

Sentenças



AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA **0002359-04.2004.4.03.6000**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS, APARECIDO DORIVAL CAETANO, ADALTO JOSÉ MANZANO E OUTROS

Litisconsorte: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: LUCAS MEDEIROS GOMES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/03/2020

DECISÃO

I. Relatório

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública c/c Ação de Improbidade Administrativa tombadas sob o n.º 0002359-04.2004.4.03.6000, com base na Lei n.º 8.429/92, na Lei Complementar n.º 75/93, com pedido liminar em face de José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Norberto do Couto, Paulo Roberto Duarte, Adalto José Manzano, Ruitter Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yasunaka, Aparecido Dorival Caetano, Estado de Mato Grosso do Sul e Petrobrás S/A.

Exordial (Num. 25330502).

Juntou notícia da Folha de São Paulo, Ofícios do Secretário de Receita e Controle e contrato de pagamento de dívidas existente entre a União e o MS (fls. 07, Volume I, Anexo V e Volume II, respectivamente).

Coligiu Procedimento Administrativo n.º 1.21.000.000.334/2003-59 (Num. 25330507 - Pág. 20 e ss), na qual direções de partidos políticos levantam reportagem da folha e denúncia anônima sobre esquema de obtenção de fundos para a campanha eleitoral do Governador, à época, José Orcírio Miranda dos Santos.

Mencionou, naquela assentada, que o assunto foi levado ao Tribunal Regional Eleitoral por intermédio de ação de impugnação de mandato eletivo. Narrou que

(a)s empresas envolvidas, escolhidas pelo próprio Governador, eram orientadas a não registrarem as notas fiscais de venda de crédito de ICMS para evitar o pagamento de imposto de renda para a Receita Federal, sendo que o produto das vendas dos créditos do ICMS eram divididos, 80% para pessoas físicas pertencentes ou “colaboradores” do Governo do Estado e 20% para o “caixa 2” das empresas ou empresários envolvidos na negociata.

[...] sem contar que os beneficiados pelo esquema, alguns deles não cadastrados como contribuintes de ICMS do Estado, sequer tinham créditos a receber ou a compensar com o Governo estadual.

Ainda segundo o denunciante, os fatos poderiam ser comprovados com a requisição à Secretaria de Receita e Controle de todos os processos administrativos em que a Petrobrás efetuou ressarcimentos de ICMS deduzidos do Estado por determinação de ofícios da Secretaria de Receita e Controle, dentre eles os seguintes: 11/059.487; 11/059.642/2001; 11/059.467/2001; 11/004.542/2002; 11/059.394/2001; 11/059..462/2001; 11/059.369/2001; 11/059..368/2001; 11/059..390/2001; 11/059.372/2001; 11/059.393/2001; 11/059.479/2001; 11/004.756/2002.

As contas bancárias onde teriam sido feitos os depósitos pela Petrobrás seriam, dentre outras: 06/000620-7 da agência 033 do Banco Rural/ 69105-4 da agência 3381-2 do Banco do

Brasil; 19816-1 da agência 2609-3 do Banco do Brasil; 29590-0 da agência 3153-4 do Banco do Brasil; 2022573-2 da agência 0144 do Banco Mercantil do Brasil S/A; 47346-4 da agência 0189-9 do banco Bradesco S/A; 24360-4 da agência 0078-7 do Banco do Brasil; 27025-6 da agência 0091 do Banco Itaú S/A; 2276-4 da agência 1277-7 do Banco Bradesco S/A; 01546581 da agência 85.859-90 da agência 0234 do Banco HSBC; 27023-1 da agência 0091 do Banco Itaú S/A; 561-X da agência 3496-7 do Banco do Brasil S/A.

No Id. 25330510, fls 6, consta relação dos CNPJ's, valores percebidos e respectivos processos a pretexto de ressarcimento. No Id. 25330513, fls. 7, noticiou-se que no Mandado de Segurança n.º 2003.03.00.02.4419-2 houve autorização para o Estado não repassar integralmente as informações requisitadas pelo MPF à época.

No id. 25330514, fls. 8 e ss, colheu-se o Termo de Depoimento do Sr. Antônio Norberto de Almeida Couto, no qual constou

[...] Que com relação as empresas revendedoras de insumos agropecuários, trata-se, em verdade, de transferência de créditos de ICMS, e não de ressarcimento às empresas indicadas nos referidos ofícios. Que com relação às empresas de construção civil era tecnicamente uma cessão de créditos (compra e venda); Que indagado a respeito da ciência do Estado de que a Petrobras possuía uma proibição normativa de aquisição de créditos conforme consta da Portaria n.º 0019/00 ... esclarece o declarante que não tinha conhecimento desta proibição ... Que as “escolhas” das empresas que tinham direito de efetuar as compensações de créditos com a Petrobras ... eram feitas pelas autoridades do Governo atual. Recaía ao Secretário da Receita a responsabilidade técnica. Que na época era o Secretário Paulo Duarte ... Que a Petrobras poderia tecnicamente recusar esta compra, porque a relação é de natureza privada, mas que o Governo do Estado intercedia perante a Petrobras para que esta operação se realizasse. Que não tem conhecimento da existência da possibilidade de haver deságio para alguma operação de negociações de crédito de ICMS.

