

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na
Competência da Justiça Federal

v. 6, n. 2, jul./dez. 2023

ISSN - 2595 - 9794

JUSTIÇA FEDERAL

Sumário Expediente Editorial Artigos Doutrinários Decisões Judiciais

Sua opinião, leitor, é muito importante: envie sugestões, críticas e elogios:

ver-o-direito.pa@trf1.jus.br

Informações:

(91) 3299-6194

As edições estão disponíveis em PDF. Acesso no link:

<https://portal.trf1.jus.br/sjpa/publicacoes/informes-e-revistas/informes-e-revistas.htm>



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 1ª
Região

Seção Judiciária do Estado do Pará

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Competência da Justiça Federal



JUSTIÇA FEDERAL

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

Foto da capa
Ronaldo Coelho

Versão online da revista:

<https://portal.trf1.jus.br/sjpa/publicacoes/informes-e-revistas/informes-e-revistas.htm>

EXPEDIENTE

COORDENAÇÃO TÉCNICA

Direção
Dayse Starling Motta

Secretária Executiva
Eliete Pereira

Capa, editoração, diagramação e projeto gráfico
Eliete Pereira e Carolina Nayara Cardoso de Souza

Revisão de Texto
Joselice Bastos de Senna

Núcleo de Tecnologia –NUTEC
Gleyson Brandão

Seção de Comunicação Social –SETCOS
Paulo Bemerguy



JUSTIÇA FEDERAL

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento desta revista.

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

Serviço de biblioteca – SERBI

Rua Domingos Marreiros, 598, Umarizal, Belém – PA – CEP: 66055-210 – Telefone: (91) 3299-6194

E-mail: ver-o-direito.pa@trf1.jus.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Serviço de Biblioteca / SERBI

V473v Ver-o-direito: revista de direito público com ênfase na competência da justiça federal / Direção Dayse Starling Motta- Belém: Seção Judiciária do Pará, v. 6, n.2. jul./dez. 2023.
224 p.:il., color.
Inclui bibliografias.

Acesso: <https://portal.trf1.jus.br/sjpa/publicacoes/informes-e-revistas/%C2%A0informes-e-revistas.htm>

Publicação semestral ISSN: 2595 9794 (pen-drive)

1. Direito Constitucional. 2. Segurança da informação. 3. LGPD.

4. Jurisprudências. 5. Sentenças. II. Título.

CDD: 23 ed. 340.05

Bibliotecária Documentalista: Eliete Pereira CRB/2 1101

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

MEMBROS INTERNOS

José Airton de Aguiar Portela - Mestre em Direito – UAL - Professor de ensino superior - Juiz Federal – Justiça federal do Pará.

Carina Cátia Bastos de Senna-Mestre em Ciências Jurídicas – UAL - Professora de ensino superior - Juíza Federal – justiça federal do Pará.

Paulo Máximo de C. Cabacinha - Mestre em Direito – UFPA – Doutorando em direito - Professor de ensino superior - Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

MEMBROS EXTERNOS

Ana Paula Martini Tremarin Wedy - Mestre em Direito PUC/RS - Juíza Federal de Porto Alegre (RS)

Camila Martins Tonello- Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo - Centro Universitário Autônomo do Brasil - 2012 - Juíza Federal - 1ª vara de Ipatinga (MG)

Emília de Fátima da S. F. Pereira - Mestre em Direito – UNAMA - Professora de ensino superior

Gabriel de J. Tedesco Wedy - Doutor em Direito – PUC RS - Professor de ensino superior Juiz Federal – RGS- 2ª Turma Recursal

Luciana Costa da Fonseca - Doutora em direito – PUC SP - Professora de ensino superior

Lucivaldo Vasconcelos Barros - Doutor -Desenvolvimento Sustentável (UnB) - Analista do Ministério Público da União - Professor de ensino superior

Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski - Doutora em Direito pela PUC São Paulo - Professora de ensino superior

Reynaldo Soares da Fonseca - Doutor -Direito Constitucional-FADISP-SP - Professor de ensino superior - Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Valério de Oliveira Mazzuoli –Doutor- Direito Internacional – UFRGS - Professor de ensino superior

Zulmar Antonio Facchin - Doutor em Direito Const. –UFPR - Professor de ensino superior

SUMÁRIO

1. EDITORIAL

2. ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE CRIMINAL NO CRIME DE SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS CRIMINAIS EM 1º E 2º GRAUS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Marcelo Honorato-
pg 10

PENTEST NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO SEGURO DE SOFTWARE: UM ESTUDO DE CASO APLICADO AO APRIMORAMENTO DE UM SERVIÇO WEB. Ewerton da Costa Vaz, João Renan Santana Lopes, Emerson Sousa Filho-
pg 53

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO RESPECTIVOS AOS DANOS CAUSADOS AOS TITULARES À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Vanessa Katherin do Nascimento Felix-
pg-67

3. DECISÕES JUDICIAIS

Ementa: Ação civil pública cível. Dano ambiental, Direitos indígenas, Recursos hídricos. Pedido para impor-se a obrigação de tornar público e acessível em sistema de Informações na internet., Princípio da informação e da transparência no licenciamento ambiental. indevida Pretensão de o poder Judiciário modificar os trabalhos administrativos sem que uma ilegalidade tenha sido assertivamente alegada e provada. Saneamento do feito para reconhecer dois fatos controvertidos: Se o Hidrograma provisório deve retornar a ser operado ou não e sobre o dever das consultas prévias convenção 169 Daoit.

Processo n.º 1000684-33.2021.4.01.3903

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas da Cruz pg-81

Ementa: Procedimento Comum Cível. Deferimento de tutela de urgência. nulidade De Ato Administrativo. Obrigação de fazer. Desunitização dos contêineres de minérios. a jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça Indica é no sentido de não haver relação de acessoriedade entre o contêiner e as mercadorias nele armazenadas/transportadas para fins de pena de perdimento.

Processo n.º 1053169-48.2023.4.01.3900.

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas Da Cruz. pg-94

SENTENÇAS JUDICIAIS

Ementa: Ação civil pública cível. Improcedência. Energia elétrica, Tarifa. aprofundamento das desigualdades regionais e sociais. Argumentos abstratos. Presença de poucos representantes da sociedade civil não condiz à nulidade da audiência. Ausência de norma que limita o aumento do valor da energia se a prestação do serviço público melhora. não cabe ao poder judiciário alterar a forma do cálculo do valor da energia elétrica do Estado-Membro.

Processo n.º 1039826-82.2023.4.01.3900

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas da Cruz. pg-107



SUMÁRIO

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Procedência. Irregularidades na gestão dos recursos públicos federais provenientes de precatório do fundo de Manutenção E de desenvolvimento do ensino fundamental e devalorização do magistério (FUNDEF, Atual Fundeb) Que foram destinados ao município de Marituba/Pa.

Processo nº 1004878-56.2019.4.01.3900.

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas Da Cruz -132

4. TERMO DE AUDIÊNCIA

VOTO: Ementa: Juizado Especiais Federais. Procedência. Julgamento Sob Perspectiva De Gênero. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Comprovado o preenchimento dos Requisitos Legais: Idade e exercício de Atividade Rurícola equivalente a carência para concessão do benefício Vindicado. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Extensão de prova material em nome do marido/companheiro à sua esposa/Companheira. STJ, Edição n.º 209 de “JURISPRUDÊNCIA em teses”. Mulher campesina que trabalha com o esposo e, pelo fato de ser mulher no campo não possui, por si só, documentação própria Da Sua qualidade de segurada especial e que precisa conciliar as atividades domesticas e cuidado com os filhos à atividade laboral. Justiça itinerante cooperativa na Amazônia Legal - São Félix do Xingu.

Juíza Federal Carina Senna. pg-193

VOTO. Ementa: Serviço público. Apagão elétrico do Amapá. Dano moral. Ilegitimidade passiva da União e ANEEL. Onicpetência da justiça federal. Extinção do processo sem resolução de Mérito.

Sentença Reformada. Recursos Prejudicados.

Juíza Federal Carina Senna. pg-201

VOTO. Ementa: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Estado do Amapá. Ilegitimidade passiva da união federal e da ANEEL. Incompetência da Justiça Federal. Extinção do processo sem resolução de mérito.

Juiz Federal Substituto Thiago Rangel Vinhas. pg-207

VOTO. ementa: indenização por danos morais e materiais. interrupção do fornecimento de energia. crise energética no Amapá. “apagão”. deserção do recurso da parte autora. competência da justiça federal. valor da causa inferior a 60 sm, competência do jef. ilegitimidade passiva reconhecida em relação a alguns dos integrantes da relação processual. relação de consumo. desnecessidade de individualização da responsabilidade civil. possibilidade de ação regressiva. compensação realizada pela união. lei 14.146/2021. inexistência de prova quanto à extensão do dano alegado. rejeição da pretensão da parte autora. sentença reformada.

Juiz federal Caio Castagine Marinho. pg-212

7.NORMAS. pg-223



EDITORIAL

Aos cinco anos, sempre compartilhando conhecimentos

Na edição inaugural desta Revista, em dezembro de 2018, registrou-se a necessidade de a Justiça Federal - Seção Judiciária do Pará, àquela altura com 50 anos recém-completados, dispor de seu próprio veículo para difundir conhecimentos técnico-científicos.

Isso porque, conforme destacado em Editorial, uma publicação dessa natureza era – e continua a ser – “imprescindível para a difusão de conhecimentos, que precisam ser compartilhados não para alimentar vaidades pessoais, mas para demonstrar formas de abordagem diversas e inovadoras sobre realidades multifacetadas que nos são apresentadas de forma permanente, em nosso exercício de operadores do Direito.”

Neste dezembro de 2023, a revista *Ver-o-Direito* chega aos seus cinco anos, com publicações semestrais e ininterruptas, cumprindo fielmente os objetivos a que se propôs e contribuindo, de forma significativa, para que a difusão de conhecimentos seja compartilhada amplamente, favorecendo a pluralidade na veiculação de ideias e fermentando debates que poderão ser mais profícuos quanto mais forem travados em ambientes marcados pela pluralidade.

Dessa maneira, é com grande satisfação que, na qualidade de Diretora-Presidente da *Ver-o-Direito*, apresento a toda a comunidade jurídica esta edição histórica, que traz artigos doutrinários, além de decisões e sentenças judiciais que expressam o inegável apuro técnico de seus autores, ao mesmo tempo em que, pela atualidade dos temas expostos, poderão instigar os leitores a adotar novos olhares sobre questões de mais alta relevância, discutidas no âmbito da Justiça Federal.

A todos e todas, os nossos agradecimentos. E uma ótima leitura!

Dayse Starling Motta

Diretora-Presidente da Revista Ver-o-Direito e Juíza Federal titular da 1ª Vara Cível da SJPA



VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

ARTIGOS DOCTRINÁRIOS

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE CRIMINAL NO CRIME DE SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS CRIMINAIS EM 1º E 2º GRAUS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Marcelo Honorato¹

RESUMO: Este artigo apresenta a análise do delito de redução à condição análoga à de escravo pela sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho diante do princípio constitucional da taxatividade criminal, com foco na tríplice normatividade da regra de proibição tipificada: a descrição da conduta delitiva (sujeição a condições degradantes de trabalho), o resultado delitivo (reduzir alguém a condição análoga à de escravo) e, ainda, o conteúdo do bem jurídico tutelado (dignidade do trabalhador). Logo após, com objetivo de identificar os efeitos da taxatividade criminal no controle do poder punitivo estatal, são analisados os resultados de julgamentos de 976 imputações criminais em 1º e 2º graus relacionadas ao crime de trabalho análogo à de escravo que tramitaram no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), comparando o grau de dificuldade cognitiva dos juízes sentenciadores na determinação da regra de proibição entre as quatro figuras típicas dispostas no *caput* do art. 149 do CP, bem como o desempenho dessas figuras típicas quanto ao índice de condenação em 1º grau e índice de reversão de condenações pela instância recursal.

Palavras-chave: Direito constitucional. Princípio da taxatividade criminal. Direito penal. Crime de redução a condição análoga à de escravo.

ABSTRACT: This article presents the analysis of the crime of reduction to a condition analogous to slavery by subjecting the worker to degrading working conditions in the face of the constitutional principle of criminal taxation, focusing on the triple normativity of the typified prohibition rule: the description of the criminal conduct (subjection to degrading working conditions), the criminal result (reducing someone to a condition analogous to that of a slave) and, still, the content of the protected legal interest (dignity of the worker). Soon after, with the aim of identifying the effects of criminal taxation on the control of state punitive power, the results of trials of 976 criminal charges in the 1st and 2nd degrees related to the crime of labor analogous to slavery that were processed within the scope of the federal regional court of the 1st region are analyzed, comparing the degree of cognitive difficulty of sentencing judges in determining the prohibition rule between the four typical figures set out in the *caput* of the art. 149 of the CP, as well as the performance of these typical figures regarding the conviction rate in the 1st degree and the rate of reversal of convictions by the appeals court.

Keywords: Constitutional right. Principle of criminal taxation. Criminal law. Crime of reduction to a condition analogous to slavery.

¹ Juiz Federal Titular. Mestre em Ciências Jurídicas *summa cum laude* pela Ambra University. Especialista em Direito Constitucional (IDP), Direito do Estado (Unisul) e Direito Processual (Unama). Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA). Coordenador da Comissão de Direito Aeronáutico da AJUFE e Professor de Direito Aeronáutico em diversas instituições de ensino superior.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal num Estado de Direito contempla a importante função de limitar e conformar a ação punitiva do Estado diante de direitos e garantias individuais dos cidadãos (Bitencourt, 2010; Costa, A., 2000). Nos Estados constitucionais, normas-princípio são erguidas a nível constitucional visando a estabelecer a inviolabilidade de direitos individuais essenciais, a exemplo da excepcionalidade da intervenção estatal na tarefa de impor sanções penais, que deve ocorrer sob estritas balizas normativas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece diversas normas-princípio no âmbito do Direito Penal, dentre elas, o princípio da legalidade criminal, que exige prévia lei que defina a conduta proibida e suscetível de aplicação de sanção pelo Estado (art. 5º, inciso XXXIX, 1ª parte, do Código Penal).

Dentre as diversas exigências decorrentes do princípio da legalidade criminal está a definição legal da conduta proibida sob os aspectos da certeza e da clareza do conteúdo domandamento positivado, elementos que compõe as perspectivas do princípio da taxatividade criminal (Mantovani, 1979). Em outras palavras, a conduta proibida deve ser descrita de forma certa e clara, caso contrário, haverá um ambiente de insegurança jurídica, já que ininteligível a regra de proibição.

Ao mesmo tempo, normas penais incertas remetem o cidadão a um julgamento penal discricionário, tendo em vista que a análise da subsunção de cada conduta ao tipo penal ficará subordinada ao entendimento particular de cada órgão julgador sobre o impreciso conteúdo material que a norma penal carrega. De certa forma, essa anomalia gera, também, abalo ao princípio da separação de poderes, visto que o julgador estará invadindo a tarefa legislativa, a quem cabe definir as regras de proibição.

Seguindo essas premissas, o presente estudo irá analisar, a partir do método hipotético-dedutivo, se o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho (3ª figura do *caput* do art. 149 do Código Penal), incluído na lei penal pela Lei 11.803/2003, adere ao princípio constitucional da taxatividade criminal, e, por intermédio do método indutivo, utilizando pesquisa quantitativa, se a citada 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP apresenta maior dificuldade Interpretativa pelos juízes nos julgamentos em 1º grau e, ainda, se o desempenho sancionador dessa figura típica é mais rigoroso em relação às demais figuras.

O problema de pesquisa partirá da hipótese de que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP afasta-se do princípio constitucional da taxatividade criminal, em razão da incerteza das expressões “condições degradantes” e “condição análoga à de escravo”, assim como do bem jurídico tutelado - “dignidade do trabalhador”, então incorporado ao tipo numa abordagem evolutiva da doutrina. A pesquisa considera, ainda, que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, apresenta maior dificuldade interpretativa aos juízes federais de 1º grau, bem como possui performance sancionadora mais rigorosa, quando comparada com as outras figuras do mesmo tipo penal, haja vista sua menor aderência às contenções do *jus puniendi* estatal.

Inicialmente, este estudo irá destacar a relevância das normas-princípio para o Estado de Direito, sob a ótica de teorias de jusfilósofos como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. Sob esses fundamentos, será descortinado o princípio da legalidade criminal, com destaque para seu desdobramento no princípio da taxatividade criminal, a partir de uma norma-princípio de matriz constitucional do direito brasileiro.

No que refere ao crime disposto na 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, numa abordagem dedutiva, será realizada uma análise global da estrutura do tipo sob enfoque do direito interno e do direito internacional. Logo após, serão destacados os elementos normativos e a repercussão para a determinação da regra de proibição, bem como analisada a convergência da descrição encartada no tipo penal com o bem jurídico por ela tutelado, tanto sob uma interpretação sistemática, como evolutiva da doutrina.

De maneira analítica, o aspecto da (in)certeza da descrição do delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho será aprofundado, sob as perspectivas do conteúdo da conduta delitiva, do resultado delitivo e do bem jurídico tutelado.

No campo empírico, a partir de processos que tramitaram nas Seções e Subseções Judiciárias do TRF1, mapeados pelo Comitê Nacional Judicial de Enfrentamento à Exploração do Trabalho em Condição Análoga a de Escravo e ao Tráfico de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça, autuados entre 2007 e 2018 e com sentença de 1º grau prolatada até 16 de maio de 2019, o presente estudo irá comparar o desempenho de cada uma das quatro figuras típicas do *caput* do art. 149 do CP pelos seguintes parâmetros: índice de dificuldade na cognição judicial do conteúdo da norma de proibição pelos juízes sentenciadores, índice de

condenações de processos criminais em 1º grau e índice de reforma de condenações no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TAXATIVIDADE CRIMINAL

A Constituição Federal de 1988 traz parâmetros principiológicos que limitam o direito de punir do Estado, desdobrando-se em direitos fundamentais dos homens livres. Nesse sentido, o direito penal brasileiro teve seus alicerces constitucionalizados de forma a promover a supremacia das regras de contenção da atuação repressora do Estado.

Bem exemplifica essa rede de direitos e garantias fundamentais, elevadas a nível constitucional no Brasil, a inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, de maneira que o Estado não poderá sancionar o cidadão (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988), caso as provas que sustentam a acusação tenham sido obtidas ilicitamente.

Muitos dos limites constitucionais do direito de punir do Estado estão normatizados por princípios direcionados ao legislador infraconstitucional, como o trânsito em julgado da sentença condenatória para a formação definitiva da culpa, que projeta limites legislativos à execução da pena. É o princípio da presunção da inocência, alçado como norma constitucional no direito brasileiro (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988).

A força normativa das normas-princípio é recepcionada pela teoria do jusfilósofo Ronald Dworkin (2002), diante da insuficiência do modelo positivista, em que as regras são aplicadas sob o escopo do tudo-ou-nada, sem capacidade de solucionar os casos difíceis.

Robert Alexy caminha de forma convergente com Ronald Dworkin, ao dar ampla aceitação à força normativa das normas-princípio, encampando-as como comandos de otimização, que permitem, inclusive, uma ponderação de aplicabilidade entre os princípios incidíveis a determinado caso concreto (Júnior, 2007), até porque, “as regras sozinhas não são suficientes em si mesmas” (Maccormick, 2008, p. 17).

O caráter funcional das normas-princípio foi destacado por Humberto Bergmann Ávila, ao considerar que se trata de normas extremamente importantes para o ordenamento jurídico, na medida em que os princípios “estabelecem

fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (Ávila, 2009, p. 35).

Considerando, então, a força normativa das normas-princípio, encampada pelos jusfilósofos destacados, que deve ser analisado o princípio da legalidade criminal, isto é, a exigência de lei em sentido estrito para tipificar uma conduta proibida e punível na seara penal, então positivada de forma expressa na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina [...]”.

Aqui, além da questão formal, isto é, do requisito legislativo especial exigido para albergar uma regra de proibição criminal – lei em sentido estrito, há outros dois desdobramentos (Luisi, 2003) que emergem do princípio da legalidade criminal disposta na Carta Constitucional brasileira: a anterioridade da lei ao fato (“prévia”) e a exatidão do comando normativo (“o defina”), então denominados de princípios da anterioridade penal e da taxatividade penal, respectivamente.

Neil MacCormick (2008, p. 17) destaca a vinculação entre a segurança jurídica e a exatidão do conteúdo das normas jurídicas em sua obra “Retórica e o Estado de Direito”, pensamento que espelha com maestria a necessidade de uma precisa delimitação das normas criminais: “Valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”.

É justamente o princípio da taxatividade criminal, escopo deste trabalho, que exige certeza e clareza do comando normativo criminal, sob pena de esvaziamento da exigência constitucional de definição legal para modelar os tipos penais. Isso, porque, uma lei penal sem taxatividade do preceito incriminador não livraria os cidadãos da utilização arbitrária do Direito Penal pelos detentores do poder político, como refere Claus Roxin (1997).

Cláudio Brandão (2008) exemplifica a questão a partir do Direito Penal da Alemanha hitlerista, que tipificava como crime ações contra o *sadio sentimento popular*, expressão que contemplava uma infinidade de condutas e interpretações, portanto, patentemente indeterminada, fugindo da delimitação material que o comando proibitivo deve albergar.

Na Rússia pós revolução de 1917, como lembra Ferrajoli (2002, *apud* Greco, 2009a, p. 97), foram igualmente tipificados crimes lacônicos, dispostos por

expressões de conteúdo amplo e impreciso, como o delito constante do art. 6º do Código da República Russade 1922, que considerava crime toda “ação ou omissão *socialmente perigosa*, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses para o período de transição em prol da realização do comunismo” – um verdadeiro comando criminal amplo e abstrato em todos os elementos formadores do tipo.

A exigência de precisão do texto legal é cuidadosamente destacada por Luiz Flávio Gomes, ao apontar que a segurança jurídica do cidadão se torna frágil diante de tipos vagos e imprecisos – “deixando nas mãos dos juízes a definição do delito” (Gomes, 2006, p. 127).

A lei penal, sob essa ótica, não basta ser tão somente anterior ao fato e formalmente aprovada pelo devido processo legislativo, mas deve ser uma lei certa, precisa, a ponto de permitir que os cidadãos antevejam a regra de proibição sem dificuldades, assim como tais parâmetros vetorem a atividade de aplicação da regra pelos magistrados. Isto é, a taxatividade penal será remetida também ao Poder Judiciário, em seu dever de interpretar, restritivamente, as normas penais incriminadoras, como adverte Paulo de Sousa Queiroz (2001, *apud* Greco, 2009a, p. 97).

A clareza da linguagem que compõe os tipos penais é outro atributo da taxatividade, franqueando aos cidadãos a individualização do modelo abstrato da conduta incriminadora (Brandão, 2008). Logo, a lei penal deve, ainda, ser clara, para que o comando constitucional de definição legal do crime seja alcançado.

Importante considerar que o cuidado com a precisão e clareza do preceito normativo incriminador não se limita à proteção dos cidadãos ao arbítrio do Estado. A lei penal certa e clara circunscreve o campo de atuação do Poder Judiciário, evitando excessiva volatilidade da regra de proibição por interpretações casuísticas, cuja determinação da conduta vedada somente seria alcançada quando da aplicação da norma pelo órgão julgador, o que significa uma invasão do Poder Judiciário da esfera constitucional do legislativo (Roxin, 1997).

Cezar Roberto Bitencourt (2010) traz ao tema a inadequada complementação valorativa do juiz na determinação da regra de proibição:

O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente “conceitos que necessitam de complementação valorativa”, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo, do magistrado,

um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva Legal (Bitencourt, 2010, p. 41).

Não se pode desconsiderar os deletérios efeitos da imprecisão do conteúdo proibitivo na função de prevenção geral do direito penal, defendida por Feuerbach (1832, *apud* Bitencourt, 2010, p. 107), que considera a ameaça da pena um efetivo freio social para inibir as condutas proibidas, já que, sem o cidadão conhecer os exatos contornos da regra proibitiva, o efeito desestimulador da conduta não será produzido. Não é por outro motivo que a formulação científica do princípio da legalidade criminal surge com Feuerbach, “posto que a lei intimida a todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade a lei, resulta que o objetivo imediato (ou final) da aplicação da lei é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos mediante a lei” (1989, *apud* Brandão, 2008, p. 34).

A certeza jurídica, efeito necessário da obediência à taxatividade criminal, é discutida como alicerce do Estado de Direito por MacCormick (2008), quando afirma que:

[...] O Estado de Direito é uma condição possível de ser nos governos humanos. Entre os valores que ele assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. Isso porque uma sociedade que alcança esses ideais de certeza e segurança jurídicas permite a seus cidadãos viverem vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança (Maccormick, 2008, p. 22).

Luciano Santos Lopes formula precisa conclusão sobre os necessários limites aos elementos normativos dos tipos penais, a partir da teoria da máxima taxatividade interpretativa (Zaffaroni *et al*, 2003):

Desse modo, apoiando-se na teoria da máxima taxatividade interpretativa, cunhada por Zaffaroni, conclui no sentido de que um preceito penal composto por elementos normativos somente não ofenderá a exigência da taxatividade se se puder deduzir de sua redação típica um claro fim de proteção do bem jurídico (necessidade da intervenção punitiva) e, ainda, **um limite seguro contra eventual e arbitrária interpretação extensiva**. Ao contrário, sempre que não puder ser reduzido a um núcleo determinável, deve ser considerado ofensivo aos direitos fundamentais constitucionais (garantias individuais) e, conseqüentemente, sem validade (2006, *apud* Marchi, 2012, p. 64, grifo nosso).

Enfim, segundo os parâmetros restritivos do Direito Penal dispostos na Carta Magna de 1988, a lei penal, além de submeter-se ao devido processo legislativo no Congresso Nacional (lei em sentido estrito) e anteriormente ao fato que se busca punir, deve ser certa e clara, permitindo aos homens livres fácil compreensão da regra de proibição, assim como deve ser interpretada restritivamente pelos juízes, garantindo, nessa ótica, o princípio constitucional da legalidade criminal em sua completude.

3. O CRIME DE SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO NO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

O crime de trabalho análogo à de escravo está tipificado no art. 149 do Código Penal brasileiro, após a alteração redacional pela Lei 10.803/2003, oportunidade em que quatro figuras alternativas passaram a ser descritas no tipo (*caput* do art. 149 do CP), tornando-se um delito de ação múltipla ou de conteúdo variado: i. submissão a trabalhos forçados (1ª figura); ii. submissão a jornadas exaustivas (2ª figura); iii. sujeição a condições degradantes de trabalho (3ª figura) e iv. servidão por dívida (4ª figura).

Analiticamente, observa-se que as quatro figuras inseridas no tipo penal pela Lei 10.803/2003 especificam a forma de execução da conduta, caracterizando o tipo penal como um crime de forma vinculada, diferente dos crimes livres, que podem ser consumados por qualquer forma de execução.

A 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, escopo deste estudo, está assim redigida:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo [...] sujeitando-o a condições degradantes de trabalho [...]:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Sob um enfoque doutrinário (Bitencourt, 2019; Greco, 2009b), verifica-se que a figura penal é classificada como um crime aberto (depende da complementação do conteúdo descrito por um juízo de valor – “condições degradantes de trabalho” e “redução de alguém a condição análoga à de escravo”); de forma vinculada (forma de execução especificada – sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho); material (exige a produção do resultado descrito no tipo para a consumação do crime – redução da vítima à condição análoga à de escravo); próprio (sujeito ativo delimitado – ostentar relação de trabalho com a vítima); doloso

(consciência e vontade na conduta – sujeição da vítima a condições degradantes, e na produção do resultado – reduzir alguém a condição análoga à de escravo) e permanente (consumação se prolonga no tempo enquanto a vítima permanecer reduzida à condição análoga à de escravo).

No campo teleológico, o tipo penal de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho está capitulado no rol de crimes vinculados à proteção da liberdade pessoal, entretanto, o bem jurídico tutelado, com o advento da Lei 10.803/2003, sofreu uma ampliação. Segundo doutrina penalista atual, a referida figura delitiva passou a abranger, além da liberdade, ainda que sob a perspectiva da perda da personalidade jurídica, também, a vida, a saúde e a segurança do trabalhador (Greco, 2009b), e, ainda, a sua dignidade (Bitencourt, 2019; Delmanto et al., 2007), numa abordagem evolutiva da condição análoga à de escravo (Barbosa, 2017).

O direito constitucional brasileiro não tratou da questão criminal de condutas análogas à escravidão, não funcionando com tal dimensão a previsão de vedação de tratamento cruel, desumano ou degradante, disposta na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso III), que consolida apenas uma abstenção obrigatória ao Estado, sem identificar a conduta como um delito ou lhe onerar com alguma restrição, a exemplo da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Igualmente desserve a essa tarefa de atuar como suporte normativo à compreensão criminal ampliada da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP a norma constitucional brasileira disposta no art. 243¹, com redação alterada pela EC 81/2014, uma vez que o dispositivo constitucional trata da expropriação confiscatória de bens relacionados ao trabalho escravo, tampouco trouxe qualquer definição do instituto, remetendo à lei ordinária tal missão (Marinela, 2016).

No campo normativo, a figura penal de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho não encontra adequada similitude com as concepções normativas internacionais positivadas em tratados no que se refere às definições de

¹Constituição Federal de 1988:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

trabalho análogo à de escravo, ou trabalho forçado ou como alguma modalidade de servidão.

Nesse sentido, a ampliação do bem jurídico tutelado, então passando a abranger essencialmente a dignidade do trabalhador e sob a forma de execução de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, promovidas pela tipicidade descrita na 3ª figura do *caput* do art. 149, são compreensões dissociadas das normas positivas internacionais, como revela Patrícia T. M. Costa (*apud* Barbosa, 2017), que anota a existência de divergência com as diretrizes da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir de relatório da referida Organização em 2009:

A gradual expansão da definição legal levou, por vezes, a ambiguidade sobre se [o conceito brasileiro] está apoiado apenas em formas coercitivas de exploração do trabalho, no sentido adotado pelas convenções da OIT sobre a matéria, ou também em formas não coercitivas de exploração do trabalho. A OIT defende claramente que a coerção é o elemento chave na definição de trabalho forçado. Portanto, condições de trabalho inadequadas, tais como, salários baixos ou jornadas excessivas, não constituem uma situação de trabalho forçado, a menos que incluam elementos de coerção, como manipulação de dívidas, a retenção de salários e/ou documentos de identificação, ameaças ou violência e confinamento dos trabalhadores (Costa, P., 2009, *apud* Barbosa, 2017, p. 182).

A Organização Internacional do Trabalho, no Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, intitulado de “O Custo da Coerção” (Organização Internacional do Trabalho, 2009), deixa bem clara essa dissonância, quando afasta cenários de condições inadequadas de trabalho como alguma forma de escravidão ou servidão e, ainda, dispõe sobre a exigência de elementos coercitivos para a figuração da ilicitude laboral e, dessa maneira, ser alvo das ações de enfrentamento pela entidade internacional por figurar como uma grave violação de direitos humanos:

23. O trabalho forçado não pode ser simplesmente conotado com baixos salários ou com más condições de trabalho. Nem inclui situações de pura necessidade econômica, como quando um trabalhador sente dificuldade em abandonar um emprego, devido à ausência real ou suspeitada de alternativas. O trabalho forçado representa uma grave violação dos direitos humanos, e uma restrição à liberdade humana, conforme definido pelas Convenções da OIT acerca

do assunto, e em outros instrumentos afins relacionados com a escravidão, práticas análogas à escravidão, servidão por dívidas ou servidão feudal.

24. A definição da OIT de trabalho forçado compreende dois elementos básicos: o trabalho ou serviço é exigido sob ameaça de castigo, e é realizado involuntariamente (Organização Internacional do Trabalho, 2009, p. 5, grifo nosso).

De fato, a Convenção OIT 29 de 1930², diploma internacional atualmente vigente quanto à definição do conceito de trabalho forçado, delimita-o como "todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente". Logo, o ato internacional de 1930, pacto central sobre a proteção do trabalhador e das relações de trabalho, circunscreve a conduta ilícita de trabalho forçado ou servidão e formas congêneres, no campo normativo-positivo, a alguma forma de privação de liberdade pessoal do trabalhador.

Nenhum dos protocolos ou convenções internacionais da OIT posteriores à Convenção OIT 29/1930³ alterou ou expandiu a definição de trabalho forçado ou servidão ou as remeteu à criminalização como forma análoga à de escravo (Silva, 2010), tal como prescreve a Lei 10.803/2003, ao introduzir a 3ª figura ao *caput* do art. 149 do CP, que estabelece a sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho como modalidade escravocrata por equiparação.

Nem a Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e suplementada pela Convenção de 1956⁴, tampouco a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1992⁵ estabelecem o trabalho realizado sob condições degradantes como trabalho análogo à de escravo, forçado ou servidão, sem que exista algum impacto concreto, ainda que indireto (como a servidão por dívidas), na liberdade pessoal do trabalhador, requisito exigido pelas normas internacionais positivas do trabalho ao tratar de políticas públicas para enfrentar a escravidão, servidão ou trabalho forçado.

² Convenção incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 41.721, de 25 de junho de 1957.

³ Convenção OIT 105 sobre abolição do trabalho forçado de 1957; Protocolo à Convenção OIT 29 sobre trabalho forçado de 1930, aprovada em 2014; Recomendação sobre trabalho forçado de 2014 e Convenção OIT 182 sobre Proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação e sua Recomendação 190.

⁴ Todos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 58.563, de 1º de junho de 1966.

⁵ Recepcionado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

No mesmo sentido encontra-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, que estabelece, como um direito laboral, que as relações se desenvolvam sob condições justas e favoráveis de trabalho, além do direito a uma remuneração que garanta a existência do trabalhador conforme a dignidade humana (art. 23⁶), contudo, sem vincular tais direitos sociais à proteção contra alguma forma de escravidão, servidão ou trabalho forçado, então pactuadas em outro dispositivo do referido Ato Internacional (art. 4⁰⁷).

Sob as mesmas premissas, isto é, de reconhecer o direito social do trabalhador a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, todavia, não qualificando eventuais violações a tais direitos como uma forma análoga à escravidão, estão o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966⁸, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas de 1966⁹. Por certo que a vedação de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, presente nos Pactos Internacionais de 1966 e diversos outros diplomas, não servem para equipará-las a condições análogas à de escravidão em ambiente laboral privado, senão como mandamento proibitivo para os Estados diante de seus cidadãos.

O crime contra a humanidade, disposto no art. 7º do Estatuto de Roma¹⁰, que tipifica o ataque generalizado e sistemático contra uma população civil por intermédio da escravidão, também não se comporta como alicerce normativo internacional para a versão ampliada e analógica da escravidão tipificada na lei

⁶ Artigo 23 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. [...]

⁷ Artigo 4º Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.

⁸ Incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto n. 591, de 6 de junho de 1992.

⁹ Incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto n. 592, de 6 de junho de 1992.

¹⁰ 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

[...]

c) Escravidão;

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

[...]

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

penal brasileira, considerando a própria definição restrita de escravidão disposta, expressamente, na norma internacional.

No mesmo Relatório da OIT “O Custo da Coerção” (2009), destacado linhas atrás, observa-se que a tipificação expansiva, promovida pela 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, é, de fato, uma casuística da legislação infraconstitucional brasileira, já que, da análise das ações globais de enfrentamento ao trabalho forçado e congêneres constantes do relatório, em nenhum dos continentes avaliados pela OIT (África, Ásia, Américas, Europa, Ásia Central e Oriente Médio) há reporte de atuação governamental que empregue a associação das condições degradantes de trabalho como uma modalidade de trabalho análogo à de escravo, salvo o Brasil, então denominada de “Compreensão ampliada do trabalho forçado no Brasil” pelo referido documento da OIT (Quadro 2.4) e, no seu item n. 156, abaixo destacado:

156. Outras abordagens legislativas **associa**m os conceitos de **coerção e das condições degradantes**. Um exemplo dessa abordagem pode ser encontrado no Brasil, onde uma alteração efetuada em 2003 no Código Penal estabeleceu como crime a “imposição de condições semelhantes às da escravidão”, o que inclui ações como sujeitar uma pessoa ao trabalho forçado, ou a **condições do trabalho árduas e degradantes**, ou a restrição de mobilidade por motivo de contração de dívida perante os seus empregadores ou representantes. Quaisquer pessoas que retenham os trabalhadores no local de trabalho, quer para os impedir de utilizar meios de transporte, retendo os seus documentos ou bens, ou mantendo controle manifesto, estão também sujeitas a sentença de prisão (Organização Internacional do Trabalho, 2009, p. 38, grifo nosso).

Artigo técnico elaborado pelas Nações Unidas no Brasil, em 2016, igualmente aponta pela particularidade brasileira no que tange à conceituação de condições degradantes de trabalho em analogia a trabalho escravo:

Veja-se que, ao abarcar sob o leque de proteção do trabalhador sua dignidade, o Brasil se destacou em um cenário contemporâneo onde o termo “trabalho escravo” perpassa a noção de mera ausência de liberdade, para refletir também aquilo que é sonogado aos trabalhadores com tamanha exploração: sua condição de seres humanos, dotados de sonhos e esperanças (Organização das Nações Unidas no Brasil, 2016, p. 5).

Logo, embora as normas internacionais do trabalho considerem que condições adequadas e dignas de trabalho representem um direito social dos

trabalhadores, não remetem a violação de tal direito como uma forma de trabalho forçado, de servidão, de escravidão ou de condição análoga à de escravo. Percebe-se, assim, que o trabalho em condições degradantes como análogo à de escravo é uma perspectiva pragmática brasileira (Barbosa, 2017), então adotada ampliativamente pela legislação penal nacional, como explica o Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo:

Diversas são as denominações dadas ao fenômeno de exploração ilícita e precária do trabalho, ora chamado de trabalho forçado, trabalho escravo, exploração do trabalho, semiescravidão, trabalho degradante, entre outros, que são utilizados indistintamente para tratar da mesma realidade jurídica. Malgrado as diversas denominações, qualquer trabalho que não reúna as mínimas condições necessárias para garantir os direitos do trabalhador, ou seja, cerceie sua liberdade, avilte a sua dignidade, sujeite-o a condições degradantes, inclusive em relação ao meio ambiente de trabalho, há que ser considerado trabalho em condição análoga à de escravo (Brasil, 2011, *apud* Barbosa, 2017, p. 183).

Importante considerar que essa dissonância teórica repercute nas estatísticas a respeito do enfrentamento do trabalho análogo à de escravo no Brasil em relação aos demais Estados que compõe a OIT, visto que os dados apresentados pelas autoridades brasileiras¹¹ incluem os casos de indignidade laboral, enquanto os demais países não compreendem tal modalidade como forma de trabalho forçado, de servidão, de escravidão ou de condição análoga à de escravo, o que pode, certamente, gerar conclusões estatísticas equivocadas, já que partem de premissas fáticas diferentes.

No estudos estatísticos apurados por este trabalho a partir de processos criminais mapeados pelo Comitê Nacional Judicial de Enfrentamento à Exploração do Trabalho em Condição Análoga a de Escravo e ao Tráfico de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça e autuados entre 2007 e 2018 com sentença de 1º grau prolatada até 16 de maio de 2019 no âmbito do TRF1, consolidaram 979 imputações das figuras do *caput* do art. 149 do CP com a seguinte distribuição: 1ª figura com 38 imputações (4%); 2ª figura com 130 imputações (13%); 3ª figura com 648 imputações (66%) e 4ª figura com 163 imputações (17%).

¹¹ Portal Radar da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (SEPRT), pertencente ao Ministério da Economia, apresenta apenas estatísticas por tipo de atividade econômica autuada por trabalho análogo à de escravo. Fonte: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em 24.07.2022.

Por certo que a busca por uma maior proteção ao trabalhador, promovida pela Lei 10.803/2003, ao estabelecer a ampliação ímpar do bem jurídico tutelado penalmente, então incorporando a dignidade humana pela proibição de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, é de grande importância para a sociedade brasileira. Ponto de interesse desse trabalho será verificar, nos tópicos vindouros, se essa abordagem ampliativa, na forma apresentada pelo texto legal, detém regularidade com o princípio constitucional da taxatividade criminal e, também, determinar o desempenho punitivo dessa figura penal em relação às demais figuras dispostas no crime de trabalho análogo à de escravo da lei penal brasileira.

4. ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TAXATIVIDADE CRIMINAL NO CRIME DE SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR A CONDIÇÕES DEGRADANTES

4.1 Elementos normativos do tipo penal

Os tipos penais, em geral, podem comportar elementos objetivos, subjetivos e normativos. Os elementos objetivos são aferíveis no plano dos fatos, com a percepção dos sentidos (Bitencourt, 2010), enquanto os elementos subjetivos se relacionam com a vontade e consciência da conduta típica, assim, essencialmente anímicos (Greco, 2009a). Já os elementos normativos são aqueles que exigem um juízo de valor ético ou jurídico para a determinação de seu conteúdo (Zaffaroni, 1996), a exemplo de termos ou expressões como dignidade, decoro, justa causa e indevido.

José Cerezo Mir (2001, *apud* Greco, 2009a, p. 173) traz pertinente advertência quanto ao emprego de elementos normativos na construção de tipos penais: “O legislador deve evitar a utilização de elementos normativos de caráter impreciso ou indeterminado, pois do contrário se infringirá o princípio da legalidade”.

Numa ótica constitucional, que abriga o princípio da legalidade criminal, é lícito afirmar que os tipos penais devem ser fechados, isto é, devem abrigar a descrição completa e precisa da conduta proibida pela lei penal, em detrimento dos tipos abertos, que falecem dessa completude, tornando-se necessária sua complementação pelo intérprete (Greco, 2009a).

Dos elementos constituintes do tipo disposto na 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, facilmente se observa a presença de destacados elementos normativos na construção do crime tipificado, quais sejam, as expressões *condições*

degradantes de trabalho (forma de execução) e *condição análoga à de escravo* (resultado delitivo), que exigem a complementação da descrição típica pela valoração de seu conteúdo pelo juiz, já que a lei penal não descreve a conduta proibida de forma completa.

Aspecto que dificulta a interpretação do conteúdo da regra de proibição do delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, além da deficiência da descrição típica, calcada quase integralmente em elementos normativos, também é a ausência de norma internacional penal positiva e multilateral que estabeleça tal condição laboral como um crime análogo à de escravo, a par da anotação de Marcello Ribeiro Silva:

Ademais, diferentemente do que se passa com a escravidão e com o trabalho forçado, não existe norma multilateral ratificada pelo Brasil que defina o trabalho em condições degradantes, não sendo a definição, tampouco, fornecida pelo art. 149 do CP, tratando-se, outrossim, de um conceito de categoria axiológica aberta, que depende da apreciação subjetiva do intérprete e do aplicador da norma (Silva, 2010, p. 54).

Quanto ao primeiro elemento normativo do tipo, *condições degradantes de trabalho*, observa-se que a referida expressão não se comporta como mero aspecto acessório do tipo, com a função de complementar ou auxiliar na interpretação do conteúdo da norma de proibição. Ao contrário, o referido elemento normativo caracteriza-se como aspecto central na definição do tipo penal, já que se encontra isolado na descrição da forma de execução e, como natural a um delito de forma vinculada, a subsunção da conduta ao tipo penal exigirá, obrigatoriamente, aprofundada reflexão sobre esse requisito criminal, potencializando o juízo de valor requerido pelo tipo.

De certo, somente com a análise das características específicas do ambiente de trabalho, do tipo de trabalho, das normas trabalhistas aplicáveis e do grau de degradância, bem como sua comparação com atividades profissionais similares, será possível promover um juízo de valor a respeito da subsunção da conduta à regra de proibição aberta disposta pelo *caput* do art. 149 do CP.

Guilherme de Souza Nucci (2010) bem destaca o elemento normativo que predomina no tipo penal previsto no art. 149 do CP, ao consignar o bom senso do julgador para complementar o conteúdo da norma de proibição em relação à expressão “condições degradantes de trabalho”:

[...] apesar de se tratar de tipo aberto, dependente, pois da interpretação do juiz, o bom senso está a indicar o caminho a ser percorrido, inclusive se valendo o magistrado da legislação trabalhista, que preserva as condições mínimas apropriadas do trabalho humano (Nucci, 2010, p. 706).

Nesse sentido, a aplicabilidade do tipo penal de trabalho análogo à de escravo por condições degradantes de trabalho estará sempre subordinada à análise particular dos aspectos fáticos presentes em cada cenário laboral e a um juízo individual de valor do impacto desses elementos na saúde e na segurança do trabalhador (Greco, 2009b), possíveis desdobramentos da degradação das condições laborais.

Esse juízo de valor, destinado a descortinar o conteúdo normativo, desenvolve-se como uma opinião judicial, já que o intérprete pode trafegar em sua análise sem uma margem constrictiva certa, o que torna oportuno lembrar o enfoque cauteloso desse tema por MacCormick (2008, p. 337): “A valor de uma opinião em que tais questões interpretativas importam depende de quem a formula e de como a alcançou”.

O segundo elemento normativo da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP se encontra no resultado naturalístico exigido pelo tipo - *reduzir alguém a condição análoga à de escravo* (Nucci, 2010), aspecto que classifica o delito como um crime material (Bitencourt, 2019; Greco, 2009b), já que um resultado delitivo fático (e não jurídico) integra a descrição típica e é exigido para a sua consumação (Bitencourt, 2010).

