-136):

*a) a suspensão acarretará a paralisação de 21 programas ambientais, inclusive as medidas preventivas já adotadas pelo IBAMA para minimizar o desconforto alegado pela população;*

*b) e a suspensão da operação da UHE Santo Antônio não contribuiria para cessar o suposto surto de mosquito, pois não eliminaria os criadouros. Aliás a paralisação da operação poderia causar o efeito oposto, em decorrência de provável diminuição da dinâmica de circulação da água dentro do reservatório, favorecendo o surgimento de mais ambientes propícios ao desenvolvimento do mosquito;*

*c) não se vislumbra danos à saúde pública, pois não há comprovação de que o mosquito possa ser vetor de transmissão de doenças a humanos. Ainda que fosse, somente a eliminação completa teria alguma eficácia para evitar a não disseminação de doenças.*

10.1 Salientando também que “[...] as medidas recomendadas na literatura especializada sobre o tema são observadas e cobradas pelo IBAMA, especialmente a remoção dos bancos de macrófitas.”

11. Relevante também as medidas sugeridas no Parecer Técnico 16/CAOP-MA/MP/2015 para combater o problema, que parecem ser medidas relativamente simples, e que podem evitar a suspensão da Licença de Operação da empresa. Confira-se (fls. 223-238):

*Quanto a medidas para solucionar o problema pode-se elencar algumas atividades tais como operação “fumacê” (nas residências e entorno com um inseticida capaz de matar as formas adultas do mosquito. Esta é uma ação complicada, já que para cobrir a área mais afetada, entre as linhas 13 e 19, uma área de aproximadamente 15 km. faz-se necessário um percurso de aproximadamente 100km); dispersão de larvicidas, (especialmente biológicos, capazes de matar ou Impedir o processo de maturação das larvas, devendo abranger toda área de remanso. os afloramentos de água onde possa se desenvolver a vegetação); realização de controle das vegetações aquáticas (por exemplo, *Typha* spp. “Cattails”, *Phragmites* spp. “Juncos comuns”, *Eichhornia* spp. “Aguapé”, por se tratar de uma família de insetos que tem como habitat a vegetação aquática emergente), porém há necessidade de estudos para se verificar a mais adequada a situação.*

12. Destaco também as recomendações feitas no mesmo parecer (fl. 237):

a) Solicitar da UHE Santo Antônio Energia – SAE a os dados da pesquisa que está sendo realizada pelo SAPO desde o seu início até a última campanha, não somente com dados sobre Anofelinos, Triatomíneos, Flebotomíneos e Simulídeos espécies monitoras, mas também dos *Mansonia*, para a verificar se houve alteração na composição da comunidade biológica do Projeto Joana d’Arc.

b) Realização de novas vistorias sendo uma entre os meses de julho à setembro e outra entre os meses novembro e dezembro para constatação da existência de períodos de maior incidência do mosquito.

c) Solicitar do IBAMA posicionamento quanto a este “novo” impacto, proliferação dos mosquitos *Mansonia*, que deveria ter sido previsto no processo de licenciamento, por se tratar de fato já ocorrido em outros empreendimentos em que houve o barramento, pois, embora sejam considerados apenas como potenciais vetores de doenças no Brasil, causam transtornos muito sérios a população.

13. Dessa forma, não me parece ser o caso de deferir as medidas requeridas, inclusive a indisponibilidade de bens da SAE, pois precipitada neste momento processual, dado o prejuízo que poderá causar à agravada. Quanto à medida de reassentamento das famílias do Projeto Joana D’Arc I, II e III, esta já foi determinada na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública 14.433-03.2012.4.01.0001, tendo sido concedida, inclusive, a tutela provisória para que a SAE promova o reassentamento desses moradores no prazo de 120 dias (fl. 547).

14. Dessa forma, com essas considerações, ausente a verossimilhança das alegações, restando prejudicada a análise do perigo da demora.

Pelo exposto, *indefiro*, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

(Agravo de Instrumento 0062708-62.2016.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, *e-DJF1* de 29/11/2016, p. 747)

## Apelação Cível 0002033-52.2016.4.01.3810/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Pouso Alegre/MG, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Município de União Federal, a Caixa Econômica Federal e o Município de Consolação/MG, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja imposta obrigação de fazer, nestes termos:

Sejam regularizadas as pendências encontradas no sítio eletrônico já implantado, de links que não estão disponíveis para consulta (sem registro ou arquivos corrompidos), e que PROMOVA a correta implantação do PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, previsto na Lei Complementar nº 131/2009 e na Lei nº 12.527/2011, assegurando que nele estejam inseridos, e atualizados em tempo real, os dados previstos nos mencionados diplomas legais e no Decreto nº 7.185/2010 (art. 7º), inclusive com o atendimento aos seguintes pontos:

Quanto à receita, a disponibilização de informações atualizadas incluindo natureza, valor de previsão e valor arrecadado (art. 48-A, inciso II, da LC 101/00; art. 7º, inciso II, do Decreto 7.185/10);

Quanto à despesa, a disponibilização de dados atualizados relativos ao favorecido (art. 7º, inciso I, alíneas “a” e “d”, do Decreto nº 7.185/2010;

Apresentação:

Das prestações de contas (relatório de gestão) do ano anterior (art. 48, caput, da LC 101/00);

Do relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas sobre os solicitantes (art. 30, inciso III, da Lei 12.527/2011) [...].

O juízo monocrático indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 330, inciso II, e 485, inciso I, do CPC, sob o fundamento de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, ao argumento de que, na espécie, não se vislumbraria interesse federal na solução da pendência, limitando-se o mesmo à esfera do interesse local.