Continuou:

[...] que foram observadas tais legislações [Decreto n.º 9.203/98 e Lei n.º 1.810/97] para a concessão de crédito ...tão somente os créditos [de ICMS] estavam inseridos no passivo do balanço do Estado. E que não tem conhecimento em relação ao empenho. Que segundo informações sabe que existia uma empresa que tinha inscrição estadual baixada. Que [os valores das transações do ICMS] entrou na conta do Estado como mutações do patrimônio líquido. Que não compensava para o Estado efetuar a contabilização na conta de Receitas Correntes, tendo sido realizada a contabilização dentro da conta mutações do patrimônio líquido e que a referida operação não foi contabilizada como receita do Estado, haja vista que teria que repassar parte dos recursos para os poderes (duodécimos) e para os Municípios. Tal contabilização foi realizada com base em parecer da Procuradoria Geral do Estado. Esclarece que como os créditos já foram repassados para os poderes e municípios, nada impediria o pagamento do ICMS pela Petrobras/compensação. ... Que nenhuma das dívidas que foram operacionalizadas constaram em precatório.

No Id. 25330514, fls. 10, acostou escritura pública de cessão de crédito entre a ENGE-CRUZ e a TSM – EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

No Id. 25330514, fls. 13, consta Ofício/SERC/GAB/Nº 081/02, de 4.4.02, direcionado ao Procurador-Geral do Estado, à época, Sr. Paulo Roberto Duarte, informando que o Parecer/PGE/Nº 062/01 – GAB/Nº 001/01

não contempla resposta ao questionamento desta Secretaria quanto à possibilidade de a compensação do crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública ser feita no procedimento de apuração do crédito tributário, ou seja, no encontro do débito do imposto, decorrente da operação de saída ou da prestação realizada, com o crédito do imposto, pago na operação ou prestação antecedentes, realizado para a apuração do imposto devido (crédito tributário) ou de eventual saldo credor do contribuinte.

No Id. 25330514, fl. 15, a complementação agasalha pelo Parecer da PGE/MS se deu nos seguintes moldes

A Lei n. 1.810/93, no parágrafo único do seu art. 273, valendo-se dessa possibilidade matemática, incorporada no regime jurídico do referido imposto, estabelece que, “no caso do ICMS, a restituição deve ser feita, preferencialmente, em forma de crédito, para ser compensado como débito do mesmo imposto, nas condições estabelecidas no Regulamento”. [...] O objetivo da regra do art. 274 da referida Lei é possibilitar que o credor da Fazenda Pública, em havendo autorização do Secretário de Estado de Receita e Controle, utilize seus créditos para a quitação de seus débitos fiscais que porventura possua. [...] Conclui-se assim que é possível autorizar-se o sujeito passivo possuidor de crédito contra a Fazenda Pública, ainda que não decorrente de pedido de restituição de ICMS pago indevidamente, a “compensar”, na apuração do referido imposto, o valor do seu crédito com os débitos de ICMS de sua responsabilidade, extinguindo-se, com a efetivação dessa “compensação”, a obrigação da Fazenda Pública.

Incluem-se, nessa possibilidade, os créditos que o sujeito passivo possua contra as autarquias estaduais, vez que, na expressão “Fazenda Estadual”, contida no art. 274 da Lei n. 1.310, de 22 de dezembro de 1997, estão compreendidas essas entidades.

Mercê da fundamentação do artigo 1.017, 1.065 e 1.069, ambos do Código Civil de 1916 c/c os artigos 156, II, e 170, ambos do Código Tributário Nacional c/c artigos 273 e 274, do Código Tributário Estadual do Mato Grosso do Sul¹ c/c artigo 78 das Disposições Transitórias Constitucionais, contida na Emenda Constitucional n.º 30/2000, o Parecer versa

Com efeito, a autorizar-se a compensação de créditos tributários como regra geral, ocorreria o comprometimento da própria Administração, dada a necessidade veemente de recursos para arcar com as despesas existentes. [...] Observe-se que a previsão legal para a compensação não se restringe a créditos de mesma natureza. Implica dizer: qualquer crédito que possua o sujeito passivo contra o Estado pode ser compensado para fins de pagamento de tributos. [...] forçoso se concluir que a resposta a primeira parte do primeiro quesito (possibilidade de compensação de tributos) deverá ser, inexoravelmente, positiva. [...] A leitura do referido dispositivo poderia levar à conclusão de que os créditos referentes ao ICMS somente poderiam ser compensados com outros da mesma natureza, bem como de que tal somente seria possível em casos de restituição. Referido entendimento não merece prosperar por diversas razões. A primeira delas e pelo fato de que mesmo o parágrafo único do artigo 273, transcrito, utiliza-se da expressão preferencialmente, o que vale dizer que não se trata de um imperativo, mas sim