Mais uma vez, o legislador preferiu remeter a descrição típica a um juízo de valor, que preencherá o conceito da expressão “condição análoga à de escravo”, visto que a lei penal não definiu esse conteúdo e o paralelismo à escravidão irá requerer uma análise valorativa pelo intérprete. Ainda que se empregue para tanto a análise de violação de normas de saúde e segurança trabalhista pelo empregador (Greco, 2009b), sempre a critério do julgador, o resultado delitivo descrito não permite compreender qual o grau de lesão a tais bens jurídicos configuram a condição análoga à de escravo: resultado de perigo concreto, resultado de dano ou nenhum resultado material, apenas formal.

Outra normatividade do delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho envolve o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, que, sob uma interpretação evolutiva da matéria, a doutrina penalista projeta a dignidade do

trabalhador ou, ainda, a perda da personalidade jurídica como forma de subtração de liberdade (Bitencourt, 2019; Delmanto et al., 2007; Barbosa, 2017).

Embora não se trate de um termo descrito expressamente na conduta, o bem defendido pela norma penal funciona como importante parâmetro interpretativo e, por certo, a compreensão de dignidade ou da subtração de liberdade, como reflexo da fragilização da personalidade jurídica, impõe um terceiro juízo valorativo ao intérprete.

Dessa forma, é certo afirmar que o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho exige tripla análise valorativa dos elementos fáticos pelo juiz da causa, visto que a conduta e o resultado delitivos, requeridos pelo tipo penal, figuram como elementos normativos, e o bem jurídico tutelado comporta-se com a mesma característica normativa.

4.2 A (in)certeza do conteúdo do tipo penal

Como visto até aqui, a (in)certeza da regra de proibição descrita na 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP detém assento, num primeiro plano, na definição do conteúdo da conduta delitiva, haja vista a presença do elemento normativo do tipo “*condições degradantes de trabalho*” e, no plano consequencial, quanto à delimitação do resultado material exigido pelo tipo, que carrega o elemento normativo “*reduzir alguém a condição análoga à de escravo*”. No plano finalístico, a imprecisão reside na delimitação valorativa do bem jurídico tutelado “*dignidade do trabalhador*”.

Por certo que todos os aspectos normativos acima declinados exigirão um exercício de ponderação valorativa do juiz na tarefa de aplicar a lei penal, ou mesmo na atividade interpretativa dos cidadãos, sujeitos passivos da função de prevenção geral do Direito Penal (Feuerbach, 1832, *apud* Bitencourt, 2010, p. 107).

Nesse sentido, este tópico irá vasculhar os aspectos que envolvem o rompimento do tipo penal incriminador com o princípio da taxatividade criminal pelo delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, no que tange à (in)certeza do conteúdo da descrição da conduta delitiva e do resultado delitivo, como, também, do bem jurídico tutelado.

4.2.1 A (in)certeza do conteúdo da conduta delitiva descrita no tipo penal

A expressão normativa “condições degradantes de trabalho” não foi definida pelo legislador penal, cenário agravado por sua enorme amplitude conceitual, ficando ao alvedrio do intérprete realizar um juízo de valor para lhe dar concretude.

Sistematicamente, o elemento normativo do tipo “condições degradantes de trabalho” funciona como forma de execução vinculada da conduta delitiva e possui íntima conexão com os aspectos da saúde e da segurança do trabalhador em seu ambiente de trabalho

Num primeiro ponto, a incerteza remonta à qual fonte normativa será empregada para definir as regras que comportem degradância laboral, considerando seu comportamento como norma penal em branco. Neste aspecto, constata-se, de plano, que o tipo penal não remete a qualquer legislação, outra imprecisão, o que permite alargar demasiadamente o escopo objetivo de aferição da conduta pelo juiz.

Ainda que se possam empregar normas administrativas, geralmente da seara trabalhista, para promover essa definição, ao intérprete caberá ponderar qual tipo de normas administrativas são aplicáveis ao fator degradância, geralmente sugeridas pela doutrina como aquelas relacionadas à saúde e segurança do trabalhador (Greco, 2009b) e emitidas pelo Ministério do Trabalho.

Sob esse prisma que será exigida ainda outra valoração pessoal do juiz para preencher a descrição do tipo penal: qual a quantidade e intensidade de violações trabalhistas é necessária para configurar condições degradantes de trabalho. A definição oferecida por Marcello Ribeiro Silva (2010) aponta essa difícil cognição a cargo do intérprete:

Assim, haverá trabalho em condições degradantes quando, independentemente de o serviço ser prestado voluntariamente pelo trabalhador, houver abuso na sua exigência pelo tomador dos serviços, tanto no que diz respeito à sua quantidade – extensão e intensidade - quanto em relação às condições oferecidas para sua execução (Silva, 2010, p. 58).

Dessa forma, para valorar a degradância de determinada conduta, serão avaliados os aspectos de saúde e segurança do local de trabalho, a fim de evidenciar se a forma de execução vinculada do crime está presente, particularidades que ganham modelagem conforme o local e o tipo de labor desempenhado pelo trabalhador.

O primeiro deles, local de trabalho, tem papel destacado na análise da degradância laboral, tendo em vista que a infraestrutura, estatal e particular,

disponíveis no ambiente de trabalho, interferem severamente no grau de dificuldade da execução da atividade.

Bom exemplo é o labor rural, naturalmente mais distanciado da melhor infraestrutura logística existente nas proximidades das capitais, metrópoles ou dos polos econômicos de determinado país. É notório, ainda, que distintas regiões camponesas estão submetidas a fortes diferenças estruturais e logísticas entre si, apesar de, igualmente, classificarem-se, genericamente, como trabalho rural.

E sob essa ótica que a análise do elemento normativo do tipo “condições degradantes de trabalho” sofre ponderações especiais, como o trabalho agrícola prestado em fazendas localizadas em regiões de fronteira agrícola da Amazônia, substancialmente diferente da realidade rural das propriedades localizadas no interior do Estado do Paraná, por exemplo. Muitas das vezes, naquela realidade amazônica, o próprio empregador encontra-se sob as mesmas condições laborais de seus empregados, como residência improvisada, ausência de tratamento de água e alimentação simples, com diversos alimentos sob conservação primária, frente às dificuldades logísticas próprias dessas regiões de fronteira agrícola que, muitas das vezes, nem estradas de acesso possuem.

A mesma realidade não é diferente de vilarejos adjacentes às propriedades rurais dos rincões mais afastados do Brasil, que sofrem das mesmas mazelas logísticas, como ausência de fornecimento de água e energia elétrica, mercados improvisados, residências com estrutura rudimentar e inexistência de transporte público, isso quando servidos por rodovias.

Enfim, a localização do trabalho altera substancialmente o juízo de valor da degradância encontrada em diferentes ambientes laborais para um mesmo tipo de atividade, em que pese, de forma absoluta, determinadas deficiências de condições de trabalho serem formalmente idênticas, como a inadequada acomodação dos trabalhadores. Por certo que os alojamentos de trabalhadores no corte da cana-de-açúcar do interior de São Paulo não podem ser comparados com as casas improvisadas dos sítios do sertão nordestino, o que evidencia a incerteza material que a figura penal carrega, pois destituída de qualquer contorno concreto que delimite a degradância requerida pelo tipo.

Questões culturais locais também produzem interferências nessa análise valorativa, como forma de descanso, tipo de alimentação e de residência que, analisadas por terceiro, estranho àquela cultura local, podem denotar degradância,

quando o caso espelha, essencialmente, a pobreza local e a adaptação das populações àquela realidade ou mesmo traduzem simples costumes locais. Descanso em redes, casas de taipa e alimentação simples (como conservação de carnes com salgamento, sem refrigeração) nem sempre representam uma degradância promovida dolosamente pelo empregador, exigindo uma aproximação do órgão julgador daquela realidade local e de seus costumes, o que evidencia a influência do relativismo cultural no juízo de valor do intérprete, exigindo, desse último, um julgamento afastado de sua própria visão ou experiência (Boas, 1920).

O uso de equipamentos de proteção individual (EPI) pelos trabalhadores, critério constantemente utilizado pela fiscalização laboral para evidenciar degradância das condições de trabalho e, paralelamente, utilizado como elemento probatório de denúncias criminais, também auxilia na mensuração do alto grau de abertura do tipo penal e sua influência na valoração do elemento normativo.

Embora o uso de EPI seja uma regra já incorporada à realidade urbana, cujo descumprimento possa evidenciar alguma forma de degradância nas atividades laborais nas cidades, ainda é uma prática laboral sob forte resistência dos obreiros camponeses (uso de luvas, caneleiras, protetor solar) e desacolhida conforme o menor grau de escolaridade dos trabalhadores e empregadores, essa frequentemente deteriorada nas regiões rurais, já que mais desassistidas pelo Poder Público em serviços básicos aos cidadãos.

Indubitavelmente, é relevante que a fiscalização trabalhista exija, no campo administrativo, o cumprimento das normas de segurança relativas à disponibilização e efetivo uso de EPI para a execução de atividades laborais no meio rural; contudo, na instância criminal, caberá ao juiz ponderar a respeito da realidade cultural e educacional reinantes naquele local de trabalho para aferir a violação da regra de proibição.

Inquestionável que as ponderações acima ventiladas (econômicas, sociais e culturais) representam uma atividade intelectual desapropriada para a aplicação do direito de punir do Estado, mas são exigidas dos juízes quando do julgamento dos casos envolvendo o crime de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, haja vista a relatividade e, conseqüentemente, incerteza da descrição do tipo penal.

Por certo que, pelos motivos acima expostos, Alison Sutton (1994, *apud* Silva, 2010, p. 31) referiu, em sua pesquisa a respeito de casos gravados por

suspeita de trabalho análogo à de escravo, que “diversos órgãos governamentais possuíam interpretações distintas sobre a matéria, que variavam muito de um lado a outro do País”.

O tipo de trabalho também altera a ponderação valorativa de degradância laboral, já que certas modalidades de trabalho agregam, naturalmente, alto desgaste físico, de forma que pequenas omissões do empregador já são suficientes para evidenciar fortes resultados para a insalubridade. Nesse sentido, algumas funções laborais impõem constante exposição solar e requerem alta força muscular, de forma que a insalubridade nem sempre reflete a degradância exigida pelo tipo penal, a exemplo da aparência dos trabalhadores que atuam em carvoarias, roço de pastagens deterioradas ou na coleta domiciliar de lixo dos centros urbanos. Como bem lembra o ditado popular: *difícil andar na lama sem se sujar*.

Essa relatividade, relacionada às características mais rudes de determinado tipo de trabalho e a consequente dificuldade de delimitação da regra de proibição no exercício de um juízo de valor, é bem anotada no caso dos cortadores de cana-de-açúcar:

[...] não se pode confundir a circunstância desse trabalho naturalmente exigir grande desgaste físico, com a configuração do crime ora em comento. Caso isso ocorresse, a tendência em poucos anos seria a mecanizar toda a colheita de cana, causando enorme desemprego no campo, o que não é de interesse dos próprios trabalhadores e tampouco do legislador (Delmanto et al., 2007, p. 148).

Cezar Roberto Bitencourt (2019) bem exemplifica uma certa aceitação de degradações laborais urbanas pela fiscalização do Ministério do Trabalho, em dicotomia com a rígida atuação fiscalizatória das áreas rurais, que chamam mais a atenção dos auditores:

Se os técnicos do Ministério do Trabalho levassem essa previsão legal mais a sério e afastassem seu olhar um pouco das fazendas rurais, perceberiam que o próprio Estado utiliza métodos similares à condição análoga à de escravo, quando obriga, por exemplo, funcionários do Correio a trabalhar em temperaturas elevadas ao extremo sem sequer um ventilador, quanto mais um ar-condicionado, como constatamos na zona sul do Rio de Janeiro. Algo semelhante ocorre no Sudoeste, Norte e Nordeste não apenas nos Correios, mas também em muitas repartições públicas, tais como hospitais, escolas, creches etc. Fica aqui uma denúncia da omissão da

fiscalização do Ministério do Trabalho na zona urbana como um todo (Bitencourt, 2019, p. 984).

A percepção do doutrinador encontra ressonância com a pesquisa quantitativa realizada por este estudo, que consolidou 381 processos criminais relativos ao delito de trabalho análogo à de escravo que tramitaram nas diversas Seções e Subseções Judiciárias do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (que carregam 976 imputações), dos quais 372 são processos relacionados a trabalho rural, o que representa 97% de incidência, remanescendo apenas 3% de apurações criminais vinculadas ao trabalho urbano.

Dentre os casos rurais (372 processos criminais), a pesquisa apontou que apenas 30% decorreram de fiscalizações fora da Amazônia Legal¹² (114 processos), de maneira que 70% deles foram detectados no referido território amazônico (258 processos), região sabidamente destituída de infraestrutura estatal para o pleno desenvolvimento econômico.

A preferência fiscalizatória pela região de fronteira agrícola amazônica fica ainda mais evidente ao se considerar que a população sob jurisdição do TRF1 é de apenas 33% de moradores da hileia brasileira¹³, que foram alvo, portanto, de 70% dos processos criminais relativos ao delito de trabalho análogo à de escravo rural.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca-se voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 398.041/PA, que adverte a respeito da incerteza reinante na descrição da conduta típica – sujeição a condições degradantes de trabalho:

Com efeito, o preceito penal primário do art. 149 do CP contém cláusulas indeterminadas – como, por exemplo, “condições degradantes de trabalho” – que podem ser utilizadas

¹² Na época da autuação dos processos criminais que formam a base da dados da pesquisa (entre 2007 e 2018), o Tribunal Regional Federal da 1ª Região possuía jurisdição em 14 Unidades da Federação, sendo 10 Estados localizados, ainda que parcialmente, na Amazônia Legal (Amazonas, Pará, Amapá, Rondônia, Roraima, Acre, Tocantis, Mato Grosso, Tocantins e Maranhão) e 5 Unidades da Federação fora desse território (Minas Gerais, Piauí, Bahia, Goiás e Distrito Federal).

¹³ O Censo Demográfico do IBGE de 2010, mais próximo do período das fiscalizações que geraram os processos da base de dados da pesquisa (processos autuados entre 2007 e 2018), registra a população total sob jurisdição do TRF1 em 68,3 milhões de habitantes, dos quais 23 milhões estão localizados na Amazônia Legal, isto é, 33,67%. Esse cenário populacional não sofre maiores alterações em relação ao Censo Demográfico do IBGE de 2022, que computou a população total de jurisdicionados do TRF1 em 75,8 milhões de pessoas, dos quais 28,1 milhões são moradores da Amazônia Legal, logo, 37%. Informações disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/22827-censo-demografico-2022.html>. Acesso em 15.11.2023.

indevidamente para permitir um alargamento exacerbado do suporte fático normativo, abrangendo todo e qualquer caso em que trabalhadores são submetidos a condições aparentemente indignas de trabalho. Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como sendo caso de “trabalho escravo” a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se nas mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil (RE 398041, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno STF, julgado em 30/11/2006, DJe-241, Divulgação 18-12-2008, Voto-Vista Ministro Gilmar Mendes, p. 61).

Observa-se, paralelamente, a frequente citação do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 398.041/PA em diversos precedentes¹⁴ do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que alertam quanto aos cuidados na avaliação do cenário laboral para determinar a presença de condições degradantes de trabalho, como o julgado abaixo destacado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (ART. 149, CAPUT, DO CP). FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI 10.803/2003. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS PARA IMPOSIÇÃO DE UMA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO (ART. 386, VII, DO CPP). SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. [...] 11. Sobre a configuração do delito do art. 149 do CP, manifestou-se o STF no sentido de que "se até nas cidades brasileiras mais desenvolvidas não é difícil encontrar problemas de inadequação da estrutura de trabalho e de condições desfavoráveis de higiene e saúde pessoal para os empregados, que dirá nos rincões da nação. Conquanto seja desejável que os trabalhadores possam exercer a atividade dentro de padrões mínimos de cuidados, amparados pela legislação de rigor, é preciso atentar para a realidade vivida no interior do país" (RE 398.041/PA - Rel. Ministro Gilmar Mendes). [...] (ACR 0001402-10.2008.4.01.3901, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 08/09/2021).

¹⁴ Além do precedente em destaque, elencam-se os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que citam, expressamente, o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 398.041/PA: ACR 0004544-63.2015.4.01.3905, Juiz Federal Érico Rodrigo Freitas Pinheiro (Conv.), TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 03/12/2021; RSE 0000008-44.2012.4.01.3604, Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio, TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 14/11/2013 pág. 1075; ACR 0001748-25.2008.4.01.4300, Juiz TourinhoNeto, TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 05/11/2010 pág. 41.

Em apertada síntese, constata-se que a imprecisa forma de execução da conduta descrita no tipo – sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, torna o exame da ação ou omissão do empregador fortemente dependente de análises valorativas externas ao tipo e com interferência de aspectos sociais, econômicos e culturais, variáveis conforme o local e o tipo de trabalho.

4.2.2 A (in)certeza do conteúdo do resultado delitivo descrito no tipo penal

Como visto alhures, a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP está vinculada à produção de um resultado material determinado - *reduzir alguém a condição análoga à de escravo*, que, inclusive, é exigido para a consumação do delito. Todavia, a norma penal não cuidou de definir essa condição; trata-se, assim, de um resultado material, mas impreciso e normativo, uma vez que dependerá de um juízo de valor do intérprete, como ensina Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 705) “Escravo: continua a ser um elemento normativo do tipo, que depende da interpretação cultural do juiz”.

Numa primeira visada, pode-se compreender que, submetido o trabalhador a condições degradantes de trabalho, o resultado delitivo (redução do trabalhador a condição análoga à de escravo) estaria alcançado automaticamente, o que equivale a desconsiderar parcela significativa do enunciado do tipo. Isto é, seria bastante, nessa linha interpretativa, que o tipo penal tivesse sido descrito tão somente a conduta de sujeitar o trabalhador a condições degradantes de trabalho e sua respectiva pena, dispensando a redação “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, o que é rechaçado pelo princípio da vigência (Gomes, 2006).

Entretantes, a degradância laboral figura apenas como forma de execução vinculada do delito, havendo a necessidade de aferir, além da existência concreta das condições degradantes detectadas, qual o resultado produzido (perigo concreto ou dano à saúde ou à segurança do trabalhador) e se essas degradâncias foram suficientes para reduzir alguém a condição análoga à de escravo, que, por sua vez, requer outra análise valorativa do juiz, haja vista a imprecisão legal da expressão “condição análoga à de escravo”.

Pontue-se que, até mesmo no âmbito dos profissionais que atuam na seara trabalhista, o conceito de trabalho análogo à de escravo não possui convergência material, como, também, entre as diversas autoridades públicas que interagem nos processos judiciais que envolvem a questão (Castilho, 1999; Figueira, 1999).

Assim, além da lacuna legal quanto ao conteúdo da expressão “condições degradantes de trabalho”, que funciona como forma de execução do delito, incide, ainda, a indeterminação do resultado material que se exige das condições degradantes de trabalho para que ocorra a redução de alguém à condição análoga à de escravo: comprovação de um resultado de perigo ou de dano para a saúde ou a segurança do trabalhador?

Esse ponto de reflexão ganha contornos sérios ao se considerar que, conforme a exigência do tipo de resultado, diferente será o ônus probatório, uma vez que a comprovação de produção de um resultado de dano à saúde ou à segurança do trabalhador ensejará a produção de laudos e exames, a exemplo de registros de acidentes de trabalho e exame de corpo de delito nos trabalhadores para aferir o dano exigido. Se a mera exposição a perigo for suficiente, necessário será comprovar a produção de perigo concreto e determinado, com os contornos precisos de um perigo real, como a apresentação de laudo de potabilidade da água fornecida aos trabalhadores e análise nutricional da qualidade e/ou quantidade da alimentação oferecida.

Por certo que a produção de um perigo presumido, isto é, que dispensa um resultado material, não é compatível com o tipo, já que esse impõe que seja evidenciada uma situação fática, logo, real e não jurídica (Bitencourt, 2019): a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo.

Todavia, os elementos que comprovam as modalidades de resultado acima perfilados raramente estão à disposição para análise dos magistrados, tendo em vista que, regularmente, as ações penais são instruídas com os autos da fiscalização administrativa, que, por sua vez, desenvolve-se sob outros parâmetros de responsabilização, nem sempre identificando algum resultado de perigo ou de dano para configurar a infração trabalhista, que se contenta com a mera irregularidade no plano formal.

Veja-se o exemplo de infração no acondicionamento de produtos perigosos por estarem a menos de 15 (quinze) metros de habitações dos trabalhadores¹⁵. Para

¹⁵ Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho n. 33, atualizada pela Portaria SEPRT n.º 22.677, de 22 de outubro de 2020:

31.7.14 As edificações destinadas ao armazenamento de agrotóxicos, aditivos, adjuvantes e produtos afins devem:

[...]

f) estar situadas a mais de 15 (quinze) metros das habitações e locais onde são conservados ou consumidos alimentos, medicamentos ou outros materiais.

a fiscalização trabalhista, o não cumprimento da regra administrativa de distanciamento já é suficiente para gerar a autuação laboral, sem se perquirir sobre a produção de algum resultado de perigo concreto ou dano real à saúde dos obreiros no caso flagranteado.

Nesse sentido, se já existe enorme álea na missão do intérprete de valorar o elemento normativo do tipo – condições degradantes de trabalho, diante a interação com os aspectos econômicos, sociais e culturais, tal cenário torna-se ainda mais dificultoso ante a insuficiência de informações quanto ao efetivo grau de comprometimento da saúde ou da segurança do trabalhador, que, ficará, mais uma vez, à livre discricionariedade do julgador.

Isso quer dizer que o campo de valoração do juiz abarcará também se, de fato, as infrações administrativas culminaram em resultado material suficiente para a consumação do delito, visto que o tipo penal não dispõe quanto ao grau de lesão necessário para gerar a redução do obreiro à condição análoga a de escravo.

Por outro lado, parece incompatível dispensar a análise do resultado material que as condições degradantes geraram ao obreiro, ao considerar que, mesmo não produzindo ao menos algum resultado de perigo concreto à sua saúde ou segurança, enseje em abalo à sua dignidade pessoal, visto que essa estratégia interpretativa equivaleria a excluir a forma vinculada da 3ª figura do tipo que, expressamente, exige que a redução do trabalhador a condições análogo à de escravo seja decorrente de condições degradantes de trabalho.

Do contrário, seria possível admitir que condições degradantes de trabalho limitadas ao aspecto moral são suficientes para gerar o trabalho análogo à de escravo, ainda que nenhum perigo à saúde ou segurança do trabalhador tenha sido produzido, invertendo a lógica exigida pelo tipo e lhe provendo intensa abstratividade.

Em resumo, a indeterminação do conteúdo do elemento normativo do tipo – reduzir alguém a condição análoga à de escravo – ronda tanto a sua configuração conceitual, como os resultados materiais necessários para evidenciar a violação da regra de proibição, que, conjuntamente, servem para indicar se o trabalhador foi reduzido a condição análoga à de escravo.

4.2.3 A (in)certeza do conteúdo do bem jurídico tutelado pelo tipo penal

A figura penal de sujeição dos trabalhadores a condições degradantes de trabalho compõe uma das quatro figuras alternativas do delito de trabalho análogo à de escravo disposto no *caput* do art. 149 do Código Penal que, por sua vez, faz parte da Seção I – dos crimes contra a liberdade pessoal, e pertencente ao Capítulo VI – dos crimes contra a liberdade individual. Considerando a topografia legal, extrai-se que o bem jurídico tutelado pelas figuras constantes do *caput* do art. 149 do CP é, sistematicamente, a liberdade dos trabalhadores.

Importante registrar que o vínculo entre a conduta denunciada e o bem jurídico tutelado pela norma penal é constantemente aferido pelos julgadores para determinar o cometimento do crime, a exemplo do emprego do princípio da insignificância, que pode afastar a materialidade do crime a partir de diversos parâmetros, dentre eles, a extensão da lesão ao bem jurídico tutelado (Bitencourt, 2010), ainda que a conduta, formalmente, preencha os requisitos legais do tipo, o que demonstra a relevância da conexão entre a descrição da regra de proibição e o bem jurídico por ela tutelado.

O delito de extorsão mediante sequestro também exemplifica a questão, que carrega a expressão “qualquer vantagem” como um de seus elementos do tipo. Corrente doutrinária expressiva (Greco, 2009c, p. 119; Nucci, 2010, p. 775) compreende que apenas vantagens econômicas podem servir para evidenciar a conduta proibida do art. 159 do CP, porque o tipo penal em tela compõe o grupo de delitos contra o patrimônio e, assim, não poderia se desvincular dessa vinculação.

O direito de ir e vir, portanto, concentra, numa interpretação sistemática da classificação topográfica do crime, o bem jurídico a ser protegido pela norma penal constante do art. 149 do CP, admitindo-se que tal resultado concreto de restrição de liberdade pessoal seja alcançado indiretamente, a exemplo da retenção de documentos do trabalhador ou do manejo de dívidas, então empregados como instrumento de limitação da liberdade do obreiro, como tipificado do pelo inciso II, §1º, do art. 149 do CP e pela 4ª figura do *caput* do mesmo artigo, respectivamente.

Ocorre que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP (sujeição a condições degradantes de trabalho) se descola fortemente do bem jurídico formalmente tutelado segundo a topografia legal (liberdade pessoal), ao incorporar a proteção de outros bens jurídicos: a vida, a saúde e a segurança do trabalhador (Greco, 2009b) ou, ainda, a sua dignidade pessoal (Barbosa, 2017; Delmanto et al., 2007).

Segundo a doutrina criminalista, a tipificação de uma modalidade especial de trabalho análogo à de escravo, relacionada a questões de saúde e segurança do trabalhador, busca atualizar as formas de exploração abusiva da mão de obra humana, encampando a definição de trabalho escravo contemporâneo, numa abordagem evolutiva (Barbosa, 2017).

Como visto ao início deste artigo, essa compreensão ampliada do trabalho forçado ou análogo à de escravo da legislação brasileira não encontra exata ressonância com as normas positivadas pelos tratados multilaterais de direito internacional do trabalho (Organização Internacional do Trabalho, 2009), o que, de certa forma, dificulta, ainda mais, a sua compreensão pelo intérprete (Silva, 2010).

Independente do acerto da maior proteção ao trabalhador concedida pela Lei 11.803/2003, aqui, está-se perquirindo apenas sobre a convergência do tipo penal expansivo (3ª figura do *caput* do art. 149 do CP) com o bem jurídico tutelado pela norma penal, visto que essa correspondência jurídica interage com a necessária interpretação valorativa pelo juiz a respeito da conduta denunciada, considerando que a norma de proibição tipificada está assentada, essencialmente, num elemento normativo, que exige, como natural à espécie, sua submissão a um juízo de valor.

Para dirimir a desvinculação normativa entre a tipificação da sujeição do trabalhador a condições degradantes como uma forma de trabalho forçado ou servidão do direito internacional, correntes doutrinárias brasileiras passaram a sustentar que o bem jurídico tutelado, a liberdade pessoal, ainda assim, é violada fictamente pelo delito em estudo, mesmo que seja uma restrição da personalidade jurídica do ser humano em sua dignidade (Bitencourt, 2019; Delmanto et al., 2007), a partir de uma interpretação evolutiva do conceito de trabalho análogo à de escravo (Barbosa, 2017).

A argumentação jurídica parte do entendimento de que a degradância laboral configura um trabalho indigno, desse modo, leva à coisificação do homem (Bruno, 1967), que se rende ao intento do agente (Bianchini, 2004), numa perspectiva da perda de liberdade, já que o obreiro não conseguirá se livrar do julgo do empregador (Bitencourt, 2019). Enfim, a exigência das normas internacionais do trabalho, quanto à presença de algum impacto na restrição de liberdade do trabalhador, é construída a partir de uma perda da personalidade jurídica, mas ainda distante dos parâmetros pactuados pelos acordos multilaterais internacionais do trabalho positivados, como visto alhures.

Por seu turno, a OIT (2009, p. 5), como já referido em tópico acima, tem uma visão reservada da associação da coerção com condições degradantes de trabalho no enfrentamento do trabalho forçado, escravidão ou análogo à de escravo.

MacCormick (2008) enfatiza o valor da argumentação jurídica como ferramenta imprescindível ao direito de defesa num Estado de Direito, porém observa a capacidade da retórica em permitir que um bom orador vença um debate público mesmo defendendo uma má ideia ou fazer as piores razões parecerem as melhores. Segundo o citado jusfilósofo, não há garantias nem mesmo de que um consenso contemporâneo sobre determinado assunto seja correto, mesmo assim, a argumentação jurídica deve ter espaço, como instrumento de um Estado de Direito.

Daí o necessário cuidado dos legisladores quanto ao atributo da certeza ao construir as normas jurídicas, ainda que submissas à argumentação jurídica como direito de defesa (ou de maior proteção a determinados bens jurídicos) e à natural sujeição dessas regras a mudanças (Maccormick, 2008). No caso das leis penais, o cuidado deve ser redobrado, pois são suas balizas que freiam a atuação arbitrária do Estado, mesmo que objetivando interesses coletivos por uma boa razão.

Uma questão adicional ainda deve ser ponderada a respeito da evolução da compreensão do tema pelo legislador brasileiro ao tipificar a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP: a imprecisão do conteúdo normativo de dignidade humana, bem jurídico então incorporado pela alteração legislativa, a ensejar do intérprete um outro juízo de valor.

Assim, ao lado da amplitude da cognição judicial a respeito da presença de condições degradantes de trabalho (forma de execução da conduta) e da redução da vítima a condição análoga à de escravo (resultado naturalístico), a exigirem um duplo juízo de valor, outra imprecisão agrava a indeterminação da regra de proibição, a análise do ferimento da dignidade do trabalhador, considerando que o conceito de dignidade, igualmente, varia conforme o intérprete (Greco, 2009a), por abrigar um conteúdo aberto e “cuja concepção jurídica é extremamente difícil de ser totalmente apreendida.” (Sarlet, 2007, *apud* Silva, 2010, p. 55).

E não é só a indeterminação do conteúdo de dignidade que promove insegurança à regra de proibição, mas, também, sua irrelevância para promover alguma caracterização do tipo penal, visto que, na realidade, todos os tipos penais, numa interpretação finalística, sempre protegem a dignidade humana, já que os

bens jurídicos tutelados pela lei penal são selecionados conforme os valores da comunidade (Welzel, 1939).

Em resumo, mesmo considerando uma alteração, evolução ou modernização do bem jurídico tutelado, divergindo da topografia sistematizada do Código Penal, há um triplo grau de indeterminação na regra de proibição disposta na 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, pois a incerteza reside tanto nos elementos normativos presentes na conduta, no resultado, como, ainda, no conteúdo do bem jurídico tutelado.

No ponto, interessante relembrar que o princípio da legalidade, do qual a obrigação de taxatividade criminal decorre, representa importante ferramenta de proteção do cidadão de uma atuação arbitrária do Estado, alavancando também a dignidade humana, como bem defende Cláudio Brandão:

Portanto, é pela legalidade que o Direito Penal se volta para o homem, rompendo com o terror penal. Se é através da Legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal, delimitando o âmbito de atuação do Estado na infligência da pena. Nesse espeque, podemos fazer a ilação que é a Legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade (Brandão, 2008, p. 35).

A dicotomia principiológica aponta que, de um lado, a figura penal de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho busca proteger a dignidade humana, mas, de outro lado, desenvolve-se fragilizando a mesma dignidade dos cidadãos, ao estabelecer uma regra de proibição sob tríplice imprecisão material. MacCormick (2008, p. 30) adverte sobre esses paradoxos principiológicos e a necessidade de uma coerência geral entre princípio e regras como um limite à argumentação jurídica: “Portanto, os princípios e regras de decisão e de conduta que alguém adota têm que pertencer a um corpo de pensamento prático e de compromisso que seja internamente consistente, e que seja caracterizado também por uma certa coerência geral”.

O jusfilósofo MacCormick (2008) exemplifica a relevância da coerência normativa entre princípios e o próprio sistema jurídico vigente com o caso que envolveu a promulgação do *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001, com fundamento no *Human Rights Act* de 1998, logo após a derrogação de algumas obrigações de proteção de direitos humanos do Governo do Reino Unido previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Individuais, em

decorrência dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e que se assentava na segurança geral da população, fragilizada pela ação terrorista.

A derrogação do art. 5º (1) (f) da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais permitiu a adoção de restrição de liberdades individuais, viabilizando a prisão de pessoas apenas com base em suspeitas e sem julgamento, procedimentos que seriam ilegais no sistema normativo ordinário.

Todavia, a *Derrogation Order* acabou revogada, após o questionamento de proporcionalidade e incompatibilidade desses procedimentos cautelares como uma grave violação de direitos humanos relativos à liberdade individual, então dispostos na própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda que a derrogação visasse a proteção da população em face de outras graves violações de direitos humanos – as ações de terrorismo.

Enfim, ao lado da nobre missão da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP em alargar a proteção da dignidade humana no plano laboral, sua extensa normatividade pode fragilizar essa mesma dignidade, ao impor aos cidadãos uma regra de proibição penal com tripla incerteza.

5. ANÁLISE DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS CRIMINAIS EM 1º E 2º GRAUS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

O desempenho sancionador do Estado em relação a determinado delito pode auxiliar na tarefa de medir sua conformidade aos princípios que regem do direito penal. Para tanto, este estudo promoveu a análise de processos criminais que envolvem o crime de trabalho análogo à de escravo.

O objetivo foi de comparar o desempenho sancionador das quatro figuras que compõe o crime disposto no *caput* do art. 149 do CP por intermédio dos seguintes parâmetros: índice de dificuldade cognitiva para determinar o conteúdo da regra de proibição apresentado pelos magistrados de 1º grau; índice de condenação em 1º grau e índice de reforma de sentenças condenatórias pelo tribunal revisor (TRF1).

5.1 Base de dados da pesquisa

A base de dados da pesquisa foi formada por processos criminais que envolvem o delito de trabalho análogo à de escravo, constantes do cadastramento realizado pela Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁶ (quantitativa), então efetivado a partir do mapeamento organizado pelo Comitê Nacional Judicial de Enfrentamento à Exploração do Trabalho em Condição Análoga à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça.

As sentenças criminais do escopo da pesquisa foram prolatadas até 16 de maio de 2019 por juízes federais de primeiro grau de todas as Seções e Subseções do TRF1 (tribunal que englobava, no período da pesquisa, 14 Unidades da Federação, incluindo a Amazônia Legal), referentes a processos autuados entre 2007 e 2018.

Do universo de 550 sentenças constantes do levantamento realizado pela Corregedoria do TRF1, 381 provimentos judiciais se mostraram aptos para a pesquisa, visto que tiveram o mérito da acusação julgado pelos magistrados de 1º grau. Esse conjunto de 381 processos analisados englobaram 652 réus, que responderam por 979 imputações relacionadas às figuras dispostas no *caput* do art. 149 do CP. As demais sentenças criminais do levantamento da Corregedoria do TRF1 não ingressaram no estudo, posto que não julgaram a essência do mérito acusatório, como sentenças extintivas de punibilidade por prescrição da pretensão punitiva ou por morte do acusado ou, ainda, por litispendência ou coisa julgada.

As imputações criminais da base de dados da pesquisa foram classificadas conforme as figuras do *caput* do art. 149: 1ª figura (submissão a trabalhos forçados); 2ª figura (submissão a jornada exaustiva); 3ª figura (sujeição a condições degradantes de trabalho) e 4ª figura (servidão por dívidas com o empregador), obtendo-se a distribuição descrita na Tabela 1:

Tabela 1 – Distribuição das imputações em 1º grau por figura penal

¹⁶ Levantamento processual realizado pela Corregedoria do TRF1 em resposta ao Ofício do Conselho da Justiça Federal n. 0020125, de 29 de março de 2019.

Tipo Penal	Quantitativo	Percentual
1ª figura – submissão a trabalhos forçados	38	4%
2ª figura – submissão a jornada exaustiva	130	13%
3ª figura – sujeição a condições degradantes de trabalho	648	66%
4ª figura – servidão por dívidas com o empregador	163	17%
Total	979	100%

Fonte: Produzida pelo autor.

Além do resultado judicial em 1º grau, a pesquisa avançou sobre cada um dos processos sentenciados, a fim de verificar o resultado recursal obtido junto ao Tribunal Regional Federal. Nessa fase, foram analisadas 433 imputações das 979 acusações da base de dados, visto que nem todas as sentenças prolatadas foram objeto de recurso e, quando o foram, muitos ainda não foram julgados ou não tiveram seu elementos absolutórios ou condenatórios apreciados pelo Tribunal, ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou morte do sentenciado.

Os 443 acórdãos do TRF1 analisados tiveram a distribuição discriminada na Tabela 2, conforme a figura penal analisada pela instância recursal:

Tabela 2–Distribuição das imputações em 2º grau por figura penal

Tipo Penal	Quantitativo	Percentual
1ª figura – submissão a trabalhos forçados	26	6%
2ª figura – submissão a jornada exaustiva	45	10%
3ª figura – sujeição a condições degradantes de trabalho	285	66%
4ª figura – servidão por dívidas com o empregador	77	18%
Total	433	100%

Fonte: Produzida pelo autor.

Em resumo, a base de dados da pesquisa considerou 979 imputações criminais relativas às figuras do *caput* do art. 149 do CP julgadas em 1º grau e 433 imputações julgadas em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

5.2 Índice de dificuldade cognitiva nas sentenças de 1º grau

O primeiro parâmetro estatístico construído pela pesquisa foi a apuração do grau de dificuldade cognitiva enfrentada pelo juiz de primeiro grau para determinar o conteúdo da norma de proibição sob julgamento.

A identificação de dificuldade cognitiva pelo juiz sentenciante foi computada toda vez que o magistrado utilizou alguma fonte externa para determinar o conteúdo da norma de proibição, como doutrina, jurisprudência, normas não penais e, até mesmo, a compreensão individual do juiz a respeito daquele elemento constituinte do tipo.

A análise das 979 imputações julgadas em 1º grau a respeito da presença de dificuldade cognitiva, de acordo com as figuras típicas do *caput* do art. 149 do CP, consolidaram os resultados dispostos na Tabela 3:

Tabela 3—Quantitativo de sentenças de 1º grau com dificuldade cognitiva por figura penal

Tipo Penal	Quantitativo de Imputações	Quantitativo de Dificultação	Percentual
1ª figura – submissão a trabalhos forçados	38	1	3%
2ª figura – submissão a jornada exaustiva	130	18	14%
3ª figura – sujeição a condições degradantes de trabalho	648	396	61%
4ª figura – servidão por dívidas com o empregador	163	26	16%
Total/Média	979	441	45%

Fonte: Produzida pelo autor.

Fica evidente, de acordo com os dados obtidos pela pesquisa, que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, crime de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, apresentou desproporcional insegurança, na medida em que os magistrados sentenciantes, majoritariamente, socorrem-se de elementos externos para poderem definir o conteúdo da regra de proibição e, depois, aplicar tal inteligência particular ao caso concreto.

Nota-se, ainda, que a desproporção do índice obtido é severa, visto que o grau de dificuldade (61%) presente na 3ª figura do *caput* do art. 149 é quase quatro vezes maior que aquele detectado na 4ª figura, segundo lugar no grau de dificuldade (16%), e vinte vezes maior que a 1ª figura, classificada como a de menor dificuldade cognitiva (3%).

5.3 Índice de condenação nas sentenças de 1º grau

Em regra, espera-se que o índice de condenação de cada uma das figuras típicas do *caput* do art. 149 do CP tenham desempenhos, senão similares, ao menos próximos entre si. Eventualmente, falhas na construção do tipo penal podem gerar performances diferentes, como a dificuldade para analisar a presença de elementos constituintes do tipo em casos concretos.

A partir das 979 imputações julgadas pelos juízes de 1º grau do TRF1, a pesquisa extraiu os resultados condenatórios de cada uma das figuras do *caput* do art. 149 do CP, então perfilados na Tabela 4:

Tabela 4—Quantitativo de condenações em sentenças de 1º grau por figura penal

Tipo Penal	Quantitativo de Imputações	Quantitativo de Condenações	Percentual
1ª figura – submissão a trabalhos forçados	38	9	23%
2ª figura – submissão a jornada exaustiva	130	17	13%
3ª figura – sujeição a condições degradantes de trabalho	648	220	34%
4ª figura – servidão por dívidas com o empregador	163	21	13%
Total/Média	979	267	27%

Fonte: Produzida pelo autor.

Dos dados copilados, observa-se que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP desenvolveu o maior índice de condenação (34%), bem acima da média (27%) e quase o triplo do índice das figuras com menor grau de condenação (13%).

Constata-se que a maior punição dos acusados pela prática da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP coincide com a figura delitiva que apresentou maior índice de dificuldade cognitiva para determinar a conduta proibida, contudo, a incerteza da regra de proibição gerou efeitos prejudiciais aos réus, haja vista que o desempenho irregular do resultado dos julgamentos quanto à compreensão do preceito incriminador pendeu para a condenação e, não, absolvição dos réus.

Ao se segmentarem os resultados obtidos, separando os casos em que a situação fática retrata trabalho rural e na Amazônia Legal¹⁷, o índice de condenação sofre pequena queda (29% - 122 em 420 imputações), enquanto aqueles relativos ao trabalho rural prestado fora da Amazônia Legal aumentam o índice (36% - 78 em 218 imputações). Tal variação, certamente, decorre da ponderação das dificuldades logísticas inerentes à região amazônica, naturalmente agravadoras do cenário laboral daquele território em atividades rurais, aspecto pontuado quando da análise do aspecto da (in)certeza do conteúdo da conduta delitiva descrita no tipo penal.

5.4 Índice de reversão de condenações pelo TRF1

O índice de reversão de condenações pelo TRF1 é um terceiro indicador estatístico que auxilia na mensuração dos efeitos da imprecisão do conteúdo da norma de proibição presente no delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho. O comparativo dos índices de reforma de condenações pelo tribunal revisor entre as figuras típicas do *caput* do art. 149 do CP pode evidenciar o grau de dificuldade de controle da tipicidade dos fatos delitivos pela instância recursal.

O índice foi construído a partir dos casos em que TRF1 reformou a sentença condenatória para absolutória, sem considerar, assim, acórdãos que tenham trazido apenas algum benefício ao acusado, como diminuição da quantidade da pena imposta ou anulação da sentença por algum vício processual ou material.

No geral, foi possível verificar que o tribunal revisor atuou com forte grau reformador de sentenças condenatórias relativas às modalidades de trabalho análogo a de escravo. Entretanto, o desempenho reformador do TRF1 cai

¹⁷ Relação dos municípios da Amazônia Legal disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais/15819-amazonia-legal.html>. Acesso em 20.09.2023.

análogo a de escravo. Entretanto, o desempenho reformador do TRF1 cai severamente quando o tipo penal é a 3ª figura do *caput* do art. 149, possivelmente em razão da maior dificuldade de definição da regra de proibição. Se o preceito incriminador é impreciso, logicamente, a capacidade de controle dessa regra pela instância revisora é menor.

Das 433 imputações julgadas pelo TRF1 quanto ao mérito da acusação, 140 foram sentenças condenatórias, que tiveram o resultado reformador por figura típica do *caput* do art. 149 do CP conforme a Tabela 5:

Tabela 5—Quantitativo de reversão de sentenças condenatórias pelo TRF1 por figura penal

Tipo Penal	Quantitativo de Imputações	Quantitativo de condenações revertidas	Percentual
1ª figura – submissão a trabalhos forçados	7	6	85%
2ª figura – submissão a jornada exaustiva	4	3	75%
3ª figura – sujeição a condições degradantes de trabalho	110	58	53%
4ª figura – servidão por dívidas com o empregador	19	14	73%
Total/Média	140	81	57%

Fonte: Produzida pelo autor.

Mais uma vez, o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho encontra-se descolado do padrão de desempenho das demais figuras típicas, já que teve um menor controle de reforma pelo TRF1 (53%), quando comparado com os índices alcançados pelas outras modalidades típicas (85%; 75% e 73%).

Evidentemente, o menor controle das questões fáticas pelo TRF1 nos casos que envolvem a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP decorre da maior dificuldade de determinação do conteúdo da regra de proibição, permitindo que o poder de punir do Estado se desenvolva sem as contenções erguidas pelos princípios estruturantes do direito penal, como a taxatividade criminal.

¹⁸ Relação dos municípios da Amazônia Legal disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais/15819-amazonia-legal.html>. Acesso em 20.09.2023.

Em resumo, os indicadores estatísticos produzidos por esta pesquisa evidenciaram que o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho apresenta maior dificuldade de cognição de sua regra de proibição pelos magistrados de 1º grau, assim como obteve maior índice de condenação em 1º grau e menor índice de reforma dessas condenações pelo TRF1, quando comparados com as demais figuras delitivas do *caput* do art. 149 do CP.

6. CONCLUSÃO

No intuito de verificar se o crime de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho converge com o princípio constitucional da taxatividade penal, inicialmente, foi apresentada a força normativa das normas-princípio sob a visão de jusfilósofos como Dworkin (2002), Alexy (Júnior, 2007) e Ávila (2009), o que permitiu apontar a relevância do princípio da legalidade criminal na perspectiva da taxatividade criminal, sob as balizas dos estudos de MacCormick (2008).

O princípio da taxatividade criminal, nas vertentes de certeza e clareza do conteúdo descrito nos tipos penais, recebeu um estudo particular, onde foi possível demonstrar sua essencialidade para conter arbitrariedades do Estado sancionador, prevenir a apropriação da função legislativa pelos juízes (Roxin, 1997) e, por último, preservar a função preventiva geral do Direito Penal defendida por Feuerbach (Brandão, 2008).