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente, em resumo, que, na espécie, a tutela jurisdicional postulada visa a proteção do patrimônio público federal, na medida em que se busca assegurar o direito à transparência quanto à regular aplicação de recursos federais repassados ao município promovido, seja a título de transferências

legais ou voluntárias, a caracterizar a sua legitimidade ativa *ad causam* e, por conseguinte, a competência da Justiça Federal. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para reformar-se a sentença recorrida e determinar-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para fins de regular instrução e julgamento, pugnano-se, ainda, pela concessão de antecipação da tutela recursal.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso de apelação.

\*\*\*

Não obstante os fundamentos em que se amparou a sentença recorrida, apregoa a Constituição da República, em vigor, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*), arrolando, entre suas funções institucionais, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

Nessa linha de determinação, o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa da correta aplicação dos recursos federais repassados aos municípios, como no caso, a caracterizar, na espécie, a sua manifesta legitimidade ativa *ad causam*.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS AO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO PARA APLICAÇÃO NA SAÚDE DA POPULAÇÃO. TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. DESVIO DE VERBAS COMPROVADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA ULTRA PETITA. CORREÇÃO DO JULGADO, NO PONTO. I - Apregoa a Constituição da República, em vigor, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*), arrolando, entre suas funções institucionais, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III). Nessa linha de determinação, o Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa da correta aplicação dos recursos federais destinados a ações voltadas à preservação da saúde da população de município. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, que se rejeita. II - Versando a controvérsia instaurada, nos presentes autos, sobre a irregularidade da gestão de recursos repassados pelo Governo Federal ao Município réu, a competência para processar e julgar o presente feito é da Justiça Federal. Ademais, consoante entendimento jurisprudencial firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a presença do Ministério Público Federal, no feito, já justifica, por si só, a competência da Justiça Federal, para processá-lo e solucionar a demanda. III - Afigura-se tempestiva a apelação interposta dentro do prazo recursal, contado, no caso, da juntada aos autos do mandado de intimação do Município, devidamente cumprido. IV - Não resta configurado a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento da prova testemunhal, quer por se encontrar preclusa a discussão sobre a matéria, quer por não se fazer necessária, diante da prova documental produzida nos autos. V - Demonstrado nos autos o desvio das verbas federais repassadas ao Município réu para aplicação em ações voltadas à saúde da população, merece amparo a pretensão deduzida pelo requerente, no sentido de que o promovido devolva à conta própria de origem, os recursos indevidamente transferidos a outras contas, para finalidades diversas das que se destinam. VI - Restringindo-se o pedido deduzido na inicial à devolução às contas de origem dos valores indevidamente utilizados pelo Município, caracteriza-se ultra petita a sentença que condena o promovido a proceder ao ressarcimento da União Federal das verbas desviadas para outras finalidades. Sentença que se corrige, no ponto em que se apresenta ultra petita, para se ajustar a condenação ao pedido formulado pelo autor ministerial. VII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 0001246-22.1999.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, DJ p.182 de 21/01/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSOS FEDERAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 1. No caso de eventual ajuizamento de ação civil pública, por restar envolvido o interesse da União na correta aplicação dos recursos federais, será competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. 2. Tratando-se de verbas federais repassadas pela União (FNS) ao Município de São Francisco do Maranhão/MA, condicionada à prestação de contas perante órgão federal (Tribunal de Contas da União), a competência é da Justiça Federal para processamento e julgamento da ação de improbidade administrativa. (Súmula 208 do eg. STJ). 3. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública



de Improbidade Administrativa, objetivando a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa (artigo 37, I, c/c art. 6º, XIV, f, ambos da LC n. 75/93). 4. Agravo improvido.

(AG 0059575-46.2015.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 22/04/2016)

Assim posta a questão, afigura-se presente, na hipótese dos autos, a plausibilidade das alegações deduzidas em sede recursal.

De outra banda, no que pertine ao pedido de antecipação da tutela recursal em referência, verifica-se que a pretensão deduzida pelo órgão ministerial limita-se a impor ao promovido obrigação de fazer consistente no mero cumprimento dos diplomas legais acima arrolados, os quais não estariam sendo observados, em manifesta afronta ao princípio da publicidade dos atos administrativos, na forma estampada na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo douto Ministério Público Federal, para determinar que o município promovido adote as medidas postuladas na inicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, a saber:

Sejam regularizadas as pendências encontradas no sítio eletrônico já implantado, de links que não estão disponíveis para consulta (sem registro ou arquivos corrompidos), e que PROMOVA a correta implantação do PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, previsto na Lei Complementar nº 131/2009 e na Lei nº 12.527/2011, assegurando que nele estejam inseridos, e atualizados em tempo real, os dados previstos nos mencionados diplomas legais e no Decreto nº 7.185/2010 (art. 7º), inclusive com o atendimento aos seguintes pontos:

Quanto à receita, a disponibilização de informações atualizadas incluindo natureza, valor de previsão e valor arrecadado (art. 48-A, inciso II, da LC 101/00; art. 7º, inciso II, do Decreto 7.185/10);

Quanto à despesa, a disponibilização de dados atualizados relativos ao favorecido (art. 7º, inciso I, alíneas “a” e “d”, do Decreto nº 7.185/2010;

Apresentação:

Das prestações de contas (relatório de gestão) do ano anterior (art. 48, caput, da LC 101/00);

Do relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas sobre os solicitantes (art. 30, inciso III, da Lei 12.527/2011) [...].

Intime-se, com urgência, via fax, o município promovido, na pessoa do seu prefeito, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, no prazo acima assinalado, sob pena de multa pecuniária, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso, nos termos do art. 537, §§1º, incisos I e II, e 2º do novo CPC vigente, sem prejuízo das sanções previstas no § 3º do art. 536 do referido diploma processual civil.

(Apelação Cível 0002033-52.2016.4.01.3810/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 12/12/2016, p. 395)

## Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0040244-44.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Cuida-se de *pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação* interposto em face de sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 0021750-29.2010.4.01.3400.