A partir destes pressupostos, o crime de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho foi descortinado analiticamente, tanto sob o enfoque do direito penal brasileiro, como pelas normas do direito internacional do trabalho, oportunidade em que se verificou a ampliação protetiva promovida pelo legislador brasileiro.

De forma pormenorizada, foi realizada a análise dos elementos normativos que envolvem a redação da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP: *condições degradantes de trabalho* (conduta delitiva), *reduzir alguém a condição análoga à de escravo* (resultado delitivo), e, ainda, o exame da normatividade do bem jurídico tutelado – *dignidade do trabalhador*.

De maneira conclusiva, após a interpretação sistemática do delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho, em busca da coerência geral defendida por MacCormick (2008), ficou evidenciada a forte Incerteza, produzida pela tríplice normatividade que a figura penal carrega (conduta, resultado e bem jurídico), permitindo confirmar a hipótese de pesquisa deste estudo,

qual seja, de que o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho possui pouca aderência ao princípio constitucional da taxatividade criminal.

No campo empírico, a pesquisa consolidou dados estatísticos apurados a partir da análise de 381 processos criminais julgados por juízes federais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que albergaram 979 imputações relativas ao crime de trabalho análogo à de escravo. Nesta seara, ficou comprovada a hipótese da pesquisa, no sentido de que a 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP possui maior índice de dificuldade cognitiva na identificação da regra de proibição pelos juízes sentenciadores de 1º grau em relação as demais figuras, efeito próprio da imprecisão do conteúdo da regra de proibição do referido tipo penal.

Paralelamente, foi comprovada pela pesquisa quantitativa a hipótese de que o delito de sujeição do trabalhador a condições degradantes de trabalho detém maior índice de condenação em primeiro grau e menor índice de reforma de condenações pela instância revisora (TRF1) quando comparados com os índices alcançados pelas outras figuras típicas do *caput* do art. 149 do CP

A partir dos resultados estatísticos obtidos, é lícito concluir que a maior punição efetivada pela 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP, então construída com menor aderência ao princípio da taxatividade criminal, reflete a menor contenção do poder punitivo estatal, que é freado justamente pelos princípios constitucionais que limitam o *jus puniendi* estatal.

O resultado sancionador da 3ª figura do *caput* do art. 149 do CP revelado por esta pesquisa ilustra com clareza que tipos penais erguidos com pouca aderência às garantias e aos direitos fundamentais dos acusados permite o desenvolvimento do poder punitivo do Estado com maior rigor, já que livre das contenções legais e constitucionais que limitam sua atuação repressora.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, E. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, L. Sobre a definição de trabalho escravo contemporâneo no Brasil: liberdade, dignidade e direitos fundamentais. Em: **Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios**. 1ª ed. São Paulo: Ltr Editora, 2017.
- BIANCHINI, A. **Reforma criminal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BITENCOURT, C. **Tratado de direito penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITENCOURT, C. **Código penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BOAS, F. The methods of ethnology. **American Anthropologist**, v. 22, n. 1, 1920.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo**. Brasília-DF, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/manuais-e-publicacoes/manual_de_combate_ao_trabalho_em_condicoes_analogas_de_escrav_o.pdf/view. Acesso em 2 jan. 2022.
- BRUNO, A. **Direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.
- CASTILHO, E. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. Em: MOREYRA, S. (Ed.). 1ª ed. São Paulo: Loyola, 1999.
- CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español - parte general**. 1ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. v. 2.
- COSTA, Á. O direito penal na constituição (1998-1998). **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 9, p. 141–157, 2000.
- COSTA, P. **Fighting forced labour: the example of Brazil**. 1ª ed. Geneva: ILO, 2009.
- DELMANTO, C. et al. **Código penal comentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão - teoria do garantismo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FEUERBACH, A. **Lehrbuch des peinlichenrechts**. 11ª ed. Geschichte: GrinVelard, 1832.

- FEUERBACH, A. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FIGUEIRA, R. Condenados à escravidão. Em: MOREYRA, S. (Ed.). **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. 1ª ed. São Paulo: Loyola, 1999.
- GOMES, L. **Direito penal - parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- GRECO, R. **Curso de direito penal – parte especial**. 11ª ed. Niteroi: Impetus, 2009a. v. 1.
- GRECO, R. **Curso de direito penal – parte especial**. 6ª ed. Niteroi: Impetus, 2009b. v. 2.
- GRECO, R. **Curso de direito penal – parte especial**. 6ª ed. Niteroi: Impetus, 2009c. v. 3.
- JESUS, D. **Direito penal - parte especial**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.
- JUNIOR, J. A. P. D. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 27, 2007.
- LUISI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- MACCORMICK, N. **Retorica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MANTOVANI, F. **Dirittopenale: parte generale**. 1ª ed. Padova: Cedam, 1979.
- MANTOVANI, F. **Sob la perene necesidad de lacodificación**. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html. Acesso em: 23.08.2022.
- MARINELA, F. **Direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCHI, A. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais**. Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- NUCCI, G. **Código penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O custo da Coerção**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_227513.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Trabalho escravo**. Brasília: Nações Unidas no Brasil, 2016. Disponível em:

file:///C:/Users/mhono/Documents/Mestrado/Fontes/Artigo/Rel%20ONU_2016.pdf.
Acesso em: 2 jan. 2022.

QUEIROZ, P. **Direito penal - introdução crítica**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, C. **Derecho Penal**. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, M. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema**. Goiânia: UFG, 2010.

SUTTON, A. **Trabalho escravo: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje**. Tradução: Siani Campos. 1ª ed. São Paulo: Loyola, 1994.

WELZEL, H. Studien zum system des strafrechts. **Zeitschrift für die gesamtestrafrechtswissenschaft**, v. 58, 1939.

ZAFFARONI, R. **Manual de derecho penal - parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PENTEST NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO SEGURO DE SOFTWARE: UM ESTUDO DE CASO APLICADO AO APRIMORAMENTO DE UM SERVIÇO WEB.

Ewerton da Costa Vaz¹
João Renan Santanna Lopes²
Emerson Sousa Filho³

RESUMO: : O artigo aborda a relevância do uso de técnicas de segurança da informação no desenvolvimento de softwares objetivando identificar vulnerabilidades e providenciar sua correção antes de disponibilizar o software para uso. Por meio de um estudo de caso, focando principalmente na técnica do Pentest, foi demonstrada a necessidade de análise de vulnerabilidades, especialmente em serviços web, objetivando implementar medidas preventivas ao crescimento de vulnerabilidades cibernéticas em redes locais (LANs). Focalizando em uma API que estava em desenvolvimento em uma instituição pública federal brasileira, o trabalho destaca a importância do Pentest para apontar falhas de segurança que, caso não tivessem sido identificadas e corrigidas, poderiam levar a vazamentos de dados institucionais. Utilizando a metodologia de teste White-box e ferramentas como Postman e BurpSuite, o artigo detalha as principais vulnerabilidades encontradas, conforme as diretrizes do Open Web Application Security Project (OWASP), incluindo falhas críticas como Broken ObjectLevelAuthorization e Broken Authentication. Os resultados mostram a eficácia do Pentest em descobrir essas falhas, reforçando a importância dos princípios de segurança da informação e da conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O estudo conclui que o Pentest, integrado ao desenvolvimento seguro, é fundamental para fortalecer a robustez e segurança dos softwares contra ameaças cibernéticas. Desta forma, sugere que medidas semelhantes às que foram objeto do presente estudo sejam adotadas pelos setores responsáveis pelo desenvolvimento de software nas instituições públicas.

Palavras-chave: Segurança da Informação. Pentest. Desenvolvimento Seguro. Engenharia de Software.

ABSTRACT: The article emphasizes the relevance of using information security techniques in software development to identify vulnerabilities and to provide their respective correction before deploying the software for use. Through a case study, focusing mainly on the Pentest technique, the need for vulnerability analysis was demonstrated, especially for the web services, for the sake to implement preventive measures against the growth of cyber vulnerabilities in local networks (LANs). Analyzing an API that was under development at a Brazilian federal public institution, the work has highlighted the importance of a Pentest in identifying security flaws which, if not been identified and corrected, could lead to institutional data leaks. Using the White-box testing methodology and tools such as Postman and Burp Suite, the authors have detailed the main vulnerabilities found, according to the Open Web Application Security Project (OWASP) guidelines, including critical flaws such as Broken Object Level Authorization and Broken Authentication. The results showed the effectiveness of Pentest in discovering these flaws, reinforcing the importance of information security principles and compliance with the Brazilian General Data Protection Law (LGPD). The study concludes that Pentest, integrated with secure development, is fundamental to strengthening

the robustness and security of software against cyber threats. Hence it suggests that measures like those that were the subject of this study be adopted by the sectors responsible for software development in Brazilian public institutions.

Keywords: Information Security. Pentest. Secure Development. Software Engineering. Information.

Bacharel em Ciências da Computação pela Universidade Federal do Pará. Servidor do NUTEC/SJPA/TRF1. Responsável pelo Serviço de Segurança da Informação e Infraestrutura.

Discente do Centro Universitário do Pará do Curso de Ciência da Computação. Estagiário TRF1 – NUTEC.

Discente da Universidade Federal do Pará do curso de Engenharia da Computação. Estagiário TRF1 – NUTEC.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de um programa de computador é um processo sistemático que possui etapas bem definidas, semelhantes a um projeto de engenharia, que vão desde a concepção, o desenho, a execução até a entrega para uso (Sommerville, 1998).

Dentre estas, uma das mais importantes é a etapa de testes a qual deve ocorrer tanto durante o desenvolvimento do programa quanto na etapa final imediatamente antes da entrega.

A engenharia de software é uma disciplina tradicional e que preconiza processos de teste eficientes e bem consolidados, contudo, tais processos costumam focar muito no funcionamento dos módulos do sistema, deixando em segundo plano questões como possíveis falhas de segurança.

Em um contexto em que a privacidade e a proteção dos dados pessoais se tornaram cada vez mais relevantes - sendo inclusive regulados por lei -, torna-se imprescindível agregar ao processo de teste de software mecanismos para mitigar falhas de programação que possam levar a vazamento de dados.

Um destes aparatos é o *Penetration Test (Pentest)*, que, resumidamente, consiste em utilizar, ou desenvolver, algumas ferramentas e a mentalidade de um atacante (hacker) para descobrir vulnerabilidades em um sistema e corrigi-las antes que possam ser exploradas por um perpetrador real.

Uma analogia ao *Pentest* seria o processo de percorrer um edifício procurando quais portas estão destrancadas e grades sem cadeados, e em seguida providenciar a devida correção trancando as portas e fechando os cadeados.

O presente texto é um relato das descobertas relacionadas a potenciais falhas de segurança que surgiram quando foi aplicado um *Pentest* a uma API (módulo de programa de computador). Demonstrando assim que o emprego de um *Pentest* na fase final de teste de um software agrega um enorme benefício ao processo de desenvolvimento.

1.1 OS IMPACTOS RELACIONADOS AOS ATAQUES CIBERNÉTICOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Mesmo com os ataques cibernéticos e perda de dinheiro nas empresas e instituições públicas, o nível de maturidade das organizações ainda se apresenta de forma incipiente (Aon, 2023). Por esta razão, soluções personalizadas às organizações se mostram como solução de maior relevância para as mesmas, uma vez que melhoram a forma como os processos de segurança da informação são executados, aumentam a maturidade das mesmas quanto a relevância e implementação de políticas de segurança da informação consistente e clara, assim como promovem, melhorando a sua maturidade de segurança, maior confiança para os clientes durante a utilização de seus produtos.

Dentre as possíveis soluções, o *Penteste* o Desenvolvimento seguro são duas das principais possíveis soluções para adequação ao contexto das organizações públicas e privadas. O primeiro se caracteriza, Segundo Daniel Moreno, por uma série de testes, com a aplicação de metodologias específicas (Moreno, 2015), para auditar e elucidar vulnerabilidades em redes de computadores. Já o segundo refere-se a um processo contínuo de desenvolvimento de software levando-se em consideração e as melhores práticas de segurança e teste de software, visando elucidar e corrigir vulnerabilidades.

Somando-se às ideias apresentadas, o *Pentest* e o Desenvolvimento Seguro estão diretamente relacionados, uma vez que o primeiro teste e valida a existência ou não de vulnerabilidades, e o segundo foca na correção das vulnerabilidades presentes no software, no código fonte, e comportamento da própria aplicação. Ambas são postas como resoluções de fulcral importância para a concretização de um software ou serviço seguro e consistente.

Neste contexto em que, mesmo existindo restrições de acesso, como por exemplo, a aplicação disponível apenas em uma rede local, ainda é possível para os atacantes explorarem vulnerabilidades existentes nas aplicações. Faz-se necessário, dessa forma, conscientizar os criadores de software da necessidade de precauções relacionadas com o desenvolvimento seguro.

Assim, o uso de técnicas de *Pentest* apresenta-se como uma ferramenta valiosa para, de forma prática e incisiva, apontar necessidades de melhoria nas

aplicações antes de colocá-las em uso efetivo, contribuindo com o processo contínuo de desenvolvimento seguro.

É de fulcral importância explicitar que, com as vulnerabilidades descobertas em um sistema, seja ele de acesso interno ou externo, o controle acesso, por exemplo, é uma política de segurança que segue os princípios e normas da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)(Lei nº 13.709/2018). Desta forma, a consonância entre *pentest* e desenvolvimento seguro também corroboram com a aplicação da LGPD dentro das instituições.

Ressalta-se, além disso, que os testes foram feitos em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados. Sabe-se, desta forma, a importância que a lei possui como guia e norteamento na construção de políticas e testes de intrusão, assim como o desenvolvimento seguro de aplicações.

O presente artigo foi produzido por meio de um estudo de caso da aplicação e técnicas de *pentest* a uma aplicação do tipo API. Além disso, o presente trabalho concentra-se em expor um caso de *Pentest* como componente do processo de desenvolvimento seguro em um serviço *web* criado em uma instituição pública federal do Estado brasileiro.

Vale citar, também, que a aplicação atende somente ao público interno da instituição testada, não estando disponível na internet. Contudo, potencialmente poderia ser uma fonte de acesso não autorizado a dados institucionais e, inclusive, ataques internos.

Por este motivo, antes de disponibilizá-la, foram feitas análises utilizando as técnicas de *pentest* para garantir que o software está dentro dos padrões de segurança.

2 REFERENCIAIS TEÓRICOS

2.1 Open Web Application Security Project

O *Open Web Application Security Project (OWASP)* discrimina as principais vulnerabilidades presentes em serviços *web*. O projeto cita 10 (dez) principais falhas de segurança em sistema *web*. Ele possui duas subdivisões: *OWASP TOP 10* e *OWASP API*. O primeiro centra nos aspectos de segurança gerais das aplicações, sejam elas externas (públicas) ou internas (restritas). Já o segundo discorre sobre as *Application Programming Interfaces (APIs)*. API refere-se a um conjunto de tecnologias que criam um grupo de rotas e padrões de programação definidos por uma aplicação, podendo-se, assim, criar uma integração com diversos outros serviços e sistemas. Sabendo-se disso, fica evidente que as APIs também são uma rica fonte de vulnerabilidades em sistemas *web* e, sem a devida proteção desses serviços, a quantidade de vetores de ataque aumentam. Por esta razão existe um OWASP específico para APIs.

O OWASP API especifica dez vulnerabilidades principais:

2.1.1 API1:2023 - Broken Object Level Authorization

A Broken Object Level Authorization (*BOLA*) é uma falha de segurança crítica que leva o atacante a descobrir informações de usuários, como metadados de cadastro, por exemplo: e-mail, CPF, usuário, setor de atuação e situação (ativo ou inativo). Sabendo-se disso, é de fulcral importância evidenciar uma possível consequência desta brecha: exposição de informações excessivas a usuários não habilitados.

2.1.2 API2:2023 - Broken Authentication

A falha de Broken Authentication é muito séria, uma vez que representa, indubitavelmente, controles e políticas de segurança da aplicação extremamente fracos. A vulnerabilidade relaciona-se, intrinsecamente, com a política de autenticação e de senhas, haja vista que requisitos para definição de senhas fracos, o não uso de rate limit para autenticação, a não validação de tokens, permissão de tokens inválidos, não utilização de algoritmos de encriptação fortes nos tokens são, todos, formas de se contribuir com a Broken Authentication.

2.1.3 API3:2023 - Broken Object Property Level Authorization

A vulnerabilidade em questão trata acerca da junção de duas outras vulnerabilidades, também presentes no OWASP TOP 10: API6:2019 - Mass Assignment e API3:2019 Excessive Data Exposure, vulnerabilidades essas que tratam sobre acesso indevido a objetos não permitidos e excesso de exposição de dados por parte da API (Application Programming Interface). A vulnerabilidade consiste em, além de dar acesso a um usuário não autorizado a endpoints vulneráveis, permite a manipulação desses objetos, como a adição de ou remoção - deleção - de usuários de uma aplicação.

2.1.4 API4:2023 – Unrestricted Resource Consumption

A Falha de segurança em questão se verificou na aplicação, primordialmente, nos testes de envio de requisições. Sabe-se que requisições feitas a servidores consomem recursos computacionais, como memória RAM e processamento de CPU. Dessa forma, verificou-se tal brecha de segurança no momento em que se realizou o teste de rate limit na API, momento em que foram enviadas aproximadamente 300 requisições em um período de menos de 5 minutos.

2.1.5 API5:2023 - Broken Function Level Authorization

A Falha Broken Function Level Authorization é uma vulnerabilidade que ocorre quando não há verificação do nível de autorização do usuário, esta falha permite que usuários utilize de seu acesso padrão para conseguir realizar funções de administradores e/ou consiga visualizar endpoints que deveriam estar protegidas por verificações de níveis de autorizações.

2.1.6 API6:2023 Unrestricted Access to Sensitive Business Flows

Unrestricted Access to Sensitive Business Flows é uma vulnerabilidade que permite o usuário utiliza-se do fluxo de negócio da aplicação para apoiar-se em uma falha que permite causar danos ao negócio, exemplo dessa vulnerabilidade é o usuário ser permitido comprar todo um estoque de um produto em lançamento, permitindo

que no dia seguinte venda o mesmo produto por um preço mais elevado causando problemas para o seu negócio.

2.1.7 API7:2023 - Server Side Request Forgery

A vulnerabilidade de Server Side Request Forgery (SSRF) acontece quando uma aplicação não valida corretamente um URO (Uniform Resource Locator), que é justamente o protocolo HTTP (Hypertext Transfer Protocol), somado ao URL mais o nome do caminho (endpoint). O ataque consiste em realizar interações diretas com o servidor devido falta de filtros no envio de requisições HTTP. Alterando-se a forma das requisições, e interagindo com o servidor, pode-se, por exemplo, adicionar fotos, payload, requisitar serviços e objetos. A vulnerabilidade em questão é séria e leva a impactos altos em aplicações.

2.1.8 API8:2023 - Security Misconfiguration

Security Misconfiguration é um tipo de falha que também expõe dados de maneira desnecessária, porém, os dados em questão, em sua maioria, são dados da aplicação em si, ou seja, dados, ou metadados, técnicos, como versão que o serviço roda, servidor, e características da linguagem de programação, por exemplo.

2.1.9 API9:2023 – Improper Inventory Management

O versionamento das APIs é uma prática comum entre os desenvolvedores de software. Entretanto, é comum, também, verificar endpoints ou versões de APIs antigas, de maneira que, mesmo sendo antigas, ainda estão integradas com a aplicação mais recente. Isso leva atacantes a conseguirem acesso à aplicação principal por meio de endpoints ou aplicações legadas, as quais, no momento dos seus desenvolvimentos, muito provavelmente não tiveram requisitos de segurança da informação tão bem elencados quanto os atuais. A esse conjunto de endpoints e versões de APIs públicas chama-se de Improper Inventory Management.

2.1.10 API10:2023 - UnsafeConsumptionof APIs

Em sua maior parte, APIs dependem de dados de diversos outros serviços (APIs) para o seu correto funcionamento. Valendo-se da confiança da troca de informações entre APIs que confiam umas nas outras, atacantes realizam ataques para prejudicar uma API alvo. Um exemplo de ataque é uma API confiar em outra API vulnerável, a qual não sanitiza e valida os dados que a mesma recebe. Um usuário malicioso irá enviar dados com exploit para a API vulnerável e, após essa entregam, acessa a API alvo e requisita o consumo dos dados da API vulnerável.

2.2 Metodologia de teste de intrusão

Há diversas metodologias de Teste de Intrusão (*pentest*). Dentre elas, pode-se citar a OWASP, citada anteriormente, que implementa o *Web Security Testing Guide* (Meucci, 2008) e o OSSTMM (Herzog, 2006). Dentre tantas possibilidades, a mais direcionada aos testes (*pentest*) ao estudo de caso foi a *Web Security Testing Guide* fornecida pela OWASP (*Open Web Application Security Project*). A decisão foi feita devido à especificidade dos testes desenvolvidos, os quais foram direcionados a uma API de serviço WEB. O teste envolve, dentre outras etapas, a modelagem inicial de ameaças e a inteligência, reconhecimento, antes mesmo do início do teste. Tais práticas nortearam a aplicação do teste de intrusão.

2.3 Princípios de segurança da informação

Os princípios de Segurança da Informação se concentram em três pilares principais: Confidencialidade, Integridade e Disponibilidade (Baars, 2018). Há diversos outros pilares que são conhecidos, como autenticidade e não-repúdio. Com relação ao primeiro, refere-se ao acesso de informações apenas por pessoas autorizadas, não devendo ser possível o acesso a informações por pessoas fora da lista de controle por exemplo. O segundo trata a respeito da manutenção do dado em um determinado tratamento, processo ou armazenamento. O dado não deve ser alterado. Se for, deve ser autenticado, ou seja, deve-se registrar a pessoa a qual fez a alteração. O último discorre sobre a disponibilidade, a qual se entende como a

acesso ao dado de forma contínua, levando-se em consideração os demais outros princípios.

Vale citar, por fim, que os princípios não possuem hierarquia. São tratados de igual para igual. Dessa forma, conclui-se que os princípios devem ser tomados, em todas as organizações, como basilares para a criação de Sistema Gerenciadores de Segurança da Informação (SGSI), Teste de intrusão e Políticas de Segurança da Informação

3 METODOLOGIA

3.1 Metodologias científicas utilizadas

Com relação aos métodos científicos e classificações de pesquisa utilizadas no presente trabalho, realizou-se, quanto à natureza, um tipo de pesquisa aplicada, haja vista que a exploração dos resultados foi totalmente empírica, apesar de ter seus fundamentos baseados em referências teóricas. Outrossim, decidiu-se focar em uma pesquisa baseado, em sua maior parte, no método indutivo. Por fim, quanto a última classificação, referencia-se a pesquisa qualitativa, uma vez que os resultados das mesmas são categóricos e não quantitativos.

3.2 Ressalvas

Neste estudo de caso foram aplicadas técnicas e ferramentas de *Pentest* para analisar as vulnerabilidades de uma aplicação do tipo API e apontar as necessidades de correção nos códigos do aplicativo.

Vale dizer que, visando preservar a segurança da informação, o referido estudo foi feito dentro de condições controladas.

O aplicativo, o qual foi objeto do *Pentest* é de uso interno na rede local, não sendo possível por meios convencionais seu acesso a partir da internet, mantendo-se-, portanto, a segurança da aplicação.

Durante a análise foram utilizados containers com cópias do aplicativo e, na maioria dos casos, dados não reais, evitando desta forma exposição de informações institucionais críticas.

O acesso a dados contendo informações reais foi feito apenas nos últimos estágios do *Pentest*, ocasião em que já havia sido aplicadas correções que limitavam o acesso apenas a usuários autorizados por meio de *tokens web*.

O software em questão, mesmo sendo de uso interno, só foi disponibilizado para uso, no *jargão* de tecnologia: “colocado em produção”, após a conclusão dos testes e a aplicação e todas as melhorias necessárias para torná-lo seguro.

3.3 Técnicas utilizadas

Em primeiro lugar, é relevante citar que os testes são considerados como *White-box*, o qual refere-se a um tipo de teste de intrusão feito com acessos e credenciais fornecidos pela instituição contratante do *pentest*.

Como medida inicial realizou-se o login na plataforma *Postman*, comumente utilizada para criação de testes de *API*. Após efetuado o login, e sabendo-se que o teste de intrusão é classificado como *White-box*, para realizar a exploração das vulnerabilidades no serviço WEB, em um primeiro passo, iniciou-se o teste utilizando-se das metodologias de Teste de Intrusão previamente apresentadas, como a *Web Security TestingGuide* da *Open Web Application Security Project*. Além disso, fez-se uso da coleta de informações. Para tal fim, enviou-se requisições WEB padrões, a fim de que houvesse a máxima quantidade de coleta de dados para desenvolver exploits futuros. Para analisar os dados de requisições WEB, utilizou-se a ferramenta *Burp Suite*, a qual fornece plugins de funcionalidades como proxy, procedimentos de *brute force* (força bruta – sucessivas requisições de tentativa e erro para obter acesso a um sistema ou descriptografar algo) e modificadores de requisições WEB.

Outrossim, técnicas de enumeração de *API* foram utilizadas a fim de que *endpoints* vulneráveis fossem descobertos assim como *endpoints* que expusessem informações excessivas a um usuário comum.

Ao fim do processo, todos os plugins citados foram utilizados como meio para alcançar os resultados do teste, que serão discutidos posteriormente no presente trabalho. É fulcral citar que a versão da ferramenta utilizada foi a *Community edition*,

não sendo utilizada nenhuma outra versão específica do *software* a não ser a citada.

É válido afirmar que, por fim, que, pelo fato do teste se restringir ao ataque de uma API, as interações com a mesma foram limitadas, não existindo interfaceamento para usuários em uma aplicação real. Desta forma, manteve-se a segurança da aplicação durante o período de teste assim como dos, indiretamente envolvidos.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Com a finalização do teste de intrusão algumas vulnerabilidades foram encontradas, todas consideradas relevantes em virtude de constarem no *Open Web Application Project Application Programming Interface* (OWASP API TOP 10), citado anteriormente no presente trabalho. Valida-se, indubitavelmente, a relevância de tal projeto para testes de intrusão, uma vez que o mesmo norteia a evidenciação das vulnerabilidades presentes no projeto.

Dentre as vulnerabilidades presentes na API, cita-se a Broken Object Level Authorization (*BOLA*). Conseguiu-se, a partir de um login válido como usuário (comum), acessar informações sensíveis dos demais usuários, como a matrícula funcional e o e-mail institucional.

Além desta, verificou-se, também, a presença da vulnerabilidade de Unrestricted Resource Consumption, a qual se concretizou durante o teste de rate limit, ou seja, averiguou-se que o serviço não limitava o envio das requisições, sendo possível, mas não explorado, realização de ataques de DDoS (Distributed-Denial-of-Service), o que quebrou um dos três princípios da Segurança da Informação, o da Disponibilidade (Baars, 2018).

Após a conclusão efetiva de todos os testes de intrusão na API local, criou-se um relatório específico, portanto direcionado, para a área responsável que providenciou, utilizando técnicas de desenvolvimento seguro de software, a correção das vulnerabilidades.

Em uma segunda rodada de testes verificou-se que as medidas adotadas foram suficientes para corrigir as vulnerabilidades encontradas durante a primeira fase do teste de intrusão.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, após a finalização do teste de intrusão, seu relacionamento com o processo de desenvolvimento seguro foi feito e implementado, ou seja, todas as medidas cautelares e corretivas foram tomadas. Assim, o Teste de Intrusão contribui diretamente como ciclo de desenvolvimento seguro, tornando todo o processo de desenvolvimento de software robusto e seguro contra ameaças cibernéticas.

Foi possível constatar que a inclusão de atividades de Pentest nas fases finais de teste de sistemas agrega um enorme benefício ao processo, pois evita que um aplicativo vulnerável seja disponibilizado e, em última análise, minimiza a probabilidade de que ocorram vazamento de dados sensíveis e de todos os prejuízos materiais e à reputação das instituições acarretados por tais eventos.

Importante destacar que os resultados esperados foram alcançados, evidenciando que a inclusão do teste de intrusão no ciclo de desenvolvimento seguro de software desempenhou um papel fundamental no êxito da implementação da API. A integração do teste de intrusão não apenas fortaleceu a segurança do software, mas também desempenhou um papel essencial no alcance dos objetivos propostos para o desenvolvimento da API.

Outrossim, é de fulcral importância evidenciar que o estudo contribui de forma significativa para a comunidade científica, comprovando os benefícios dos testes de intrusão periódicos no contexto do desenvolvimento seguro de software, uma vez que adiciona camadas de segurança digital e melhora, indubitavelmente, os testes de software. Ademais, o presente estudo contribui conhecimento à comunidade científica, preenchendo uma lacuna significativa em pesquisas relacionadas aos testes de intrusão e sua interação direta com o ciclo de desenvolvimento seguro de software.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. **Redes de Computadores e a Internet: Uma Abordagem Top-Down**. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. ABNT NBR ISO 31000, 2009. **Gestão de riscos: princípios e diretrizes**. Rio de Janeiro, 2009

MORENO, Daniel. **Introdução ao Pentest**. Santa Terezinha: Novatec, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

MEUCCI, M. **The OWASP Testing Guide v3**. OWASP Foundation. 16, dezembro, 2008. acesso em 16 nov. 2023. Disponível em: https://www.owasp.org/images/5/56/OWASP_Testing_Guide_v3.pdf

HERZOG, P. **Osstmm 2.2-open source security testing methodology manual**. Open source document, www.isecom.org/osstmm, 2006

AON PLC. **Cyber Risk Report 1**. [S.l.], 2021. Disponível em: www.aon.com. Acesso em: 20 nov. 2023.

BAARS, Hans, *et al.* **Fundamentos de Segurança da Informação**: Com base na ISO 27001 e na ISO 27002. 1a. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

SOMMERVILLE, Ian. **Engenharia de Software**. São Paulo: Pearson, 1998.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO RESPECTIVOS AOS DANOS CAUSADOS AOS TITULARES À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Vanessa Kathenin do Nascimento Felix

RESUMO: : O presente artigo trata sobre a responsabilidade civil do Estado em razão dos danos causados aos titulares à luz da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, em decorrência dos casos de violação da Lei 13.709/2018. Este estudo teve como questionamento de pesquisa: quais são as formas de responsabilidade civil do Estado em decorrência dos danos causados relacionados a LGPD? Diante desse problema, surgiu o seguinte objetivo geral: analisar as espécies de responsabilidade civil aplicadas ao Estado em detrimento da LGPD. Sendo os objetivos específicos: estudar a Lei Geral de Proteção de Dados, em seus aspectos gerais; e compreender a aplicação da LGPD e das espécies de responsabilidade civil no Estado, em razão da competência da Justiça Federal. Para a consecução de tal escopo, utilizou-se como procedimento metodológico, a pesquisa exploratória bibliográfica, como forma de embasamento em suas teorias e hipóteses. Como principal resultado da pesquisa, pôde-se observar que a responsabilidade civil do Estado à luz da LGPD deve se mantêm em sua própria regra objetiva, em razão principal da Teoria do Risco Administrativo, ainda que não haja uma pacificação atual sobre o tema, trazendo uma maior segurança jurídica e rumos de aplicação mais efetivos.

Palavras-chave: LGPD. Responsabilidade Civil. Estado.

ABSTRACT: This article deals with the State's civil liability due to damages caused to data subjects in light of the General Data Protection Law – LGPD, as a result of cases of violation of Law 13,709/2018. This study had the following research question: what are the forms of civil liability of the State as a result of damages caused related to LGPD? Faced with this problem, the following general objective emerged: to analyze the types of civil liability applied to the State to the detriment of the LGPD. The specific objectives are: to study the General Data Protection Law, in its general aspects; and understand the application of the LGPD and types of civil liability in the State, due to the jurisdiction of the Federal Court. To achieve this scope, exploratory bibliographic research was used as a methodological procedure, as a form of support for its theories and hypotheses. As the main result of the research, it was observed that the State's civil liability in light of the LGPD must remain in its own objective rule, mainly due to the Administrative Risk Theory, even if there is no current pacification on the subject, bringing greater legal certainty and more effective application paths.

Keywords: LGPD. Civil responsibility. State.

¹Advogada e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidad de la Integración de las Américas (UNIDA).

1 Introdução

A partir do início da Quarta Revolução Industrial a forma de comunicação e conexão entre tudo e todos mostrou um grande avanço e evolução, baseados na tecnologia, inteligência artificial, nanotecnologia, internet das coisas e tantos outros exemplos.

Ocorre que, a presente revolução trouxe ainda mais força para fenômenos como o *Big Data* e o *Datafication*. Conforme dispõe Botelho (2020, p. 206), o *Big Data* “consiste na possibilidade de obtenção de novas informações a partir da manipulação de um grande volume de dados, gerando ideias possuidoras de utilidade, além de agregar valor significativo a bens e serviços”, desse modo, em razão da obtenção de intensos volumes de dados, se torna possível a extração de diversas informações. Com relação ao *Datafication*, afirma Amaral (2016, p. 9) que se trata de um “registro eletrônico de um fenômeno qualquer”, com isso, percebe-se que ambos os fenômenos apresentam uma conexão e um grande impacto no registro e tratamento de informações pessoais.

Em razão do impacto da Quarta Revolução e dos fenômenos citados acima, iniciou-se uma intensa preocupação com relação aos dados pessoais no contexto europeu, o que desencadeou a criação da General Data Protection Regulation (GDPR).

A GDPR serviu como base e inspiração para diversas legislações globais relacionais à proteção de dados e no Brasil não foi diferente, uma vez que, inspirou a criação da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados.

Promulgada em 2018, a LGPD até os momentos atuais, traz em seu bojo um grande debate respectivo à responsabilidade civil em razão dos danos causados aos titulares, tanto em razão dos próprios agentes de tratamento especificados na lei, como também nos casos do Direito Público, a exemplo do Estado.

Dessa forma, surge como questionamento: quais são as formas de responsabilidade civil do Estado em decorrência dos danos causados relacionados a LGPD? Objetivando o estudo das espécies de responsabilidade civil aplicadas ao Estado em detrimento da LGPD. Com isso, o presente artigo se subdivide em duas seções, a primeira abordando os aspectos gerais da LGPD; e a segunda, trazendo a

¹Advogada e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidad de la Integración de las Américas (UNIDA).

aplicação da LGPD e das espécies de responsabilidade civil no Estado, em razão da competência da Justiça Federal.

2 Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A LGPD foi criada no ano de 2018, fortemente influenciada pela legislação europeia – GDPR, sendo um importante símbolo de proteção, segurança e garantia dos dados pessoais no país. A própria Lei 13.709/2018, em seu artigo 1º dispõe que:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

Desse modo, a própria LGPD traz em seu bojo o caráter protecionista com relação aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, assim como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito ao alcance da aplicação da presente lei, uma vez que tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas de direito público ou privado, devem cumprir e seguir os ditames estabelecidos por ela. Nessa perspectiva de proteção, se faz necessário compreender as espécies de dados que a legislação protege e defini, como pode ser observado a seguir.

2.1 Espécies de dados

A LGPD traz consigo três espécies de dados, sendo eles: pessoais, sensíveis e anonimizados. O art. 5º, I, da Lei 13.709/2018, conceitua dados pessoais, como toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (Brasil, 2018). Portanto, são todos aqueles que juntos podem criar uma oportunidade para identificar diretamente o titular.

A segunda espécie de dados são os sensíveis, os quais correspondem aqueles que possuem origem racial, étnica, religiosa, política, sindical, filosófica, assim como os dados relacionados à saúde, genética e biomedicina.

A última espécie de dados, denomina-se como anonimizado, no qual diz respeito aos dados pertencentes a um titular que não pode ser identificado, em razão do uso de técnicas razoáveis e disponíveis. Logo, perfaz os dados que passaram por um processo de anonimização completo, não sendo mais capaz a identificação individual do titular.

Por fim, se faz necessário a compreensão das atividades que cercam o tratamento de dados, conforme pode-se observar a seguir.

2.2 Tratamento de dados

Outro conceito importante presente na LGPD, diz respeito ao tratamento, o qual encontra-se previsto no art. 5º, X:

Art. 5º, X: tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (Brasil, 2018).

Isto posto, o tratamento abrange os dados desde sua coleta até a sua eliminação. Com isso, a análise do alcance do presente conceito é muito importante, visto que, todos os verbos elencados para o tratamento devem ser protegidos (Maldonado; Blum, 2021). Destaca-se, por fim, que para se enquadrar no tratamento, não é necessário a combinação de mais de uma atividade, bastando a realização de apenas uma.

Ainda no contexto do estudo dos aspectos gerais da LGPD, se faz necessário a compreensão dos sujeitos envolvidos no tratamento e na proteção de dados, como clarifica-se a seguir.

2.3 Sujeitos da LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe de quatro sujeitos distintos, sendo eles: titular, controlador, operador e encarregado. O titular é toda pessoa natural, com natureza física, identificada ou capaz de ser identificável, perfazendo o núcleo

central de proteção (Maldonado e Blum, 2021), logo, se mostra o principal alvo dos objetivos constantes no art. 1º da LGPD.

Com relação ao controlador, a legislação estipula que pode ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica, de direito público ou privado, a quem recai todas as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

No tocante à conceituação do operador, o mesmo pode ser tanto uma pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado que exerce o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Por fim, tem-se a figura do encarregado, o qual trata de uma pessoa apontada pelo controlador e operador a fim de atuar como meio de comunicação entre os demais agentes, os titulares e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Iniciar-se-á no presente a compreensão dos aspectos ligados à responsabilidade civil do Estado à luz da LGPD, em suas nuances e debates.

3 Responsabilidade civil do Estado respectivos aos danos causados aos titulares

Primeiramente, deve-se lembrar que o Estado faz a gestão de uma quantidade massiva de dados pessoais e sensíveis (Tasso, 2020 *apud* Maldonado; Blum, 2021), de modo que, uma vez que exista um tratamento não padronizado, poderia implicar na violação de direitos e garantias dos titulares.

Assim como, conforme disposto no art. 23 da Lei 13.709/2018, o tratamento de dados pessoais relativos a pessoa jurídica de Direito Público aplica-se tanto para a Administração Direta, como também para a Administração Indireta.

Além disso, outro aspecto a ser observado, diz respeito a existência de uma grande assimetria entre os titulares de dados e o Estado, o que prevalece ainda mais a necessidade de proteção e do cumprimento do princípio da transparência, no qual o agente deve prestar as informações claras, precisas e de fácil acesso sobre a realização do tratamento (Maciel, 2019).

O Estado ao realizar o tratamento de dados, deve ainda cumprir o princípio da impessoalidade, o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da legalidade, bem como o princípio da transparência já mencionado anteriormente.

Adentrar-se-á no presente momento a compreensão dos aspectos gerais da responsabilidade civil.

3.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

Primeiramente, se faz necessário a compreensão do conceito de responsabilidade civil, que para Gonçalves (2020) nada mais é do que o sentido de restauração do equilíbrio que antes havia, por meio de uma contraprestação e/ou reparação. Logo, entende-se que o conceito de responsabilidade finca-se no aspecto de reparação de um dano.

Com relação aos pressupostos gerais da responsabilidade, de acordo com a doutrina majoritária, a mesma se subdivide em três pressupostos, sendo eles: conduta humana, dano e nexos de causalidade.

A conduta humana é a expressão da vontade, a qual pode ser demonstrada por meio de uma ação positiva ou omissiva. Nas palavras de Stolze e Pamplona Filho (2021), a ação positiva diz respeito à prática de um comportamento ativo, enquanto na ação omissiva, pode ser compreendida como um não fazer ou agir. Afirma ainda Diniz (2007) que tanto para a ação positiva como para a omissiva, deve existir uma voluntariedade em fazer ou deixar de fazer.

O segundo pressuposto diz respeito ao dano, que conforme Cavalieri Filho (1999, p.71) perfaz “uma lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral”. Desse modo, não há como falar em indenização caso não haja o dano, uma vez que, existindo reparação sem danos, geraria a parte um enriquecimento ilícito.

Por fim, clarifica-se que o dano pode ser patrimonial ou moral. O dano patrimonial que serve como tradução da lesão causadas aos bens e direitos que podem ser economicamente medidos (Stolze; Pamplona Filho, 2021); e o dano moral são aqueles que atingem a esfera subjetiva, o lado mais íntimo do ser ou até mesmo o próprio valor dados pela pessoa (Bittar, 2015).

O último pressuposto diz respeito ao nexos de causalidade, que nas palavras de Diniz (2007, p. 129), “o fato lesivo deve ser oriundo diretamente da ação ou como consequência previsível, podendo ser direto ou indireto, sendo este um efeito necessário da ação do ofensor”, uma vez que entre a conduta humana e o dano, deve existir uma linha conectiva.

Com relação às espécies de responsabilidade civil, segundo parte majoritária da doutrina, podem ser classificadas em duas: subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre do ato culposo ou doloso do

agente e necessita de comprovação da vítima para que recaia a obrigação de indenizar, podendo ser gerada em decorrência de negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, surgiu devido à necessidade da sociedade em ampliar o sentido da culpa. Essa teoria é fundada no exercício de uma atividade, dessarte, quem a exerce deve responder pelos danos que causar (VENOSA, 2011).

Concluídos as compreensões acerca da responsabilidade civil, iniciar-se-á os estudos sobre a responsabilidade civil do Estado e a Teoria do Risco Administrativo.

3.2 Responsabilidade civil do Estado e a Teoria do Risco Administrativo

A responsabilidade civil do Estado se mostra como uma importante proteção em defesa do indivíduo em detrimento do Poder Público, em razão disso, consagrou-se no país a aplicação da responsabilidade civil objetiva (Carvalho Filho, 2020), bastando para tanto, a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Ainda no sentido do grande poder que cerca o Estado, começou-se a ser defendido que o Estado deveria arcar com o risco natural do seu exercício, surgindo assim a Teoria do Risco Administrativo, basilar da própria responsabilidade civil objetiva do Estado. Dispõe o art. 37, §6º da Constituição Federal:

Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

Logo, uma vez que o dano ocorre, o mesmo precisa ser reparado, independentemente da análise de dolo ou culpa. Conforme Meirelles (2016), para a Teoria do Risco Administrativo, ocorrendo a conduta/serviço que ocasione um dano, haverá imposição ao Estado em reparar.

Concluídos as compreensões acerca da responsabilidade civil, iniciar-se-á os estudos sobre a responsabilidade civil do Estado e a Teoria do Risco Administrativo.

3.3 Espécies de responsabilidade civil aplicadas ao Estado à luz da LGPD

A LGPD dispõe acerca da responsabilidade civil dos controladores e dos operadores nos artigos 42 a 45. Dispondo o caput do art. 42 da Lei 13.709/2018 o seguinte:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo (Brasil, 2018).

Desse modo, resta claro que a LGPD não traz expressamente a aplicação dos seus ditames na seara da responsabilidade civil do Estado, contudo, conforme já exposto, existe uma grande centralização do poder e dos dados pessoais nas mãos do Estado, com isso, não há razão para se excluir a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil ao Estado, caso gere danos.

O artigo legal acima mencionado deixa claro que todo e qualquer controlador ou operador que cause danos, deve repará-lo, não abrindo brechas ou exceções para a exclusão do Estado (Burim, 2022). Contudo, uma vez compreendida a aplicação da responsabilidade, novos debates incidem sobre a espécie de responsabilidade civil a ser aplicada ao Estado.

Atualmente, a doutrina majoritária tem seguido os ditames da responsabilidade civil subjetiva como regra geral da LGPD (Bruno, 2020 *apud* Maldonado; Blum, 2021), aplicando-se à luz da Lei 13.709/2019, a responsabilidade civil objetiva de modo excepcional.

Contudo, conforme já relatado no presente artigo, ao Estado aplica-se a Teoria do Risco Administrativo, logo, para manter a presente objetividade da responsabilidade do Estado, o mesmo estaria enquadrado na exceção da LGPD.

Além disso, sabe-se que a Teoria do Risco Administrativo “permite ao Estado que afaste sua responsabilidade civil se comprovar que o dano foi causado por terceiro, que ocorreu caso fortuito ou de força maior ou que houve culpa exclusiva da vítima” (Burim, 2022, p. 56). Com isso, existe a possibilidade de aplicação do art. 43 e seus incisos ao Estado, veja-se:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:
I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro (Brasil, 2018).

Por meio da simples leitura do presente artigo acima citado, compreenderia ser possível a aplicação de todas as causas de exclusão de responsabilidade ao Estado. Contudo, Simões (2021 *apud* Burim, 2022) afirma que, a excludente constante no inciso II do art. 43 da LGPD não pode ser aplicada, visto que em razão da responsabilidade civil objetiva estatal, uma vez ocorrendo o dano, haverá responsabilização, independentemente de ter agido dentro dos ditames legais ou não.

Por fim, relembra-se que para a ocorrência de uma irregularidade contra os titulares de dados, basta o Estado agir de modo irregular a respeito de alguma das atividades estipuladas no art. 5º, X da LGPD, conforme abordado anteriormente no presente artigo.

4 Metodologia

O presente artigo utilizou-se como procedimento metodológico a pesquisa exploratória bibliográfica, como método de embasamento das teorias e conceitos.

Em consequência, o trabalho exposto se utilizou dos dados fornecidos pela bibliografia acerca dos conceitos de responsabilidade civil, Lei Geral de Proteção de Dados e responsabilidade civil do Estado, para construir uma análise acerca das espécies de responsabilidade civil aplicadas ao Estado em detrimento da LGPD.