Para melhor compreensão dos fatos, extraio os seguintes trechos da petição:

Trata-se de ação Ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, movida por Márcia Maragno em face a União, onde objetiva-se, em suma, que seja declarado o direito da Requerente a reintegração ao seu cargo efetivo no quadro de pessoal do Tribunal Regional da Segunda Região, bem como à licença para tratamento de saúde e à aposentadoria por invalidez.

Narra a inicial que a Requerente é portadora de psicose delirante, sendo que tal fato de conhecimento da administração do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Afirma-se que, em 30/09/2009, a Requerente fora ilegalmente demitida por suposta violação do artigo 132, II e 138, da Lei nº 8.112/90, conforme relatório final do PAD 2008/0001 e do PAD 2008/0008.

Sustenta-se que o ato administrativo baseou-se em processo administrativo anterior, em que já houvera sido imputada punição, contrariando o disposto na Súmula 19 do STF.

Alega-se também que a requerente não fora intimada de qualquer decisão durante o procedimento administrativo instaurado, violando as garantias constitucionais e legais, bem como não restou demonstrado o animus abandonandi, o que torna a demissão incompatível com a punição aplicada.

Salienta-se que foram apresentados diversos requerimentos acompanhados de atestados médicos e laudos, o que afasta a intenção de abandono de cargo.

Às fls. 573/574 fora proferida decisão concedendo a liminar incidental suspendendo os efeitos do ato de demissão da Requerente enquanto durar a presente ação.

Contudo, em sede de sentença, o magistrado acatou a tese de que a servidora detinha plena consciência da ilicitude de seus atos, para tanto, alicerçou-se no laudo psiquiátrico-forense produzido no incidente de Insanidade nº 2010.4101.800071-2. Por conseguinte, o juízo de primeiro grau revogou a liminar anteriormente concedida e julgou os pedidos feitos à inicial improcedentes.

[...].

Vê-se, pois, que a requerente pretende seja atribuído efeito suspensivo amplo ao apelo interposto, restabelecendo-se, por via transversa, a liminar anteriormente deferida.

Pois bem.

O art. 1.012 do NCPC estabelece que a apelação — como regra geral — terá efeito suspensivo. Em seu § 1º, a norma elenca as hipóteses em que a sentença começa a produzir efeitos imediatamente após sua publicação, *verbis*:

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

- I - homologa divisão ou demarcação de terras;
- II - condena a pagar alimentos;
- III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;
- IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;
- V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;
- VI - decreta a interdição (negritei).

Com efeito, a situação ora trazida em juízo incide no inciso V, § 1º, do referido artigo. Veja-se a parte dispositiva da sentença contra qual foi interposto o recurso de apelação: “Ante o exposto, *revogo* a decisão que concedeu a antecipação da tutela e julgo *improcedente procedente* o pedido”.

Todavia, os §§ 3º e 4º do art. 1.012 do NCPC dispõem:

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

- I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;
- II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Depreende da norma acima transcrita que a medida que autoriza a suspensão da eficácia da sentença se reveste de *excepcionalidade* que — ao meu sentir — há de ser apreciada com juízo de ponderação, atentando-se à relevância da fundamentação (risco de dano grave/difícil reparação).

Pela análise das peças que instruem o presente requerimento, verifica-se que a autora encontra-se — por meio de liminar — vinculada ao seu cargo há mais de 6 anos (servidora do Poder Judiciário há 23 anos), medida esta deferida em razão do quadro de saúde da autora/requerente que, pelo que se observa dos relatórios médicos/atestados, se perpetua em situação crítica até os dias atuais. E a sentença encontra-se fundamentada no fato de que a autora — cf. perícia médica — tem consciência dos atos que ensejaram o PAD ensejador do ato de demissão.

Neste ponto, ousou discordar do nobre magistrado sentenciante, haja vista que tal circunstância (conhecimento/discernimento dos atos ensejadores da demissão) não tem o condão de ilidir a gravidade do estado de saúde da autora que a impede de honrar o dever de assiduidade ao qual o servidor público encontra-se adstrito.

Assim sendo, manifesta a relevância da fundamentação, *defiro* o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso de apelação — nos termos do art. 1.012, § 4º do NCPC — de modo a suspender os efeitos da revogação da liminar anteriormente deferida.

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0040244-44.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, *e-DJF1* de 13/12/2016, p. 1.079)

## Medida Cautelar Inominada 0069169-50.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de ação cautelar, incidental ao recurso de apelação interposto na Ação Cível 63980-76.2016.4.01.3400, requerida por Usina Boa Vista S/A e outros(as) objetivando a concessão de liminar a fim de que seja determinado à União, Aneel e CCEE a sua exclusão do rateio da inadimplência (*loss sharing*) no Mercado de Curto Prazo oriundo de liminares deferidas em processos em que não são partes e relativas aos atuais valores de GSF sobre os geradores hidrelétricos (liminares GSF), em todas as liquidações realizadas pela CCEE.

2. Sustentam as requerentes, em síntese, que, proposta na origem ação objetivando a suspensão do rateio da inadimplência oriunda de decisões judiciais do GSF, mantendo-se apenas a inadimplência real, o magistrado de primeiro grau indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, sob o fundamento de falta de interesse de agir.

3. Afirmam que não pode prevalecer o fundamento de falta de interesse de agir amparado no entendimento de que objetivam a aplicação de outras decisões judiciais e de que, para isso, devem se valer do instituto processual próprio (intervenção de terceiros), seja porque houve extinção do processo sem resolução de mérito sem que tenha sido oportunizada às partes prévia manifestação, em afronta aos arts. 7º, 9º, 10 e 317 do CPC/2015, seja porque incorreu em erro de premissa ao não se atentar para a delimitação do pedido (exclusão do rateio da inadimplência, que não se confunde com afastamento de decisões liminares) e para a impossibilidade de ingresso nas demandas na qualidade de terceiros, tendo sido omissa, ainda, quanto aos fundamentos de outra causa de pedir — vício de motivo.