Consoante Severino a pesquisa bibliográfica:

É aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc. Utiliza-se de dados ou de categorias teóricas já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir das contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos (Severino, 2016, p. 131).

A pesquisa ainda fez uso de diversos livros, artigos científicos, monografias, revistas, etc., buscando-se realizar a elaboração de um artigo solidificado e conceituado.

A outra metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, conceituada por Gil como um tipo de pesquisa que possui como objetivo:

Proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado (Gil, 2019, p. 42).

Desse modo, usou-se inúmeros aspectos relacionados à responsabilidade civil, doutrinadores com pontos de vistas diferentes a fim de estudar a Lei Geral de Proteção de Dados e compreender os aspectos gerais da responsabilidade civil e sua aplicação ao Estado à luz da LGPD. Com isso, os objetivos apresentados conseguiram ser conquistados com os tipos de pesquisa mencionados.

5 Considerações finais

Esta pesquisa teve como questionamento: quais são as formas de responsabilidade civil do Estado em decorrência dos danos causados relacionados a LGPD? Desta feita, o presente artigo científico apresenta como resultado à problemática citada que a responsabilidade civil do Estado à luz da LGPD deve se manter em sua própria regra objetiva, em razão principal da Teoria do Risco Administrativo.

Entretanto, mesmo em concordância com a manutenção da responsabilidade objetiva do Estado em frente aos danos causados à luz da LGPD, sabe-se que, o presente entendimento ainda não é pacífico, o que tem gerado grandes debates.

Outrora, visto que o Estado detém em seu poder uma grande e massiva quantidade de dados pessoais dos titulares/cidadãos, seguir a linha objetiva, ensejaria no caminho de maior proteção, mesmo que doutrinariamente prossiga no caminho da responsabilidade subjetiva aos demais casos aplicados a LGPD.

Além disso, não se faz possível a aplicação da excludente de tratamento dos dados e não violação da LGPD, previsto no inciso II do art. 43 da Lei 13.709/2018, visto que, seguindo a regra da Teoria do Risco Administrativo, uma vez que o Estado cause um dano ao titular, deverá repará-lo, não importando se houve o cumprimento da legislação ou não.

Desse modo, embora existam vulnerabilidades e desequilíbrios na relação entre o Estado e o titulares, e que possa ser difícil implementar como regra geral a responsabilidade civil objetiva, o Estado no momento em que causar danos, deve arcar com eles, o que não somente traz uma maior segurança aos titulares, como também incentiva as autoridades a um tratamento mais entusiástico da LGPD.

Por todo o exposto, é possível galgar uma maior pacificação com relação ao tema central, perfazendo uma maior segurança jurídica aos titulares, aos profissionais do direito, ao Estado e também à Justiça Federal, em sua aplicação aos casos concretos e lides judiciais.

Logo, se faz necessário um maior afincamento nos debates sobre todas as repercussões que cercam o tema, podendo ser realizado através de palestras, seminários, congressos, livros e publicações sobre o tema, todas essas medidas visando perquirir uma maior segurança jurídica aos controladores e operadores de dados, a exemplo do Estado.

Desta feita, nota-se a relevância temática para os estudantes de Direito, operadores, Justiça Federal e titulares de dados, tendo em vista que, é de suma importância a compreensão e adequação da responsabilidade civil aos danos causados pelo Estado.

6 Referências

AMARAL, Fernando. **Introdução à ciência de dados**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. (eBook). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502223233/recent>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*. São Paulo, v.8, n.2, 197-231p, jun./2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.08.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018 (**Lei Geral de Proteção de Dados**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BURIM, Pedro César Soares de Macedo. **Responsabilidade civil do Estado por danos causados ao titular de dados pessoais segundo a LGPD**. 2022. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/items/27433a8d-6a22-46ee-8543-52550414e967>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/pageid/3>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018)**. Goiânia: Rm Digital Educations, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. LGPD: **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/188730949/v3/page/1>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2016.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555593624>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

DECISÕES JUDICIAIS

DECISÃO

Ementa: Ação civil pública cível. Dano ambiental, Direitos indígenas, Recursos hídricos. Pedido para impor-se A obrigação de tornar público e acessível em sistema de Informações na interne., Princípio da informação e da transparência no licenciamento ambiental. indevida Pretensão de o poder Judiciário modificar os trabalhos administrativos sem que uma ilegalidade tenha sido assertivamente alegada e provada. Saneamento do feito para reconhecer dois fatos controvertidos: Se o Hidrograma provisório deve retornar a ser operado ou não e sobre o dever das consultas prévias convenção 169 Daoit.

Processo n.º 1000684-33.2021.4.01.3903

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas da Cruz

DECISÃO**DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO 03 (art. 356 do CPC)**

“O ônus de afirmar antecede o de provar, uma vez que o objeto do conhecimento do juiz é composto pelas afirmações das partes, e sem que haja estas não haveria sequer o que provar.”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II, p. 296)

É lógico que primeiro se escreve as alegações de fatos jurídicos que geram a procedência do pedido. Depois, se diz onde estão as provas dessas alegações. Portanto, são dois ônus direcionados à parte autora: ônus da alegação e ônus da prova. O primeiro ônus é o de maior peso, porque só demanda adequadamente quem fundamenta o pedido também de modo adequado. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3ed.

São Paulo: Malheiros, 2000, tomo II, n. 491).

Não é à toa que a petição inicial é o projeto da sentença que o autor pretende receber, motivo pelo qual ela deve ter necessariamente a mesma coerência lógica da sentença. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1979, vol. III).

A atividade jurisdicional também inicia pelas alegações de fatos. Primeiro a/o magistrada/o decide se as alegações de fatos geram, em tese, a procedência do pedido. Se não gerarem, o caso é de improcedência -- afinal de contas, é inútil provar uma alegação de fato que já se sabe que ela não gera a procedência do pedido. Todavia, se elas gerarem a procedência do pedido, analisa-se se elas estão provadas.

Pensar em sentido contrário viola a essencialidade do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia para a Justiça e os princípios da imparcialidade e da paridade de armas, pois a/o magistrada/o, em vez de julgar as alegações de fatos

provadas pelas partes, passaria a envidar esforços para procurar no conjunto probatório alguma prova em favor do pedido, independentemente da abstração e generalidade das alegações da causa de pedir.

Eis o pedido 03:

3 – Seja garantido o princípio da informação e da transparência no licenciamento ambiental, impondo-se a obrigação de tornar público e acessível em sistema de informações na internet:

1. todas as reuniões realizadas entre a Norte Energia S/A, seus prepostos ou equipes contratadas (pessoas físicas ou jurídicas) e o IBAMA, as quais deverão ser gravadas ou, em caso de impossibilidade técnica comprovada, registradas em atas descritivas dos temas discutidos, dos argumentos apresentados e das conclusões eventualmente obtidas;

3.2. Os relatórios de monitoramento ambiental e os referentes à implementação das medidas previstas no licenciamento como medidas mitigadoras ou compensatórias

3.3 Diariamente, os dados referentes à cota e à vazão defluente total da Barragem do Pimental, os quais deverão ser disponibilizados em base horária, no decorrer do dia, tão logo seja concluída a sua integralização horária, na hora seguinte ao registro do dado;

Esse pedido revela indevida pretensão de o Poder Judiciário modificar os trabalhos administrativos sem que uma ilegalidade tenha sido assertivamente alegada e provada.

Apesar do alargamento que se deve dar à abrangência do princípio da prevenção e da precaução, esses princípios, por si sós, não geram o acolhimento de todo pedido. O que a parte autora, nesse ponto, deveria ter feito era explicar e

provar quais os negativos impactos ambientais e sociais estão sendo **diretamente** gerados na Volta Grande do Xingu em razão da não adoção das providências postuladas no pedido 03, em vez de apenas ter trazido uma petição inicial de 220 páginas que praticamente serve para qualquer ação que envolve a UHE Belo Monte.

Posto isso, julgo improcedente o pedido 03.

DO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO (art. 357 do CPC)

Das questões processuais pendentes

1. das medidas mitigatórias e compensatórias do TCA

Eis o CPC:

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

Estava "em vigor" o Hidrograma provisório. Com a entrada "em vigor" do Hidrograma de Consenso, foram estabelecidas medidas mitigatórias e compensatórias adicionais por meio de Termo de Compromisso Ambiental (TCA). Portanto, a razão de existir das medidas do TCA é a entrada "em vigor" do Hidrograma de Consenso.

Um pretensão é afastar o Hidrograma de Consenso, mas manter as medidas do TCA.

Logo, não há compatibilidade entre esses dois pedidos, razão pela qual ficam afastadas as pretensões que gravitam em torno da manutenção das medidas mitigatórias e compensatórias do TCA.

Diante desse quadro, o pedido "6.2" (implantação do programa Projeto Experimental de Biotecnologia Aplicada à Reprodução de Peixes Nativos na Volta Grande do Xingu), que é uma das medidas do TCA, perde o objeto.

Pela mesma razão, perde objeto a preliminar de falta de interesse processual da pretensão de condenar a parte ré a cumprir integralmente do TCA (item II.3 da contestação).

2.da preliminar de pedido incerto e indeterminado

Eis o CPC:

Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:

II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;

Portanto, é lícito formular pedido genérico, quando for impossível sua determinabilidade.

Eis a cláusula 1.2 do TCA: "Até 31 de dezembro de 2021, serão apresentados ao IBAMA estudos complementares quanto à vazão e qualidade ambiental do TVR do Rio Xingu, para posterior avaliação do órgão ambiental federal." (doc. 487818462, p. 02).

Não se sabe ao certo qual é a correta vazão reduzida da Volta Grande do Xingu. Tanto que, quando da entrada "em vigor" o Hidrograma de Consenso (com as referidas medidas TCA), foi estabelecida a necessidade de estudos complementares.

Por conseguinte, o pedido é indeterminado, e isso é permitido pelo CPC, porque não há estudos conclusivos sobre a vazão reduzida da Volta Grande do Xingu. Rejeito, pois, a preliminar.

3. da burla de decisão proferida nos autos da SLAT 0022487-47.2010.4.01.0000

Essa preliminar já foi rejeitada pela decisão doc. 556007864, motivo pelo qual, com base no art. 505 do CPC, não a conheço.

4. das preliminares do Ibama

A pretensão de a petição inicial ser emendada perde objeto, tendo em vista o saneamento do feito que ora se promove.

Os alegados danos são afetos à Volta Grande do Xingu, região que não abarca outros Municípios além daqueles que compõem a jurisdição da Subseção Judiciária de Altamira- PA. Portanto, com base no art. 2º da Lei 7.347/1985, rejeito a preliminar de incompetência

Da delimitação do mérito

A pretensão principal é, em suma, retornar o Hidrograma Provisório com a manutenção das medidas do TCA até que o Ibama conclua quais as vazões do ponto de vista ambiental e social são seguras para na Volta Grande do Xingu.

Em razão da preliminar acima acolhida, as pretensões que gravitam em torno da manutenção das medidas mitigatórias e compensatórias do TCA não serão julgadas, motivo pelo qual a pretensão principal a ser julgada é se o Hidrograma Provisório deve retornar a ser operado ou não (outra pretensão a ser decidida gravita em torno da consulta prévia -- pedido 2)

O pedido de tutela de urgência foi deferido. Todavia, o TRF-1 deferiu o pedido encartado na SLAT 1024046-36.2021.4.01.0000 (doc. 651472976): suspensão da

decisão liminar até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida na ação principal. Em português simples (Recomendação 144 do CNJ), nenhuma decisão ou sentença proferida por este Juízo Federal de Altamira-PA favorável à parte autora terá alguma eficácia antes do trânsito em julgado, salvo se o que foi decidido na SLAT 1024046-36.2021.4.01.0000 for modificado.

O mérito é complexo, notadamente, porque os fatos vão se sobrepondo ao longo do tempo, é peculiarmente sensível – “se trata de processo relacionado à Medida Cautelar nº 382/10 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso dos Povos Indígenas da Bacia do Rio Xingu” (doc. 1866447186) –, os autos já contam com 10.687 páginas, e eu assumi a jurisdição desta Subseção na última sexta-feira, 27/10/2023 (Ato Presi 1823/2023).

Um resumo fático a partir do doc. 487818462 (TCA), assinado pelo Ibama e pela Norte Energia S/A, facilita a compreensão do que está ocorrendo:

- a) Ohidrograma de consenso foi previsto na Licença Prévia e na Licença de Operação, sendo **dever** da Norte Energia “realizar os testes previstos para a implementação do Hidrograma de Consenso, com duração mínima de 6 (seis) anos a partir da instalação da plena capacidade de geração na casa de força principal, associado aos resultados do Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu” (**considerando 4**).
- b) Em 2019, o Ibama determinou a elaboração pela Norte Energia de 3 estudos complementares para o TVR: (i) de sensoriamento remoto orbital; (ii) de modelagem hidrodinâmica bidimensional; (iii) do componente biótico (**considerando 8**).
- c) Em 23 de abril de 2020, o Ibama determinou a aplicação de um hidrograma provisório no ano de 2020. Ele continuou sendo aplicado em 01/2021 e de 01 a 07/02/2021, “uma vez que as medidas mitigantes e compensatórias necessárias a eventual decisão para autorizar o hidrograma B **não haviam sido analisadas** em sua totalidade”.

d) Em 08/02/2021, mesmo sem os estudos terem sido finalizados, o Ibama autorizou a operação do Hidrograma de Consenso. Como compensação a essa conduta, foram estabelecidas medidas (tidas por adicionais) de mitigação e compensação dos impactos do empreendimento para o TVR.

e) A Norte Energia S/A tinha até 31/12/2021 para apresentar “ao IBAMA estudos complementares quanto à vazão e qualidade ambiental do TVR do Rio Xingu, para posterior avaliação do órgão ambiental federal.” **(cláusula 1.2).**

f) Há um Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu (PGIVGX) como medida de monitoramento/controle e mitigação dos impactos relativos à operação do reservatório, em especial, no trecho de vazão reduzida – TVR, considerando os testes previstos para a implementação do chamado “Hidrograma de Consenso” **(considerando 5).**

g) O Ibama e a Norte Energia já previram a possibilidade de o Hidrograma de Consenso gerar impactos quantitativa ou qualitativamente novos ou superiores àqueles aferidos até então no âmbito do licenciamento **(cláusula 1.3).**

Da distribuição do ônus da prova

Eis o art. 373, § 1º, do CPC: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à **maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”.

No presente caso, a parte autora está munida de estudos, próprio (doc. 484844944) e do Ibama (doc. 484896892), no sentido de ser possível que o Hidrograma de Consenso cause “piora drástica nas condições ambientais e de modo de vida na Volta Grande do Xingu no caso de sua implantação.” (isso foi o próprio Ibama quem concluiu). Portanto, não se trata de uma aventura jurídica abstrata e genérica desacompanhada de embasamento técnico.

Por outro lado, a capacidade técnico-financeira da Norte Energia S/A, do Ibama e da União são imensamente superiores às do MPF, da DPU e das associações de populações indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu que integram o polo passivo.

Ademais, conforme os aspectos fáticos acima descritos, a solução da controvérsia passa pela prova do cumprimento (ou não) dos deveres impostos pelo Ibama à Norte Energia S/A e dos deveres do Ibama como órgão executor do Sisnama (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981).

Diante desse quadro, cabe à Norte Energia S/A, ao Ibama e à União provarem que a operação do Hidrograma de Consenso não trouxe piora nos meios ambiente e social da Volta Grande do Xingu.

O Superior Tribunal de Justiça pensa da mesma forma: **O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.** (ementa do REsp 1.060.753/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 14/12/2009.)

E não se diga que se trata de pensamento desatualizado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL E MORAL. DANO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE ÓLEO. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. 1. **O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, em consequência, aos moradores da região.** 2. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 2.220.938/ES, relator

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4/9/2023, DJe de 12/9/2023.)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. ARTS. 6º VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. ART.373,§1º,DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. 1. Cuida-se de inconformismo com acórdão do Tribunal de origem que aplicou a inversão do ônus da prova no que se refere ao dano ambiental. 2. **Como corolário do princípio in dubio pro natura, “justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art.6º, VIII, da Lei8.078/1990c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).** 3. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo. Precedentes do STJ. 4. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com a jurisprudência do STJ, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ. No mais, incide na hipótese a Súmula 7 do STJ. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido

parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp n. 1.720.576/RO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 16/9/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO AMBIENTAL. CUSTEIO DA PROVA PERICIAL, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO ALEGADO E NEXO DE CAUSALIDADE. MATÉRIAS NÃO PREQUESTIONADAS. SÚMULAS 282 E 356/STF. **DANO AMBIENTAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. PRECEDENTE. SÚMULA 83/STJ.** RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRECEITO CONSTITUCIONAL NÃO IMPUGNADO POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRgnoAREspn. 176.047/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 5/2/2015, DJe de 18/2/2015.)

Posto isso, a parte ré deverá trazer as respostas das seguintes perguntas (é ônus da parte ré apontar precisamente onde está o suporte probatório de cada resposta):

- 1. Onde está a prova de que os testes do considerando 04 (letra a) foram realizados? Qual o resultado? Se não foram realizados, qual foi o motivo?**
- 2. Onde está a prova de que a Norte Energia apresentou os estudos do considerando 8 (letra b) e os estudos complementares quanto à vazão e qualidade ambiental do TVR do Rio Xingu (cláusula 1.2 do TCA – letra e)? Se não apresentou, qual o motivo de não ter apresentado?**
- 3. Se as obrigações dos itens 1 e 2 acima não foram cumpridas, qual foi o comportamento do Ibama e da União no sentido de forçar o cumprimento das referidas obrigações?**

4. Se não tiver sido tomada qualquer atitude, qual o motivo desse comportamento? Por que esse comportamento tem suporte no ordenamento jurídico?

5. Diante do considerando 05 (letra f) e da cláusula 1.3 (letra g), qual era a situação socioambiental do TVR durante o hidrograma provisório (até antes de 08/02/2021)? Qual a atual situação socioambiental do TVR com a operação do Hidrograma de Consenso? A “desativação” do hidrograma provisório e a entrada em operação do Hidrograma de Consenso piorou, melhorou o manteve inalterada a situação socioambiental do TVR?

6. Qual é o Hidrograma que está “em vigor”?

Quanto às consultas prévias, a norma é abrangente e deve ser assim interpretada, já que o vetor subjacente é proteger o meio ambiente e as populações indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu. Logo, quem quer restringir seu alcance é quem tem o ônus de argumentar e provar a juridicidade dessa pretensão.

7. Por que razão jurídica as populações indígenas e tradicionais da Volta Grande do Xingu não deveriam ser consultadas nos termos da Convenção 169 da OIT antes de ser implementada qualquer alteração no Hidrograma que interfira no regime de vazões do Trecho de Vazão Reduzida e as afete diretamente?

Se estudos deveriam ser entregues em 2019 (letra b) e 2021 (letra e), há um Plano de Gerenciamento Integrado da Volta Grande do Xingu (letra f) e o próprio Ibama e a Norte Energia já previram a possibilidade de o Hidrograma de Consenso gerar impactos quantitativa ou qualitativamente novos ou superiores àqueles aferidos até então no âmbito do licenciamento, todos os dados referentes ao capítulo do ônus da prova já estão, logicamente, registrados e documentados. Posto isso, concedo o prazo de 30 dias para a parte ré se desincumbir do ônus que lhe foi acima atribuído.

POR TODAS ESSAS RAZÕES:

(i) **Julgo improcedente o pedido 03 (art. 487, I, do CPC) e julgo extintos sem resolução de mérito (art. 327, § 1º, I c/c art. 485, I, ambos do CPC) os pedidos “6.1”, “6.2” e “6.3”.**

(ii) **Julgo prejudicada a preliminar de falta de interesse processual.**

(iii) **Rejeito a preliminar de pedido incerto e indeterminado.**

(iv) **Não conheço da preliminar de burla de decisão proferida nos autos da SLAT 0022487-47.2010.4.01.0000.**

(v) **Rejeito as preliminares do Ibama.**

(vi) **Há duas pretensões a serem julgadas: se o Hidrograma Provisório deve retornar a ser operado ou não e sobre o dever das consultas prévias Convenção 169 da OIT.**

(vii) **Intimem-se as partes desta decisão e notadamente a parte ré para, no prazo de 30 dias, se desincumbir do ônus que lhe foi acima atribuído.**

I.

Belém, 3 de novembro de 2023.

Henrique Jorge Dantas da Cruz
Juiz Federal Substituto

DECISÃO

Ementa: Procedimento Comum Cível. Deferimento de tutela de urgência. nulidade de ato Administrativo. Obrigação de fazer. Desunitização dos contêineres de minérios. a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Indica é no sentido de não haver relação de acessoriedade entre o contêiner e as mercadorias nele armazenadas/transportadas para fins de pena de perdimento.

Processo nº 1053169-48.2023.4.01.3900

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas Da Cruz

-- “O juiz deve procurar entender a norma em todo o seu significado, não só em conexão com o ordenamento inteiro e suprindo as eventuais lacunas da lei, mas também inserindo a própria norma no contexto de uma realidade social” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 20.)

-- “Os municípios localizados no estado do Pará são os que concentram maiores números de ações ajuizadas, seguindo a coerência dos demais dados já apresentados. O Pará é o estado com maior número de conflitos socioambientais, maior incremento de desmatamento, além de ter o maior número de infrações ambientais.”. (**Judicialização de conflitos socioambientais na Amazônia** : impactos de projetos de desenvolvimento/Conselho Nacional de Justiça; Fundação Getúlio Vargas. – Brasília: CNJ, 2023, p. 66)

DECISÃO

Uma grande quantidade de minérios foi apreendida pela Receita Federal do Brasil – RFB em virtude de sua origem não ter sido comprovada. A pretensão da parte é liberar essa mercadoria ou, pelo menos, liberar os contêineres nos quais elas estão armazenadas.

Essa decisão tem 03 capítulos: **a)** a situação alarmante da devastação do meio ambiente no estado do Pará; **b)** a robustez do trabalho desenvolvido pela Receita Federal do Brasil; **c)** a natureza acessória dos contêineres com relação aos minérios.

A - da situação alarmante da devastação do meio ambiente no estado do Pará

Na hora de proferir uma decisão, deve-se levar em conta a realidade sobre a qual seus efeitos incidirão^[1]. E a realidade, segundo os dados abaixo, é uma situação de degradação ambiental consolidada e em expansão no estado do Pará.

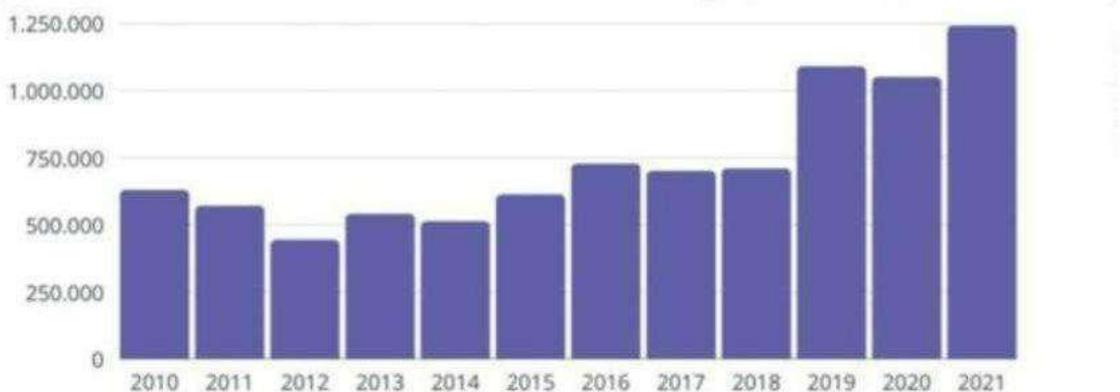
Em português simples (Recomendação 144 do CNJ), nós estamos destruindo o que ainda resta do meio ambiente, a ponto de a norma do art. 225 da Constituição da República, segundo a qual “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, passou de norma programática para uma promessa descumprida. Ou há alguém inocente ou coberto de má- fé que pense que a atividade violenta do ser humano contra o meio ambiente não tem qualquer relação com a seca na região amazônica?

O estado do Pará apresenta os piores dados segundo os resultados da pesquisa sobre os “Estudos empíricos sobre a efetividade da jurisdição na Amazônia Legal”, tema da quinta edição da série “Justiça e Pesquisa – 2022”, realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

(i) Em relação às áreas em km² desmatada nos estados do Pará, do Mato Grosso, do Amazonas e de Rondônia, foram identificados, respectivamente, os totais de 16.776, 7.121, 6.193 e 5.568 km² de áreas desmatadas nos anos de 2018 a 2021. Com esses números, o estado do Pará lidera o ranking de desmatamento nesse período em toda a Amazônia Legal.

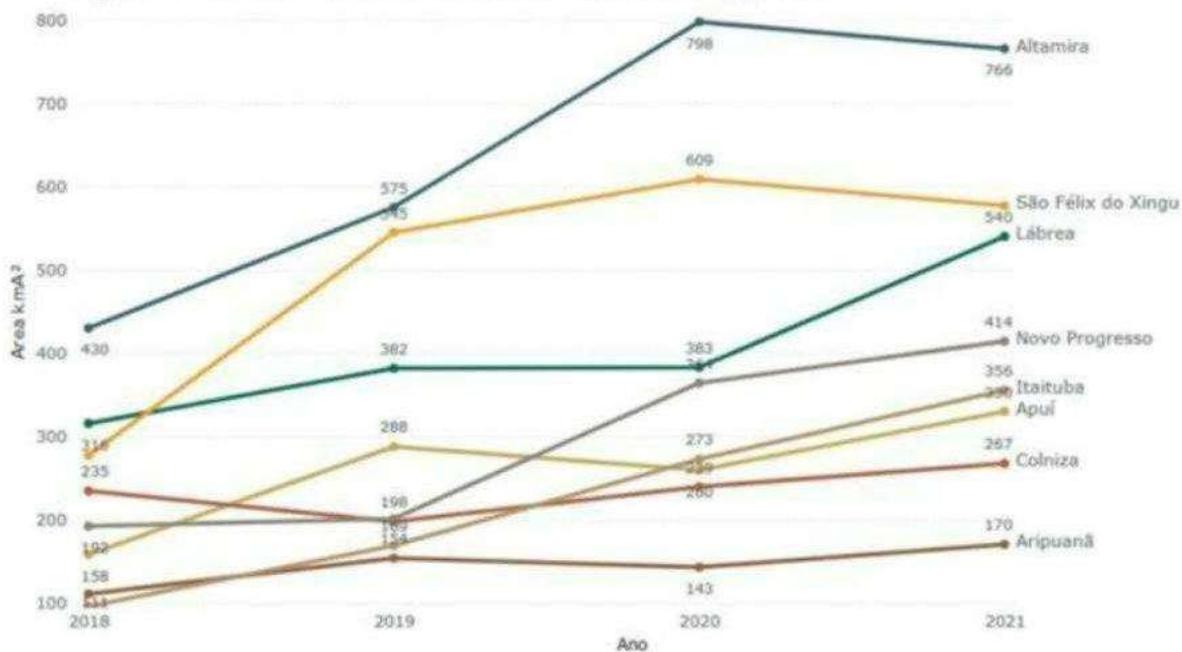
(ii) Dos oito municípios no topo do ranking de mais registros de desmatamento, os 04 primeiros são do estado do Pará: Altamira (PA), São Félix do Xingu (PA), Novo Progresso (PA), Itaituba (PA), Lábrea (AM), Apuí (AM), Colniza (MT) e Aripuanã (MT). O pior é que há uma tendência de crescimento no desmatamento:

Figura 11 – Incremento de desmatamento na Amazônia Legal (ano a ano, por área em km²)



Fonte: FGV, 2022 a partir de TerraBrasilis/PRODES/INPE, 2021.

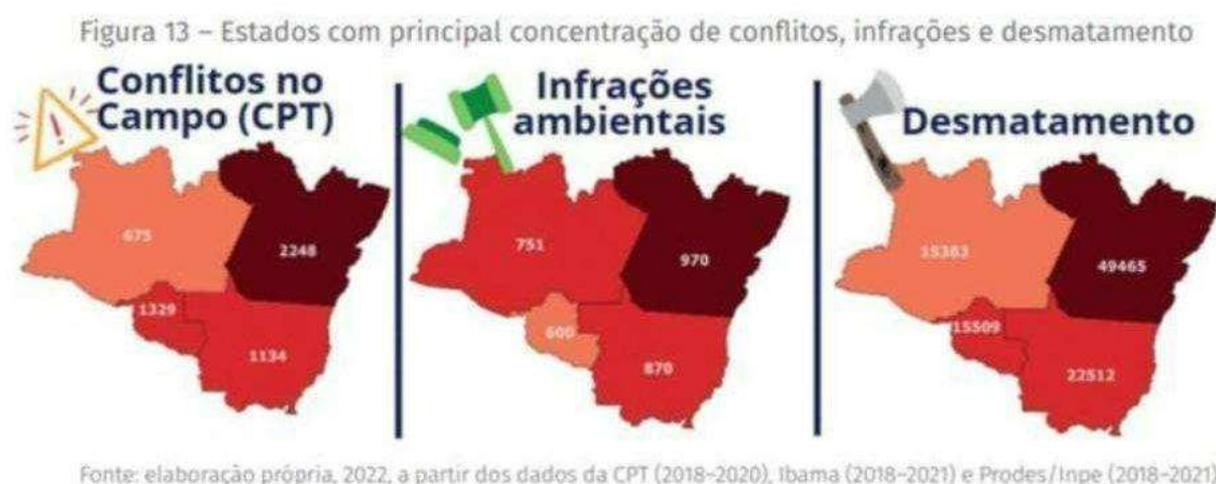
Figura 12 – Incremento de desmatamento (área/km²) por ano



Fonte: elaboração própria a partir de dados do TerraBrasilis / Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite (Prodes), 2021.

(iii) Apesar do aumento do desmatamento nos últimos anos e da tendência de crescimento, o acórdão 1758/2021 do TCU identificou redução na aplicação de sanções administrativas pelo Ibama – “independentemente do tipo de sanção aplicada (multa, embargo, apreensão e/ou destruição), verifica-se a redução na quantidade de autos de infração emitidos nas ações de combate ao desmatamento na Amazônia Legal nos últimos anos, passando de 5.432 autos lavrados em 2016 para 3.446 em 2019” –, de forma que esse comportamento pode ser associado ao aumento do desmatamento.

(iv) “Os municípios localizados no estado do Pará são os que concentram maiores números de ações ajuizadas, seguindo a coerência dos demais dados já apresentados. O Pará é o estado com maior número de conflitos socioambientais, maior incremento de desmatamento, além de ter o maior número de infrações ambientais”:



Se preservar o meio ambiente é bom para todos nós, a Constituição da República assim determina^[2], e o Direito é um conjunto de normas que regula as condutas humanas^[3], cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, não estimular^[4] a ilegal deterioração do meio ambiente por meio de uma atuação com suporte em normas jurídicas e nas consequências da decisão^[5], como aliás determina o art. 20 da LINDB.

B - da robustez do trabalho desenvolvido pela Receita Federal do Brasil

No dia 12/07/2023, a autora pretendia exportar mercadorias. O peso total era algo em torno de 385.000 kg. Quando a Receita Federal do Brasil – RFB procedeu à verificação da cadeia de notas desde a origem até a posse por parte do exportador, vários problemas foram detectados.

O produto a ser exportado era “rejeitos da britagem de minério de ouro (que contenham cobre)” com valor unitário de R\$ 0,02/kg, com exceção das notas 124, 125 e 123, nas quais a mercadoria descrita era “derivado de minério sulfetado contendo cobre”.

A permissão de lavra garimpeira (PLG) ANM nº 851.561/2021 para extração do minério de ouro estava em nome de José Natal Ribeiro Noleto. A empresa intermediária, ZN Empreendimentos Ltda, que emitiu as notas de venda para a autora (a exportadora Kiralyseeds Holding Importações e Exportações Ltda.), “tem como único sócio o Sr. José Natal Ribeiro Noleto, CPF 361.783.572-49, ou seja, há clara ligação entre o dono da lavra e a empresa intermediária.”.

O primeiro problema surgiu entre as emissões das notas de exportação e a entrada da mercadoria no recinto aduaneiro. O que antes era descrito como “rejeito da britagem de minério de ouro” passou a ser “minério de cobre”. O que antes valia R\$ 0,02/kg passou a valer R\$ 5,93/kg.

A Receita Federal do Brasil pediu esclarecimentos a respeito dessa discrepância (repite: a autora apresentou a origem e notas de aquisição da mercadoria “rejeito”, mas pretendia exportar “cobre”). Como a justificativa foi

apresentada de forma verbal, a Receita Federal do Brasil – RFB solicitou assistência de perito técnico para dirimir as dúvidas.

A perícia colheu amostras de 05 contêineres do total de 14: 04 contêineres apresentam minério de cobre com teor de cobre metálico em torno de 25%, e 01, em torno de 2,7%.

Em 31/07/2023, foram exigidos da autora as apresentações da **origem do minério de cobre e as notas de aquisição**, haja vista que ele não está exportando a mercadoria que ele alega ter adquirido, [...] em suma, não é razoável que o importador estrangeiro esteja negociando a compra de minério de cobre para receber rejeito de baixo valor, além do mais, os preços negociados com o importador estrangeiro ratificam o entendimento de que a mercadoria negociada é minério de cobre e não rejeito.

Todavia, a autora não comprovou a origem do minério nem as notas de aquisição, porque apresentou a Licença de Operação – LO nº 13384/2022 em nome da Cooperativa Brasileira de Garimpeiros – COBRASA, emitida pela SEMAS/PA, segundo este documento, **esta cooperativa não tem autorização para extração mineral**, tem autorização apenas para “Beneficiamento de Minérios Metálicos”, por conseguinte, a origem do minério ainda é desconhecida, também foram apresentadas as seguintes notas de aquisição conforme a tabela abaixo.

O segundo problema gravita em torno da discrepância dos pesos.

A declaração única de exportação (DU-E) 23BR001140237-5 totaliza 55.000,00 kg e a DU-E 23BR001134314-0, 330.000,00 kg. As notas emitidas pela ZN Empreendimentos Ltda (empresa intermediária que tem como único sócio o José Natal Ribeiro Noleto) tinha a seguinte discrepância: 60.000,00 kg e 335.000,00 kg, respectivamente. E as notas emitidas pela Cobrasa, outra ainda maior: 96.000,00 kg e 246.000,00 kg, respectivamente.

O terceiro problema encontrado pela RFB foi: “O exportador utilizou as mesmas notas 1261 e 1271 para justificar a aquisição do minério em declarações

diferentes, o que denota clara incongruência.”.

O quarto problema que chama à atenção é uma possível apresentação de documento falso perante a RFB pela autora:

10.Em 03/08/2023, o Delegado da Alfândega assinou o Ofício nº 029/2023/GAB/ALFBEL destinado à Agência Nacional de Mineração - ANM com o objetivo de obter esclarecimentos acerca da extração do minério de cobre da lavra do Sr. José Noleto.

11.Em 03/08/2023, o exportador apresentou à fiscalização aduaneira a declaração com o timbre da ANM, assinada pelo Sr. Ronaldo Souza Freitas, denominado “Tec. Em recursos minerais” e com o seguinte conteúdo: “*Declaramos para os devidos fins de direito que o material (rejeito), oriundo da extração de ouro pode conter demais minérios **inclusive Cobre (Cu)**, com teor variando de 15 a 25 %*”, o documento não tem destinatário e não pode ser autenticado, em resumo, a sua formatação não condiz com a formatação documental que se espera de um documento emitido por órgão público.

Esse Ofício foi reconsiderado pela RFB.

Quando do recebimento da resposta tida como verdadeira pela RFB, ela, a partir das respostas da Agência Nacional de Mineração – ANM, concluiu:

é ilegal “a extração e aproveitamento do minério de cobre por meio do regime de Permissão de Lavra Garimpeira - PLG”, que é o regime conferido a José Natal Ribeiro Noleto, que teria extraído o minério;

“A ANM constatou, por imagens de satélite, que na área autorizada para o funcionamento da lavra do Sr. José Noleto inexistem indícios de degradação ou atividade mineral, isto é, nem o suposto rejeito adquirido é proveniente da

área autorizada, à vista disso, a demonstração da origem do minério de cobre como sendo oriundo do regime de Permissão de Lavara Garimpeira – PLG nº 164/2022 (Processo ANM 851.561/2021) em nome do Sr. José Natal Ribeiro Noleto deve ser considerada falsa.”;

“A NF-e de venda 1272 emitida pela cooperativa Cobrasa contém a informação sobre a lavra do Sr. José Noleto como a origem do minério de cobre comercializado, pelo menos nesta ocasião, esta cooperativa se utilizou de uma informação falsa referente à origem do minério.”.

Após esses fatos, a RFB verificou o histórico de declarações da autora (na verdade, “somente das declarações que passaram por conferência aduaneira e que tiveram os documentos anexados ao e-dossiê”), e chegou a novas conclusões: *As notas grifadas e sublinhadas foram utilizadas para demonstrar a aquisição do minério em mais de uma declaração, por exemplo, as notas 91 e 109, emitidas pela intermediária ZN Empreendimentos, foram apresentadas em 03 (três) declarações diferentes, ou seja, o exportador utilizou-se das mesmas notas para acobertar a aquisição de minério de cobre em operações distintas, portanto, não se tratam apenas de incongruências mas de constatações que corroboram o fato de que o minério de cobre a ser exportador não tem comprovação de origem legal.*

Em suma: “21. A extração do minério de cobre deve obedecer aos regimes de concessão ou autorização previstos no Decreto-Lei nº 227 de 28/02/1967 (Código de mineração), **ainda que, o minério de cobre a ser exportado tivesse sido extraído da lavra do Sr. José Noleto (Processo ANM 851.561/2021) a sua extração seria ilegal**, pois o regime de permissão (PLG) não abarca a extração e aproveitamento do minério de cobre, desse modo, depreende-se que o exportador não comprovou a origem legal do minério de cobre a ser exportado, conseqüentemente, as formalidades estabelecidas no Decreto-Lei nº 227 de 28/02/1967 foram descumpridas.”.

Todos esses juízos de fato e de valor foram extraídos do auto de infração, termo de apreensão e guarda fiscal 0227700-17071/2023 lavrado no processo 10209.720029/2023-23 (doc. 1849926188, p. 189-200).

Diante do trabalho cuidadoso que teve a Receita Federal do Brasil, o qual contou inclusive com trabalho pericial e auxílio da Agência Nacional de Mineração – ANM, somado à possibilidade de a mercadoria nunca mais ser apreendida novamente se for liminarmente liberada (irreversibilidade de que trata o parágrafo 3º do artigo 300 do CPC), os alarmantes dados no primeiro capítulo dessa decisão, e a missão do Poder Judiciário em não estimular a ilegal degradação do meio ambiente, a pretensão de liberá-la liminarmente deve ser rejeitada.

Os argumentos “Ausência de clareza dos motivos que ensejaram a medida, considerando à ausência de demonstração da origem ilícita do material. Ausência de motivação do ato administrativo e capitulação da ilicitude apontada” e “Processo de verificação que exorbita as atribuições de mero despacho aduaneiro” devem ser rejeitados, porque não há nenhuma irregularidade formal no referido auto de infração, termo de apreensão e guarda fiscal. O ato administrativo foi cuidadosamente motivado e os agentes administrativos atuarem dentro da competência administrativa conferida a seus cargos.

O argumento “III.1. Da origem lícita do material retido/apreendido” não foi acompanhado de prova alguma que pudesse fazer frente à conclusão administrativa. E o argumento “III.2. Da uniformização de procedimento aduaneiro com vistas a garantir a observância ao princípio da isonomia” é apenas uma tese genérica de descontentamento com o ato administrativo.

C - da natureza acessória dos contêineres com relação aos minérios

Os contêineres não se confundem com as mercadorias neles transportadas, e não são considerados como delas parte integrante. São tidos como acessórios dos veículos transportadores, nos termos do artigo 24 da Lei 9.611/1998.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica é no sentido de não haver relação de acessoriedade entre o contêiner e as mercadorias nele armazenadas/transportadas para fins de pena de perdimento: REsp 908.890 e REsp 526.767/PR.

Por todas essas razões, defiro parcialmente o pedido de tutela de urgência para determinar que a União, no prazo de 20 dias, proceda à desunitização dos contêineres.

Cite-se. Após, conclusos para sentença.

I.

Belém, 9 de outubro de 2023.

**Henrique Jorge Dantas da Cruz
Juiz Federal Substituto**

REFERÊNCIAS

- [1] “O juiz deve procurar entender a norma em todo o seu significado, não só em conexão com o ordenamento inteiro e suprindo as eventuais lacunas da lei, mas também inserindo a própria norma no contexto de uma realidade social” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 20.)
- [2] “[A] mais ambiciosa aspiração de um ordenamento jurídico consiste precisamente em ser o eco verdadeiro e autêntico da cultura de uma nação”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 28.)
- [3] “Em una aproximación muy elemental cabe decir que el Derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana.”. (SANCHÍS, Luiz Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 16 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 13).
- [4] “Em sua acepção mais ampla e necessariamente vaga, poder é a *capacidade de produzir os efeitos pretendidos* (ou simplesmente alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matérias ou sobre as pessoas.”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102.)
- [5] MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford University Press, 2005, p. 104.

SENTENÇAS JUDICIAIS

SENTENÇA

Ementa: Ação civil pública cível. Improcedência. Energia elétrica, Tarifa. aprofundamento das desigualdades Regionais e sociais. Argumentos abstratos. Presença de poucos representantes da sociedade civil não condiz à nulidade da audiência. Ausência de norma Que limita o aumento do valor da energia se a prestação do serviço público melhora. não cabe ao poder judiciário alterar a forma do cálculo do valor da energia elétrica do Estado-Membro.

Processo n.º 1039826-82.2023.4.01.3900

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas da Cruz

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo estado do Pará e pela Defensoria Pública Estadual em busca da seguinte finalidade:

(b) Uma vez evidenciada a verossimilhança das alegações e o perigo na demora em razão da imposição da nova tarifa iníquaa contar de 07 de agosto de 2023, pelo deferimento de tutela provisória pelo critério de urgência, inaudita altera pars, de modo a suspender imediatamente, em todo o território paraense, a vigência da nova tarifa a ser implementada em favor da EQUATORIAL ENERGIA PARÁ;

[...]

(d) Ao final, pela confirmação da tutela provisória deferida liminarmente, com o reconhecimento da ilegitimidade da nova tarifa imposta pela ANEEL, determinando-se a aplicação da tarifa vigente no ciclo 2019/2022 até que a ANEEL possa adequar seu procedimento a parâmetros de análise mais adequados, razoáveis e justos, tudo nos termos dos argumentos apresentados acima, com a adoção das seguintes medidas, necessariamente:

a. realização de nova audiência pública, com adequada divulgação prévia, de modo a se constituir efetivamente como instrumento de legitimação do processo de decisão;

b. a seleção de novo benchmark e/ou mesmo a adoção de outro critério mais justo de análise para aferição da realidade paraense, como as análises complementares permitidos pelo item 32, do Anexo XIV, Módulo 2, Submódulo 2.6 A, da Resolução Normativa/ANEEL n. 1.003, de 1º de fevereiro de

2022;

c. a adoção de índice razoável de revisão das perdas não técnicas, de modo a garantir a satisfação da finalidade regulatória da tarifa a ser implementada, de modo a impor pressão sistêmica à concessionária no sentido de investir mais melhor na otimização de seus serviços, garantindo maior eficiência e o consequente barateamento da tarifa aplicada ao consumidor cativo;

d. de forma a equalizar a responsabilidade da concessionária pelas perdas experimentadas, evitando-se onerar excessivamente o consumidor, em detrimento da premissa de garantia da modicidade das tarifas;

e. manutenção do percentual de perdas não técnicas para o período tarifário de 2023 a 2027 em comparação ao valor final do ciclo anterior, seguindo com a manutenção de trajetória de redução, visando estimular a distribuidora a investir no combate aos desvios e furtos de energia;

(e) Na eventualidade de não ser deferido o pedido anterior, requer-se, subsidiariamente, que seja deferido o parcelamento e escalonamento da nova tarifa, ao longo do próximo ciclo tarifário, de forma a não onerar excessivamente a população a partir de 07 de agosto de 2023; (f) Postula-se, em qualquer caso, pela revisão imediata do modelo de cálculo do índice de complexidade socioeconômica e de aplicação na metodologia de revisão tarifária, por se tratar de política evidentemente contrária ao que estipula o art. 3º, III, in fine, da Constituição, impondo o aprofundamento das desigualdades regionais, em favor de interesses econômicos privados e restritos.

A petição inicial é composta por 46 páginas. Eis um resumo dos principais

argumentos da causa de pedir divididos conforme os capítulos da própria exordial:

1. Direito ao desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais

*A título de exemplo, conforme apresentado na proposta de revisão tarifária, as reposições financeiras implicadas no processo de decisão da majoração da tarifa de energia elétrica em favor da EQUATORIAL ENERGIA PARÁ concentram-se na ordem de 16,25%, correspondentes a 10,41% decorrentes de reposições de anos anteriores e 5,84% pertinentes ao atual exercício. Tal aumento expressivo penalizará o ESTADO DO PARÁ grandemente, na medida em que o Estado certamente passará a ter a conta de **energia elétrica mais cara da federação**, prejudicando negócios, bem como elevando o custo de vida de forma proibitiva em região cuja renda per capita já é inferior à média nacional.*

Essa política de aumento da tarifa de energia, aumento mais de 200% (duzentos por cento) superior à própria inflação, como já dito, impõe restrições a uma região já penalizada historicamente por políticas que, a despeito de se fundarem em justificativas pretensamente “técnicas”, foram absolutamente incapazes de atentar às peculiaridades regionais de forma a estabelecer qualquer ciclo de desenvolvimento regional sustentável e longo. Ao contrário, o aumento de tarifas impõe verdadeiro ciclo vicioso, piorando as condições do serviço e as condições de vida e, nessa medida, impondo ainda mais custos que são retratados sistematicamente em cada revisão tarifária conduzida pelos mesmos critérios técnicos os quais, enquanto tais, nunca são neutros.

*Uma energia mais cara, de modo a proibir a fruição de bens e serviços básicos à vida moderna, implicará o **aprofundamento das desigualdades regionais e sociais**, bem como, em uma cruel espiral viciosa, reforçará as possibilidades para que, no futuro, o próprio risco socioeconômico paraense venha a crescer, impondo ainda novos aumentos irrazoáveis, inconstitucionais e em desconformidade aos compromissos internacionais do próprio país.*

Uma política tarifária que desconsidera esses fatores para, ao contrário, incrementar, fomentar e aprofundar a própria desigualdade corresponde a

medida, essencialmente, inconstitucional e ilegítima por violação frontal à tendência imposta pelo ordenamento e pela policy a que se comprometeu o Governo Brasileiro, as quais impõem, como dito, a redução das desigualdades regionais.

2. Nulidade da audiência pública

*Ademais, ao contrário do quanto informado na audiência pública (cuja gravação consta do link contido na nota de rodapé n. 2, supra), não há qualquer prova nos autos do Processo/ANEEL n. 48500.006886/2022-12 a respeito da divulgação da Audiência Pública em **rádios, jornais, outdoors, cartazes e por meio de carros-som**.*

[...]

*Ora, causa espécie que na audiência pública agendada para discutir pesada revisão tarifária a afetar diretamente a vida de milhões de paraenses somente tenham comparecido alguns **poucos representantes da sociedade civil**, sendo que a maioria dos presentes era, todavia, formada dos próprios quadros da Equatorial, ANEEL e Conselho de Consumidores. Tal fato é singelamente evidenciado pela própria ata da Audiência e denota grave falha na divulgação do evento.*

3. Inadequação da referência definida como “caso base” (benchmark) de análise das perdas não técnicas.

*Conforme a documentação técnica da própria, ANEEL, a seleção da empresa benchmark, que serve de comparação para a revisão tarifária há de ser, normalmente, uma empresa que se situa em área **de maior complexidade socioeconômica**, mas que pratica perdas menores do que a distribuidora em análise. A intenção do modelo é inserir tendência sistêmica que impulse medidas destinadas à redução das perdas não-técnicas, independentemente do nível regulatório estabelecido.*

[...]

A EDP ES é empresa situada em 8º lugar no ranking de complexidade, apresentando índice de complexidade de 0,267, o que equivale a pouco mais da metade do índice de complexidade da EQUATORIAL ENERGIA PA (0,488).

[...]

Ora, não é possível vincular o processo de decisão sobre a tarifa aplicada à EQUATORIAL ENERGIA PARÁ às condições de prestação de serviço em outra unidade federativa com a qual a região paraense não possui qualquer relação de semelhança, por mínima que seja.

[...]

*Sendo assim, requer-se desde já tanto a **substituição da base de comparação (o benchmark) por outra mais acertada**, como o emprego de métodos adequados à avaliação da complexidade real da região paraense, considerando as peculiaridades que lhe são ínsitas e as potencialidades do mercado de distribuição de energia em território paraense.*

4. A inadequação dos critérios de aferição do aumento tarifário à luz das perdas não técnicas e falta de justificativa para o aumento e de razoabilidade para a determinação de percentual fixo ao longo do ciclo da concessão

*Perceba a tripla inadequação do critério adotado. Afinal, (i) para além da comparação com a EDP ES, o que já se argumentou ser absolutamente inadequado, **o aumento percentual de 38,39% na tarifa**, como forma de compensação pelas perdas não-técnicas tanto implica (ii) uma medida contrária à almejada tendência sistêmica anunciada pela própria ANEEL para o aumento dos investimentos associados ao combate a essas perdas não-técnicas (afinal, qual incentivo sistêmico teria a empresa se ela for compensada em caráter excessivo pelo exato fato que, todavia, ela deveria combater?), como implica (iii) a persistência injustificada do mesmo percentil de aumento até 2026, sem qualquer escalonamento e sem qualquer justificativa, perceba.*

[...]

*Uma primeira mensagem que se passa à Concessionária é que ela não precisa investir em metodologias dirigidas a otimizar o serviço e evitar perdas regulatórias para **manter o lucro de seus acionistas** (como se verá pela tabela a seguir, baseada nos comunicados da própria EQUATORIAL ENERGIA S.A., disponíveis no DOC. 05, que o lucro da Equatorial Energia Pará só aumentou nos últimos anos, mesmo com a COVID!)*

[...]

*A segunda mensagem que tal aumento tarifário de 38,39% para as perdas não- técnicas passa é aquela mensagem para o consumidor que, a despeito de tudo, possui condições de migrar o seu consumo para outra matriz energética, é que a energia elétrica fornecida pela concessionária é muito custosa, sendo muito mais “barato” comprar **placas solares**, por exemplo, do que continuar a depender da energia fornecida pela EQUATORIAL ENERGIA PA.*

[...]

*A última mensagem, todavia, que se passa ao consumidor mais pobre é a do desespero. É a mensagem de que a dignidade é mero discurso e que, na prática é necessário **escolher ligar a geladeira, ou o ventilador, ou mesmo a TV**. É a mensagem que faz o pobre voltar à luz de vela, ao óleo de lamparina, ao gás, ou mesmo se contentar com a escuridão.*

5. Inadequação do aumento tarifário à luz dos índices DEC e FEC e a redução dos custos operacionais da concessionária deve impor redução tarifária

*Como se depreende do quadro acima, a duração e frequência das interrupções no fornecimento regular de energia elétrica tendem a diminuir nos próximos anos, a denotar estratégia adequada no sentido da otimização do serviço. Inobstante, a partir dos dados informados **não se verifica sentido no aumento da tarifa em nível tão elevado**. Afinal, presume-se que os investimentos necessários à sustentação da redução da duração e da frequência das interrupções já estão*

devidamente consolidados, havendo a necessidade de manutenção da qualidade, o que implica a falta de razoabilidade em impor aumento tarifário com base nessas premissas.

Afinal, a manutenção que se almeja obter no futuro não poderia ter custo mais elevado que aquele da implementação da infraestrutura necessária à redução dos índices acima indicados.

Se a companhia reduz os índices de DEC e FEC, implica dizer que suas perdas totais são também reduzidas, de modo que a Companhia já ganha a partir da boa prestação do serviço, de modo que a fatura se torna mais condizente ao tanto de energia injetada na rede.

Impor aumento tarifário à luz da maior eficiência na própria prestação do serviço, implica escancarar que é a sociedade quem, na verdade, assume os riscos da EQUATORIAL ENERGIA PARÁ, ao passo que seus investidores não conhecem risco algum, mas tão-somente a certeza que, não importa o que houver ou o que façam, gozarão de bônus e distribuição de lucros obscenos, enriquecendo às custas do povo e do Estado.

6. Inadequação do cálculo de reposição financeira

*Tal aumento expressivo penalizará o ESTADO DO PARÁ grandemente, na medida em que o Estado certamente passará a ter a **conta de energia elétrica mais cara da federação**, prejudicando negócios, bem como elevando o custo de vida de forma proibitiva em região cuja renda per capita já é inferior à média nacional.*

7. Inadequação da aplicação do índice de complexidade socioeconômica e necessidade de revisão do critério

*Como se percebe, **os procedimentos e técnicas aplicados à política de revisão tarifária são inadequados**, na medida em que, ao se propor a absoluta “blindagem” do investidor (que não mais se defronta aos riscos do*

empreendimento, mas tem a certeza dos lucros custeados por dinheiro público), a situação socioeconômica da região é agravada sobejamente, o que, como se percebe, será retratado nesta e em sucessivas revisões tarifárias, de modo a cada vez mais impor o repasse do custo infraestrutural aos consumidores.

A ANEEL se torna uma espécie de “Robin Hood às avessas”.

A crueldade da política de externalização de um risco que é ínsito ao empreendimento, todavia, chega às raias do absurdo com o chamado “índice de complexidade socioeconômica”, que supostamente monetiza o risco do empreendimento, aumentando a tarifa proporcionalmente à maior “complexidade” da região em que vige a concessão.

Quanto mais “complexa”, i.e., quanto maior o “risco” do empreendimento, risco que, todavia, é natural e ínsito à própria atividade econômica desenvolvida, repita-se, maior a tarifa, mais gravosa a condição dos consumidores desse serviço absolutamente essencial, sem o qual qualquer promessa da modernidade é mera ficção.

Antes de ter finalizado o estudo da causa, recebi todos os sujeitos processuais que manifestarem interesse em serem ouvidos por mim, os quais enriqueceram ainda mais o debate por meio das seguintes manifestações: **a)** Aneel: 1737362587, 1741173845 e 1741235072; **b)** Ministério Público do Estado do Pará: 1729914580; **c)** Equatorial Pará Distribuidora de Energia S.A.: 1731030048, 1738126048 e 1746093574; **d)** Estado do Pará: 1736307050, 1736307070, 1745764563 e 1745966579; **e)** Ministério Público Federal: 1739083075.

É o relatório. **DECIDO.I – Da competência**

A/O magistrada(o) que pede esclarecimentos relativos as suas dúvidas, além de não causar surpresas, prestigia o diálogo e o equilíbrio^[1]. Minhas dúvidas sobre a competência tinham origem no julgamento da Rcl 4210 (STF). Mas as judiciosas manifestações das partes evidenciaram a competência da justiça federal.

Ponto superado, portanto.

– Do controle do Poder Judiciário sobre os atos das agências reguladoras e das causas de pedir 01, 03, 04, 05, 06 e 07

As agências reguladoras (como a Aneel) integram a administração indireta. São criadas por lei específica (art. 37, XIX, da CRFB) para regularem certas atividades (a Aneel disciplina e controla um serviço público propriamente dito energia elétrica). A lei criadora delega para as agências reguladoras a prerrogativa de editarem normas técnicas de caráter geral (não normas básicas de política legislativa). Sendo assim, esse poder normativo de natureza técnica é mais amplo do que o poder normativo das “autarquias típicas”^[2].

Apesar desse poder normativo mais amplo, Marçal Justen Filho^[3] é enfático: a) A autonomia das agências reguladoras não significa independência^[4] em face aos demais Poderes e órgãos de controle; b) A agência reguladora não deve assumir a formulação de políticas nem concentrar competências decisórias sobre questões essenciais ao destino da nação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[5], diante da ausência de independências das agências reguladoras, apresenta a forma pela qual os três Poderes as controlam: **a)** as agências reguladoras fazem parte da administração federal, razão pela qual estão sob a direção do Presidente da República (art. 84, II, da CRFB) e orientação, coordenação e supervisão do Ministro de Estado da respectiva área (art. 87, parágrafo único, I, da CRFB) – não obstante a previsão de “ausência de tutela” do art. 3º da Lei 13.848/2015; **b)** elas estão sob o controle político do Congresso Nacional (art. 49, X, e art. 50 da CRFB e art. 14 da Lei 13.848/2015); **c)** o fundamento do controle exercido pelo Poder Judiciário é a previsão do art. 5º, XXXV, da CRFB.

Especificamente sobre o controle exercido pelo Poder Judiciário, não há dúvidas da sua legitimidade, quando a agência reguladora emite providência normativa sem fundamento legal^[6] ou contrária à lei que a criou, pois ela deve respeito ao princípio da legalidade, como já decidido pelos STF e STJ^[7].

Não sendo caso de violação ao princípio da legalidade, o Poder Judiciário deve respeitar as decisões técnicas tomadas pelos órgãos especializados competentes, e só as rever no caso de alegada e comprovada usurpação de competência, inobservância do devido processo legal ou manifesta falta de razoabilidade[8].

Isso não quer dizer inexistência de controle se a agência reguladora, mesmo respeitando o princípio da legalidade, entregar resultados aquém do esperado ou se comportar em desarmonia com as políticas públicas definidas pelo Executivo ou pelo Legislativo. Nessa situação, são esses Poderes (Executivo e Legislativo) quem têm autoridade e legitimidade constitucionais para exercerem o controle.

Em suma: a) O **Poder Judiciário** age mediante provocação de alguém que alegou e provou que a agência reguladora violara o princípio da legalidade, usurpara competência, desrespeitara o devido processo legal ou manifestamente praticara ato desarrazoado; b) O **Poder Executivo** e o **Poder Legislativo** agem de ofício (não precisam que outra pessoa lhes peça qualquer providência) nas demais situações.

Adentro no caso concreto

As causas de pedir 01, 03, 04, 05, 06 e 07 são argumentos contrários ao modelo da regulação da Aneel. Eles expressam legítimo descontentamento com o aumento da energia, mas não revelam qualquer inconstitucionalidade, ilegalidade ou desarrazoabilidade. Portanto, o legítimo descontentamento com o aumento do valor da energia elétrica deve ser apresentado aos Poderes Executivo e Legislativo[9]. Eles, sim, têm a autoridade constitucional para obrigarem a Aneel a alterar a forma como esse serviço está regulado.

Só por isso os argumentos das referidas causas de pedir devem ser rejeitados. Mas a complexidade da matéria demanda fundamentos adicionais com vistas a rutilar a impossibilidade de o Poder Judiciário acolher os pedidos.

Se o argumento da “energia mais cara da Federação” for universalizado, chega-se ao absurdo[10]. Se o pedido é acolhido para o estado do Pará não ter a energia mais cara da Federação, algum outro Estado passaria a ter a energia mais cara da Federação. E se esse Estado também ingressasse com uma ação? E se cada Estado-membro ingressasse com uma ação com vistas a não ter a energia mais cara da Federação? Tomado esse desejo como algo que deva ser satisfeito, o Poder Judiciário destruiria a regulação do serviço de energia elétrica do País.

Nenhuma ilegalidade foi sequer alegada contra o benchmark. A petição inicial apenas traz uma decepção com o fato de a EDP ES ter sido escolhida. Tanto que nem sequer diz qual deveria ser o benchmark correto; apenas pleiteia “substituição da base de comparação (o benchmark) por outra mais acertada”.

Na verdade, se as alegações da petição inicial sobre o benchmark fossem acolhidas, haveria prejuízo para a população do estado do Pará.

A Equatorial Pará é a 2ª empresa mais complexa segundo o ranking da contestação 1737362587 e a apresentação da 27ª reunião pública ordinária da Diretoria da Aneel em 2023 (https://www.youtube.com/watch?v=jU_1Ot1PL-o). Portanto, só há uma empresa mais complexa que ela (CEA). Todavia, a Equatorial Pará tem o índice de 37,05% de perdas não técnicas. Já a CEA, 108,1%. Logo, a Equatorial Pará é mais eficiente do que a CEA.

Assim, escolher a empresa mais complexa (CEA) como benchmark significa que a Equatorial Pará, por exemplo, não precisaria envidar mais esforços do que os já apresentados no ciclo tarifário anterior para combater com mais vigor furtos de energia. Assim, o que fez a Aneel? Aplicou os critérios de comparação em todas as concessionárias e o menor índice de perdas não técnicas foi atingido a partir da comparação de 2,21% com a EDP ES (o benchmark é, na verdade, uma empresa ideal constituída de 97,79% da eficiência da Equatorial Pará e 2,21% da eficiência a EDP ES). Isso é bom para o consumidor, porque não usar a EDP ES resultaria inexoravelmente um índice de perda superior.

Diante desse quadro, a petição inicial é contra as regras de regulação do

setor de energia sem apontar onde está a ilegalidade, e o acolhimento do seu pensamento poderia até desestimular o combate contra furtos de energia.

Não há aumento de 38,39% no valor da energia como escrito na petição inicial. O aumento esperado (porque ainda não foi definido) será de 18,32%, 18,55% e 10,63%, conforme a Nota Técnica n. 03/2023–STR/ANEEL transcrita nas páginas 02 e 03 da petição inicial, ou, como exposto no vídeo da 27ª reunião pública ordinária da Diretoria da Aneel em 2023 (02h:01m:50s), o efeito médio a ser sentido pelo consumidor será de 15,57%: 11,91% para alta tensão e 16,48% para baixa tensão.

Alterar o recebimento do lucro dos acionistas é, mais uma vez, um argumento contrário ao modelo de regulação e ao contrato de gestão, algo que só o Poder Executivo e o Legislativo podem fazer para o futuro. Comprar placas solares, além de caro, não tem relação de lógica com o aumento da tarifa, e “escolher ligar a geladeira, ou o ventilador, ou mesmo a TV” é mero argumento sentimental.

– Do necessário raciocínio objetivamente estruturado numa petição inicial e das causas de pedir 01, 02 e 05

A razão é atributo do ser humano e é por meio dela que a(o) magistrada(o), a partir de um critério de julgamento, valora se o ato administrativo atacado pela petição inicial foi ou não confeccionado conforme a Constituição e as leis da República. Esse critério de julgamento deve ser justificado por meio de um raciocínio objetivamente estruturado[11], e não apenas invocado com caráter meramente retórico, incontrolável e por isso mesmo arbitrário[12].

Esse exercício intelectual que deve ser exposto na sentença é exatamente o mesmo que deve vir na petição inicial[13], isto é, a parte autora deve apresentar uma premissa maior derivada de um raciocínio objetivamente estruturado – e não apenas invocar retoricamente valores, princípios, cláusulas gerais, etc. – que revele que o ato administrativo atacado não foi confeccionado conforme a Constituição e as leis da República.

Pensar em sentido contrário (i) enfraquece a segurança jurídica[14], pois

qualquer ato administrativo passaria a ser anulado pelo Poder Judiciário, independentemente de ele ter ferido critérios constitucionais e legais, **(ii)** viola a separação dos Poderes, porque o Poder Judiciário passaria a ter competência ordinária para estabelecer critérios constitucionais e legais, **(iii)** desvaloriza a advocacia, já que seria reconhecido que, para litigar na Justiça Federal, não seria necessário apresentar um critério de julgamento estruturado por meio de um raciocínio objetivo[15] – isto é, bastaria uma tese de descontentamento contra um ato administrativo –, **(iv)** desrespeita o dever de litigar com boa-fé[16], já que seria estimulado o ajuizamento de demandas infundadas, e **(v)** malfeire o devido processo legal, pois seria permitido desconsiderar um ato administrativo apenas porque se desejaria *atribuir à norma um conteúdo ditado por [...] preferências subjetivas e arbitrárias*[17].

Adentro no caso concreto.

Da forma como foi escrito o argumento “aprofundamento das desigualdades regionais e sociais”, ele impediria qualquer ato que importasse mais gastos para a população do estado do Pará. Portanto, rejeito esse argumento em virtude da sua abstração.

A petição inicial não trouxe qual é a norma que obrigaria a Aneel divulgar a Audiência Pública em rádios, jornais, *outdoors*, cartazes e por meio de carros-som. Só por isso esse argumento deve ser rejeitado. Em todo caso, as provas que acompanham as petições 1741173845 e 1741235072 provam que tudo isso ocorreu.

Levantar que “poucos representantes da sociedade civil” compareceram à audiência pública não é um argumento que conduz à nulidade dessa audiência. Esse fato é apenas a realidade da nossa sociedade que raramente se reúne em espaços públicos para deliberar sobre seu destino (art. 375 do CPC). Basta ver que as autoridades públicas e da sociedade civil mais importantes do estado do Pará tiveram ciência da audiência pública (docs. 1741212555 e 1741212557) e algumas inclusive compareceram na 27ª reunião pública ordinária da Diretoria da Aneel em 2023. Seja como for, dificilmente seriam apresentadas contribuições com rigor técnico muito superior às do Conselho de Consumidores, do estado do Pará e da

Defensoria Pública Estadual.

Igualmente, não há norma que limite o aumento do valor da energia se a prestação desse serviço público melhorou, segundo os índices DEC e FEC.

Por fim, é preciso lembrar que a política é a relação de forças que define a opinião dominante dentro dos limites possíveis. Portanto, é ela e não o Poder Judiciário quem pode, respeitados os limites estabelecidos pela Constituição desta República, alterar a forma do cálculo do valor da energia elétrica do estado do Pará (na verdade, a energia elétrica do País inteiro).

IV – Da adequação do procedimento em nome da eficiência sem causar absolutamente nenhum prejuízo à parte autora

A – Houve necessidade de seguir todo o “procedimento padrão”[18] para solucionar a controvérsia?

A resposta é desenganadamente negativa.

A causa de pedir é formada pelo fato constitutivo do pretense direito associado ao fato violador desse direito e pelo enquadramento desses fatos numa previsão abstrata do ordenamento jurídico da qual decorre a juridicidade dos fatos e, conseqüentemente, o pedido[19].

No presente caso, apesar de o fato constitutivo e o fato violador serem considerados verdadeiros, eles não se ajustam a qualquer previsão abstrata do ordenamento jurídico a ponto de gerarem a pretensão deduzida em juízo[20]. Logo, não há necessidade de seguir o “procedimento padrão” para rejeitar a tese exposta na petição inicial[21] e, conseqüentemente, concluir que os fatos nela escritos não são fatos jurídicos aptos ao acolhimento da pretensão[22].

B – Quais são as vantagens geradas pela rejeição ab initio da pretensão?

A parte autora não paga honorários sucumbenciais (quando for o caso) e já tem uma pronta resposta do Poder Judiciário sem permitir que a angústia gerada durante o curso processual lhe cause mal[23].

A parte ré já tem uma sentença favorável aos seus interesses. Além disso, se o polo passivo contiver uma pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado, ela não assume os custos do exercício do direito de defesa – afinal de contas, os honorários sucumbenciais não são fixados em favor do cliente e a parte vencida não ressarcir os honorários contratuais gastos pela vencedora –, se for pessoa jurídica de direito público, a advocacia pública pode dedicar seu tempo e energia para outras pretensões que realmente tenham chances de modificar um ato administrativo cuja legitimidade é seu dever defender[24].

Ao concretizar a eficiência[25] do art. 37, *caput*, da CFRB e do art. 8º do CPC, o Poder Judiciário deixa de desperdiçar mais tempo e energia do que são necessários para um julgamento adequado, justo e deferente aos direitos fundamentais[26]. Ademais, o não pagamento das despesas sucumbenciais desestimula a recorribilidade, de modo que menos recursos chegarão ao TRF-1.

C – Não há qualquer desvantagem?

Talvez, há quem considere desvantagem o fato de advogadas(os) deixarem de prestar serviços para réus infundadamente demandados.

D – Por falar no art. 8º do CPC (eficiência), conduzir o processo dessa forma é proporcional e razoável?

Francamente, a resposta é positiva.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, nas lições de Canotilho, é um *controle equitativo*[27] que não diminui os poderes constitucionalmente competentes para a prática de atos legislativos ou administrativos nem afeta a certeza do direito. Ele, na verdade, é um instrumento que contribui para a realização de justiça diante um conflito.

Eis três máximas parciais do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso: a) conformidade ou adequação: a medida adotada pelo Estado deve ser

apta à finalidade almejada (relação meio/fim); b) necessidade ou exigibilidade: dentre as medidas adequadas à finalidade, deve-se escolher a que gera a menor desvantagem para a(o) cidadã(ão); c) proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação: o resultado obtido com a medida estatal deve ser proporcional a sua carga coativa, ou seja, trata-se de uma questão de *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim[28].

A origem da razoabilidade é inglesa e lá se fala em “irrazoabilidade”[29]. É uma espécie de teste para rejeitar ato que, de tão irrazoável, nenhuma autoridade razoável o teria praticado. Aqui no Brasil, a doutrina[30] analisou a jurisprudência e extraiu alguns critérios que ensejaram sua aplicação para afastar a incidência de uma norma: a) relevantes especificidades desconsideradas pela norma geral; b) a razão da norma é divorciada da realidade ou não tem congruência com o resultado da sua incidência[31]; c) o resultado da incidência não é equivalente ao critério que o dimensiona.

A partir dessas premissas:

O procedimento adotado é proporcional, porque **(i)** presta exatamente a mesma tutela se o “procedimento padrão” tivesse sido seguido, **(ii)** a parte autora continua tendo o mesmo acesso direto ao TRF por meio do pedido de antecipação da tutela recursal (arts. 299 e 1.012, § 3º e 4º, ambos do CPC), e **(iii)** as vantagens acima mencionadas superam quantitativa e qualitativamente a única possível desvantagem retromencionada.

O procedimento adotado tem nada de irrazoável, porque **(i)** ter condições de solucionar *ab initio* a controvérsia do direito material tira esse processo da ordinariedade[32], **(ii)** é dispensável a citação já que não há violação do contraditório (art. 9º do CPC[33]) nem da ampla defesa haja vista a decisão ser favorável à parte não ouvida e os fatos escritos na petição inicial terem sido considerados verdadeiros, **(iii)** o tratamento dado à parte autora não é fruto de criação meramente cerebrina nem de arbitrariedade tendo em vista já ser previsto no art. 332 do CPC, e **(iv)** o resultado da adoção desse procedimento equaliza a distribuição de tempo e energia do Poder Judiciário entre processos em que não há

ilegalidade a ser sanada e processos movidos por alguém que foi vítima de um ato ilegal.

Pensar em sentido contrário é privilegiar a forma pela forma, esquecer a visão instrumental do processo, cujo valor é retirado da adequação entre seu uso e sua finalidade[34], e desprezar a necessidade de racionalização dos recursos do Poder Judiciário[35].

E – E se a sentença for anulada e o mérito tiver que ser julgado novamente, mas apenas depois de a outra parte integrar a lide? A solução do mérito será outra?

O valor do processo civil é retirado da sua capacidade de gerar resultados pacificadores em razão da sua postura instrumentalista, com maior aderência à realidade subjacente, foco no trinômio “efetividade-adequação-tempestividade” e procedimentos simplificados. Sendo assim, devem ser eliminados atos inúteis ou desnecessários, repudiado o formalismo avalorativo, flexibilizadas as formas, e interpretadas racionalmente as normas segundo os objetivos a atingir. Esse é o processo civil de resultados[36].

Mas não descarto quem renegue os avanços do CPC que permitem uma tutelajurisdicional eficiente por meio de um raciocínio lógico e atual. Sendo assim, respondo a essa indagação revestido com respeito e espírito cooperativo do art. 6º do CPC: provavelmente nada mudará quanto ao mérito, porque a mesma fundamentação será repetida, de forma que o pedido de tutela de urgência será indeferido, as comunicações expedidas, e a pretensão igualmente rejeitada.

Por todas as razões, julgo improcedentes os pedidos.

Inclua-se o Ministério Público Estadual no registro processual.

Sem custas nem honorários.

Oportunamente, arquivem-se.

I.

Belém, *data de validação do sistema.*

Henrique Jorge Dantas da Cruz
Juiz Federal Substituto

REFERÊNCIAS

- [1] DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 127, p. 75-79, set./2005.
- [2] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- [3] FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016.
- [4] “*Órgãos independentes* são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário -, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados *órgãos primários* do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções *políticas, judiciais e quase judiciais* outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (*agentes políticos*, distintos de seus servidores, que são *agentes administrativos*), segundo normas especiais e regimentais.”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.74-75)
- [5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- [6] Para Celso Antônio Bandeira de Mello os atos das agências reguladoras “jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*.”. (**Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177).
- [7] AGÊNCIA REGULADORA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. As agências reguladoras estão submetidas, como órgãos administrativos, ao princípio da legalidade. (trecho da ementa da **ADI 4954**, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014)
- “Logo, o art. 2º da Resolução 207/2006 da ANEEL exorbitou o poder de regulamentar a Lei n. 10.438/2002, o que o torna ilegal, ao estabelecer requisito não previsto na referida lei, para se fazer jus ao benefício nela disposto.”. (trecho da ementa do **AgRg no REsp 1.326.847/RN**, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/11/2012)
- “A atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão estatal dotado de competência expressa para tanto. Essa competência

- já é bom frisar desde já - é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise, quanto a aspectos de legalidade, por este Poder Judiciário.”. (trecho da ementa dos **EDcl no REsp n. 1.171.688/DF**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012)

[8] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PADRÕES DE QUALIDADE DO AR. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA): COMPETÊNCIA PARA EXERCER JUÍZO TÉCNICO DISCRICIONÁRIO DE NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 491, DE 2018: NORMA CONSTITUCIONAL EM VIAS DE SE TORNAR INCONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES PARA EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO: OBSERVÂNCIA DA ATUAL REALIDADE FÁTICA. 1. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é órgão colegiado criado pela Lei nº 6.938, de 1981, dotado de capacidade institucional e responsabilidade, para, a partir de estudos e debate colegiado, dispor sobre “normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. 2. Diante das múltiplas vicissitudes e peculiaridades do caso, cabe, prioritariamente, ao CONAMA, como órgão regulador e no exercício da sua capacidade institucional, aquilatar, com devida atenção e aprofundado rigor técnico, qual o melhor conjunto de medidas apto a orientar a política de controle da qualidade do ar. 3. Improriedade do Poder Judiciário em adentrar, ou mesmo substituir, o juízo técnico discricionário realizado na elaboração e no aprimoramento da política pública em foco. 4. Não se afigura salutar a conduta judicial de permanente e minudente escrutínio incidente sobre a condução das políticas públicas selecionadas pelo Administrador. 5. Em se tratando de tema de complexa e controversa natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão. 6. Eventual atuação desta Suprema Corte no sentido de rever os critérios que redundaram na opção empreendida pelo CONAMA dependeria de manifesta falta de razoabilidade, de ausência de justificação ou de evidente abusividade na escolha empreendida pelo Administrador, não sendo este o caso dos autos. [...] (**ADI 6148**, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: André Mendonça, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2022)

[9] Isso foi inclusive dito pelo próprio diretor-geral da Aneel na 27ª reunião pública ordinária da Diretoria da Aneel em 2023 da Aneel (https://www.youtube.com/watch?v=jU_1Ot1PL-o- 03h:07m:50s).

[10] Argumento *ad absurdum* ou *reductio da absurdum*: a palavra *absurdo*, em sentido comum, significa algo inconcebível, impossível. A própria indeterminação de expressões do tipo “inconcebível” e “impossível” mostra a dificuldade de se determinar com rigor o chamado argumento pelo absurdo. Alguns autores identificam o absurdo com o inconcebível em termos expressões destituídas de sentido (Hobbes, por exemplo, nomeia *absurdo* a expressão *círculo quadrado*). Para outros, absurdo está vinculado à impossibilidade no sentido de enunciados que escapam de certas normas lógicas ou de regras de outra índole. Seriam absurdas as construções do tipo “eu quadro satisfação” porque ferem regras da estrutura semântica de uma língua. No plano da retórica, fala-se assim absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz-nos a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a “verdade” da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo. Estritamente, portanto, como argumento, *absurdo* não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido *falso* (isto é, inaceitável para o senso comum). (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 298-299)

[11] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, vol. 01.

[12] Essa ressalva é de extrema importância para impedir manifestações judiciais baseadas na sensibilidade individual do seu escritor: *Conforme essas orientações, que em várias formulações parecem difundir-se em diversas culturas jurídicas, o uso e a aplicação das normas, como critérios da decisão judicial, seriam, radicalmente, injustos, uma vez que a justiça da decisão deveria ser procurada pelo juiz, exclusivamente, na satisfação das necessidades dos elementos discriminados e envolvidos em controvérsias judiciais. Quaisquer que sejam os critérios em função dos quais o juiz deveria individualizar caso por caso, essa "justiça reequilibradora" dos defeitos sociais, permanece, totalmente, misteriosa; parece, aliás, que os paladinos dessas orientações não querem nem imaginar "decisões conforme critérios" e entendem que o juiz não possa fazer outra coisa do que decidir casos singulares, com base na sua especial sensibilidade para a tutela dos elementos discriminados. Não parece haver necessidade de maiores aprofundamentos para compreender que, aqui, se imagina uma decisão desvinculada de qualquer regra (uma vez que cada referência a uma regra seria injusta por definição) e, portanto, remetida, exclusivamente, à sensibilidade individual do juiz. Não há dúvida de que uma decisão desse gênero seria o máximo – e, aliás, exclusivamente – criativa. É discutível, entretanto, que essa decisão possa respeitar os princípios e garantias fundamentais do Estado moderno.* (TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Tradução de Pierino Sani. **Revista da Esmafe**, Recife, vol. 06, p. 438, jul.-dez./2001)

[13] “A inicial é o projeto da sentença que o autor pretende do juiz. Deve ela, conseqüentemente, ter a coerência lógica e a correção jurídica que se impõem para a decisão acertada do conflito de interesses trazido a juízo pelo autor.”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1979, vol. III, p. 213)

[14] *A incerteza é uma fonte de gastos e de ineficácia* (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59).

[15] Semelhantemente à fundamentação de uma decisão judicial, se o critério de julgamento invocado na causa de pedir for princípios, valores, conceitos jurídicos indeterminados e/ou cláusulas abertas, deve ele ser indicado e conceituado clara e precisamente, ser objeto de argumentação racional que explique concretamente como eles incidem no caso em julgamento, e estar acompanhado da descrição dos fatos que foram considerados para se chegar à conclusão da ilegitimidade jurídica do ato administrativo (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016).

[16] “O *abuso de direito no processo*, que não é vetado nem sancionado por norma expressa e específica relacionada com a litigância de má-fé, constitui violação ao dever de boa-fé, imposto no art. 5º do Código de Processo Civil [...], o qual, por sua vez constitui projeção da exigência de boa-fé objetiva nas relações humanas, presente em uma verdadeira *regra geral de direito* contida no art. 422 do Código Civil.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II, p. 305).

[17] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, vol. I, p. 21.

[18] **Procedimento comum**: O pedido de tutela de urgência seria negado, abrir-se-ia a via do agravo de instrumento, seria confeccionado manualmente o mandato de citação (a citação não é automática no PJE), aguardar-se-ia o transcurso dos prazos de contestação e réplica, para só

depois com esse gasto de tempo e energia a sentença (improcedência do pedido com repetição da fundamentação acima) seria prolatada.

É bom lembrar que, apesar de o processo ser eletrônico, cada mudança de fase exige trabalho manual. Portanto, o processo entrou na “fila” da apreciação dos pedidos de tutela de urgência, e entraria em mais 04 “filas”: 1) a dos processos que aguardam a expedição de mandado de citação; 2) a dos processos cujos prazos de citação encerraram e aguardam a expedição da intimação para réplica; 3) a dos processos que aguardam serem enviados para a conclusão do gabinete; 4) a dos processos conclusos para sentença.

[19] CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Comentários ao código de processo civil (arts. 318 a 368)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[20] Chiovenda é até mais didático ao explicar *atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela* (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2022, p. 59). Em primeiro lugar, o juiz deve considerar se uma norma existe ou não (se há ou não a vontade abstrata da lei); se existir, será a premissa maior do raciocínio a ser desenvolvido na fundamentação da sentença. Em segundo lugar, o juiz deve considerar se os fatos escritos pelo autor estão dentro do programa normativo da premissa maior (a questão de fato é a premissa menor); se estiverem, a conclusão será a procedência do pedido, caso contrário, o julgamento será de improcedência. Surge, assim, a vontade concreta da lei.

[21] “*Julgar* quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando-se, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso [*fattispecie*] em exame”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. I, p. 20 - 21)

[22] “Fato jurídico é o que preenche os elementos de incidência da norma.”. (ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, p. 716)

[23] “A experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável.”. (DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196)

[24] Destoa da realidade pensar que o tempo e os estudos de dedicação da advocacia pública são exatamente os mesmos, quando se depara com uma demanda ajuizada por uma segurada especial em busca de salário-maternidade, e outra, cuja pretensão é a paralisação da construção de uma usina hidroelétrica ou de leilão de poços de petróleo ou de aeroportos.

[25] “O bem resultante da sentença padece, portanto, do desgaste, do *deficit* proveniente de despesas de obtenção e prejuízos causados pelo tempo de não uso, ou, pelo menos, não uso pacífico, por parte do seu titular.

Dessa contingência o processo, atividade humana, não se livra. Jamais logrará realizar justiça perfeita, isentando o resultado de um passivo, material, e também moral – pelas energias gastos, esperanças desfeitas, paixões incontidas.

Diminuir êsse passivo, sem prejudicar o acêrto da decisão, será tender para o ideal de justiça.

A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalhos a juízes e partes, de freiar gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com menor gravame possível.”. (LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Editora La Salle, 1953, p. 05 - 06)

[26] “La justificación del compromiso con la justicia proporcional era y es de carácter pragmático. Se basa en la aceptación de que sólo hay una cantidad limitada de recursos, financieros y temporales, a disposición de los tribunales. En consecuencia, con el fin de garantizar el acceso a la justicia para todos, debe conciliarse un equilibrio entre la necesidad de lograr una decisión precisa, el valor y el costo de adjudicación y la necesidad de garantizar el acceso efectivo a los recursos limitados para todos los litigantes (actuales y potenciales).”. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 252, p. 405 - 435, fev./2016.

[27] Apenas queremos lembrar que, por imperativo da segurança e da ordem, tôda a vida jurídica se pauta pelo princípio da justiça legal; se a cada um fôsse lícito decidir da justiça ou da injustiça das leis, a ordem jurídica sofreria em sua estabilidade.

Mas em relação ao juiz, como aplicador do direito, a rigidez do princípio comporta certo abrandamento. O juiz não é um autômato, u’a máquina de aplicar leis; é um órgão vivo do direito e a sua função, como tal, é até certo ponto complementar e corretiva da legislação. Ao aplicar a lei, tem de realizar um prévio trabalho de adaptação, de flexibilização, para melhor adequá-la às realidades da vida; e nisso sobrar-lhe margem para mitigar as asperezas da lei, para corrigir-lhe os desacertos, e para melhorá-la em função dos intêresses humanos que se destina a tutelar. As leis são normas abstratas, gerais e rígidas, ao passo que a vida humana nada tem de abstrata, é realidade concreta, de “sangue, suor e lágrimas”; ao estabelecer a equação entre ambas, deve o juiz manter um têrmo médio que lhe permita salvar a lei sem sacrificar a vida.

É nisso que consiste a equidade, no corrigir o excessivo rigor e a impessoalidade das leis, no aplicá-las com espírito de compreensão e humanidade – *justiça dulcore misericordiae temperata*. Não é uma forma especial de justiça, mas um critério de aplicação, que se refere a substância antes que a forma da lei. O juiz prêso à legalidade aplica a lei “tal qual soam os seus têrmos”, sem atenção ao resultado; o juiz equitativo tem a lei não como um fim em si mesma, mas como meio de realizar uma finalidade de justiça.

As normas jurídicas, por sua natureza e finalidade, têm de ser normas gerais e abstratas – gerais para enquadrar tôdas as hipóteses possíveis e abstratas para rejeitar o que há de particular a cada uma e ater-se ao que é comum a tôdas. Dêsse caráter de abstração e generalidade resulta não estarem nunca em equação com a realidade, havendo sempre um desajuste, uma desadaptação entre ambas; é como uma roupa talhada para servir a muitas pessoas e que acaba por não sentar bem em nenhuma. Daí o coeficiente inevitável de injustiça, inerente a todo direito; êste é justo no ideal de justiça que incorpora, mas injusto na maneira imperfeita por que o realiza, na deformação inevitável que lhe imprime, ao traduzi-lo em normas gerais e abstratas.

Essa fatalidade do direito exige, justifica a função da equidade. Enquanto a legalidade se cinge à aplicação pura e simples da lei, como norma, a equidade procura aplicá-la de maneira a realizar a sua finalidade, depurando-a, humanizando-a, para melhor ajustá-la ao que há de concreto, de pessoal em cada caso. A equidade é a justiça do caso particular. (NOBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1975, p. 32-34)

[28] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 20. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 269-270.

[29] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23 - 50, abr./2002.

[30] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 194 - 201.

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2010, p. 37 - 40.

[32] “O processo deve ser compreendido, estudo e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material.” ((DIDIER JR, Fredie. **Curso de processo civil**. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol. 01: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 38)

[33] “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”.

[34] “O instrumento, qualquer que ele seja, somente poderá ser avaliado enquanto tal, na medida em que harmonize com a finalidade e os objetivos a que o mesmo se destine. Nenhum instrumento é, em si mesmo, mau; e nem, ao contrário, poderá ser intrinsecamente bom, independentemente de sua maior ou menor aderência à finalidade para a qual fora concebido e criado.

Contudo – e nisto reside a suprema sabedoria da coerência consigo mesmo – os que preferirem as excelências da ordinaryidade haverão de aceitar, com o procedimento ordinário, tanto suas virtudes quanto seus defeitos. E não poderão lamentar-se da morosidade natural de nossos instrumentos jurisdicionais.”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais. Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102)

[35] Conforme o E-Siest, em 2017, foram distribuídos 1.140 processos novos; em 2018, 1.276; em 2019, 2.290, em 2020, 1.783, em 2021, 2.317, em 2022, 2.503. Logo, houve um aumento de 120% na distribuição de processos novos entre 2017 e 2022, apesar da diminuição de recursos humanos na 1ª Vara Federal.

[36] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. I, p. 89 - 94.

SENTENÇA

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Procedência. Irregularidades na gestão dos recursos públicos federais provenientes de precatório do fundo de Manutenção E de desenvolvimento do ensino fundamental e devalorização do magistério (FUNDEF, Atual Fundeb) Que foram destinados ao município de Marituba/Pa.

Processo nº 1004878-56.2019.4.01.3900.

Juiz Federal Substituto Henrique Jorge Dantas Da Cruz

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Mário Henrique Lima Biscaro e Kátia Cristina de Souza Santos, com o fim de condená-los por atos de improbidade com base nos fatos a seguir expostos:

As atuações do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará e da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio do Relatório de Fiscalização nº 201801147, constataram irregularidades na gestão dos recursos públicos federais provenientes de Precatório do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF, atual FUNDEB) que foram destinados ao Município de Marituba/PA.

Os referidos recursos foram repassados pela União ao Município de Marituba/PA, por precatório, em 01 de fevereiro de 2017, no montante de R\$ 62.113.226,10 (sessenta e dois milhões, cento e treze mil, duzentos e vinte e seis reais e dez centavos), referente ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF.

Apesar do objeto mais amplo do Relatório de Fiscalização nº 201801147 da CGU, as irregularidades objeto da presente inicial se restringem à constatação 2.2.3 (fls. 3874/3880), segundo o qual MÁRIO HENRIQUE LIMA BISCARO, na função de Prefeito de Marituba/PA, no mandato 2017/2021, e sendo, portanto, gestor financeiro dos recursos recebidos pela municipalidade do FUNDEF/FUNDEB, utilizou indevidamente os recursos advindos do precatório do FUNDEF, no total de R\$ 48.621.242,04 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e um mil, duzentos quarenta e dois reais e quatro centavos), e não comprovou a utilização de R\$ 19.367.762,14 (dezenove

milhões, trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos) em ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica.

A Controladoria Geral da União, de acordo com o Relatório de Fiscalização nº 201801147, analisando o extrato bancário da conta específica do FUNDEB na qual o Município de Marituba recebeu o valor referente ao Precatório (Conta Corrente nº 12244-0, Agência nº 4132-7, Banco do Brasil), constatou as transferências listadas a seguir: [sic]

[...]

Da primeira análise feita é possível verificar que o montante decorrente das transferências ora questionadas como irregulares foi maior do que o valor recebido a título do Precatório - que originalmente foi de R\$ 62.113.226,10 (sessenta e dois milhões, cento e treze mil, duzentos e vinte e seis reais e dez centavos). Enquanto que o valor das transferências, conforme cálculo acima, foi de R\$ 69.118.606,65 (sessenta e nove milhões, cento e dezoito mil, seiscentos e seis reais e sessenta e cinco centavos), sendo que as informações da Prefeitura frisam que seriam todos decorrentes do referido Precatório.

De acordo com as constatações, o valor referente ao Precatório, no montante de R\$ 62.113.226,10 (sessenta e dois milhões, cento e treze mil, duzentos e vinte e seis reais e dez centavos), foi distribuído pela Prefeitura de Marituba da forma a seguir discriminada:

[...]

Mediante Ofício nº 123/2018 – SEFIN, o réu informou que as

transferências realizadas à Beltrão & Visalli e ao Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará (SINTEPP) decorreram de acordo realizado entre este e a Prefeitura Municipal de Marituba, nos autos da Ação Ordinária nº 0663074-45.2016.8.14.0133, relativamente à utilização de recursos recebidos a título do Precatório advindo do Processo nº 0010032-29.2006.4.01.3900.

Ocorre que o referido acordo não foi homologado pelo Poder Judiciário, não estando, portanto, revestido de legalidade. Ademais, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1824/2017-Plenário, de 23/08/2017, firmou o seguinte entendimento acerca dos recursos federais, decorrentes da complementação da União ao FUNDEF/FUNDEB:

[...]

Sendo assim, não deve prosperar a alegação da Prefeitura Municipal de Marituba, mediante Ofício nº 480 de 01/11/2018, de que “todos os atos praticados pelo Município foram pautados a partir da posição do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará exarada na Resolução TCM nº 12.566”, que, na interpretação da Prefeitura daria suporte para a utilização dos recursos advindos do Precatório FUNDEF (Processo nº 0010032-29.2006.4.01.3900) de forma desvinculada à educação.