4. Especificamente quanto ao vício de motivo, aduzem que os argumentos invocados pela CCEE para o rateio da inadimplência não mais subsistem, notadamente porque os débitos das hidrelétricas no âmbito do MCP já foram quitados no montante de 87% até o mês de agosto de 2017, conforme confessado pela própria CCEE.

5. Reforçam alegando que, de forma resumida, o vício do motivo reside na circunstância de que, atualmente, não mais se pode falar em ausência de recursos no MCP para o pagamento dos créditos dos vendedores de energia, tal como a CCEE inicialmente alegava para justificar a implementação do *loss sharing*: é que, com a repactuação da dívida, as hidrelétricas já pagaram 87% do que deviam.

6. Ao final, ao tempo em que registram a urgência do caso, vez que a próxima liquidação de créditos a ser operacionalizada pela CCEE ocorrerá no próximo dia 08/12/2016, pugnam pela concessão da liminar requerida.

Autos conclusos, *decido*.

8. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, restou eliminada a figura da ação cautelar incidental anteriormente prevista nos arts. 796 e segs. do Código de Processo Civil de 1973.

9. Na novel legislação, as tutelas de urgência, cautelares ou antecipadas, devem ser requeridas, quando em caráter incidental, no bojo da própria ação principal, sem a necessidade de propositura de ação autônoma (arts. 294 e segs. do novo CPC).

10. No caso concreto, trata-se de pedido formulado perante esta Corte, via ação cautelar, enquanto não processado o recurso de apelação interposto na origem contra sentença que indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

11. Nada obstante não mais exista, conforme exposto anteriormente, ação cautelar autônoma, fato que ensejaria o não conhecimento do feito, entendo que a petição apresentada pelas requerentes deve ser recebida como tutela provisória de urgência antecipada em caráter incidental (art. 932, II, do CPC/2015), evitando-se, assim, a prolação de decisões extintivas do feito sem resolução de mérito e privilegiando-se, por consequência, tanto a efetiva resolução da controvérsia quanto a economia e celeridade processuais.

12. Feitas tais considerações, passo ao exame da questão de mérito.

13. Antes, porém, faço o registro de que as questões relativas à nulidade da sentença deverão ser objeto de análise quando do julgamento do recurso de apelação interposto, sendo devida a apreciação, desde já, da probabilidade do direito invocado.

14. Apesar do quanto alegado pelas requerentes, entendo não ser possível a concessão da tutela requerida.

15. Acerca da questão relativa aos efeitos das decisões liminares em processos relativos a agentes hidrelétricos que compõem o MRE (Liminares GSF e Liminares Proteção) sobre os credores no Mercado de Curto Prazo, já tive a oportunidade de me manifestar quando do julgamento do Agravo de Instrumento 5724-58.2016.4.01.0000, de minha relatoria, cujo acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SETOR ELÉTRICO. MERCADO DE CURTO PRAZO - MCP. CREDORES. PAGAMENTO NÃO REALIZADO. LIMINARES GSF FAVORÁVEIS AOS AGENTES HIDRELÉTRICOS QUE COMPÕEM O MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE ENERGIA - MRE. EFEITO INDIRETO. CITAÇÃO DOS CREDORES COMO LITISCONORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. DESNECESSIDADE. I - Os consumidores livres de energia elétrica que têm crédito a receber no âmbito do Mercado de Curto Prazo - MCP, por terem consumido menos energia do que compraram no ciclo anterior, não podem ser impactados, de forma direta, por decisões judiciais proferidas em favor de agentes hidrelétricos que compõem o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, as denominadas "Liminar GSF" e "Liminar de Proteção" (1ª e 2ª fases da judicialização no âmbito do Setor Elétrico). II - Hipótese dos autos, contudo, em que a CCEE e a Aneel não vêm repassando às associadas da agravante, de forma direta, os débitos decorrentes de decisões judiciais. O que acontece é que os geradores hidrelétricos, acobertados por "liminares GSF" e "liminares de proteção", estas para impedir que aqueles sofram os efeitos das "liminares GSF" concedidas sem que tenham participado da demanda, não possuem crédito para saldar suas obrigações no âmbito do MCP, razão pela qual, de forma indireta, os que participam desse mercado são afetados. III - Em razão da organização própria e peculiar do mercado, não há como os credores do MCP não serem afetados, de forma indireta, pelas liminares GSF (Fator GSF e Liminares de Proteção), o que não significa, o por outro lado, que a CCEE venha lhes imputando débitos do MRE e que deveriam ficar restritos no âmbito do referido condomínio. Os credores do MCP, em verdade, estão sem receber seus créditos justamente por inexistir condição material para que ocorra a operação. IV - Não pode a CCEE, diante da insuficiência de recursos financeiros para pagamento de crédito às associadas da agravante e de todos os demais credores que estão por ela representados, suspendê-lo em relação a alguns e realizá-lo em relação a outros. V - Situação concreta, contudo, em que o pagamento privilegiado a alguns credores do MCP ocorreu tanto por decisão judicial que assim determinou (a exemplo da proferida no MS nº 1007276-60.2015.4.01.3400, 6ª Vara Federal da SJDF), quanto por interpretação da CCEE de que apenas os credores do MCP com liminar é que receberiam os créditos que surgissem durante a judicialização da questão. VI - As decisões judiciais que determinam o pagamento integral de créditos aos respectivos autores/impetrantes, credores no âmbito do MCP, não podem ser revistas em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em demanda em que se objetiva o pagamento proporcional. Devem as partes, em verdade, reputando-se prejudicadas por aqueles atos decisórios, lançar mão dos instrumentos recursais cabíveis (a título de exemplo, recurso de terceiro prejudicado - art. 499 do CPC/1973, com correspondência no art. 996 do CPC/2015). Entendimento que se justifica na medida em que, mesmo que haja nos presentes autos determinação judicial no sentido de que a CCEE não deve criar privilégios entre os credores no âmbito do MCP, ficará ela sem saber a que decisão judicial dar cumprimento, já que oriundas de feitos distintos e entre os quais não fora reconhecida conexão ou continência. VII - Também não há solução a ser adotada no caso concreto para as hipóteses em que a CCEE considera que apenas os credores com decisões favoráveis é que recebem os poucos recursos que aportam para a liquidação financeira no âmbito do MCP. Isso porque a forma de cumprimento das decisões judiciais que são favoráveis aos mais diversos credores no âmbito do MCP somente pode ser discutida nos respectivos processos, não sendo possível que, neste agravo de instrumento, seja dito a CCEE a forma de materialização dos atos judiciais proferidos em demandas distintas. VIII - A conclusão a que se chega, pois, é a de que, embora a regra do rateio proporcional seja a que mais atende o critério de justiça, ela já era a utilizada pela CCEE antes da 3ª fase de judicialização das demandas do Setor Elétrico, sendo que, qualquer desrespeito em relação a ela oriundo de decisão judicial ou de interpretação acerca de seu cumprimento deve ser objeto de questionamento pelas partes (originárias ou terceiros prejudicados) nos autos respectivos.

Entendimento em sentido contrário, em verdade, permitiria que cada um dos “credores do MCP sem liminar” ingressassem em juízo pleiteando a distribuição proporcional dos créditos, regra já adotada pela CCEE, que, por sua vez, apenas privilegiou alguns credores em razão de liminares a eles favoráveis, liminares essas que devem ser questionadas nas instâncias recursais pelos meios próprios. IX - Apesar de entender que, nos autos de origem, os credores do MCP devem compor a lide na condição de litisconsortes passivos necessários, a 3ª Seção desta Corte, nos autos do MS nº 66021-65.2015.4.01.0000, firmou orientação contrária (voto vencedor do Desembargador Federal João Batista Moreira, acórdão pendente de lavratura), razão pela qual me curvo ao entendimento firmado por aquele Colegiado. Provimento do agravo neste ponto. X - Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento (item IX).

(AG 0005724-58.2016.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 18/04/2016)

16. Como se vê da própria ementa do acórdão da Sexta Turma no recurso supracitado, em razão da organização própria e peculiar do mercado, não há como os credores no MCP não serem afetados, de forma indireta, pelas liminares GSF, o que não significa, por outro lado, que a CCEE venha-lhes imputando débitos do MRE e que deveriam ficar restritos no âmbito do referido condomínio.

17. Ainda que as requerentes aleguem a existência de fato novo — quitação de débitos no montante de 87% —, não há que se falar em inaplicabilidade do precedente acima citado.

18. E isso porque, se há crédito para satisfazer os credores no MCP, a presunção é a de que a CCEE regularizará as liquidações, de modo a contemplar, inclusive, as requerentes no que se refere aos créditos respectivos.

19. Entendimento que se justifica porque, aparentemente, não tem a CCEE interesse em beneficiar um ou outro agente, mas sim de efetivamente regularizar as liquidações financeiras, contemplando os agentes credores no âmbito do MCP.

20. Ademais, sequer há contraditório no presente feito, de modo que a concessão de eventual tutela de urgência sem que a CCEE, a União e a Aneel sejam previamente ouvidas revela-se desarrazoado.

21. Não bastasse isso, conforme consignei no voto condutor do acórdão proferido no agravo de instrumento acima citado, “as decisões judiciais que determinam o pagamento integral de créditos aos respectivos autores/impetrantes, credores no âmbito do MCP, não podem ser revistas em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em demanda em que se objetiva o pagamento proporcional”. Devem as partes, reputando-se prejudicadas por aqueles atos decisórios, lançar mão dos instrumentos recursais cabíveis. Entendimento que se justifica na medida em que, mesmo que haja nos presentes autos determinação judicial no sentido de que a CCEE não deve criar privilégios entre os credores no âmbito do MCP, ficará ela sem saber a que decisão judicial dar cumprimento, já que oriundas de feitos distintos e entre os quais não fora reconhecida conexão ou continência.

22. Ainda conforme ressaltado naquela ocasião, também não há solução a ser adotada no caso concreto para as hipóteses em que a CCEE considera que apenas os credores com decisões favoráveis é que recebem os poucos recursos que aportam para a liquidação financeira no âmbito do MCP.

23. Isso porque a forma de cumprimento das decisões judiciais que são favoráveis aos mais diversos credores no âmbito do MCP somente pode ser discutida nos respectivos processos, não sendo possível que, na presente tutela de urgência, seja dito à CCEE a forma de materialização dos atos judiciais proferidos em demandas distintas.

24. Dessa forma, ainda que diante do alegado fato novo — existência de crédito para a liquidação financeira — o entendimento firmado no âmbito do AI 5724-58.2016.4.01.0000 permanece o mesmo, na medida em que, com a regularização das demandas GSF, a tendência é a de igualmente se regularizar as liquidações favoráveis aos credores no MCP, sendo aparentemente contraditória a pretensão de recebimento do crédito com preferência — via decisão judicial — quando, em verdade, o que parece é que os demais credores vêm recebendo os montantes em razão de privilégio criado por decisões judiciais.

25. Em outras palavras, se inexistissem as demandas judiciais da 3ª leva do GSF (credores no MCP), todos os créditos que aportassem, ainda que ínfimos, seriam divididos de maneira proporcional ao que cada credor tem direito.