Isso porque, conforme disposto na própria Resolução nº 12.566/2016, para que os recursos advindos do referido Precatório estivessem desvinculados da educação, seria necessário que o Município, por meio de seu gestor, comprovasse no caso concreto – o que não ocorreu - que durante os exercícios apurados para fins de ressarcimento, tenha efetivamente cumprido com os limites de despesas com

a educação, conforme trecho do voto, a seguir colacionado, aprovado por unanimidade pelos Conselheiros do TCM/PA, integrante da citada Resolução:

[...]

Assim, quando o Prefeito de Marituba, MÁRIO HENRIQUE BÍSCARO, pactou com o SINTEPP o pagamento pelos cofres públicos do escritório de advocacia contratado pelo ente privado, desprezou as normas de legalidade e moralidade administrativa, submeteu ao interesse particular o patrimônio da sociedade que deveria ser gasto na educação fundamental, transgrediu as regras licitatórias e despendeu valor desproporcional ao serviço prestado pelos advogados que, ressalte-se, foram contratados pelo SINTEPP, ou seja, o pagamento de cerca de R\$ 7,4 milhões de reais para um ajuste que sequer foi homologado pelo Poder Judiciário, sem adentrar na qualidade do ato processual que deu origem à ação proposta pelo Sindicato à 1ª Vara Cível de Marituba, cuja petição inicial não foi admitida e se encontrava pendente de emenda por ordem judicial.

Frise-se, os escritórios de advocacia representados pelos advogados Fabrício Beltrão de Britto e Walmir Moura Brelaz foram os representantes do SINTEPP na dita ação ordinária não conhecida pelo magistrado do 1º grau e sequer emendada sua petição inicial como determinado e, notadamente, não homologado o termo de acordo a que se obrigou a municipalidade.

Nessa linha é possível demonstrar que a ação ordinária ora referida, interposta pelo SINTEPP, sob nº 0663074-45.2016.8.14.0133, serviu tão somente para dissimular a forma de pagamento dos honorários advocatícios com verba oriunda

do precatório de mais de R\$ 62,1 milhões de reais, vez que tal proceder diretamente pelo ente estatal, sem processo licitatório, é alvo de ampla investigação pelos órgãos de controle e reiterada reprimenda pelo Poder Judiciário, pois há interpretação restritiva dos requisitos de singularidade do serviço, impossibilidade de competição entre potenciais contratados e a notória especialização destes.

Dentre os diversos indícios de que o acordo firmado entre a municipalidade e o SINTEPP para pagamento de honorários advocatícios foram apenas conduta dissimulada do Prefeito de Marituba para burlar a contratação sem licitação do escritório de advocacia está o fato de que o acordo foi firmado entre os entes extrajudicialmente, antes mesmo de ter ocorrido a citação do município na ação proposta pelo SINTEPP, e antes mesmo do SINTEPP ter realizado a emenda à inicial que fora ordenada pelo juízo.

Frisando-se que o termo de acordo entre Marituba e SINTEPP foi assinado pelo Prefeito Municipal MARIO HENRIQUE BISCARO (fls. 3173/3175), pelo Procurador Municipal não identificado e pelos advogados do SINTEPP Fabrício Beltrão de Britto (OAB/PB 16.253-B) e Walmir Moura Brelaz (OAB/PA 6.971).

Ademais, é possível verificar na cláusula quinta do acordo entre a Prefeitura de Marituba e o SINTEPP, que, na verdade, os denominados “honorários advocatícios” não se prestam apenas ao pagamento dos causídicos o que por si só já seria irregular, como exposto acima -, mas também ao Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Estado do Pará (fls. 3174).

Tal procedimento não tem nenhuma autorização legal,

representando, pelo contrário, indevida transferência de recursos públicos à instituição de natureza privada, violando os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da CF/88, bem como as normas de probidade administrativa, orçamentárias e de responsabilidade fiscal.

Atuando em conjunto com o gestor municipal, nos atos ora apurados, está a Secretária Municipal de Educação, KÁTIA CRISTINA DE SOUZA SANTOS, responsável por assinar todos os empenhos e liberação dos recursos que já se descreveu, conforme Nota de Empenho e Nota Fiscal com atesto disposta a seguir:

Somado a isso, quanto ao total de R\$ 20.497.364,61 (vinte milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e um centavos) que seriam aplicados em ações referentes à educação, verificou-se, de acordo com análise do Controle Interno do Relatório de Fiscalização nº 201801147 da CGU, que a PMM, mediante seu gestor municipal, comprovou apenas a utilização, em ações relativas à educação, do total de R\$ 1.129.602,47 (um milhão, cento e vinte e nove mil, seiscentos e dois reais e quarenta e sete centavos), transferidos à conta nº 25.483-5, agência nº 4132-7, BB, da Secretaria Municipal de Educação de Marituba. Deixou o requerido, portanto, de comprovar a utilização do total de R\$ 19.367.762,14 (dezenove milhões, trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos), nos termos da Lei nº 11.494/2007.

Cabe ressaltar ainda, conforme constatado pelo Relatório nº 201801147 da CGU, que a PMM, por seu gestor ora demandado, transferiu para outras contas o montante de R\$ 63.901.065,66 (sessenta e três milhões, novecentos e um mil, sessenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), incluindo o

total de R\$ 20.497.364,61 (vinte milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e um centavos) que seria utilizado de forma vinculada à educação, deixando de garantir a finalidade e rastreabilidade desses valores, conforme o Acórdão nº 1824/2017-Plenário, de 23-08/2017.

Ademais, segundo Análise do Controle Interno do Relatório da Controladoria-Geral da União, constatou-se, mediante documentos comprobatórios apresentados pela PMM, despesas na área da educação no valor total de R\$ 11.071.984,23 (onze milhões, setenta e um mil, novecentos e oitenta e quatro reais e vinte e três centavos). Esse valor foi debitado a três contas correntes, conforme tabela abaixo:

[...]

Assim, da leitura dos autos, não se pode fugir à conclusão de que houve grave omissão por parte do requerido e o emprego irregular de verbas, haja vista que o demandado MÁRIO BÍSCARO se manteve inerte em seu dever de prestar contas, bem como aplicou indevidamente recursos do FUNDEB e dos precatórios do FUNDEF, ao efetuar pagamentos a escritório de advocacia e ao SINTEPP, mediante acordo firmado indevidamente com este sindicato.

Constatados, pois, o uso indevido dos recursos advindos do precatório do FUNDEF/FUNDEB, no total de R\$ 48.621.242,04 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e um mil, duzentos quarenta e dois reais e quatro centavos) e a ausência de comprovação da utilização de R\$ 19.367.762,14 (dezenove milhões, trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos) na área da educação, bem como a origem federal das verbas e a

responsabilidade e consciência do agente público, constituídos estão, em síntese, elementos suficientes à condenação por ato de improbidade administrativa.

E, assim, da soma das duas irregularidades descritas, alcança-se o valor da presente causa, a que requer a condenação dos requeridos e o ressarcimento ao erário: R\$ 67.989.004,18 (sessenta e sete milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quatro reais e dezoito centavos). [sic]

O réu Mario apresentou manifestação nos seguintes termos (doc. 138759891):

a) “as jurisprudências [sic] dos Tribunais Regionais Federais pátrios que abarcam as municipalidades que possuem interesse de agir vem se sedimentando no sentido de determinar a vinculação dos recursos oriundos do pagamento de diferenças devidas ao FUNDEF, a título de complementação do VMNA, à promoção da manutenção e desenvolvimento da educação básica e à valorização dos profissionais da educação, observada a regra de aplicação de proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério”; b) “a Administração Pública seguiu os ditames legais, notadamente o princípio da legalidade, ao pagar abono aos professores da educação em efetivo exercício na rede pública municipal”; c) “Considerando que o Acordo Extrajudicial firmado com o SINTEPP fixou um percentual total de apenas 45% (quarenta e cinco por cento) dos R\$37.267.935,66 (trinta e sete milhões, duzentos e sessenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos), de aproveitamento financeiro direto aos servidores (25% para ser rateado entre os profissionais do magistério e 20% para pagamento de honorários dos advogados contratados pelo SINTEPP),

significa dizer que a Administração Pública economizou R\$20.497.364,61 (vinte milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e um centavos) do valor total que certamente seria destinado aos servidores”; d) “os honorários advocatícios devidos pelo SINTEPP aos seus advogados foram pagos do montante devido aos representados do sindicato, os professores, e do qual poderiam dispor, assim como fizeram ao autorizarem o pagamento por meio do município na CLÁUSULA QUINTA”.

Foi proferida decisão direcionada à parte autora nos seguintes termos:

Com base no art. 321 do CPC, intime-se a parte autora para, no prazo de 15 dias:

1 – indicar onde estão as provas dos fatos: a) acordo firmado entre o Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará – SINTEPP e o município de Marituba/PA acerca da utilização de recursos recebidos a título do precatório advindo do Processo nº 0010032- 29.2006.4.01.3900; b) pacto entre município de Marituba/PA e o SINTEPP de pagamento pelos cofres públicos dos escritórios de advocacia contratados pelo ente privado; c) recebimento dos recursos “referentes ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF” e a sua aplicação irregular; d) a omissão na prestação de contas dos recursos recebidos do FUNDEF.

2 – esclarecer acerca da conduta ímproba imputável à ré Katia Cristina de Souza Santos, já que a fundamentação jurídica da exordial é direcionada apenas ao réu Mario Henrique de Lima Biscaro e o contorno fático da peça afirma que ela era “responsável por assinar todos os empenhos e liberação dos recursos que já se descreveu”.

Intimado, o MPF assim se manifestou (doc. 167564876):

Destarte, respondendo à alínea “a” do questionamento nº 1 feito por este MM. juízo, às fls. de nº 7375/7377 (ID nº 86620083) pode ser encontrado o acordo firmado entre o SINTEPP e o Município de Marituba/PA acerca da utilização dos recursos provenientes do valor do precatório - relativo a recursos do FUNDEF/FUNDEB - advindo do processo nº 0010032-29.2006.4.01.3900, conforme abaixo colacionado:

[...]

No mesmo acordo supra, verifica-se, em sua cláusula quinta, a autorização pelos transatores para o pagamento, a título de honorários advocatícios, do montante equivalente a 20% (vinte por cento) do valor global destinado à educação (correspondente a 60% do total do crédito), e no parágrafo primeiro da mesma cláusula, consta a divisão da porcentagem de valores a serem recebidos, dentre o montante de 20% citado, a título de honorários advocatícios, pelo SINTEPP, BELTRÃO E VISALLI ADV. E CONS. TRIBUTÁRIA E WALMIR MOURA BRELAZ, respectivamente. Logo, encontra-se esclarecida a alínea “b” do questionamento de nº 1.

Por sua vez, a comprovação do recebimento pelo Município de Marituba/PA do valor de R\$ 62.113.226,10 (sessenta e dois milhões, cento e treze mil, duzentos e vinte e seis reais e dez centavos) referente ao Precatório relacionado ao pagamento de diferenças relativas à complementação do FUNDEF (antigo FUNDEB) pode ser comprovado mediante extrato bancário referente à conta corrente bancária de nº 12244-0, agência nº 4132-7, Banco do Brasil, de titularidade da Prefeitura Municipal de Marituba/PA (doc. de ID nº 86620083), colacionado a seguir:

[...]

O recebimento do valor do precatório também pode ser constatado no documento juntado na Representação feita pelo Grupo de Moradores de Marituba contra os requeridos (doc. de ID nº 86254076), relativo ao extrato das movimentações financeiras da PMM referentes aos recursos do FNDE, abaixo colacionado:

[...] Relativamente ao questionamento feito pelo juízo à alínea “d”, conforme foi constatado no relatório da Controladoria Geral da União (doc. ID nº 86254076), a omissão da PMM ocorreu na medida em que comprovou apenas a utilização de R\$ 1.129.602,47 (um milhão, cento e vinte e nove mil, seiscentos e dois reais e quarenta e sete centavos) advindos do Precatório e transferidos à conta da nº 25.483-5, agência nº 4132-7, BB, da Secretaria Municipal de Educação de Marituba, tendo a PMM transferido para outras contas o montante de R\$ 63.901.065,66 (sessenta e três milhões, novecentos e um mil, sessenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), incluindo o total de R\$ 20.497.364,61 (vinte milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e um centavos) que seriam utilizados de forma vinculada à educação, deixando de garantir a finalidade e a rastreabilidade desses valores, conforme extrato bancário da c/c nº 12244-0, agência nº 4132-7 (doc. ID nº 86620083) e extrato das movimentações financeiras referentes aos recursos do FNDE (doc. ID nº 86254076):

[...]

Por fim, quanto ao questionamento de nº 2 realizado pelo MM. Juízo, esclarece-se que restaram patententes as atitudes ilegais de KÁTIA CRISTINA na medida em que, exercendo ela o cargo

público de secretária municipal de educação do município de Marituba/PA, era a responsável por assinar todos os empenhos e fazer a liberação dos recursos já descritos, conforme atestam os documentos abaixo:

[...]

Sendo assim, a Requerida ao assinar os documentos acima colacionados, permitiu a aplicação irregular dos recursos referentes ao pagamento de diferenças relacionadas à complementação do FUNDEF, ensejando irregularidades resultantes do uso para fim diverso do permitido. Logo, incorreu em violação ao art. 10, caput, da Lei nº 8.429/1992, bem como ao art. 11 do mesmo dispositivo legal, posto que suas ações atentaram contra a moralidade administrativa e o princípio da legalidade, conforme transcrito: [sic]

Os réus Mario e Kátia, em petição conjunta, apresentaram manifestação nos seguintes termos (doc. 197034392): a) incompetência da Justiça Federal para julgar o caso, diante da ausência de qualquer ente elencado no art. 109, I, da CRFB; b) “No que toca ao pagamento dos honorários advocatícios e do sindicato, que é objeto da presente ACP, os acusados já foram condenados pelo TCM/PA, que determinou a devolução dos valores. Admitir a continuidade da presente ação, neste ponto, é permitir o bis in idem, inadmissível no ordenamento jurídico.”; c) “o acordo foi celebrado em 08 de dezembro de 2016, sendo que a Secretária Kátia Cristina (ré) tomou posse como secretária municipal de educação em 05 de janeiro de 2017.”; d) “deve o feito ser remetido ao Ministério Público Federal, para oferecer proposta de não persecução cível, consistente em obrigação do atual gestor (ora réu), juntamente com o Município, de investir o percentual obrigatório na área de educação, levando em conta os valores pagos a título de precatório, sem prejuízo de outras condições que o parquet federal entender cabíveis.”.

Em cumprimento à decisão de 20/04/2020, foi regularizada a representação processual da parte demandada.

A decisão doc. 242462902 rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça Federal, de bis in idem e ilegitimidade passiva e determinou as seguintes providências:

No presente caso, há fortes indícios de materialidade e autoria de que (1) o réu Mario pactuou, na condição de prefeito do município de Marituba/PA, um acordo com o Sintep para utilização das verbas do Fundeb/Fundef para pagamento de honorários, bem como aplicou irregularmente e desviou as verbas do fundo para áreas diversas da educação, e (2) a ré Kátia liberou atestou os pagamentos dos honorários advocatícios para o Sintep e o escritório Beltrão e Visalli Advocacia e Consultoria Tributária.

Com relação à conduta de transferir R\$ 63.901.065,66 para outras contas, a petição inicial e sua emenda não apontaram sua autoria, pois a atribuiu para a Prefeitura Municipal de Marituba, e não para um dos requeridos.

[...]

6. Nos termos do art. 238 do CPC, a citação é o ato pelo qual o réu é convocado a integrar a relação processual. Na sistemática da ação de improbidade administrativa, possibilita-se ao réu, após convocado para integrá-la, manifestar-se por escrito, cuja peça pode ser instruída com documentos e justificações, antes do juízo de admissibilidade da petição inicial.

No presente caso, a parte demandada compareceu espontaneamente aos autos, oportunidade na qual se manifestou contra os termos da petição inicial. Portanto, é dispensado novo ato formal de citação, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC. Ademais, já fez uso da prerrogativa do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992. Assim, após ultimadas as

diligências de restrição patrimonial, a Secretaria deverá enviar os autos para o MPF analisar a possibilidade de solução consensual (art. 17, § 10-A, da Lei 84.29/1992). Caso não seja se chegue à autocomposição, a parte ré será intimada para, se quiser, apresentar/ratificar argumentos/documentos e especificar as provas que pretende produzir (fase do art. 17, § 9º, da Lei 8.429/1992). Por fim, réplica e provas.

7. POSTO ISSO:

a) rejeito as preliminares, recebo a petição inicial, e defiro o pedido liminar e, por conseguinte, decreto a indisponibilidade dos bens de Mário Henrique Lima Bísvaro e Kátia Cristina de Souza Santos no importe de R\$ 7.453.587,13, devendo ser adotadas as medidas restritivas por meio de BACENJUD, RENAJUD e CNIB, observando se, em todo caso, as limitações legais.

b) ultimadas as providências, remetam-se os autos ao MPF para, no prazo de 30 dias, se manifestar sobre a possibilidade de solução consensual (art. 17, § 10-A, da Lei 84.29/1992).

c) caso não seja se chegue à autocomposição, intime-se a parte ré para, se quiser, apresentar /ratificar argumentos/documentos e especificar as provas que pretende produzir (fase do art. 17, § 9º, da Lei 8.429/1992).

d) por fim, réplica e provas.

Sendo requerido mais prazo para fins do item b, fica desde já deferido.

Intimado, o MPF se manifestou nos seguintes termos (doc. 279772380):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por meio do Procurador da República que esta subscreve, vem, em cumprimento à decisão ID 242462902, informar que, não obstante os requeridos também terem sido intimados não manifestaram nada nos autos ou fora dos autos acerca de eventual composição. Assim, o MPF manifesta-se favorável a possibilidade de celebração de acordo para solução consensual, caso V.Exa. Entenda cabível, em audiência a ser designada para este fim.

Os requeridos apresentaram proposta de acordo (doc. 326745846) nos seguintes termos:

- PROPOSTA DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES EM EXCESSO devidamente corrigidos, na proporção de 2/5, totalizando a devolução de R\$ 630.513.,284 a ser pago pelo Sr. Mário e R\$ 630.513,284 a ser pago pela Sra. Katia, mas que será custeado também pelo réu Mário, considerando que a ré Kátia apenas assinou o empenho sem participar do acordo celebrado com o sindicato e não tem recursos para devolver qualquer valor
- Requer-se que seja autorizado, de imediato, por esse douto Juízo a abertura de conta judicial vinculada aos autos, para pagamento da importância de R\$ 1.261.026,56 em nome dos dois réus, para depósito em 30 dias, reconsiderando a decisão que determinou o bloqueio dos R\$ 7.453.617,13;
- A intimação do MPF para se pronunciar, mas autorizando depósito, de imediato, do valor de R\$ 1.261.026,56.
- A designação de audiência com MPF para buscar acordo

de não persecução cível;

Obs. Importante, há sinalização por parte dos beneficiários do valor pago a maior (sindicato e advogados), de devolução dos recursos na ordem de 3/5, sugerindo-se que da audiência sejam também convocados, considerando que respondem a processo nessa Vara, com o mesmo objeto, por improbidade, 1004970-34.2019.4.01.3.900.

A decisão doc. 336366377 determinou:

Intime-se o MPF para, no prazo de 15 dias, ter ciência da proposta da parte ré e, havendo viabilidade de negociação, dizer se as tratativas ocorrerão extrajudicialmente ou se pretende apenas mediante audiência judicial.

O MPF apresentou manifestação (doc. 470877883) nos seguintes termos:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República signatário, vem nos autos do processo em epígrafe, tomar ciência da decisão de ID 336366377, e informar que há possibilidade de realização de acordo.

Porém, o MPF quer propor novos valores e parâmetros para a negociação, visto que o conteúdo apresentado ainda está abaixo do mínimo adequado.

Ademais, o MPF entende que as tratativas podem ocorrer extrajudicialmente, e que eventuais resultados da negociação serão encaminhados para apreciação de V. Exa.

Os requeridos apresentaram manifestação (doc.861759080) nos seguintes termos:

4. CONCLUSÃO

Do esposado, a partir do novo marco legislativo da lei de improbidade administrativa, Lei 14.230/21, REQUER-SE que seja reapreciado o pedido de indisponibilidade de bens, para o fim de afastar a constrição determinada.

Esclarece, por oportuno, que desiste da proposta de não persecução cível.

A decisão doc. 919589172 determinou:

Chamo o feito à ordem para evitar nulidades prejuízos e surpresa às partes, e retornar o processo ao trilho correto e eficiente.

1. A discussão das partes sobre eventual acordo não evoluiu, e a parte ré já não tem mais interesse de entabulá-lo. Por isso, o processo seguirá o curso já traçado na decisão doc. 242462902, ou seja, a parte ré será intimada para, se quiser e no prazo de 15 dias, apresentar/ratificar argumentos, juntar documentos e especificar as provas que pretende produzir. Após, o MPF será intimado para réplica e especificar as provas que pretende produzir.

2. Essas manifestações devem observar a nova legislação.

O deferimento do pedido de decretação de indisponibilidade (regra de direito processual) passou a, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.429/1992, exigir “a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo” e a oitiva prévia do réu. E, caso deferido, apenas na inexistência veículos, navios, aeronaves, bem imóveis, pedras e metais preciosos, etc., no nome do

réu, é que haverá o bloqueio de contas bancárias.

Uma leitura sistemática da Lei 14.230/2021 revela que a petição inicial deve: (1) trazer a materialidade, a autoria e o dolo (“vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” – art. 1º, § 2º da Lei 8.429/1992); (2) apontar qual o suporte probatório que dá sustentação à essa conclusão (materialidade, a autoria e o dolo); (3) vir acompanhada desse suporte; (iv) tipificar ato de improbidade administrativa imputável ao réu.

No presente caso, os indícios materialidade e a autoria já foram tratados na decisão doc. 242462902. Em todo caso, as partes terão oportunidade de se manifestarem sobre (i) a incidência da nova disciplina legal sobre o caso, (ii) a prova do perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo necessário para o deferimento do pedido de indisponibilidade, (iii) a tipificação de cada ato de improbidade administrativa imputável a cada réu.

A próxima decisão será a prevista no art. 17, § 10-C, da Lei 8.429/1992.

POSTO ISSO:

(a) intime-se a parte ré para, no prazo de 15 dias, apresentar/ratificar argumentos, juntar documentos, especificar as provas que pretende produzir, e se manifestar sobre os referidos itens i, ii e iii;

(b) intime-se a parte autora para, no prazo de 15 dias, apresentar réplica, especificar as provas que pretende produzir, e se manifestar sobre os referidos itens i, ii e iii.

Os requeridos apresentaram contestação (doc.955777690) nos seguintes

termos:

1) INCOMPETÊNCIA

Incompetência da Justiça Federal para tratar deste assunto.

Em recente decisão sobre o mesmo tema, no qual constou como réus os supostos beneficiários da improbidade (advogados), autos 1044476- 46.2021.4.01.3900, esse juízo decidiu que a competência é da Justiça Estadual e encaminha o mesmo para o TJPA.

Portanto, considerando que foram protocolados dois processos com a mesma temática, sendo estes autos contra os gestores e os supramencionados contra os beneficiários do ato de improbidade, deve ser reconhecida a incompetência, levantada a constrição por determinada por Juízo absolutamente incompetente e encaminhado o feito à Justiça Estadual.

2) A INÉPCIA DA INICIAL COM MUDANÇAS NA LIA

O Ministério Público Federal ajuizou esta ação civil pública em face dos petionantes, com base no art. 10, II da Lei 8429/92.

Acontece que a partir do advento da Lei nº 14.230/21, de 25/10/21, os atos que gerem dano ao erário podem ser penalizados, com base no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) nº 8.429/92, somente na modalidade dolosa.

Quer dizer que, a partir da alteração da LIA, todas as hipóteses de punição por improbidade são dolosas.

Antes da alteração legislativa, permitia-se, além do dolo, a punição com base no art. 10 da Lei nº 8429/92 (LIA), quando o agente público, culposamente, gerasse prejuízo ao erário.

Mas qual o conceito de culpa admissível para fins de punição a título de improbidade administrativa, antes do advento da Lei nº 14.230/21?

O conceito de culpa do agente público foi trazido, não na LIA, mas pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, que permite a punição tão somente quando houver erro grosseiro.

Mas o que é erro grosseiro?

Qual seu alcance?

Esses questionamentos demandam a seguinte constatação: por ter amplitude indeterminada, necessita de delimitação exegética, pois a subjetividade do que vem a ser erro grosseiro permitiu espaço para insegurança jurídica.

Assim sendo, a fixação de parâmetros, com a compreensão da exata delimitação do alcance do art. 28 da LINDB que exige a necessidade a caracterização do erro grosseiro como *conditio sine qua non* para responsabilização administrativa por improbidade administrativa por danos ao erário na modalidade culposa, é medida que se impõe, como forma de trazer maior segurança jurídica ao gestor público que, mesmo diante de multiplicidade de situações, passou a ter maior liberdade de agir, à medida que se impôs efetivas restrições à responsabilização do agente público.

O Congresso Nacional, atento a essa necessidade de trazer maior segurança jurídica na atuação administrativa, promoveu a alteração do art. 28 da LINDB que introduziu o conceito de erro grosseiro como condição indispensável para punição culposa do agente público e, mais recentemente, pela aludida Lei nº 14.230/21 que alterou a LIA.

Para definir o conceito de erro grosseiro, previsto no artigo 28 da LINDB e que persiste no ordenamento jurídico, mas não mais para fins de punição a título de improbidade administrativa, à medida que foi excluída a modalidade culposa como hipótese de punição na LIA, faz se necessário verificar alguns instrumentos normativos capazes de parametrizá-lo.

A parametrização do que vem a ser erro grosseiro adveio com o Decreto Federal nº 9.830/2019, em 10/06/2019, que fixou contornos mais precisos sobre a conceituação, definindo o erro grosseiro como àquele inescusável, com culpa grave e elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, artigo 12, § 1º.

A regulamentação federal adentrou também em algumas temáticas que geravam grande insegurança jurídica, dentre elas destaca-se a regulamentação que afastou, expressamente, a natureza do erro grosseiro em virtude de expressivo prejuízo gerado ao erário, considerando que o montante de eventual dano, de per si, é incapaz de atrair a responsabilidade do agente público, artigo 12, § 5º.

Outra temática que foi objeto de regulamentação, é que a opinião técnica não se estende ao agente público que fundamentou sua decisão como base em tal opinião, a menos que esta esteja pautada em dolo ou erro grosseiro, artigo 12, § 6º.

Nesse ponto, emerge que não há falar em erro grosseiro, à medida que que a ré Kátia Santos, secretária municipal de educação à época dos fatos, simplesmente assinou o empenho para pagamento ao sindicato dos valores retidos e autorizados pelos servidores no acordo e em audiência pública, tendo tomado posse como secretária municipal de educação em 05 de janeiro de 2017, não participou (subscreveu) o acordo ocorrido em dezembro de 2016. (Anexo 4)

Como o acordo já tinha sido celebrado, cabia a ré Kátia, que ingressou em janeiro de 2017, em assinar o empenho que estava lastreado em acordo celebrado anteriormente, bem como em parecer jurídico que dava sustentação ao pagamento.

Sobre a existência de pareceres técnicos e jurídicos que lastreavam o pagamento, infere-se que a responsabilidade do réu Mário também deve ser afastada, pois, com base no aludido Decreto Federal, art. 12. “O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

“§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Ora, se existia pareceres jurídicos dando sustentação ao ato, jamais poderia atrair o erro grosseiro que era condicio sine qua non, a partir do art. 28 da LINDB.

Com muito mais razão agora que restou afastada a punição culposa da improbidade administrativa.

2.1) DESDOBRAMENTOS DA EXCLUSÃO DA MODALIDADE CULPOSA, PELA LEI Nº 14.230/21

É bem de ver que o Ministério Público Federal não apontou o dolo, muito menos o erro grosseiro na exordial, que era elemento indispensável para aplicação de qualquer punição.

Acontece que a Lei nº 14.230/21, recentemente promulgada, afastou a culpa e permite a punição apenas a título de dolo nas três modalidades da LIA (enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação de princípios).

Diante desse novo cenário em que não há falar em punição culposa nas ações de improbidade administrativa, quais as consequências que exsurtem em relação aos processos em que houve ato constrictivo?

As alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21 são mais benéficas aos réus e, portanto, retroagem.

O art. 5º, XL da Constituição Federal estabelece a irretroatividade da lei penal, exceto para beneficiar o réu.

Apesar do comando constitucional ser voltado para área criminal, aplica-se à improbidade administrativa, tendo em conta que a retroatividade da lei mais benéfica é voltada para inibir o poder punitivo do Estado.

Nesse sentido de que o art. 5º, XL, da Constituição Federal é aplicável no direito administrativo sancionador, é o entendimento do STJ.

Quer dizer, portanto, que a nova Lei 14.230/2021 também

enseja a reanálise da liminar concedida de indisponibilidade de bens.

Conforme dito alhures, a inicial não descreve se a conduta foi dolosa ou culposa, sendo que agora a nova legislação impõe, além da análise de dolo, a demonstração de dolo específico.

Importante ressaltar que muito embora o conceito de dolo genérico e específico fosse discussão doutrinária travada no âmbito do direito penal, com a alteração legislativa, não basta o dolo genérico consistente em consciência e vontade de praticar um ilícito penal.

É necessário mais.

Exige-se o dolo específico, pois o § 2º, do art. 1º da Lei 8429/92, passa a impor a consciência e vontade de praticar o ilícito tipificado nos artigos 9º, 10º e 11º, não bastando a voluntariedade do agente.

Quer dizer não basta a mera voluntariedade do agente, é a consciência e vontade de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente"

Infere-se, portanto, que a própria definição de dolo para fins de caracterizar a improbidade administrativa teve alcance modificado, o que necessariamente irá impactar na presente ação, ensejando levantamento da constrição liminar determinada.

2.2) NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL PARA DECRETAÇÃO INDISPONIBILIDADE DE BENS

Outra reflexão não menos importante, foi que o legislador nacional, contrariando o entendimento do STJ no repetitivo 701 e que estabelecia a desnecessidade de comprovação do periculum in mora para decretação de indisponibilidade dos bens, passou a exigir a demonstração concreta de que o réu está a dilapidar ou ocultar bens patrimoniais, a fim de frustrar eventual condenação futura.

2.3) CONTEÚDOS LEGAIS INEXISTENTES NA PETIÇÃO INICIAL

Segundo a decisão de vossa excelência nestes autos “uma leitura sistemática da Lei 14.230/2021 revela que a petição inicial deve:

(1) trazer a materialidade, a autoria e o dolo (“vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” – art. 1º, § 2º da Lei 8.429/1992);

Não há no pedido inicial qualquer prova, documento, relato ou testemunho que possam fundamentar as alegações de improbidade dos contestantes pelo respeitável procurador.

Apenas cita pareceres de relatório preliminar da CGU do ano de 2018 com apontamentos contábeis sanáveis e que aguardavam posicionamentos dos responsáveis pela contabilidade do município. Tais assuntos são objetos de prestações de contas que ainda tramitam no TCM-PA.

Não há sequer um ato que demonstre a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito apontado. Pelo contrário o podemos verificar é a vontade pública de um agente que, dentro de suas prerrogativas e deveres exigidos em Lei Orgânica, administrou os interesses dos servidores

públicos (defendidos por seu sindicato) e os interesses legítimos de outras áreas da administração pública que desejavam investimentos.

Erros administrativos foram reconhecidos e ações administrativas e jurídicas foram tomadas para corrigi-los.

Portanto, não há qualquer prova do dolo apontado pelo Ministério Público contra o gestor Mário e gestora educacional Kátia. Não há documentos, não há testemunhos, que corroborem a acusação de improbidade administrativa em relação aos pagamentos acordados entre Servidores Públicos e Sindicato da Categoria.

(2) apontar qual o suporte probatório que dá sustentação à essa conclusão (materialidade, a autoria e o dolo);

Dos dois documentos apresentados pelo MPF nos autos temos:

a) A cópia do acordo que demonstra a boa-fé do gestor e dos representantes dos servidores. Documento público e amplamente divulgado entre a categoria em duas audiências públicas devidamente documentadas. Ou seja, a cópia do Termo de Acordo só confirma que o acordo não foi feito as escuras como quis fazer parecer o respeitável membro do MPF.

b) As cópias dos empenhos e liquidação de empenhos também corroboram a publicidade e devido processo para que o sindicato recebesse os valores retidos dos professores e autorizados por estes pelo acordo.

Estes únicos documentos não podem de nenhuma maneira dar o “SUPORTE PROBATÓRIO” para a acusação de improbidade

feita pelo MPF.

(3) vir acompanhada desse suporte;

Tais documentos apenas dão suporte a legalidade e a publicidade necessárias aos atos administrativos. Se houver erros estes podem ser consertados pela administração. E no caso em tela, buscou-se corrigir tais erros com as medidas tomadas por aquela administração. Por fim tais documentos apresentados não dão suporte probatório as acusações.

(4) tipificar ato de improbidade administrativa imputável ao réu.

a) Não há provas de que Mário e Kátia cometeram qualquer ato intencional que provocassem enriquecimento ilícito de suas pessoas e de qualquer outra pessoa;

b) Não há provas de qualquer ato que indique que o acordo com os servidores gerasse prejuízo ao erário pois se tratou de repasse ao sindicato e seus indicados de valores retidos e a reter dos próprios servidores. Ou seja, os valores eram direito dos servidores que autorizaram a retenção e repasse ao sindicato.

c) Não há provas de quebra dos princípios da administração pública, pois os atos foram legais e públicos. Quando comissão confirmou erros contábeis em calculo que determinava a retenção de honorários, imediatamente o gestor, requereu providencias administrativas e jurídicas para correção.

PORTANTO, PRELIMINARMENTE REQUER-SE A DECLARAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL E CONSEQUENTE ARQUIVAMENTO DO PRESENTE.

DOS FATOS

Na representação do MPF, o Sr. Mario Bísvaro, então prefeito municipal e secretária de educação Kátia Santos foram, sem qualquer prova, acusados de Improbidade Administrativa em atos que garantiam direitos aos profissionais da educação do Município de Marituba.

[...]

DOS ATOS CRONOLÓGICOS

No segundo semestre de 2016, Mário Bísvaro, então gestor do município de Marituba, buscou o Tribunal de Contas dos Municípios do Pará (TCM-PA) para saber em que áreas o Município poderia investir os recursos no valor de R\$ 62.113.226,10, que viriam a ser creditados por meio de precatório gerado em uma ação proposta em 1999 e vencida pelo município.

Aquele Tribunal apresentou ao gestor a Resolução 12.566 de 28/06/2016 (Anexo 2) onde fica claro que os recursos a serem recebidos por meio dos precatórios eram recursos de natureza indenizatória, portanto sem obrigação de vinculação com determinadas áreas de investimento.

Desta forma o gestor Mário Bísvaro, e também com base na orientação de sua procuradoria jurídica, entendeu que o Município poderia investir os recursos advindos daquele precatório em qualquer área de interesse público do Município de Marituba, ou seja, dentro de qualquer uma das necessidades do município, pois assim a Resolução do TCM-PA preconizava.

Ao saber de tal interpretação e possibilidade o SINTEPP

(Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará) requereu uma audiência com o prefeito onde apresentaram posicionamento exigindo que TODO o recurso a ser recebido fosse aplicado de forma vinculada, ou seja, que TODO o recurso fosse investido na área educacional e, ainda, que 60% destes recursos fossem investidos nos profissionais da educação da rede municipal de ensino (sub vinculação).

O PREFEITO MUNICIPAL APRESENTOU AO SINDICATO SUA POSIÇÃO E A FUNDAMENTOU COM A RESOLUÇÃO 12.566 TCM-PA.

INCONFORMADOS com a posição do Município, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará, promoveu, através de seus advogados, uma ação ordinária de n. 0663074-45.2016.8.14.0133, onde, preliminarmente pedia, em sede liminar, o bloqueio de todo o recurso advindo daquele precatório. (Anexo 13)

Lembrando que os recursos ainda não haviam sido depositados em conta do município.

Diante da ação protocolada e do eminente bloqueio dos recursos esperados há tantos anos, o prefeito municipal propôs imediatamente uma nova reunião com o Sindicato onde, após um amplo debate, se apresentou uma proposta de Termo de Acordo que foi acatada pelo Sindicato, que representava os servidores da educação e, com a condição de que o Sindicato deveria retirar imediatamente o processo que bloquearia o uso dos recursos pelo Município.

FICOU ASSIM ACORDADO QUE O MUNICÍPIO INVESTIRIA OS RECURSOS A SEREM RECEBIDOS DA SEGUINTE FORMA:

I – 60% - R\$ 37.267.935,70 seriam investidos na área educacional;

II – 40% - R\$ 24.845.290,40 seriam investidos em outras áreas da administração pública de Marituba, tais como infraestrutura urbana, meio ambiente, saúde, etc.

Também ficou definido, no acordo, um destaque de 20% de honorários ao sindicato que defendia os interesses da categoria dos profissionais da educação, sobre o valor que seria investido na educação. (Cópia do Termo de Acordo se encontra nos autos.)

Tal acordo, com a concordância das partes, inclusive da Procuradoria do Município (anexo 12), foi ratificado em duas audiências públicas ocorridas em janeiro de 2017 e que contou com dezenas de profissionais da educação, além das autoridades, como se pode conferir em Atas e Imagens dos eventos. (Anexo 3)

Cabe reforçar que para legalidade do acordo não havia a necessidade de homologação judicial. Os atos administrativos não necessariamente precisam de homologação judicial para se cingirem de legalidade.

Os recursos foram depositados nos cofres do município em 01 de fevereiro de 2017 e durante os meses seguintes as operações de investimentos apontados no Termo de Acordo foram iniciadas e concluídas em 2020.

Salienta-se que as Leis do Plano Plurianual e de Diretrizes Orçamentárias (Lei 364/2016) davam guarida aos investimentos propostos nas diversas áreas da administração pública.

Ao contrário do que o MPF aponta, os investimentos foram feitos legalmente conforme o Termo de Acordo, a LDO e o PPA e os honorários do Sindicato foram destacados dos valores previstos a serem repassados aos profissionais da educação.

Após a execução orçamentária, inclusive, verificou-se um investimento em Educação para além dos 60% acordados, chegando próximo aos 65% de investimento na área educacional conforme quadro a seguir.

[...]

DA RETENÇÃO E PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS AO SINDICATO

Voltando ao objeto principal da ação de improbidade que é o questionamento do pagamento de valores ao Sindicato, os réus não podem ser enquadrados em nenhum ilícito da LIA por falta de configuração de materialidade, autoria e principalmente ausência total de comprovação de dolo, com veremos a seguir. Em janeiro de 2017, previu-se os investimentos em educação que seriam realizados, destacou-se os valores definidos no Termo de Acordo como honorários do Sindicato e foram repassados num total de R\$ 7.453.617,13, correspondente a 20% sobre os investimentos na área educacional que era prevista em (R\$ 37.267.935,70).

Insta esclarecer que, muito embora o valor fosse devido ao SINDICATO, este autorizou e requereu que parte dos seus honorários fosse repassada diretamente aos seus advogados, por isso o pagamento fracionado entre SINTEPP e advogados, entretanto os valores eram dos educadores que autorizaram o destaque do dinheiro que lhes pertencia e que fossem

repassados ao sindicato.

PORTANTO NÃO EXISTIU CONTRATAÇÃO DE
ADVOGADOS PELO MUNICÍPIO.

Em necessária oitiva dos representantes daquele Sindicato e pela comprovação por documentos restarão provados que o município não teve nenhuma interferência na pactuação de honorários entre o sindicato, os educadores e seus advogados, mas tão somente concordou com a proposta do sindicato, INCLUSIVE HOMOLOGADA EM AUDIÊNCIAS PÚBLICAS OCORRIDAS NOS DIAS 20 E 25 DE JANEIRO DE 2017.

O Gestor do Município antes de concordar com a proposta do sindicato viu vantagens administrativas e financeiras no acordo pois ponderou sobre o risco da demora e atrasos que um bloqueio judicial provocaria na manutenção ou implantação de polícias públicas do município bem como, em eventual condenação ao pagamento de honorários de sucumbência na ação ordinária proposta pelo sindicato.

Ocorre que em 20/04/2020, o Município recebeu uma Recomendação do Ministério Público Federal para os municípios que já tinham recebido recursos provenientes do precatório do FUNDEF.

Dentre estas recomendações destacamos a seguinte:

[...]

Tal recomendação provocou um questionamento dos gestores que determinaram a nomeação de uma Comissão Especial de Verificação (Anexo 5) para verificação a respeito da regularidade dos pagamentos de honorários com recursos dos

precatórios.

A Comissão concluiu que a base de cálculo para destaque dos honorários não deveria ser sobre R\$ 37.267,935,70 (previsão de investimento em educação), MAS TÃO SOMENTE SOBRE OS GANHOS DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO, que em suma ficou em R\$ 23.116.972,84.

Assim, os honorários a serem destacados dos profissionais da educação e repassados ao sindicato deveriam ser de R\$ 4.623.394,57 e não R\$ 7.453.617,13, conforme parecer emitido por novo profissional de contabilidade da prefeitura. (o antigo profissional foi exonerado)

Nessa perspectiva, concluiu-se que houve excesso na ordem de R\$ 2.830.222,56 que corrigido pelo IPCA correspondia a R\$ 3.152.566,42, cálculo de agosto de 2020.

A Comissão por fim emitiu um Parecer (Anexo 6) pela legalidade do Acordo mas apontou grave erro contábil no cálculo dos honorários repassados ao Sindicato (Anexo 7).

Ainda neste parecer a Comissão sugeriu, o que foi acatado imediatamente pelo prefeito (Anexo 8), que o sindicato (Sintepp) fosse notificado sobre o parecer e fosse impelido a aceitar a alteração da cláusula sobre a base de cálculo dos seus honorários e, por fim, realizasse a devolução em curto prazo de tempo, dos valores corrigidos aos cofres do município de Marituba, por meio de documento de arrecadação municipal.

Notificado o Sintepp, mesmo demonstrando concordar com a devolução por meio de um ofício (Anexo 9), não realizou a devolução.

Após o prazo estipulado o Município inscreveu os valores pagos a maior em Dívida Ativa e promoveu a devida Ação de Execução contra o Sintepp. (Anexos 10 e 11).

Tem-se a informação de que o Sintepp propôs, em outro processo com o mesmo tema, acordo de persecução cível onde se propõe a devolver judicialmente aqueles recursos pagos a maior. Ver processo 1004970-34.2019.4.01.3900.

Tais atos demonstram a boa fé do gestor Mário Biscaro que, orientado por sua procuradoria e equipe contábil, sobre a viabilidade do Acordo, promoveu todos os investimentos de boa fé buscando cumprir com seu papel de gestor eficiente e atingindo melhores índices de desenvolvimento educacional em Marituba.

E, principalmente, fica comprovado que, ao tomar ciência da possível falha contábil que levou ao pagamento a maior de honorários ao sindicato, tomou as providências legais e cabíveis para o devido ressarcimento dos valores por quem os recebeu, demonstrando a sim sua lisura e compromisso com a coisa pública.

DO PEDIDO

Considerando os fatos e fundamentos expostos que comprovam que não houve configuração de qualquer ato que demonstre a vontade livre e consciente dos réus em alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e suas alterações;

Considerando ainda que o tema debatido é matéria de controvérsia sobre competência sendo que mesmo assunto foi objeto de decisão 1044476-46.2021.4.01.3900, emitida por

esse juízo;

Requeremos por ser medidas de justiça:

- a) que este juízo se julgue incompetente diante da matéria suscitada ser de competência da justiça estadual; ou
- b) que o presente processo seja extinto pela inépcia da inicial pois a mesma não foi configurada ou reconfigurada com base nas exigências da nova Lei de Improbidade Administrativa; ou
- c) que seja reapreciado o pedido de indisponibilidade de bens, para o fim de afastar a constrição determinada;
- d) que, caso não seja concedido os itens (a) ou (b) deste pedido que seja inserido neste processo o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado do Pará e seus advogados para comporem devidamente a lide, pois foram os únicos beneficiários dos pagamentos acordados;
- e) que o presente processo, após a análise dos fatos e fundamentos apresentados, bem como a oitiva de testemunhas a serem indicadas, seja finalmente julgado improcedente; [sic]

O MPF apresentou réplica(doc. 1042558272) nos seguintes termos:

Trata-se de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida em face de MARIO HENRIQUE LIMA BÍSCARO, ex-prefeito de Marituba/PA, e de KÁTIA CRISTINA DE SOUZA SANTOS, ex secretária municipal de Educação de Martiuba/PA, pela prática de atos de improbidade administrativa que se amoldam ao art. 10, inciso I, e art. 11, inciso IV, da Lei nº 8.429/92, dada a inobservância do regime

jurídico das verbas públicas federais, oriundas do FUNDEF/FUNDEB consistentes no precatório judicial no importe de R\$ 62.113.226,10 (sessenta e dois milhões, cento e treze mil, duzentos e vinte e seis reais e dez centavos).

As tipificações atribuídas aos demandados decorrem das seguintes condutas:

- utilização indevida dos recursos advindos do precatório do FUNDEF, no total de R\$ 48.621.242,04 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e um mil, duzentos quarenta e dois reais e quatro centavos);

- não comprovação da utilização de R\$ 19.367.762,14 (dezenove milhões, trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos) em ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica;

- utilização de R\$ 7.453.587,13 para pagamento de honorários advocatícios com recursos destinados ao desenvolvimento da Educação e ao atendimento de percentual mínimo obrigatório em lei;

- comprovação da utilização de apenas 1.129.602,47 (um milhão, cento e vinte e nove mil, seiscentos e dois reais e quarenta e sete centavos) em ações relativas à Educação;

- transferência de R\$ 63.901.065,66 (sessenta e três milhões, novecentos e um mil, sessenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), incluindo o total de R\$ 20.497.364,61 (vinte milhões, quatrocentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e um centavos) que seria utilizado de forma vinculada à educação, para outras contas da Prefeitura de Marituba/PA em descumprimento da finalidade e

rastreabilidade desses valores.