Pelo exposto, *recebo a ação cautelar como tutela de urgência antecipada e a indefiro.*

(Medida Cautelar Inominada 0069169-50.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 19/12/2016, p. 1.754)



## Processo 040083-24.2013.4.01.3400

Relator: Juiz Federal Alexandre Vidigal de Oliveira

Trata-se de *pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto por José Airton Barbosa do Nascimento* em face de acórdão de Turma Recursal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 166-172) que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de reajuste de remuneração no índice de 13,23% decorrente da Lei 10.698/2003, alegando divergência na interpretação da Lei 10.697/2003 e da Lei 10.698/2003 entre o acórdão da Turma Recursal do Distrito Federal e da Turma Recursal de Rondônia.

Contrarrazões apresentadas pela Funasa às fls. 186-203, aduzindo que não foi demonstrada a divergência jurisprudencial apta a ensejar a admissibilidade do Incidente de Uniformização. Sem contrarrazões da União.

É o relatório.

*Decido.*

Recurso tempestivo e divergência na interpretação de direito material entre Turmas Recursais da 1ª Região devidamente demonstrada. Conheço do recurso.

A controvérsia recursal se refere à suposta violação ao art. 37, X, da Constituição Federal de 1988, no que tange ao reconhecimento da revisão geral anual com base no índice de 13,23%.

No âmbito do *Supremo Tribunal Federal a matéria foi reconhecida como de natureza infraconstitucional*, conforme julgados no ARE 763952 AgR/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julg. 17/09/2013, com trânsito em julgado em 18/11/2013, e no ARE 771723 AgR/DF, Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, julg. 04/02/2014, com trânsito em julgado em 14/03/2014, e reiteradas decisões monocráticas em igual sentido.

Por sua vez, o *Superior Tribunal de Justiça, em 24/04/2015, decidiu que “[...] a Vantagem Pecuniária Individual, criada pela Lei 10.698/2003, não possui natureza de revisão geral de vencimentos, não sendo devida aos servidores públicos federais, o reajuste de 13,23%”,* conforme AGREsp 201200635901, Segunda Turma, rel. Min. Assusete Magalhães. Outros precedentes no mesmo sentido: AGRG no REsp 1.490.094/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/12/2014; STJ, REsp 1.450.279/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 16/06/2014.

A *Turma Nacional de Uniformização*, ao julgar o Processo 0505606-66.2013.05.8100, acolheu o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1450279/DF, de que *a Vantagem Pecuniária Individual – VPI instituída pela Lei 10.698/2003, não possui a natureza de Revisão Geral Anual. O acórdão do STJ no referido REsp 1450279/DF transitou em julgado em 02/07/2014.*

Ocorre, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, em recente julgamento, de 04/08/2015, no REsp 1.536.597/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, adotou entendimento diverso e até então firmado pela 2ª Turma, *para reconhecer o direito ao “reajuste de 13,23% incidente sobre a remuneração, determinado a revisão nos vencimentos dos Servidores substituídos”.*

Além disso, em 19/03/2015, o TRF da 1ª Região, por sua Corte Especial, na Apelação Cível 0004423-13.2007.4.01.4100, declarou a inconstitucionalidade parcial da parte final do art. 1º da Lei 10.698/2003 (acórdão publicado no DJ-e de 30/03/2015), situação passível de desafiar recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, com base no art. 101, III, b, da Constituição Federal, mesmo diante do posicionamento daquela Corte em entender tratar-se de matéria infraconstitucional.

E, como se não bastasse toda essa celeuma em torno de uma definição dos tribunais sobre esse tema dos 13,23%, bem recentemente, em 10/03/2016, o e. Supremo Tribunal Federal, que, anteriormente, havia se posicionado em não enfrentar essa matéria, por tê-la como infraconstitucional, como já anotado, restou por decidir a respeito, na Reclamação 14.872/DF (DJ-e, de 15/03/2016), ocasião em que determinou a suspensão de execução definitiva que objetivava dar cumprimento à coisa julgada reconhecidora do direito à percepção dos 13,23%, inclusive valendo-se de fundamentação de mérito calcada no entendimento que emerge da Súmula Vinculante 37.

Assim, diante deste cenário de manifesta dúvida, imprecisão e controvérsia dos tribunais sobre o tema, inclusive com divergência interna do Superior Tribunal de Justiça em período muito próximo, bem como do Supremo

Tribunal Federal, não se apresenta razoável dar prosseguimento ao julgamento do presente recurso. *E isso porque a prestação jurisdicional impõe-se operar-se com segurança e estabilidade, não sendo crível que se alcance tal intento com a solução da causa frente a um tema que se encontra ainda com posicionamento profundamente controvertido*, e que está a exigir a superação dessa controvérsia para o resgate daquela estabilidade e segurança, inclusive a se evitar que o jurisdicionado fique à mercê dos ventos que sopram a cada momento, como que se no processo, em juízo, fosse minimamente aceitável admitir que o elemento surpresa pudesse conduzir o desiderato final, em um mero resultado alcançado por sorte ou azar, nisso considerando-se o momento em que o recurso venha a ser julgado, e de acordo com a jurisprudência dominante naquele momento.

Aliás, exatamente em razão dessas oscilações jurisprudenciais, e para se evitar essas instabilidades decorrentes de um sistema recursal ainda frágil em conferir efetividade e confiança da prestação jurisdicional, é que novos mecanismos passaram a ser adotados no ordenamento processual, como por exemplo, os que levam ao *repesamento dos processos, até que uma solução definida e definitiva seja adotada pela última instância recursal, ordinária ou extraordinária*.