Após a propositura da inicial, o demandado Mário Henrique de Lima Bísvaro apresentou uma exposição de motivos sustentando a improcedência da presente ação e do pedido liminar de indisponibilidade de bens e bloqueio de valores (ID 138759891).

Proferida decisão determinando a indicação de provas dos fatos alegados e o esclarecimento sobre a conduta ímproba da ré Kátia Cristina de Souza Santos (ID 98436362).

Ato contínuo, este órgão apresentou manifestação em cumprimento a decisão judicial (ID 167564876).

Em decisão liminar, foi decretada a indisponibilidade dos bens de Mário Henrique Lima Bísvaro e Kátia Cristina de Souza Santos no importe de R\$ 7.453.587,13 (ID 242462902).

Em consequência, foi inserida inclusão de restrição em 04 (veículos) em nome de Mário Henrique de Lima Bísvaro (ID 266811979) e em 01 (veículo) de KATIA CRISTINA DE SOUZA SANTOS (ID 266811982). Outrossim, bloqueada a importância de R\$ 29.928,53 encontrada em conta do Itaú Unibanco S.A em nome de KATIA CRISTINA DE SOUZA SANTOS (ID 270734873). Sem êxito o bloqueio de valores em face de Mário Henrique de Lima Bísvaro.

A defesa dos requeridos apresentou proposta de acordo de não persecução cível (ID 326745846).

Os termos apresentados não foram aceitos por este órgão, mas fora consignada a possibilidade de tratativas extrajudicialmente (ID 470877883).

Ato contínuo, com o advento da Lei nº 14.230/2021, a defesa dos demandados requereu a reapreciação do pedido de indisponibilidade de bens e desistiu da proposta de não persecução cível (ID 861759080).

Em seguida, o feito foi chamado à ordem e determinado o regular prosseguimento do feito mediante à apresentação de réplica e especificação de provas (ID 919589172). Vieram os autos para manifestações.

I. DA ALEGADA INÉPCIA DA INICIAL

Primeiramente cabe ressaltar que a peça exordial já preenche os novos requisitos trazidos pela Lei nº 14.230/21 para a Lei nº 8.429/92, tendo descrito a conduta dos réus de forma individualizada apontando os documentos que fazem provas de suas ações e o seu dolo.

Ademais, o MPF já é o titular da ação de improbidade, tendo sido o responsável pela interposição da peça inicial, razão pela qual já é o responsável pelo patrocínio da causa.

Desta forma, de plano reforça-se o pedido para o prosseguimento do presente feito.

II. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Em preliminar, é sustentado a incompetência da justiça federal para processamento do feito, em vista da decisão proferida nos autos nº 1044476-46.2021.4.01.3900 que declinou da competência em favor da Justiça Estadual.

Na referida ação ocorreu uma duplicidade com as ações civis de improbidade nº 1004878-56.2019.4.01.3900, ajuizada em

12/09/2019, e nº 1004970-34.2019.4.01.3900, ajuizada em 17/09/2019, ambas pelo MPF/PA.

Contudo, nos autos nº 1044476-46.2021.4.01.3900 o ajuizamento foi patrocinado pelo MPE e encaminhada ao presente órgão federal para manifestar interesse em assumir o polo ativo da demanda, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito em face das mudanças advindas da Lei nº 14.230/2021.

Em análise, foi consignado a ausência de interesse em assumir o polo ativo, uma vez que os fatos apurados já estão sendo perquiridos em juízo em ações deste órgão. Em consequência, inexistindo ente federal na demanda, os autos foram encaminhados ao E.TJPA. Por fim, vale reforçar que este Juízo já deliberou sobre a alegação de incompetência da justiça federal, a qual foi rejeitada (ID 242462902 - Pág. 9). Desse modo, reforça a improcedência da tese alegada pela defesa.

III. DA IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 14.230/21

Em que pese tenham ocorrido alterações na Lei nº 8.429/92, trazidas pela Lei nº 14.230/21, que entrou em vigor em 26 de outubro de 2021, frisa-se que o art. 37, § 4º da Constituição Federal, ao tutelar a improbidade administrativa, impede a retroatividade.

[...]

As disposições processuais da nova lei, portanto, são aplicáveis aos processos em curso, como o presente feito, ressalvados os atos processuais já praticados e as situações jurídicas consolidadas.

[...]

De tal sorte, a rigor, e em tese, os atos praticados até então nestes autos, incluindo a instauração de investigação, a propositura da petição inicial e decisão de indisponibilidade de bens constituem-se atos jurídicos processuais perfeitos e que, portanto, estão imunes à incidência da nova lei.

Portanto, conclui-se pela irretroatividade das novas disposições trazidas pela Lei 14.230/2021 à Lei n. 8.429/92.

[...]

Nesta hipótese, o Poder Judiciário deverá aplicar o sistema reconfigurado somente a partir da entrada em vigor das modificações feitas pela lei, devendo, no caso em análise, continuar a aplicar a Lei nº 8.429/92 nos termos anteriores as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21, eis que aquela que era atual a época dos fatos e a propositura da ação de improbidade administrativa.

IV. DO ELEMENTO DOLOSO

O ato de improbidade apurado nos presentes autos decorre da não prestação de contas, da não comprovação da utilização de recursos no importe de R\$ 19.367.762,14 (dezenove milhões, trezentos e sessenta e sete mil, setecentos e sessenta e dois reais e quatorze centavos, e do uso indevido dos recursos advindos do precatório do FUNDEF/FUNDEB, no total de R\$ 48.621.242,04 (quarenta e oito milhões, seiscentos e vinte e um mil, duzentos quarenta e dois reais e quatro centavos), para pagamento de honorários advocatícios (sem licitação e desobedecendo a vinculação dos recursos) mediante acordo firmado indevidamente com o SINTEPP.

Nesse sentido, configura uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário e viola princípios da administração pública, in verbis:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; [destacou-se]

Quanto ao elemento subjetivo, como no novo regramento jurídico, a incidência de ato de improbidade que importa violação de princípios é condicionada à demonstração do dolo. Este, por sua vez, pode ser genérico, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ (Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.431.117/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 18/6/2019 e AgInt no AREsp n. 1.366.330/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/5/2019, DJe 23/5/2019).

Em consequência, o dolo genérico resta configurado pela vontade livre e consciente do agente em realizar conduta que implica em resultado proibido pela norma jurídica. Ou ainda, “a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas” (STJ, AgRg no REsp n. 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/8/2016).

Outrossim, a conduta dos requeridos que importou em dano ao erário, em que pese a possibilidade de sua ocorrência na modalidade culposa no regramento anterior à Lei nº 14.230/2021, no presente caso, ocorreu na modalidade dolosa. Desse modo, a voluntariedade de Mario Henrique de Lima Bísvaro decorre da assinatura do acordo com previsão de pagamento por meio de verbas vinculadas para pagamento de honorários advocatícios sabidamente ilegal (ID 86620083 – p. 88), notadamente em prejuízo à finalidade do FUNDEF/FUNDEB e ao atendimento de patamares mínimos quando da aplicação do recurso.

Não obstante, o dolo do ex-prefeito sobressai quando da contratação de escritório de advocacia, em valor desproporcional aos serviços prestados, em transgressão das normas licitatórias, e aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

A demandada KÁTIA CRISTINA DE SOUZA SANTOS, ex-secretária Municipal de Educação, demonstrou a vontade livre e consciente quando assinou os empenhos e liberação de recursos, conforme Notas de Empenho e Nota Fiscal (ID 86244574 – pgs. 57 e 62 e ID 86244583 – pgs. 05 e 09). O referido fato denota o elemento subjetivo da conduta (dolo),

uma vez que a função exercida pela parte pressupõe conhecimentos elementares ao exercício do cargo, dentre os quais a existência de despesas vinculadas à manutenção e desenvolvimento da educação, especialmente no que diz respeito ao uso dos recursos provenientes do precatório do FUNDEF/FUNDEB.

V. DA DESPICIENDA NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL PARA DECRETAÇÃO INDISPONIBILIDADE DE BENS. IRRETROATIVIDADE DE NORMA PROCESSUAL.

O presente juízo determinou a manifestação sobre “a prova do perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo necessário para o deferimento do pedido de indisponibilidade”. A parte ré, por sua vez, sustenta a superação do entendimento do STJ firmado do Tema 701, que permitia a indisponibilidade de bens ainda que não demonstrada a alienação, oneração ou dilapidação patrimonial por parte do acionado.

Contudo, não assiste razão à defesa.

[...]

Assim, à época da decretação da indisponibilidade de bens, a análise restringia-se à hipótese de indícios de autoria e materialidade, dispensável segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça a comprovação do periculum in mora, uma vez que é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/1992.

[...]

Portanto, patente a necessidade de manutenção da decisão de indisponibilidade de bens, uma vez que respaldada em

disposições normativas e válidas – sobremaneira pela irretroatividade de norma processual. Outrossim, a medida é necessária para garantir eventual reparação, ainda que minimamente – em vista dos valores bloqueados - , dada os indícios de má-fé do demandado MARIO HENRIQUE DE LIMA BÍSCARO em prejuízo ao resultado útil do processo.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer:

a) o regular prosseguimento do feito, mantendo-se a petição inicial em todos os seus termos, em razão da desnecessidade de qualquer adequação, alteração ou aditamento à petição inicial, seja pela inaplicabilidade, ao presente caso, das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 como ora exposto; seja pela individualização das condutas dos requeridos e pela adequada subsunção aos tipos legais vigentes; ou seja, finalmente, pela indicação dos elementos de prova e pela presença manifesta do dolo dos demandados;

b) a manutenção do deferimento do pedido de decretação de indisponibilidade de bens dos demandados, nos termos da inicial;

c) o julgamento antecipado do feito por inexistir a necessidade juntada

de outras provas além da já constante nos autos, na forma do art. 355, inciso I, do CPC/2015. [sic]

A decisão de doc. 1511647865 não conheceu as preliminares de incompetência da Justiça Federal e da inépcia da inicial e rejeitou o pedido de inclusão do Sindicato dos Trabalhadores da Educação Pública do Pará - Sintepp. Além disso, houve a reapreciação da indisponibilidade de bens e o saneamento previsto no art. 17, § 10-C, da LIA nos seguintes termos:

Esse processo é anterior à Lei 14.230/2021. É por isso que a decisão 919589172 intimou ambas as partes para se

manifestarem sobre sua incidência no presente caso. Portanto, sem causar surpresa às partes, passo a analisar cada conduta imputada aos demandados.

(I) transferência de R\$ 63.901.065,66

A petição inicial e sua emenda não vincularam sujeito algum a essa conduta.

A decisão 242462902 de recebimento da inicial e decretação da indisponibilidade dos bens já tinha assentado esse juízo de valor: “Com relação à conduta de transferir R\$ 63.901.065,66 para outras contas, a petição inicial e sua emenda não apontaram sua autoria, pois a atribuiu para a Prefeitura Municipal de Marituba, e não para um dos requeridos.”.

Todavia, essa conduta foi mais uma reiterada na réplica sem ser acompanhada de qualquer esforço argumentativo ou probatório. Sendo assim, a conduta de transferir R\$ 63.901.065,66 está desacompanhada de autoria (art. 17, § 6º, I, da LIA).

Rejeito essa parte da petição inicial (art. 17, § 6º-B, da LIA) nesse momento processual, porque a Lei 14.230/2021 é posterior ao início desta ação.

(II) utilização indevida de R\$ 48.621.242,04

“Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando-se, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso [fattispecie] em exame”^[1].

Chiovenda é até mais didático ao explicar atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela[2]. Em primeiro lugar, o juiz deve considerar se uma norma existe ou não (se há ou não a vontade abstrata da lei); se existir, será a premissa maior do raciocínio a ser desenvolvido na fundamentação da sentença.

Em segundo lugar, o juiz deve considerar se os fatos escritos pelo autor estão dentro do programa normativo da premissa maior (a questão de fato é a premissa menor); se estiverem, a conclusão será a procedência do pedido, caso contrário, o julgamento será de improcedência. Surge, assim, a vontade concreta da lei.

A causa de pedir é formada pelo fato constitutivo do pretensão direito associado ao fato violador desse direito e pelo enquadramento desses fatos numa previsão abstrata do ordenamento jurídico da qual decorre a juridicidade dos fatos e, conseqüentemente, o pedido[3]. Logo, se percebe uma estreita ligação entre fundamentação da sentença e causa de pedir[4].

Logo, se é exigida a exposição dos fundamentos jurídicos e dos fatos (CPC, art. 319, III), o ordenamento brasileiro aderiu à teoria da substanciação: “não basta ao autor invocar o título jurídico em que funda o pedido; é preciso <<substanciar>> a causa de pedir mediante a exposição dos fatos que lhe são subjacentes.”[5].

Dessa exposição decorre a seguinte conclusão: (i) se a sentença se limitar à indicar, ou reproduzir ato normativo sem explicar sua relação com a causa, empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ou invocar motivos que se prestariam a justificar

qualquer outra decisão, viola-se o art. 489, § 1º, I, II e III, do CPC; (ii) se a petição inicial se limitar a invocar cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, princípios sem indicar os fatos que geram a pretendida aplicação ao caso concreto, ou e juízos de valores sem indicar os fatos que geram essa conclusão, viola-se o art. 319, III, do CPC.

No presente caso, o art. 319, III, do CPC foi desrespeitado, porque na petição inicial e na réplica foi escrito que teria havido utilização indevida de R\$ 48.621.242,04, mas nenhum raciocínio estruturado em premissas foi trazido aos autos no sentido de explicar com base em que fatos a parte autora chegou à conclusão segundo a qual essa utilização teria sido indevida. Destarte, esse suposto ato de improbidade administrativa não imputável aos réus.

Rejeito essa parte da petição inicial (art. 17, § 6º-B, da LIA) nesse momento processual, porque a Lei 14.230/2021 é posterior ao início desta ação.

(II) comprovação da utilização de apenas R\$ 1.129.602,47 em ações relativas à Educação.

Comprovar a utilização do Fundeb em ações relativas à educação não é ato de improbidade administrativo. Portanto, da narração dos fatos não decorre conclusão lógica.

Rejeito essa parte da petição inicial (art. 17, § 6º-B, da LIA) nesse momento processual, porque a Lei 14.230/2021 é posterior ao início desta ação.

(IV) não comprovação da utilização de R\$ 19.367.762,14 na educação básica, o que configuraria ausência de prestação de contas

A decisão de emenda da inicial (doc. 98436362) intimou a parte autora para indicar onde estariam as provas de que teria havido omissão na prestação de contas dos recursos recebidos do FUNDEF.

O raciocínio da emenda da inicial foi: a Prefeitura Municipal de Marituba recebeu R\$ 20.497.364,61, mas só comprovou a utilização de R\$ 1.129.602,47. Logo, os réus teriam incorrido no art. 11, VI, da LIA. Sendo assim, essa desacompanhada de autoria (art. 17, § 6º, I, da LIA).

Rejeito essa parte da petição inicial (art. 17, § 6º-B, da LIA) nesse momento processual, porque a Lei 14.230/2021 é posterior ao início desta ação.

(V) pagamento de R\$ 7.453.587,13 (honorários advocatícios) com recursos destinados à educação

Eis a situação fática em torno da qual esse caso gravita: (1) o réu Mario pactuou, na condição de prefeito do município de Marituba/PA, um acordo com o Sintepp para utilização das verbas do Fundeb/Fundef para pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 7.453.587,13, e (2) a ré Kátia atestou o pagamento dos honorários.

Tipificação: art. 10, I, da Lei 8.429/1992.

As partes foram intimadas sobre a designação de audiência, mas não se manifestaram acerca do seu interesse.

Houve o desbloqueio dos bens da parte ré.

É o relatório. **DECIDO.**

Todas as preliminares/prejudiciais suscitadas pela parte ré (mais de uma vez, inclusive) já foram rejeitadas.

A decisão de saneamento (doc. 1511647865) rejeitou quatro condutas descritas na petição inicial:

(i) “transferência de R\$ 63.901.065,66”, porque essa conduta não foi acompanhada de autoria (art. 17, § 6º, I, da LIA);

(ii) “utilização indevida de R\$ 48.621.242,04”, porque não houve a apresentação de raciocínio estruturado em premissas com o sentido de explicar com base em que fatos a parte autora chegou à conclusão segundo a qual essa utilização teria sido indevida (art. 319, III, do CPC);

(iii) “não comprovação da utilização de R\$ 1.129.602,47 em ações relativas à educação”, porque essa conduta não foi sequer tipificada como ato de improbidade administrativa;

(iv) “não comprovação da utilização de R\$ 19.367.762,14 na educação básica”, porque essa conduta não foi acompanhada de autoria (art. 17, § 6º, I, da LIA).

Essa mesma decisão estabeleceu que o mérito dos autos gravita em torno do pagamento de R\$ 7.453.587,13 (honorários advocatícios) com recursos destinados à educação: *Eis a situação fática em torno da qual esse caso gravita: (1) o réu Mario pactuou, na condição de prefeito do município de Marituba/PA, um acordo com o Sintepp para utilização das verbas do Fundeb/Fundef para pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 7.453.587,13, e (2) a ré Kátia atestou o pagamento dos honorários. Tipificação: art. 10, I, da Lei 8.429/1992.*

Logo, a alegação na contestação de que “não houve contrato de advogados pelo município” tem nada a ver com o caso dos autos.

A primeira premissa que estabeleço é a necessária vinculação dos recursos

do Fundeb a despesas de manutenção e desenvolvimento da educação básica.

A Lei 11.494/2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, em seu art. 2º, dispõe que os “Fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração”. Já o art. 23, I, da mesma Lei, dispõe sobre a **proibição** da utilização dos recursos do Fundeb “no financiamento das despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica”.

É por essa razão que as verbas do antigo Fundef, inclusive as que se qualificaram como complementação da União ao Fundef, têm **destino único**, qual seja, promoção do direito à educação. Essa é a jurisprudência do PLENO DO STF:

AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS. ESTADO DA BAHIA. DIREITO FINANCEIRO. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO – FUNDEF. EMENDA CONSTITUCIONAL 14/1996. COMPLEMENTAÇÃO DA UNIÃO.

FUNÇÃO SUPLETIVA. VALOR MÍNIMO NACIONAL POR ALUNO. FIXAÇÃO. LEI 9.424/1996. DECRETO 2.264/1997. FORMA DE PAGAMENTO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR.

SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS. VINCULAÇÃO À FINALIDADE CONSTITUCIONAL DE ENSINO. DANO MORAL COLETIVO. 1. O valor da complementação da União ao FUNDEF deve ser calculado com base no valor mínimo nacional por aluno extraído da média nacional. RE-RG 636.978, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno do STF. REsp 1.101.015, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, 1ª Seção do STJ. Acórdão do Pleno TCU 871/2002.

2. A complementação ao FUNDEF realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a

média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. 3. É ilegal o Decreto 2.264/1997 na medida em que extravasou da delegação legal oriunda do §1º do art. 6º da Lei 9.424/1996 e das margens de discricionariedade conferidas à Presidência da República para fixar, em termos nacionais, o Valor Mínimo Nacional por Aluno. 4. Há um único método de cálculo do Valor Mínimo Nacional por Aluno nunca inferior à razão entre a previsão da receita total para o fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, tudo em âmbito nacional. 5. A adoção de parâmetros nacionais não descaracteriza o caráter regional dos fundos de natureza contábil, gerenciados pelos Estados federados, com vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino fundamental. Art. 60 do ADCT. 6. Eventual frustração de repasse de verbas é unicamente interesse público secundário da Fazenda Pública, inconfundível, pois, com suposta ofensa aos direitos de personalidade da população de determinado ente federativo para efeitos de responsabilização de danos morais coletivos. 7. Deu-se a perda superveniente do objeto da demanda com o advento da EC 53/2006, instituidora do FUNDEB, porquanto se torna inviável a imposição de obrigações de fato positivo e negativo no que diz respeito ao FUNDEF. **8. O adimplemento das condenações pecuniárias por parte da União e respectiva disponibilidade financeira aos Autores vinculam-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, única possibilidade de dispêndio dessas verbas públicas.** 9. Ação cível originária parcialmente conhecida e, na parte conhecida, a que se dá parcial procedência. (ACO 648, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2017)

A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ também sedimentou o entendimento no sentido de que os recursos do antigo Fundef devem ser aplicados **inteiramente** para a área da educação, sendo, portanto, vedadas as aplicações em despesas diversas da manutenção e do desenvolvimento da educação básica, o que, por óbvio, inclui o pagamento de honorários advocatícios:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RETENÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. CRÉDITO RELATIVO A DIFERENÇAS DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. IMPOSSIBILIDADE. AMICUS CURIAE. INTEMPESTIVIDADE. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO OU VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA INERENTE À CARREIRA DA ADVOCACIA. 1. Sobre o requerimento de intervenção como *amicus curiae* formulado pelo CFOAB, a jurisprudência do STF sobre a matéria, especialmente por ocasião do julgamento da ADI 4.071 e da ACO 779/RJ, autoriza tal ingresso até a inclusão do feito em pauta. 2. No julgamento do AgRg na ACO 779, Rel. Min. Dias Toffoli, entretanto, admitiu-se a possibilidade, em tese, do ingresso na lide de *amicus curiae* mesmo após a inclusão do feito em pauta, desde que demonstrada a excepcionalidade do caso concreto. 3. Na espécie, ao requerer sua intervenção como *amicus curiae* após a inclusão deste feito em pauta, o CFOAB afirmou, tão somente, haver tomado conhecimento do tema de fundo a ser julgado no presente feito apenas recentemente (e-STJ, fl.

261), não alegando qualquer outra razão, eminentemente de caráter jurídico, a configurar excepcionalidade do caso apta a permitir seu ingresso de forma extemporânea, isto é, o próprio requerente sequer se fundou em tal premissa, limitando-se a

salientar recente conhecimento da existência do processo. Tal circunstância, a propósito, até revela que o debate dos autos não está intrinsecamente ligado às atribuições essenciais da entidade requerente. Oportuno, ainda, referir que a motivação trazida com o requerimento de intervenção - genericamente apresentada - em nada revela circunstâncias específicas a justificar o acolhimento requestado, até porque, neste processo, não se está a deliberar exclusivamente sobre honorários advocatícios, mas acerca da vinculação de verbas federais ao custeio da educação básica e à valorização do seu magistério e as consequências jurídicas de tal vinculação. Esse vem a ser o tema central do processo. 4. Como é possível verificar dos autos, o presente feito foi incluído em pauta em 27/4/2018, com publicação no Diário de Justiça Eletrônico em 30/4/2018. O requerimento de ingresso no feito como *amicus curiae* somente foi apresentado em 8/5/2018. 5. Com base nessas considerações, é de se indeferir o requerimento em tela, sob pena de se permitir o ingresso de todo e qualquer terceiro que se declare interessado em processo já pautado para julgamento, o que deflagraria quadros de instabilidade e imprevisibilidade na efetivação do julgamento dos recursos confiados a este Superior Tribunal. Precedente: EDcl no REsp 1.338.942/SP, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 4/5/2018). 6. Por outro lado, a ausência de interesse jurídico e de violação de prerrogativa inerente à carreira da advocacia não autoriza o ingresso do CFOAB, na hipótese, como assistente do recorrido. 7. Na execução, regra geral, é possível a requisição pelo patrono de reserva da quantia equivalente à obrigação estabelecida, entre si e o constituinte, para a prestação dos serviços advocatícios. A condição para isso é que o pleito seja realizado antes da expedição do precatório ou do mandado de levantamento, mediante a juntada do contrato. Orientação do STJ e do STF. 8. **Esse entendimento, todavia, não é aplicável quando os**

valores a que tem direito o constituinte se referem a verbas decorrentes de diferenças do FUNDEF que a União deixou de repassar aos Municípios a tempo e modo. 9. O fato de determinada obrigação pecuniária não ter sido cumprida espontaneamente, mas somente após decisão judicial com trânsito em julgado, não descaracteriza a sua natureza nem a da prestação correspondente. Assim, uma vez que os valores relacionados ao FUNDEF, hoje FUNDEB, encontram-se constitucional e legalmente vinculados ao custeio da educação básica e à valorização do seu magistério, é vedada a sua utilização em despesa diversa, tais como os honorários advocatícios contratuais.

10. Reconhecida a impossibilidade de aplicação da medida descrita no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906/1994 nas execuções contra a União em que se persigam quantias devidas ao FUNDEF/FUNDEB, deve o advogado credor, apesar de reconhecido o seu mérito profissional, buscar o seu crédito por outro meio. 11. Recurso especial a que se dá provimento para negar o direito à retenção dos honorários advocatícios contratuais do crédito devido pela União. (REsp 1703697/PE, Rel. Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 10/10/2018, DJe 26/02/2019)

Logo, a ideia exposta na contestação de que os valores do Fundef/Fundeb poderiam ser investidos em qualquer área de interesse público nunca teve amparo no ordenamento jurídico.

Passo ao exame das provas.

O município de Marituba/PA ingressou com demanda judicial em face da União, em razão de ela ter repassado montante a menor quando do cálculo do valor mínimo nacional por aluno. Seu pedido foi acolhido, e a União teve que complementar os valores repassados no período de vigência do Fundef. O valor do precatório relativo à complementação foi de R\$ 62.113.226,10 (doc. 86620083 – p.

20).

No dia **05/12/2016**, o Sintepp ajuizou uma demanda em face do município de Marituba, distribuída à 1ª Vara Cível e Empresarial de Marituba (doc. 86248594 – p. 56), com o fim de que o ente municipal fosse obrigado a destinar a verba recebida nos seguintes moldes: a) 60% da verba deveria ir para o pagamento dos professores da rede pública municipal; b) 40% da verba para a manutenção e desenvolvimento da educação básica municipal.

No dia **08/12/2016**, as partes assinam um acordo (doc. doc. 86620083 – p. 88). A cláusula primeira prevê a aplicação de 60% do valor “de forma vinculada à educação, em prol da manutenção e desenvolvimento do ensino municipal”. A leitura conjunta do parágrafo único da cláusula primeira com a cláusula segunda aponta que 25% desses 60% previstos do *caput* da cláusula primeira deve ser rateado de forma igualitária entre os profissionais do magistério da rede de ensino municipal de Marituba, com pagamento na própria folha de pagamento ou, se não for possível, diretamente na conta fornecida pelo profissional.

A cláusula terceira destina o restante do valor, 40%, para “qualquer outra atividade relacionada à manutenção, desenvolvimento e custeio nas áreas de comprovada urgência e emergência” (como visto acima, essa cláusula também é nula de pleno direito).

Por fim, para o que interessa, a cláusula quinta prevê que 20% dos valores da cláusula primeira são destinados ao pagamento de honorários advocatícios (doc. 86620083 – p. 80): a) 35% em favor do Sintepp; b) 30% em favor do escritório Beltrão e Visalli Advocacia e Consultoria Tributária; c) 35% em favor de Walmir Moura Brelaz. O acordo foi assinado pelo réu **Mario Biscaro**, na condição de prefeito.

Em **17/01/2017**, o Juízo da 1ª Vara de Marituba/PA determinou a emenda da petição inicial do Sintepp, sob pena de extinção do processo (doc. 86235553 – p. 10).

Nos dias 07 e 21 de fevereiro de 2017 houve o pagamento dos honorários advocatícios em favor do escritório Beltrão e Visalli Advocacia e Consultoria Tributária (R\$ 3.354.144,21 conforme doc. 86620083 – p. 97) e do Sintepp (R\$ 1.863.396,78 conforme doc. 86620090 – p. 05) respectivamente. Os pagamentos foram antecedidos de notas de empenho e notas fiscais assinadas e atestadas pela ré **Kátia Santos**, na qualidade de secretária de educação do município (docs. 86244574 – p. 57 e 62 e 86244583 – p. 05 e 09).

A materialidade e autoria da conduta estão provadas. Na verdade, nem há controvérsia sobre elas. O choque entre as versões da parte autora e da parte ré é se esse comportamento está enquadrado ou não no art. 10, I, da Lei 8.429/1992.

Fixada essa segunda premissa e descritas as provas dos autos, passo a valorá-las.

Aplicando “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (CPC, art. 375), a diferença de três dias entre o ajuizamento da ação (05/12/2016) e a assinatura do acordo (08/12/2016) que envolve algumas dezenas de milhões de reais é absolutamente algo incomum no dia a dia forense. Ademais, o argumento de que a ação protocolada geraria o eminente bloqueio dos recursos não é relevante, porque foi determinada a emenda da petição inicial, ou seja, a petição inicial nem sequer era processualmente apta.

O fluxo do dinheiro também chama à atenção. Ele **não** foi repassado aos professores que, com vontade livre e consciente e em virtude de serviços advocatícios, o repassou para o Sintepp, escritório e o advogado. Também **não** houve manifestação de vontade para que o município de Marituba, antes de pagar seus salários, descontasse o valor dos honorários, a exemplo do que ocorre nos empréstimos consignados em folha. O dinheiro foi **da conta** do município de Marituba **para as contas** do Sindicato dos Trabalhadores da Educação Pública do Pará – Sintepp, do escritório Beltrão e Visalli Advocacia e Consultoria Tributária e de Walmir Moura Brelaz.

Por fim, não foram os professores, substituídos pelo Sintepp, quem pagaram os honorários advocatícios. Foram as cidadãs e cidadãos de Marituba. Veja.

O percentual de honorários da cláusula quinta (20%) incidiu sobre o “valor global destinado a educação (correspondente a 60% do total do crédito)” (doc. 86620083 – p. 89). Isto é, desse referido “valor global”, 20% foi para pagamento de honorários e 25% foi rateado de forma igualitária entre os profissionais do magistério da rede de ensino municipal de Marituba. E o comum é a verba honorária ser calculada com base na verba recebida pelo seu cliente, e não uma rubrica à parte.

A simulação revela-se como o intencional e o propositado desacordo entre a vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelos sujeitos), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado. Logo, simular significa fazer parecer real, imitar, fingir, aparentar (FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 01)

Diante desse quadro, o ajuizamento da demanda perante a Justiça Estadual e o contrato de honorários constituíram uma simulação para aparentar a prestação de serviços advocatícios ao Sintepp, quando, na verdade, a intenção dos réus (Mário Bísvaro e Kátia Santos) foi concorrer para que recursos públicos da educação fossem indevidamente incorporados ao patrimônio particular (art. 10, I, da Lei 8.429/1992).

O dano se refere aos valores constantes do acordo firmado entre o Sintepp e o município de Marituba, no total de R\$ 7.453.587,13.

Por fim, há dois fatos que revelam a má gestão desses recursos:

Eis a Resolução 12.566, de 28/06/2016, do TCM-PA:

Resta-me, portanto, em atenção à consulta formulada, sedimentar entendimento, no sentido de que, tais créditos possuem natureza indenizatória não vinculada, ou seja, ressarcimento ao erário, o qual teve que dispender recursos de outras áreas de atuação, sob encargo da municipalidade, com vistas à garantir a correta e integral aplicação na área da

educação e, em especial, de valorização do magistério, durante o período consignado, o que permitiria, neste momento, sua aplicação ampla, em ações do município.

Vejo, ainda, como de relevante levantamento técnico, para fortalecimento do entendimento indenizatório de tal parcela e sua desvinculação de aplicação, **a comprovação de que a municipalidade**, durante os exercícios apurados, para fins de ressarcimento, **tenha efetivamente cumprido com os limites de despesas com a educação**, o que deverá ser apurado, dentro de cada caso concreto, que eventualmente venha a ser submetido ao TCMPA. [sic] (doc. 955777693 – p. 05)

Segundo o texto da Resolução acima transcrita, a desvinculação dos recursos advindos do precatório era condicionada à comprovação que, durante os exercícios apurados para fins de ressarcimento, o município teria efetivamente cumprido os limites de despesas com a educação. Todavia, essa condição não foi provada tampouco concretamente alegada. Isto é, a parte ré pretendeu justificar sua conduta com base na Resolução, mas nem sequer mencionou a existência dessa condição muito menos sua comprovação.

A CGU concluiu (doc. 86254076 – p. 42 a 49): *a municipalidade deixou de comprovar a utilização nos termos da Lei nº 11.494/2007, que regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica –Fundeb, do valor total de R\$ 19.367.762,14.*

Passo a mensurar a respectiva sanção.

A dosimetria leva em conta alguns fatos: (a) a lesão mais grave foi sentida pelas cidadãs e cidadãos de Marituba cujo orçamento para educação foi desfalcado; (b) os réus usaram o Poder Judiciário para camuflar o ato de improbidade; (c) os réus comprovaram sua inaptidão ao exercício de cargo ao desprezar os deveres funcionais da retidão e lisura no serviço público; (d) os réus, ao violar diretamente o direito fundamental à educação, demonstram indiferença à dignidade da sociedade

maritubense.

Por todas essas razões, julgo procedente o pedido formulado na inicial para, nos termos do art. 10, I c/c art. 12, II, da Lei 8.429/1992 condenar Mário Bísvaro e Kátia Santos à(ao) (i) perda da função pública, (ii) suspensão dos direitos políticos por 09 anos, (iii) pagamento de multa civil no valor de R\$ 7.453.587,13 e (iv) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 09 anos;

Juros de mora e correção monetária nos termos do Manual de Cálculo do CJF.

Sem custas nem honorários.

Oportunamente, arquivem-se.

I.

Belém, *data de validação do sistema*.

Henrique Jorge Dantas da Cruz
Juiz Federal Substituto

TERMO DE AUDIÊNCIA

TERMO DE AUDIÊNCIA

VOTO: Ementa: Juizado Especiais Federais. Procedência. Julgamento Sob Perspectiva De Gênero. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Comprovado o preenchimento dos Requisitos Legais: Idade e exercício de Atividade Rurícola equivalente a carência para concessão do benefício Vindicado. CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Extensão de prova material em nome do marido/companheiro à sua esposa/Companheira. STJ, Edição n.º 209 de “JURISPRUDÊNCIA em teses”. Mulher campesina que trabalha com o esposo e, pelo fato de ser mulher no campo não possui, por si só, documentação própria Da Sua qualidade de segurada especial e que precisa conciliar as atividades domésticas e cuidado com os filhos à atividade laboral. Justiça itinerante cooperativa na Amazônia Legal - São Félix do Xingu.

Juíza Federal Carina Senna

TERMO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO,
INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

PROCESSO: X
AUTOR(a): DIVA DE ALMEIDA PINHEIRO
RÉU: INSS

DATA: 21/07/2023

LOCAL: Sala de Audiências – Justiça Itinerante Cooperativa na Amazônia Legal - São Félix do Xingu.

PRESENCAS:

Juiz Federal: Dra. CARINA CATIA BASTOS DE SENNA;
Procurador(a), Dra: LUANDA ALVES DE SOUZA;
Parte autora.

QUALIFICAÇÃO DA TESTEMUNHA: Dispensada.

Aberta a audiência, pelo INSS foi apresentada contestação, nos seguintes termos:

“PRELIMINAR. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. STF RE 631240/MG. Inicialmente, o INSS aponta que a parte autora não possui, *in casu*, interesse de agir, uma vez que não deduziu, junto à Autarquia, o indispensável requerimento administrativo do benefício pleiteado. Ora, ausente o requerimento administrativo, carece a parte autora de interesse de agir, pois somente através da manifestação da pretensão na via administrativa, com a efetiva apresentação ao INSS da documentação trazida aos autos, seria possível a análise dos elementos exigidos para concessão do benefício. A ordem constitucional brasileira não admite que o Poder Judiciário substitua a Autarquia Previdenciária (Poder Executivo), sob pena de ofender o princípio da separação de poderes consagrada no art. 2º da Constituição da República. Sobre o tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 631240/MG, com repercussão geral, nos seguintes termos, pondo fim às discussões acerca da questão:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso

haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo –salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração – uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima –itens (i), (ii) e (iii) – tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o

acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240/ MG - MINAS GERAIS RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 03/09/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Desta forma, inexistindo requerimento administrativo, resulta ausente o interesse de agir, consubstanciado no binômio pretensão/resistência, de modo que a extinção do feito sem resolução do mérito é medida que se impõe.”

Em seguida, iniciou-se a instrução processual com a colheita da prova oral.

Em seu depoimento pessoal a parte autora consignou o seguinte: que tem 55 anos; casada, 3 filhos, sempre foi agricultora, mora na Vila Canaa e trabalha no terreno da Maria Rita há 08 anos, trabalhando anteriormente com Zenilda, que tem plantação de mandioca, que faz farinha, que nunca teve outra ocupação, salvo o trabalho em casa com os filhos; que tem um filho com necessidade especial.

Dispensada a oitiva de testemunha.

Infrutífera a tentativa conciliatória

Encerrada a instrução processual, Pelo MM. Juízo foi proferido a seguinte SENTENÇA:

1. RELATÓRIO

Relatório dispensado, nos termos do art. 1º da Lei 10.259/2001 combinado com o artigo 38 da Lei 9.099/1995.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A parte autora requer a condenação do INSS na obrigação de conceder **aposentadoria por idade como segurado especial.**

Preliminarmente, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pelo INSS. Primeiro porque, ao contrário do entendimento esposado pela autarquia, o STF, quando do julgamento do tema 350, estabeleceu como regra o prévio requerimento administrativo como condição de ação, consubstanciado no interesse

de agir, porem apresentou exceções a essa regra, dentre elas quando a demanda decorre de ação itinerantes da Justiça. A razão de ser dessa exceção reside na natureza fundamental do direito em discussão e, em especial, para resguardo do próprio direito a proteção judicial em localidade situada em rincão da Amazônia, desprovido de estrutura elementar para o exercício mínimo da cidadania. Ademais, in casu, o prévio requerimento administrativo não foi possível por falta de capacidade operacional do INSS, conforme certidão anexada, pois, apesar de estar presente no itinerante, limitou o atendimento de sua demanda há, apenas, 30 (trinta) cidadãos, por dia. Sabe-se que numa ação itinerante, em especial quando ocorre em município que não há Agência do INSS em funcionamento (no caso, faz dois anos que a agência do INSS em São Felix do Xingu foi desativada), a demanda social relacionada a Previdência Social fica represada, sendo insuficiente para atender toda demanda reprimida a abertura de apenas 30 (trinta) processos administrativos por dia.

No mérito, segundo o § 7º, inciso II, do art. 201 da Constituição Federal e os art. 39, inciso I, c/c art. 25, II, da Lei 8.213/1.991, os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao segurado especial são: a) qualidade de segurado; b) idade de 55 anos para a mulher e de 60 anos para o homem; c) carência de 180 meses de atividade como segurado especial.

Por tratar-se de segurado especial, a demonstração dessa condição exige início de prova material corroborada pela prova oral, tudo nos termos do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e do enunciado da Súmula 149 do E. STJ.

Passo a análise do **caso concreto**.

Passo ao exame da condição de segurado especial.

Reconheço como início de prova documental contemporânea a carência para concessão do benefício vindicado, a declaração firmado Supervisor Pedagógico da Escola Municipal de Educação (2019) e ficha cadastral de comercio (2009).

A prova oral confirmou a documentação apresentada, firmando a convicção do juízo de que a autora efetivamente labora na agricultura familiar de forma exclusiva, por toda sua vida, ao lado do esposo, Sr. Nelson Borges Pinheiro. Em consulta ao SISLABRA, não foi constatado qualquer divergência com o quanto declarado pelo autor, confirmando as demais provas constantes dos autos.

Registre-se que durante a ação itinerante o esposo da autora, Sr Nelson Borges Pinheiro, CPF 153.131.402-30, foi aposentado por idade, como segurado

especial, mediante acordo com o INSS, porque já tinha prévio requerimento administrativo, com a mesma documentação apresentada pela autora na presente ação.

Assim, julgando sob a lente de gênero, a fim de avançarmos na efetivação da igualdade e nas políticas de igualdade, como orientado pelo CNJ no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, não há outro caminho a seguir, que não seja a procedência do pedido formulado pela parte autora, mulher campesina que trabalha com o esposo e, pelo fato de ser mulher no campo não possui, por si só, documentação própria da sua qualidade de segurada especial e que precisa conciliar as atividades domésticas e cuidado com os filhos à atividade laboral. Nesse sentido, o STJ, na edição n.º 209 de “Jurisprudência em Teses”, sobre o tema “Julgamentos com perspectiva de gênero”, reafirmou sua jurisprudência no sentido de ser possível extensão de prova material em nome do marido/companheiro à sua esposa/companheira.

Assim sendo, comprovou o autor sua qualidade de segurado especial e que cumpriu a carência para concessão do benefício vindicado, tendo em vista que labora na agricultura de subsistência há mais de 15 (quinze) anos.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para determinar ao réu a implantação do benefício previdenciário de APOSENTADORIA POR IDADE – RURAL a contar da desta data, 21/07/2023 - DER, sem valores atrasados a receber.

Considerando o caráter alimentar do benefício ora deferido, concedo a antecipação parcial dos efeitos da tutela, determinando ao INSS que, no prazo de 30 dias, implante o benefício, sob pena de multa a ser imputado ao réu em caso de descumprimento informado nos autos.

Defiro o pedido de assistência judiciária formulado na inicial, com base no art. 98 do CPC.

Sem custas e sem honorários advocatícios neste grau de jurisdição, a teor do quanto disposto no art. 55, da Lei 9.099/95.

Publicada em audiência. Cientes os presentes. Registre-se.

Dispensada a assinatura da parte autora. Encerrada a audiência, eu, TOBIAS BASTOS QUERINO, analista judiciária, lavrei o presente termo, o qual segue assinado pelo magistrado que presidiu o ato.

CARINA CATIA BASTOS DE SENNA

Juíza Federal

TESTADO DE COMPARECIMENTO: A PRESENTE ATA DE AUDIÊNCIA SERVE COMO ATESTADO DE COMPARECIMENTO A TODAS AS PESSOAS QUE ESTIVERAM AQUI PRESENTES, PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS.

INFORMAÇÕES: AS INFORMAÇÕES SOBRE O PROCESSO PODERÃO SER OBTIDAS PELO TELEFONE (93) 2101-9495.

NÃO IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO E/OU DEMORA DO PAGAMENTO DE VALORES RETROATIVOS: EM CASO DE ACORDO OU JULGAMENTO PROCEDENTE EM QUE HOUVE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E/OU PAGAMENTO DE VALOR RETROATIVO, A PARTE AUTORA DEVERÁ INFORMAR, NO PRAZO DE 60 DIAS, EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DESTA SENTENÇA (BENEFÍCIO E/OU ATRASADOS). A INFORMAÇÃO PODERÁ SER PRESTADA PESSOALMENTE OU POR TELEFONE – (93) 2101-9495. APÓS O PRAZO DE 60 DIAS, NÃO HAVENDO INFORMAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DO JULGADO, O PROCESSO SERÁ ARQUIVADO, PRESUMINDO-SE O CUMPRIMENTO.

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

VOTO RELATORA

VOTO

VOTO. Ementa: Serviço público. Apagão elétrico do Amapá. Dano moral. Ilegitimidade passiva da União e ANEEL. Onipetência da justiça federal. Extinção do processo sem resolução de Mérito.

Sentença Reformada. Recursos Prejudicados.

Juíza Federal Carina Senna

VOTO RELATORA

Serviço Público. Apagão Elétrico Do Amapá. Dano Moral. Ilegitimidade Passiva Da União E Aneel. Incompetência Da Justiça Federal. Extinção Do Processo Sem Resolução De Mérito. Sentença Reformada. Recursos Prejudicados.

1. Trata-se de recursos inominados interpostos pelas partes autora e/ou réus contra sentença que julgou parcialmente procedente/improcedente o pedido de dano material/moral, em favor da parte autora, em virtude de paralisação (apagão elétrico) do fornecimento de energia elétrica no Estado do Amapá, em 03/11/2020, evento que ficou conhecido como “Apagão elétrico do Amapá”.

2. O fornecimento de energia elétrica é prestação de serviço público ofertado para usuários determinados, com prestação específica e com a possibilidade de mensuração da sua utilização individual e, por esta razão, são remunerados por tarifa. A caracterização da energia elétrica é de serviço público *uti singuli* e essencial, visto que segundo a Lei 7.783/89, vide art. 10, I, denomina-se, dentre muitos outros, que a distribuição de energia elétrica se trata de uma necessidade irremediável, imprescindível, que faz parte da sobrevivência da comunidade à luz da Dignidade da Pessoa Humana. O fornecimento de energia elétrica sob o regime das concessionárias de serviços públicos, trata-se da modalidade de concessão simples firmada por meio de um contrato administrativo, através do qual se transfere a execução do serviço público à particulares, sejam estas Pessoas Jurídicas ou consórcio de empresas, que demonstrem capacidade para desempenhar a atividade transferida, exercendo determinado serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante a cobrança de tarifa dos usuários. (Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo | e-ISSN: 2526-0030 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 01 - 22 | Jul/Dez. 2019.)

3. Como regra geral, compete aos entes da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a delegação de serviços públicos aos particulares; contudo, excepcionalmente, a lei pode atribuir o poder delegatário para os entes da Administração Indireta, tal como em se tratando dos serviços de energia elétrica, cujo o poder é atribuído à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, agência reguladora, portanto, autarquia federal em regime especial, atuante nos assuntos energéticos, conforme o art. 3^a-A Lei n. 9.427/96. (CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5a Edição ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 656- 657)

4. As irregularidades ocorridas no fornecimento do serviço de energia elétrica não são causas novas a serem discutidas no âmbito da responsabilização civil, que exige para seu reconhecimento, em regra, os elementos essenciais para a caracterização da apuração da responsabilidade, sendo estes: o fato/ação gerador do dano, o dano em si, quer seja o prejuízo material e/ou imaterial, o nexo de causalidade, sendo dispensada a culpa, nos termos do art. 37, §6, da CRFB/88. Todavia, tratando-se de responsabilização por comportamento ilícito decorrente de omissão, a responsabilidade será subjetiva, conforme art. 43 do Código Civil. Nesse sentido, doutrina de Alexandre Santos de Aragão .

“Tratando-se de imputação de um dano decorrente de omissão estatal, a

responsabilidade não pode ser realizada de forma imediata, uma vez que a inércia não é a causa direta do dano, mas sim um fato da natureza ou de terceiros não evitado pelo Estado. A sua responsabilização terá lugar apenas se tinha o dever de agir, ou seja, se estava legalmente obrigado a impedir a ocorrência do evento danoso e se omitiu.(...) Realmente, não há como se objetivar uma responsabilidade civil por omissão, na qual inexistente um ato que possa representar o elemento primordial do nexo de causalidade.(...) Adicionalmente, a responsabilidade estatal no caso de omissão demanda cautela, já que o seu ônus financeiro é repartido por toda a sociedade.” (Aragão, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4ª edição, revista e atualizada. Fórum: Belo Horizonte, 2017)

5. Não há que se imputar a União qualquer responsabilidade por eventuais danos materiais e/ou morais sofridos pelos consumidores do Amapá, no evento conhecido como “Apagão elétrico no Amapá”, na medida em que sendo poder concedente não responde perante os consumidores por eventuais falhas na prestação do serviço pelas concessionárias, pois não há relação de consumo caracterizada. Não se confunde a relação jurídica consumerista existente entre a concessionária do serviço público e o consumidor do serviço e a relação jurídica administrativa existente entre o poder concedente e a concessionária.

6. A legitimidade *ad causam* da parte decorre da verificação da própria relação material, ou seja, quem tem legitimidade para ingressar em juízo na defesa de um direito é o próprio titular do direito material. Do mesmo modo, quem tem legitimidade para estar no polo passivo de uma demanda é quem possui relação jurídica de direito material com o titular do direito alegado. A gravidade do fato ilícito e sua repercussão não imputam legitimidade *ad causam*. Desse modo, assiste razão ao recorrente/União quando afirma que não faz qualquer sentido ela fazer parte do polo passivo nas referidas ações, uma vez que, repita-se, **o serviço foi concedido, por meio de contrato celebrado pela ANEEL, a empresa privada, no caso, Linhas Macapá Transmissora de Energia Elétrica S/A- LMTE, empresa proprietária dos ativos de transmissão da SE Macapá.**

7. Ademais, sendo o serviço público de fornecimento de energia elétrica prestado por delegatários, incumbe ao Estado a fiscalização da atividade. Assim, vislumbrando a execução fiscalizatória, a regulamentação e adequação do serviço, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, reguladora responsável pela emissão de normativas e padrões técnicos em matéria de energia elétrica, expede constantemente atos que delimitam os direitos e deveres tanto para o consumidor quanto a concessionária de serviço público. Todavia, a falta de fiscalização, por si só, não geraria qualquer dano direto ao consumidor, passível de responsabilidade civil, na medida em que eventual dano sofrido pelo consumidor na relação jurídica mantida com a concessionária do serviço público decorrerá exclusivamente de ação/omissão ilícita praticada diretamente por esta, não se podendo imputar a agência reguladora uma responsabilidade indireta por ilícito praticado pela concessionária somente pelo fato de não ter realizado a fiscalização da prestação do serviço. Ademais, conforme se verifica no relatório apresentada pelo ANEEL, não houve omissão no supervisionamento da prestação do serviço, pois a agência reguladora vinha realizando fiscalização no Estado do Amapá e acompanhando a questão energética Destarte, não tendo a ANEEL relação jurídica de direito material direta com o consumidor no evento, é também parte ilegítima *ad causam*.

8. Nesses sentidos, jurisprudências do STJ acerca da ilegitimidade passiva do poder concedente e agência fiscalizadora nas relações consumeristas.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES GASTOS PELO CONSUMIDOR NA INSTALAÇÃO DE REDE DE ELETRIFICAÇÃO RURAL. ANEEL E UNIÃO. ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A relação de direito material discutida nos autos deu-se entre o consumidor - que financiou a construção da rede de eletrificação rural - e a concessionária do serviço público, não havendo nos autos nenhuma informação no sentido de que o autor da demanda tenha firmado contrato com a Agência Reguladora dos Serviços de Energia - ANEEL, agência reguladora dos serviços de energia elétrica, destinada a exercer a função de fiscalização e normatização dos serviços do setor para o qual foi criada, e/ou com a União, não se impondo, dessa forma, a participação destes entes na demanda. 2. Tem-se que a ANEEL e a UNIÃO são estranhas à relação havida entre o autor e a ENERSUL, não havendo que se falar em incompetência da justiça comum para o processamento do feito. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AgRg no REsp: 1256565 MS 2011/0035175-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/12/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2013).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUESTIONANDO A LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DOS ENCARGOS INSTITUÍDOS PELA LEI 10.348/02 SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA ANEEL. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Embora se trate de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, a relação jurídica de direito material controvertida é a que se estabelece entre a concessionária e os consumidores de energia elétrica, tendo por objeto a prestação de pagar o chamado "encargo de capacidade emergencial" previsto na Lei 10.438/02, atuando o Ministério Público Federal como substituto processual dos consumidores. Em demandas dessa natureza, nem a União e nem a ANEEL se legitimam a figurar como litisconsortes passivas, condição que não decorre nem mesmo de sua condição de agentes normatizadores ou fiscalizadores do serviço público concedido. Precedente da 1ª Seção: REsp 1068944, DJ de 09/02/09. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RE's 576.189/RS e 541.511/RS, afirmou a constitucionalidade do Encargo de Capacidade Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1º, § 1º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 2º e 3º), do Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1º, § 2º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 4º e 5º), bem assim do Encargo de Energia Livre Adquirida no Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE (Lei 10.438/02, art. 2º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 11 a 14), ressaltando que tais encargos não têm natureza de taxa, mas, sim, de preço público pago pela fruição da energia elétrica. 3. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 858797 RS 2006/0055299-3, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 15/09/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação:--> DJe 23/09/2009)

9. No mesmo sentido, jurisprudência do TRF 1 pela ilegitimidade da agência reguladora nas relações de consumo - omissão de fiscalização, abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO. SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO. INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Preliminar de carência de direito de ação, por falta de interesse de agir da agência reguladora, não merece acolhimento, certo que dizendo respeito ao cumprimento de metas de qualidade na prestação do serviço telefônico, manifesto o interesse na lide. Precedentes TRF - 1ª Região. 2. O entendimento jurisprudencial assente na Corte é no sentido de que, seja quanto à fiscalização, seja no tocante a imposição de metas de eficiência ou multas pecuniárias e demais penalidades sobre as concessionárias de serviços de telefonia e comunicação de dados, sua atuação decorre diretamente da legislação de regência da agência reguladora. Precedentes TRF-1ª Região. 3. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito do ato administrativo, valorando aspectos relativos à conveniência e a oportunidade, em respeito ao princípio da separação dos poderes, desde que observados, a saber, devido processo legal e ampla defesa. 4. Esta Corte reconhece a legitimidade do Poder Judiciário para impor a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, desde que e somente, na presença de comportamento omissivo da administração pública, não substanciando em tal hipótese, violação do princípio da separação dos poderes. Precedentes TRF1ª Região. 5. Não caracterizada a omissão da agência reguladora na fiscalização e punição de atos de descumprimento de metas de expansão e qualidade do serviço telefônico não há razão para intervenção judicial. Pedido julgado improcedente. 6. Dá-se provimento aos recursos de apelação. (TRF-1 - AC: 00324441220104013900, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 07/02/2018, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 16/02/2018).

10. Nos termos do art. 109, I, da CRFB/88, compete a Justiça Federal 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 acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Ausente, *in casu*, qualquer das pessoas enumeradas no artigo supramencionado, em razão da ilegitimidade passiva da União e ANEEL ora reconhecidas, conseqüentemente, falece competência a Justiça Federal para processar e julgar o feito, devendo a matéria discutida nos autos ser decidida pela Justiça Comum Estadual do Estado do Amapá, nos termos do local onde ocorreram os fatos alegados. Todavia, deixamos de remeter ao juízo competente, conforme previsto no art. 64, §3º, do CPC, utilizado subsidiariamente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em razão da impossibilidade técnica da remessa, pela falta de interligação entre o PJE da Justiça Comum Federal e Justiça Comum Estadual, determinando, portanto, a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no art. 51, III, da Lei 9.099/95, por analogia.

11. Em virtude do exposto, reconheço a ilegitimidade passiva da União e da ANEEL, ficando prejudicada as demais questões deduzidas pelas partes, e conseqüentemente, reconheço a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, com a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV do Código de Processo Civil. Sentença reformada.

12. Reputam-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais suscitados pelas partes.

13. Sem custas. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, cuja execução fica suspensa, caso tenha sido concedida assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais das Seções Judiciárias do Pará e do Amapá, por maioria, em **RECONHECER A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA ANEEL** e, conseqüentemente **DECLARAR A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO**, com extinção do processo sem resolução de mérito, restando prejudicados eventuais recursos interpostos pelas partes, nos termos do voto da Relatora, lavrado sob a forma de ementa.

VOTO

VOTO. Ementa: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Estado do Amapá. Ilegitimidade passiva da união federal e da ANEEL. Incompetência da Justiça Federal. Extinção do processo sem resolução de mérito.

Juiz Federal Substituto Thiago Rangel Vinhas

VOTO-EMENTA**DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ESTADO DO AMAPÁ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL E DA ANEEL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.**

1. Trata-se de recursos interpostos contra sentença que apreciou pedido de reparação civil em razão de interrupção de serviço de fornecimento de energia elétrica no Estado do Amapá.
2. O art. 175 da Constituição Federal dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
3. O art. 21, XII, b, da Constituição Federal atribui à União Federal a exploração, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica.
4. Conforme art. 3º, IV, da Lei 9.427/1996, foi delegada pela União Federal à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL a gestão de contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem a fiscalização, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, das concessões, permissões e prestação dos serviços de energia elétrica.
5. Sobre a responsabilidade civil da Administração na prestação de serviços públicos, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal dispõe que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".
6. O art. 2º da Lei 8.987/95 considera como concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.
7. Já o art. 25 da referida Lei de Concessões dispõe que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.
8. Na presente demanda, o autor pretende responsabilizar os entes públicos, dentre outros réus, pela interrupção do serviço de energia elétrica no Estado do Amapá ocorrido entre 03/11/2020 e 26/11/2020, buscando reparação civil pelos prejuízos sofridos.

9. Ao apurar as causas da interrupção de energia elétrica, o Relatório de Análise de Perturbação elaborado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico assim concluiu:

"A perturbação teve início com a ocorrência de um curto-circuito na fase B do transformador trifásico TR1 230/69/13,8 kV - 150 MVA, da SE Macapá seguido de explosão e incêndio. (...) Antes do início da ocorrência, apenas os transformadores TR1 e TR3 de 230/69/13,8 kV - 150 MVA alimentavam as cargas do setor de 69 kV da SE Macapá, visto que o transformador TR2 230/69/13,8 kV - 150 MVA desta subestação encontrava-se fora de operação desde dezembro de 2019, devido a um sinistro na sua bucha de 69 kV causado por curto-circuito interno monofásico, com vazamento de óleo. (...) Com o desligamento do transformador TR1 230/69/13,8 kV, ocorre uma sobrecarga de 1,9 pu da sua potência aparente (279 MVA, sendo 225 MVA de potência ativa e 163 Mvar de potência reativa) no transformador remanescente TR3 230/69/13,8 kV, que provocou a atuação correta da sua proteção de sobrecorrente de fase do lado de alta tensão (51AT), comandando a abertura do disjuntor do lado de 230 kV do TR3 230/69/13,8 kV. (...) Observa-se, por fim, que o evento em pauta foi resultado de contingência múltipla (indisponibilidade do TR2 e perda dos outros dois transformadores em um mesmo evento), não contemplada nos critérios e procedimentos utilizados para o dimensionamento, planejamento e operação do Sistema Interligado Nacional – SIN".

10. No presente caso, não é possível atribuir responsabilidade pelos eventos narrados aos entes públicos. Isso, porque a Constituição Federal e a Lei de Concessões disciplinam a responsabilidade do concessionário pela prestação dos serviços públicos que lhe foram concedidos, ainda que os entes públicos sejam incumbidos de fiscalizar o cumprimento do contrato. Assim, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento, cabendo-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

11. Inclusive, o contrato de concessão de transmissão de energia elétrica firmada entre a União, ANEEL e LMTE, em sua cláusula oitava, segunda subcláusula, atribui expressamente à transmissora a responsabilidade pelo serviço, independentemente de fiscalização. Da mesma forma, a cláusula quarta, sexta subcláusula, dispõe que a operação e a manutenção das instalações de transmissão serão de exclusiva responsabilidade da transmissora.

12. Também não é possível suscitar omissão do Poder Público para justificar o dever de indenizar o consumidor. Não há elementos indicativos de negligência do poder concedente em relação ao cumprimento do contrato. A agência fiscalizou o serviço de acordo com os mecanismos que estão disponíveis na regulação, tais como monitoramento dos indicadores de qualidade e imposição de incentivos regulatórios para estimular a prestação adequada do serviço pela concessionária.

Eventual ciência da falta de um dos transformadores na estação elétrica, por si só, não é suficiente à caracterização de omissão da autarquia reguladora, já que cabe ao concessionário manter instalações adequadas e os entes públicos haviam sido informados acerca da data de retorno do equipamento e estavam monitorando sua recomposição.

13. Após o incidente, a Administração acompanhou os trabalhos de recuperação do fornecimento de equipamentos, auxiliou os envolvidos no gerenciamento de carga e realizou ações diárias para restabelecimento do sistema à condição normal. Por fim, houve instauração de processos administrativos para apuração e penalização dos responsáveis.

14. Além disso, não é admissível responsabilizar a União ou ANEEL perante o consumidor sob o argumento de inexistência de redundância do sistema elétrico na região do Estado do Amapá, visto que inexistem nos autos prova de que a concessionária de transmissão de energia elétrica, responsável pelas instalações onde se iniciou a perturbação do sistema, tenha suscitado tal questão no procedimento de contratação ou mesmo buscado pelas vias legais a revisão do contrato administrativo para reequilíbrio das obrigações, mediante inclusão de tal fato na matriz de risco do negócio jurídico.

15. Em verdade, a pretensão de responsabilização da União ou ANEEL por falhas operacionais no fornecimento de energia elétrica por pessoas jurídicas privadas seria erigir o Poder Público à figura de garantidor universal de todo o sistema elétrico nacional, em violação à natureza e finalidade do contrato de concessão de serviço público, que busca atribuir ao concessionário os lucros, os riscos e as perdas da atividade empresarial delegada, eximindo de responsabilidade o poder concedente perante terceiros e usuários.

16. Nesse ponto, é preciso destacar que o STJ decidiu no CC 177048 ser competência da Justiça Federal a apreciação de questões criminais referentes ao apagão, em razão da violação de interesses dos entes públicos, motivo pelo qual não se aplica a mesma razão de decidir para fixação da competência cível. Já no noAgInt no CC 185542, o STJ decidiu não ser possível fixar, de modo geral e amplo, a competência da Justiça Federal, com base no argumento de que foram atingidos os interesses da União, em toda e qualquer demanda relativa ao incidente ocorrido no Estado do Amapá.

17. Ademais, não se aplica à União e ANEEL o art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade solidária no âmbito consumerista, uma vez que os entes públicos não podem ser considerados como autores da conduta lesiva, nem integram a cadeia de fornecimento de energia elétrica.

18. Sobre a responsabilidade civil em contratos de serviço de energia elétrica, o TRF1 já decidiu que "não cabe a imputação de responsabilidade à União em face das atividades desenvolvidas por concessionárias de serviços públicos quanto à eventual indenização por perdas e danos materiais e morais, cuja responsabilidade cabe à própria concessionária" (AG 0019961-97.2016.4.01.0000, JUIZ FEDERAL

ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 20/02/2019 PAG.).

19. A Súmula 150 do STJ dispõe que compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula 150, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/02/1996, DJ 13/02/1996, p. 2608). Sendo assim, a União e a ANEEL não possuem pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da demanda, visto que a responsabilidade pelas condutas lesivas narradas na petição inicial não podem ser imputadas a estes entes públicos.

20. Diante da ilegitimidade passiva da União e da ANEEL, deve ser declarada a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, conforme art. 64, § 1º, do CPC e art. 109, I, da Constituição Federal. Por conseguinte, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, conforme aplicação analógica do art. 51, III, da Lei 9.099/95 e art. 485, IV, do CPC.

21. Incompetência da Justiça Federal reconhecida. Processo extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC. Recursos prejudicados.

22. Sem custas e honorários advocatícios, por não se tratar de recorrente vencido, conforme art. 55 da Lei 9.099/95.

23. Reputa-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais suscitados pelas partes.

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais das Seções Judiciárias do Pará e do Amapá, por maioria, JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, nos termos do voto supra, lavrado sob a forma de ementa.

Juiz Federal Substituto **THIAGO RANGEL VINHAS**

Relator

VOTO

VOTO. Ementa: indenização por danos morais e materiais. interrupção do fornecimento de energia. crise energética no Amapá. “apagão”. deserção do recurso da parte autora. competência da justiça federal. valor da causa inferior a 60 sm, competência do jef. ilegitimidade passiva reconhecida em relação a alguns dos integrantes da relação processual. relação de consumo. desnecessidade de individualização da responsabilidade civil. possibilidade de ação regressiva. compensação realizada pela união. lei 14.146/2021. inexistência de prova quanto à extensão do dano alegado. rejeição da pretensão da parte autora. sentença reformada.

Juiz federal Caio Castagine Marinho

VOTO-EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA. CRISE ENERGÉTICA NO AMAPÁ. ‘APAGÃO’. DESERÇÃO DO RECURSO DA PARTE AUTORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SM, COMPETÊNCIA DO JEF. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS INTEGRANTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. POSSIBILIDADE DE AÇÃO REGRESSIVA. COMPENSAÇÃO REALIZADA PELA UNIÃO. LEI 14.146/2021. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À EXTENSÃO DO DANO ALEGADO. REJEIÇÃO DA PRETENSÃO DA PARTE AUTORA. SENTENÇA REFORMADA.

SINOPSE FÁTICA

-Trata-se ação de indenização por danos sofridos por falha em serviço público de fornecimento de energia elétrica.

-A sentença acolheu em parte as pretensões da parte autora, para condenar os réus no pagamento de dano moral. Contudo, reconheceu que a indenização dos danos sofridos foi efetivada com o abatimento do valor do benefício concedido pela Lei 14.146/2021, o que resultou na extinção da dívida.

-A parte autora alega, em síntese, que o dano sofrido pela ausência de energia foi maior do que o reconhecido em sentença. Em seu recurso, pleiteia a modificação da sentença buscando o acolhimento integral da sua pretensão.

-A ALUPAR INVESTIMENTO S.A. e a FERREIRA GOMES ENERGIA S.A. recorrem pretendendo o reconhecimento da ilegitimidade passiva para integrarem a relação processual. No mérito, postulam a improcedência da demanda.

-A COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ - CEA busca o provimento do recurso para acolher a sua ilegitimidade passiva para responder pela pretensão da parte autora; ou a rejeição dos pedidos da parte autora, na eventualidade de não ser reconhecida a extinção do processo em relação aos pedidos feitos contra si.

-A ENERGEST S.A. e a EMPRESA DE ENERGIA CACHOEIRA CALDEIRÃO, em sede recursal, defendem sua ilegitimidade passiva. Caso não reconhecida a extinção do feito, pretendem o provimento do recurso para reconhecer a improcedência do feito.

DESERÇÃO – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PELA PARTE AUTORA.

-De acordo com o art. 42, § 1º da Lei 9.099/1995, o preparo do recurso nos Juizados Especiais deve ser efetuado, independentemente de intimação, no prazo de 48 horas a contar da interposição do recurso. A isenção de pagamento das custas é deferido àqueles que provarem insuficiência de recursos (art. 4º, II da Lei 9.289/1996).

-No caso concreto, a parte autora não comprovou a insuficiência financeira para pagamento do valor das custas, não tendo realizado o preparo do recurso no prazo estabelecido na intimação realizada. Assim, considerando que o preparo é pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, a sua ausência implica o não conhecimento do recurso interposto.

-Houve recolhimento das custas processuais pelos demais recorrentes, o que determina o prosseguimento do julgamento.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – CONTEXTO FÁTICO QUE ULTRAPASSA A RELAÇÃO ENTRE O CONSUMIDOR E A CONCESSIONÁRIA – LEGITIMIDADE DO PODER CONCEDENTE - OMISSÃO FISCALIZATÓRIA – DANOS DECORRENTES DA FORMA COMO CONDUZIDA A CRISE – FALHAS NA DEFINIÇÃO DA POLÍTICA ENERGÉTICA DA REGIÃO AFETADA PELA CRISE.

-O contexto fático exposto na causa de pedir (danos decorrentes da crise energética) aponta para o reconhecimento da legitimidade de entes federais, de forma a determinar o reconhecimento da competência da Justiça Federal para julgamento da causa.

-Ainda que o contrato de concessão delegue a prestação e execução do serviço público ao concessionário, permanece, com o poder concedente, o poder-dever fiscalizatório e punitivo.

-O art 3o da Lei 8.987/1995 disciplina que as concessões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação. O art. 29, por sua vez, determina que a regulamentação e fiscalização da prestação do serviço concedido deve ser permanente, podendo, inclusive, intervir em hipóteses específicas. Zelar pela boa qualidade do serviço é de responsabilidade do poder concedente.

-O Decreto 2.335/1997 declinou, à ANEEL, a competência para fiscalizar a prestação dos serviços e instalações de energia elétrica, também passando a ser sua, a atribuição para aplicar as penalidades regulamentares e contratuais (art. 4º). O art. 23, X do Regimento Interno da ANEEL, define ser sua a responsabilidade em relação ao controle e fiscalização dos serviços e instalações de transmissão de energia elétrica, incluindo a de agentes de operação de sistemas e a análise de perturbações relevantes no sistema elétrico.

-A falha fiscalizatória da ANEEL foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União. Conforme restou consignado, as medidas fiscalizatórias e a instauração de processos administrativos com aplicação de penalidades, passaram a ocorrer apenas após o infortúnio, mesmo havendo ciência, há um ano antes do infortúnio, que havia transformador (TR2) necessitando de manutenção. Eis algumas das conclusões constantes do Acórdão TCU 1224/2023:

“Diante do exposto, conclui-se que a Aneel é a principal responsável pela fiscalização da concessionária LMTE e do ONS, cabendo à agência adotar medidas com o objetivo de garantir a boa e regular prestação dos serviços tanto pela transmissora de energia quanto pelo operador do SIN (fl. 40 do relatório TCU).

(...) foram verificadas falhas na atuação da Concessionária Linhas de Macapá Transmissora de Energia (LMTE), do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), que possibilitaram a ocorrência blecaute no estado do Amapá em novembro de 2020 (fl. 60 do acórdão);

(...)

(...) nem o ONS, nem a Aneel, embora tivessem ciência da indisponibilidade de um dos transformadores, tomaram medidas efetivas com o objetivo de resguardar a segurança energética da região, apesar de a SE Macapá se enquadrar como instalação estratégica do SIN, conforme definido no então submódulo 10.18 dos procedimentos de rede.” (Processo 039.604/2020-9, Rel. Min. JORGE OLIVEIRA, Acórdão TCU 1224/2023, j. em 14.06.23).

-A revogação da autorização da termoelétrica de Santana, outorgada à Eletronorte (Portaria nº 229, de 22 de maio de 2019, do Ministério das Minas e Energia), deveria gerar maior cautela e diligência imediata quando da notificação da inoperabilidade do TR2.

-Para além da falha do poder concedente em fiscalizar o concessionário, o infortúnio ocorrido no período de 03 a 26/11/2020 refletiu o resultado de decisões e estratégias que se mostraram insuficientes para lidar com a complexidade do cenário energético regional. A inadequação da abordagem tornou-se ainda mais evidente com a demora para a solução definitiva do episódio.

-É da UNIÃO a responsabilidade por todo o planejamento, normatização, fiscalização, coordenação e articulação do funcionamento do sistema elétrico. A escassez de medidas preventivas (notificação desde 12/2019) e a gestão ineficaz dos recursos resolutivos no momento do ocorrido determinam o reconhecimento de sua legitimidade para o agravamento o impacto da crise.

-Cuida-se de contexto que ultrapassa a relação de consumo existente entre o consumidor e concessionária. Na presente hipótese, não deve incidir o entendimento jurisprudencial que afasta a legitimidade do poder concedente, para afirmar a responsabilização exclusiva do delegatário do serviço público.

-Aqui, a legitimidade de entes federais (UNIÃO, ANEEL e ONS), justificando a competência da Justiça Federal, decorre de uma pluralidade de fatores: (a) possível nexos causal entre a omissão fiscalizatória do poder concedente em relação a atuação dos concessionários, tanto no que diz respeito ao (i) fato gerador da crise, quanto (ii) nas causas que determinaram a extensa duração do apagão; (b) contexto do dano também influenciado pela política estabelecida pela UNIÃO, cujas decisões sujeitaram à região a uma insegurança energética que não permitiram a reversão dos danos em lapso temporal mais curto.

-Em se tratando de ação de consumo, aplica-se a responsabilidade solidária, sendo facultado ao consumidor escolher contra quem deseja demandar (art. 7º, parágrafo único do CDC). Veja-se que os indicados pelo consumidor para compor o polo

passivo possuem legitimidade passiva na demanda pois compõem o sistema de fornecimento de energia elétrica (Fiscalização – Transmissão – Distribuição).

-Diante da opção do consumidor e do vínculo entre o incidente ocorrido e a atividade fiscalizatória e regulatória, o poder concedente deve manter-se no polo passivo da demanda: (i) a UNIÃO, na qualidade de titular do serviço nos termos do art. 21, XII, b da Constituição Federal; e (ii) a ANEEL, enquanto agência reguladora investida de poder fiscalizatório, conforme o disposto no art. 3º, IV da Lei 9.427/1996. Incide, assim o art. 109, I da CF.

COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SM – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO PERÍCIA COMPLEXA PARA SOLUÇÃO DA LIDE

-Não há que se falar em necessidade de perícia complexa para detectar a causa e/ou individualizar responsabilidades. Isso porque o fato gerador do incidente encontra-se especificado em todos os relatórios constantes nos autos (curto-circuito em uma das fases do transformador trifásico TR-1 da subestação Macapá).

-O art. 14 do CDC estabelece que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Tal disposição indica uma responsabilidade objetiva, na qual a ocorrência de danos durante a prestação do serviço é suficiente para que os envolvidos sejam responsabilizados.

-Nesse contexto, no âmbito da relação consumerista, não se discute a individualização das responsabilidades, cabendo essa análise em ação própria, com possibilidade de ação regressiva para eventual compensação de danos.

-Cabe ressaltar que já existe ação desta natureza em andamento na 4ª Vara Federal de Brasília, registrada sob o n. 1043994-46.2021.4.01.3400.

-Aqui não se buscará estimar a responsabilidade exata de cada um dos réus, cabendo tão somente a conexão de condutas na cadeia de eventos ocorridos.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

-A ALUPAR INVESTIMENTO S.A. afirma não integrar a cadeia de fornecedores do sistema de energia do Amapá, constituindo-se em uma holding de investimento.

-A recorrente FERREIRA GOMES ENERGIA S.A, de igual forma, afirma ser inadequada sua inclusão na lide. Registra ser empresa concessionária de uso de bem público, visando a exploração do potencial hidrelétrico do Rio Araguari.

-De fato, inexistem elementos indicando que as referidas recorrentes tiveram qualquer participação no evento danoso, não havendo ato que lhes vincule à cadeia de eventos que levou ao apagão. Do que se foi possível constatar, cuidam-se de produtoras independentes que realizam a comercialização da energia que produzem por meio do mercado regulado, contexto diverso daquele que está inserido a parte autora.

-A hipótese é, portanto, de reconhecimento da sua ilegitimidade passiva.

-A ALUPAR INVESTIMENTO S.A. afirma não integrar a cadeia de fornecedores do sistema de energia do Amapá, constituindo-se em uma holding de investimento.

-A recorrente FERREIRA GOMES ENERGIA S.A, de igual forma, afirma ser inadequada sua inclusão na lide. Registra ser empresa concessionária de uso de bem público, visando a exploração do potencial hidrelétrico do Rio Araguari.

-De fato, inexistem elementos indicando que as referidas recorrentes tiveram qualquer participação no evento danoso, não havendo ato que lhes vincule à cadeia de eventos que levou ao apagão. Do que se foi possível constatar, cuidam-se de produtoras independentes que realizam a comercialização da energia que produzem por meio do mercado regulado, contexto diverso daquele que está inserido a parte autora.

-A hipótese é, portanto, de reconhecimento da sua ilegitimidade passiva.

-A COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ – CEA afirma não ter a responsabilidade legal para responder à ação, argumentando que a execução do serviço não prestado (transmissão de energia) era de responsabilidade da concessionária de transmissão, LINHAS DE MACAPÁ TRANSMISSORA DE ENERGIA (LMTE).

-Apesar de não ter dado causa ao infortúnio, compôs o quadro de evento danoso, já que fazia parte do sistema elétrico do Estado que deveria restaurar, no menor tempo possível, o fornecimento de energia para o Estado do Amapá, mitigando suas consequências.

-Como distribuidora de energia elétrica no Estado do Amapá foi responsável pela implementação e execução do sistema de rodízio após o incidente, possuindo a relação jurídica direta com os consumidores. Razão pela qual deve ser integrar a relação jurídica processual.

ANÁLISE DO CASO CONCRETO

-Conforme estabelecido legalmente, tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as entidades de direito privado, incumbidas da prestação de serviços públicos, assumem a responsabilidade pelos danos ocasionados por seus agentes no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º da CF). Essa previsão normativa reflete o princípio da responsabilidade civil objetiva, impondo aos entes públicos e suas concessionárias a obrigação de reparar danos causados a terceiros, independentemente da comprovação de culpa, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de regresso nos casos em que a conduta do agente tenha sido pautada por dolo ou culpa.

-A relação estabelecida entre as partes enquadra-se no conceito de relação de consumo, em que se busca a responsabilidade civil do fornecedor pelo defeito no fornecimento de serviço. Em razão disto, deve ser analisada sob a égide da

disciplina consumerista, consoante os art. 2º, caput; art. 3º, § 2º; 7º, parágrafo único e art. 14, § 1º da Lei 8.078/1990.

-O fato gerador do infortúnio foram os incidentes envolvendo a Subestação de Macapá, operada pela concessionária LINHAS DE MACAPÁ TRANSMISSORA DE ENERGIA (LMTE), que culminaram com o blecaute no estado do Amapá ocorrido em novembro de 2020.

-A explosão do transformador trifásico TR-1 da subestação Macapá decorreu de um curto-circuito em uma de suas fases. O relatório da ONS aponta falha de equipamento nas buchas de 69 kv, o que permitiu que a umidade penetrasse. Com a perda do transformador TR-1, ocorreu uma sobrecarga no transformador TR-3, que desligou, por segurança. Assim esclareceu o Acórdão da TCU e o Relatório de Análise de Perturbação (RAP):

“Nesse cenário, em 3/11/2020, às 20h48, ocorreu o desligamento do transformador 1 (TR1) da SE Macapá, decorrente de um curto-circuito interno, com posterior incêndio e perda total do equipamento. Em sequência, ocorre o desligamento automático do transformador 3 (TR3). Diante dessa situação, seguiu-se uma série de desligamentos nas UHEs da região, inclusive de Coaracy Nunes, de modo que o fornecimento de 242 MW médios de energia elétrica para a região foi interrompido, provocando o blecaute objeto desta representação. Ressalte-se que, no mesmo dia, às 22h55, ao tentar religar o TR3, verificou-se seu desligamento automático, após a energização, devido a um curto-circuito na fase B do equipamento.” (Processo 039.604/2020-9, Rel. Min. JORGE OLIVEIRA, Acórdão TCU 1224/2023, j. em 14.06.23).

“o evento de interrupção energética teve início no dia 3/11/2020, às 20h48min, com um curto-circuito, seguido de explosão, no transformador TR1, seguido de desligamento desse transformador, bem como do TR3, este, por sobrecarga, ambos da SE Macapá, tendo ocorrido, na sequência, o desligamento da UHE Coaracy Nunes e de 95% das cargas do Sistema Amapá.” (Relatório de Análise de Perturbação (RAP) ONS-DGL-REL 0016/2020).

-Diante do conjunto probatório dos autos, constato a negligência da empresa responsável pela operação da Subestação Macapá (LMTE), em relação a verificação e manutenção do equipamento TR1. É o que se conclui dos seguintes documentos, abaixo referidos:

(i) Laudo da Polícia Civil do Amapá: aponta negligência da empresa responsável pela operação da Subestação Macapá;

(ii) Relatório do Operador Nacional De Sistema Elétrico – ONS: indica a falha no serviço auxiliar por defeito no sensor de tensão, promovendo tentativa de

chaveamento. Chaveamento também não foi bem-sucedido (causa acidental, item 5.1.8, fl. 64). A fonte provida pela concessionária transmissora estava inativa devido a interrupção no fornecimento (fl. 52). Considerou incorreto desligamento do serviço auxiliar do compensador estático e atuação da proteção diferencial de barras;

(iii) Memorando 83/2022-SFE/ANEEL: indica a causa raiz da ocorrência, atribuindo-a a defeitos ocultos nos equipamentos (transformadores) da empresa transmissora. Concluiu que a responsabilidade é exclusiva da LMTE;

(iv) Auto de Infração 0001/2021-SFE3, de 10.02.21, da ANEEL: aplicou a penalidade de multa à transmissora LMTE no valor de R\$ 3.671.745,75;

(v) Exposição de motivos apresentados para o Auto de Infração 1/2021-SFE (peça 100 p. 1-78) e no Termo de Notificação 24/2020-SFE (peça 100, p. 79-276): a LMTE cometeu falhas relacionadas à execução da gestão e manutenção dos equipamentos, bem como aos planos de contingência da SE Macapá (Processo 039.604/2020-9, Rel. Min. Jorge Oliveira, Acórdão TCU 1224/2023, j. em 14.06.23).

-Por outro lado, o transformador TR2 encontrava-se em manutenção desde 12/2019. E em que pese a indisponibilidade de quase um ano desse transformador, não houve qualquer inspeção ou intervenção in loco, por parte da ONS e ANEEL. As medidas fiscalizatórias passaram a ocorrer apenas após o ocorrido.

-Sendo esse o cenário, houve falha no equipamento TR1 da empresa transmissora de energia elétrica (LMTE), o que foi agravado pela ausência de um dos transformadores da SE Macapá por tempo prolongado (TR2).

-O bloqueio na transmissão de energia elétrica, por óbvio, impedia que a concessionária distribuidora (CEA) repassasse ao consumidor secundário o produto não recebido. Ocorre que, pelos relatórios anexados, verificou-se que no dia 07/11/2020, média de 70% da carga de energia já se encontrava reajustada e distribuída em sistema de rodízio, cuja operacionalização foi delegada à CEA. Foi necessário estabelecer sistema de racionamento de cargas, em razão da inoperabilidade do TR1 e TR2.

-O Relatório de Análise de Perturbação (RAP) ONS-DGL-REL 0016/2020 destaca dificuldade de comunicação com a CEA. Além disso, pontuou: “falha no serviço auxiliar da SE Equatorial que já havia sido normalizada e falha de comando remoto nos disjuntores da SE Santana com equipes no pátio para realizarem o comando local sob forte chuva e com baixa visibilidade.”

-Aqui não se pretende individualizar responsabilidades (análise a ser feito em ação própria, com direito de regresso para eventual compensação de danos). O que as provas constantes nos autos demonstram é uma sincronização de eventos atribuíveis aos atores envolvidos (UNIÃO, ONS, ANEEL, ELETRONORTE, LMTE e CEA), um cenário que influenciou no processo de retomada de carga e redistribuição eficaz. É certo que houve falha na prestação do serviço.

-No âmbito da responsabilidade civil, particularmente no que concerne ao dano moral, o propósito é resguardar atributos que transcendem a esfera patrimonial. E quanto a interrupção de serviço de energia elétrica, o STJ firmou o entendimento de que se trata de dano in re ipsa: “o dano moral decorrente de falha na prestação de serviço público essencial prescinde de prova, configurando-se in re ipsa, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do ato praticado” (AgInt no AREsp 2204634 / RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, STJ, 1ª Turma, julgado em 12/06/2023, Dje 15/06/2023).

-A simples ocorrência do evento (interrupção de serviço de energia elétrica) já é considerada prova suficiente de que a vítima sofreu danos. Para a extensão da quantificação, entretanto, indispensáveis evidências adicionais.

-Na demanda, em que se tem reconhecido o fato danoso e o próprio dano, além de examinar a ocorrência de tais repercussões, torna-se imperativo verificar a dimensão em que os eventos prejudiciais violaram interesses da parte lesada, gerando perturbações que extrapolam a normalidade.

-A Lei 14.146/2021 indenizou os consumidores do Amapá, mediante isenção do ônus correspondente à quitação da fatura, como forma de reparação diante do infortúnio aqui analisado. Nesse cenário, eventual acolhimento da pretensão indenizatória exige a demonstração, no caso concreto e de forma fundamentada, de que os danos sofridos teriam ultrapassado o valor já abrangido pela isenção legislativa oferecida.

- O apagão ocorrido em 03/11/2023 atingiu 95% dos cidadãos do Estado, havendo restabelecimento de 70% da carga no dia 07/11/2023. A partir do momento que se estabeleceu a distribuição de energia em sistema de rodízio, alguns consumidores podem não ter sido atingidos pelo restabelecimento da energia. Enquanto uns podem ter passado por situações de mero desabastecimento, outros podem, eventualmente, ter sido lesados mais gravemente.

-Certamente alguns consumidores foram mais afetados que outros, considerando particularidades de vida de cada um (como horários de trabalho, de sono, existência de menores, deficientes e/ou idosos, utilização de eletrodomésticos, de serviços de telefonia). Além disso, houve localidades que sequer foram afetadas pelo rodízio, com o restabelecimento integral da energia elétrica no 3º dia, como as residências próximas de hospitais, por exemplo.

-Deste ponto, a individualização do dano é crucial para se concluir sobre sua dimensão, especificando os indivíduos que eventualmente se enquadrem em contexto que determinaria o reconhecimento de um valor adicional para compensar

prejuízo mais significativo. Não provado o excesso, não se justifica a reparação além da que já reconhecida no normativo citado.

-A parte autora não produziu qualquer prova apta a demonstrar o ocorrido nem apontou fator de agravamento. Não há indicação, nos autos, sequer do tempo que foi privado do fornecimento de energia, considerando o rodízio realizado. Nesse ponto, a indicação da existência de dano foi genérica.

-É fato que a indenização pelo dano moral não pode converter-se em fonte de enriquecimento sem causa em favor do ofendido e nem ser irrisória a ponto de estimular o descaso do ofensor, possuindo, neste particular, finalidade de desestímulo. Assim, há que se considerar que o fato ocorrido foi isolado. Os réus cercaram-se de diligências para que não se repetisse, devendo ser considerado para a quantificação, o fator educativo.

-A complexidade de atos que se sucederam, com intervenções de todas as esferas governamentais e pagamento de indenização ainda na esfera administrativa ameniza a amplitude do transtorno. O conjunto probatório demonstra que os requeridos adotaram uma série de cautelas e diligências para resolver a ocorrência. Dessa forma, caberia a parte autora comprovar desdobramentos do episódio que fossem aptos a acarretar o aumento dos alegados danos - o que não o fez.

-Desse modo, mediante a apreciação dos fatos relatados e provas produzidas, considero inexistente a dimensão do dano além do que já foi indenizado. Nesse cenário, tenho que a parte autora não comprovou existência de transtornos além do que já foi compensado administrativamente. Entendo razoável a compensação administrativa, já que o reconhecimento da extensão indenizatória superior ao reconhecido na legislação citada dependeria da comprovação de circunstâncias peculiares que demonstrassem a superação do transtorno individual.

-E aqui não cabe a aplicação de inversão de ônus probatório, por se constituir em prova diabólica. Como dito, houve sequer esclarecimento quanto ao dano requerido.

-Não demonstrada a alegada extensão, considero recomposto o dano pela Lei 14.146/2021, inexistindo o dever de indenizar.

-O caso, portanto, é de improcedência do pedido.

CONCLUSÃO E DISPOSIÇÃO FINAL

-Recurso da parte autora não conhecido, por deserção.

-Recurso das recorrentes ALUPAR INVESTIMENTO S.A. e a FERREIRA GOMES ENERGIA S.A. provido para reconhecer a ilegitimidade passiva.

-Recurso das empresas ENERGEST S.A. e a EMPRESA DE ENERGIA CACHOEIRA CALDEIRÃO provido para reconhecer a ilegitimidade passiva.

-Recurso da COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ - CEA provido em parte, reformando a sentença, julgar improcedente a ação.

-Reputam-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais suscitados pelas partes.

-Sem custas e sem honorários advocatícios por não se tratar de recorrente vencido (art. 55 da Lei 9.099/1995).

Juiz Federal **CAIO CASTAGINE MARINHO**

Relator

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA

1. Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com a Associação Brasileira de Normas

Técnicas - ABNT e digitalizados na versão do aplicativo Word (Ambiente Windows) mais atual, com as seguintes especificações: fonte arial; corpo 12; formato de página A4; espaços 1,5 cm nas

entrelinhas; margem superior e esquerda 3 cm; inferior e direita 2 cm; títulos e subtítulos centralizados e em caixa alta, devendo ser observado o quantitativo de 10 a 15 páginas.

2. Todos os trabalhos devem conter um resumo informativo em português, acompanhado da versão em inglês, com até 200 palavras (ABNT 6028-resumos), seguido pelas palavras-chave

que representam seu conteúdo (no mínimo 3 e no máximo 5).

3. Devem ser indicadas todas as referências bibliográficas utilizadas como fonte (NBR 6023: 2018 Referências Elaboração). Qualquer citação retirada de outra fonte deve ser referenciada, inclusive indicada a página de onde foi colhida (NBR 10520 – Apresentação de citação em documentos).

4. As figuras a serem utilizadas devem ser encaminhadas com sua respectiva legenda e numeração no rodapé contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal, se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros formatos. Os trabalhos deverão ser inéditos ou apresentados em eventos públicos, cujos anais não tenham sido publicados. Excepcionalmente, serão aceitos trabalhos que já tenham sido publicados em periódicos estrangeiros. Nesse caso, serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos.

A remessa ou publicação dos trabalhos não implicarão em remuneração a seus autores sob

nenhuma hipótese. Juntamente com seus artigos, o autor deverá enviar uma autorização para sua publicação contendo nome completo, nome e endereço da instituição a que está vinculado bem como o cargo que ocupa.

Parágrafo único: Não serão publicados trabalhos recusados pelos membros da comissão científica. Os autores serão comunicados por meio da Secretária Executiva da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

Parágrafo único - Havendo necessidade de alterações na matéria avaliada, cabe à Secretária Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

Não será entregue nenhum exemplar aos autores, pois a revista é essencialmente eletrônica.

Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

VER-O-DIREITO

Revista de Direito Público com Ênfase na Justiça Federal

O autor poderá retirar seu trabalho, desde que não tenha se iniciado o processo de publicação, ou não tenha sido publicada eletronicamente, desistirá da edição mediante a assinatura de um documento a ser encaminhado para a diretoria da revista. É responsabilidade do autor efetuar nos originais alterações de ordem ortográfica e gramatical, bem como de adequar às normas da revista. Os trabalhos serão avaliados quanto a seu mérito (conteúdo científico/jurídico), ineditismo, relevância, interesse e atualidade do tema, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), sendo de responsabilidade do articulista a autoria, adequação às normas e a originalidade do texto, bem como as afirmações, as opiniões e os conceitos emitidos. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da edição, ficando sua reimpressão, total ou parcial, sujeita à autorização expressa da Comissão Editorial da Ver-o-direito. Em virtude de sermos um periódico de acesso aberto, permite-se o uso gratuito dos artigos em aplicações educacionais, científicas, não comerciais, desde que citada a fonte. Os originais bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos autores. À Comissão Editorial é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor. Nenhum dos membros responderá individualmente por conceitos emitidos em pareceres, responsabilizando-se a Comissão editorial por qualquer julgamento, desde que tenham sido satisfeitas as exigências previstas neste regulamento. A Comissão Científica emitirá seu parecer segundo os seguintes conceitos:

I. Aceito

II. Recusado

Parágrafo único: Não serão publicados trabalhos recusados pelos membros da comissão científica. Os autores serão comunicados por meio da Secretária Executiva da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

Parágrafo único - Havendo necessidade de alterações na matéria avaliada, cabe à Secretária Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

Não será entregue nenhum exemplar aos autores, pois a revista é essencialmente eletrônica.