Daí que, de modo a se evitar no caso concreto uma situação de indesejada solução que possa revelar-se desajustada com o entendimento final e definitivo que se adote sobre o tema, e, portanto, uma decisão desnecessária, como desnecessários também se mostrarão todas as providências processuais e procedimentais a partir de então, e a se evitar, ainda, a intranquilidade de uma prestação jurisdicional vacilante e geradora de mera e falsa expectativa de êxito, *determino, diante da peculiaridade da situação retratada, o sobrestamento do presente incidente de uniformização regional até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria*, com base no princípio constitucional da sumariedade dos processos dos juizados especiais (CF, art. 98, I), e nos princípios da celeridade e economia processual, insertos no art. 2º da Lei 9.099/1995, e, ainda, em aplicação analógica do art. 543-C, § 1º, do CPC/1973, e do art. 9º, VIII, da Resolução-CJF 345, de 2 de junho de 2015.

(Processo 0040083-24.2013.4.01.3400, rel. Juiz Federal Alexandre Vidigal de Oliveira, Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 1.898)

*Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. GDPST. Limitação temporal à conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho. Incidente de uniformização regional conhecido e provido.*

I. Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pela parte-autora contra acórdão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que, dando provimento ao recurso da União Federal, restringiu os efeitos financeiros à data da publicação da Portaria 3.627/2010, publicada em 22/11/2010, que veiculou os critérios e procedimentos específicos de avaliações de desempenho individual e institucional no âmbito do Ministério da Saúde e alterou o critério adotado para os cálculos dos juros de mora e correção monetária, fixando para esse fim o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação da Lei 11.960/2009.

II. O recorrente objetiva, em síntese, a uniformização de jurisprudência quanto à limitação temporal do pagamento das diferenças da gratificação GDPST, defendendo ser devido até 13/02/2012, data da publicação da Portaria CGESP 101, de 30/01/2012, que homologou e divulgou o resultado final das avaliações de desempenho individual correspondente ao primeiro ciclo de avaliações, bem como, aplicação do Manual de Cálculos da Justiça Federal para fins de correção monetária.

III. Há similitude fático-jurídica entre o aresto recorrido e os paradigmas apresentados das Turmas Recursais de Goiás (2ª Turma Recursal), Distrito Federal, Piauí, Mato Grosso, Tocantins e Rondônia. Preenchidos os requisitos necessários ao conhecimento do recurso, passo a analisar o mérito.

IV. A respeito da questão jurídica abordada no incidente, a Turma Nacional de Uniformização firmou a tese, em julgamentos recentes (0514474-74.2011.4.05.8400 e 0513382-27.2012.4.05.8400, ambos da relatoria do Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, j. 11/03/2015), de que a extensão da gratificação de desempenho aos servidores inativos deve ter como limite a conclusão do primeiro ciclo de avaliação individual/institucional de desempenho.



V. Em seus precedentes, a Turma Nacional menciona a posição do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 631.389 com repercussão geral reconhecida, em que se decidiu que a extensão aos inativos vale até a data de conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho (na hipótese, analisava-se a GDPGPE). No mencionado precedente, a Suprema Corte entendeu que enquanto não adotadas as medidas para a avaliação do desempenho dos servidores em atividade, a gratificação teria caráter genérico e deveria ser paga nos mesmos moldes aos pensionistas e aposentados.

VI. Seguindo o entendimento do STF, a TNU tem adotado a tese de que a percepção da gratificação pelos inativos/pensionistas, no mesmo valor pago aos servidores ativos, é limitada à conclusão do primeiro ciclo de avaliação individual/institucional de desempenho, assim entendido o momento da homologação do primeiro ciclo de avaliação. (Pedilef 0508881-30.2012.4.05.8400, rel. Paulo Ernane Moreira Barros, data do julgado: 07/05/2015.) A simples existência de norma regulamentadora não retira o caráter de generalidade da gratificação (Pedilef 2010.72.57.003211-8, rel. Juiz Gláucio Maciel, data do julgado: 17/05/2013).

VII. Precedentes (Pedilef 5021076-57.2012.404.7200; relatora: Juíza Federal Susana Sbrogio'galia; julgado: 18/02/2016) e (Pedilef: 0506461-52.2012.4.05.8400; relator: Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá; julgado 11/03/2015).

VIII. O raciocínio jurídico consagrado nos precedentes em tudo se aplica à extensão da gratificação objeto deste PUIF, tendo em vista a similaridade da questão jurídica, razão pela qual as diferenças em questão são devidas até 13/02/2012, data da publicação da Portaria GCESP 101, de 30/01/2012, que homologou e divulgou o resultado final das avaliações de desempenho individual correspondente ao primeiro ciclo de avaliações.

IX. No tocante aos cálculos, o STF, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR no intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento ("fase executiva"). Apesar de aqui estarmos discutindo o índice de correção monetária da condenação imposta à Fazenda Pública aplicável no período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública, penso que as razões jurídicas que levaram o STF a declarar inconstitucional a TR nas referidas ADIs aplicam-se também ao presente caso já que a remuneração da poupança "é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão", além do que há coerência material em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais (RE 870.947 RG/SE). Desse modo, em juízo de controle de constitucionalidade difuso, declaro inconstitucional o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

X. As parcelas vencidas devem ser apuradas mediante a incidência de juros e correção monetária nos moldes do Manual de Cálculos da JF (Resolução 267, de 02/12/2013).

XI. Incidente de uniformização regional conhecido e provido.

(Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0015284-05.2013.4.01.3500/GO, rel. Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante, unânime, e-DJF1 de 02/12/2016, p. 3.853)

*Processual Civil. Previdenciário. Art. 29, II. Revisão de benefício. Acordo em ação civil pública. Eficácia subjetiva do ajustamento de conduta. Pedido que transborda os limites fixados. Improcedência. Direito individual homogêneo. Ação civil pública. Transação judicial. Tese jurídica geral que se traduz na revisão de benefícios previdenciários. Previsão de pagamento escalonado dos valores retroativos. Capítulo que extrapola o pedido da demanda coletiva. Ineficácia do título executivo. Medida a ser pleiteada individualmente por cada beneficiado em liquidação de sentença. Inadequação da via eleita pelo autor. Falta de interesse de agir. Recurso provido.*

1. Caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar muitas pessoas. Nessa perspectiva, o pedido nas ações coletivas será sempre uma tese jurídica geral que beneficie, sem distinção, os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente.

2. No caso, a tese jurídica geral traduz-se na revisão dos benefícios decorrente do acordo firmado pelo INSS na Ação Civil Pública 0002320-59.2012.4.03.6183\SP, homologado judicialmente, que acabou por atingir um contingente enorme de pessoas, evitando a propositura de milhares de demandas individuais.

3. A eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas aumentou desde 1985 até o presente momento. O marco mais relevante desta expansão, quero crer, é o advento do julgamento de recursos repetitivos pelo STJ e a repercussão geral para os recursos extraordinários e demais precedentes vinculantes no STF. Desde então, mesmo ações individuais têm potencial para espargir efeitos sobre as demais demandas sustentadas na mesma tese jurídica. Na sistemática do CPC de 1973, conforme art. 543-C e seguintes, iniciado o processamento de recurso especial repetitivo, suspendem-se os demais processos pendentes, no aguardo da conclusão da tese jurídica a ser aplicada *de modo uniforme* aos demais feitos em tramitação e aos que vierem a ser ajuizados. Não há aqui, como havia no CDC, art. 104, a opção do titular do direito individual de se desvincular da solução coletiva (*right to opt-out*). Observa-se, assim, um conflito no sistema, uma vez que uma ação individual pode gerar efeitos sobre ações congêneres e, paradoxalmente, os efeitos de uma ação coletiva estão ao alvedrio do indivíduo.

### 3.1. Parte dessa incompatibilidade foi solucionada pelo STJ no REsp repetitivo 1.110.549-RS:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACROLIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA.

SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

3.2. Grande avanço. Uma conclusão parece clara, a suspensão do processo individual se destina, sem dúvida alguma, ao aguardo da solução oriunda do processo coletivo. É o que se colhe do seguinte trecho do voto do Min. Sidnie Beneti:

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macrolide. A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

3.3. A sistemática de julgamento referida não apenas foi mantida no novo CPC, como foi expandida para buscar julgamentos uniformes também no âmbito dos tribunais. Há uma tendência legislativa de busca de uniformização, essa é um dos matizes identificadores do novo CPC. Nessa trilha está bem posta sistemática quanto à eficácia subjetiva coisa julgada. No que se refere à tese jurídica adotada na ação coletiva, a uniformização é inescapável. Essa conclusão é mais simples quanto à solução autoritativa, decorrente de decisão judicial. A indagação pertinente aos autos diz sobre a hipótese de transação.

3.4. Não se pretende aqui esgotar o tema, daí opta-se pelo ponto de partida de que o acordo celebrado na ACP 0002320-59.2012.4.03.6183\SP é um verdadeiro termo de ajustamento de conduta. Dada a natureza da lide e a condução do processo a cargo do Ministério Público, o resultado da transação pode alterar apenas o modo e o tempo do cumprimento da obrigação, sem lhe desnaturar ou diminuir a extensão. Adapta-se o direito subjetivo reconhecido às *possibilidades de adimplemento* da Administração, no caso a autarquia INSS.

3.5. Dito isso, com mais razão, há de ser ampla a eficácia subjetiva do ato jurídico negocial homologado pelo juízo. Na presente hipótese de autocomposição, o direito subjetivo está protegido, ao contrário da solução autoritativa em que a improcedência pode se impor.

3.6. Não é válido do argumento segundo o qual o escalonamento do pagamento viola direito subjetivo. Mesmo a ação individual está sujeita a sistemática de pagamento de precatório, ontologicamente, uma forma protelada de pagamento. Não é demais lembrar que a quitação de precatórios pendentes pelos estados é um imbróglio que se arrasta há tempo, inclusive tratado em emendas constitucionais. Em vista do agravamento da crise econômica, não é desprezível a hipótese de postergação de pagamento de precatórios também pela União.

3.7. Pelo prisma da pacificação social, escopo primordial da jurisdição, o acordo celebrado teve o condão de solucionar o inadimplemento para *todos os segurados*, não apenas aqueles que demandaram em juízo.

3.8. Tais razões amalgamadas permitem afirmar que desprezar a eficácia subjetiva ampla do ato jurídico negocial emite um sinal desencorajador para o Poder Público. Afasta-o de buscar soluções conciliadas em lides coletivas vindouras, mantendo-se o mal vezo de abarrotar o Poder Judiciário com lides que lhe são reconhecidamente desfavoráveis, mas cuja postergação do pagamento interessa circunstancialmente ao gestor em exercício.

3.9. É forçoso reconhecer que todos os segurados interessados na aplicação do art. 29, II, da Lei 8.213/1991, nos moldes ora tratados, estão submetidos ao sinalagma moldado pelo ajustamento de conduta, *nova norma de regência dessas relações jurídicas*. Por conseguinte, os pedidos que se desgarram de tais balizas são *improcedentes*, por contrariarem a norma de regência para os casos. Não se trata de falta de interesse de agir, portanto.

4. É preciso deixar claro, por outro lado, que questões e peculiaridades de cada caso podem ser tratadas em sede de cumprimento do ajuste, em caso de inadimplência.

(Incidente de Uniformização 0006733-29.2014.4.01.3200, rel. Juiz Federal José Airton de Aguiar Portela, unânime, e-DJF1 de 25/11/2016, p. 1.877)



## 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.