¹ Art. 274. O Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento pode, mediante despacho fundamentado, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Art. 273. A restituição deve ser feita mediante ordem do Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento, a quem compete conhecer dos respectivos pedidos. Parágrafo único - No caso de ICMS, a restituição deve ser feita, preferencialmente, em forma de crédito, para ser compensado com o débito no mesmo imposto, nas condições estabelecidas no Regulamento.

uma orientação de comportamento. [...] quando a lei não vedar expressamente a prática de um ato, deixando dúvidas quanto a seu real intento, especialmente na seara do direito tributário, e de utilizar-se do brocardo “*in dubio contra fiscum*”. [...] Pela leitura do artigo 170 do Código Tributário Nacional, não é possível extrair a conclusão de que a validade da compensação prescindia de créditos da mesma natureza, o que leva a concluir pela inexistência de referido pressuposto para a regularidade do negócio a ser entabulado entre a Administração e o sujeito passivo da obrigação tributária. Alguns questionamentos surgiram, sobre a necessidade dos créditos compensandos serem da mesma natureza, após a edição da Lei 8.383/91, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência, estabelecendo em seu artigo 66 referida exigência. Todavia, tal não se aplica ao caso do parecer, haja vista que o diploma legal atinente a questão, Código Tributário Estadual, artigo 274, não faz qualquer menção neste sentido.

Na esteira do dantes sublinhado sobre a ordem dos precatórios (*prior in tempore, potior in jure*), o Parecer corrobora

Assim, é de concluir que não existe, no caso da compensação, ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal, tendo em vista que os valores a serem utilizados para o encontro de contas não seriam os previstos no orçamento da respectiva entidade estatal, ou seja, não trariam prejuízo aos demais credores do Estado que se encontram na fila de espera de recebimento. [...] É de se concluir que a ordem cronológica de que trata o artigo 100 da Constituição Federal está adstrita aos pagamentos de precatórios que serão feitos com base em dotação orçamentária. [...] Levada a efeito a compensação de tributos, objeto do presente parecer, somente poderia se falar em preterição da ordem cronológica preconizada pelo artigo 100 da Constituição Federal caso fosse efetivado pagamento de credores do Estado em moeda corrente e, ainda, em desrespeito às previsões orçamentárias.

No Id. 25330520 - Pág. 9 em apreço, o termo de depoimento do Sr. Paulo Roberto Duarte, Secretário de Receita e Controle, reportou que

Que efetuou contatos formais com a Petrobras para solicitar o pedido de transferência de créditos, pois de acordo com a legislação e ato do Secretário de Receita e Controle. Compareceu junto à Petrobrás somente para negociar sobre o gás e sua tributação; Que, juntamente com o Governador, manteve contatos com o Sr. Delcídio do Amaral, funcionário da Petrobrás, atuando como Diretor de gás e energia. Que não conhece o Sr. Aparecido Dorival Caetano. O responsável pelo contato com a Petrobrás era o Sr. Adalto Monzano. Que o procedimento era pulverizado nas agências regionais da Secretaria de Receita e Controle. Que haviam muitas empresas que possuíam créditos de ICMS; Para apurar o crédito era necessário ser efetuado um processo administrativo ... Que em relação aos créditos de caráter financeiro, a legitimidade era efetuada pela AGESU que avaliava se a empresa tinha ou não direito nos créditos negociados; [...] a escolha da Petrobras por ser a maior contribuinte de ICMS do Estado, facilitando o controle das operações de ICMS; Que a manifestação solicitando a compensação seria a empresa detentora do crédito ... Que se as empresas desejassem poderiam negociar seus créditos com outras empresas dentro do Estado, sem necessariamente ter que negociar com a Petrobrás.

À guisa de conclusão, encerra fala no sentido de

Que o Estado apenas autorizava o pagamento era relação existente entre a empresa cedente do crédito e a Petrobrás: Que a autorização para compensação vinha da Secretaria de Receita e Controle. ... Que referente ao deságio provavelmente foi uma decisão política da Petrobrás

que mantinha um bom relacionamento com o Estado. Que o Estado tinha duas opções para decidir em relação a forma de realizar as compensações. Em apenas uma empresa que tivesse recolhimento suficiente para essas compensações ou pelas diversas empresas do Estado pulverizando a negociação dos créditos, optou-se pela primeira proposta por ser a mais racional em termos de controle. Que não tem conhecimento de vantagem financeira nenhuma para a Petrobras. Que o interesse da Petrobrás seria de manter um bom relacionamento com o Estado de Mato Grosso do Sul. ... Que o pagamento foi realizado por compensação, sendo que o desembolso foi realizado pela Petrobrás, portanto, não houve a contabilização no Estado ... Que está contabilizado no Balanço do Estado. Que a natureza do crédito do valor para o Estado não foi escriturada, somente a baixa no balanço e é retirado do passivo. Que é uma forma de extinção da obrigação do Estado, não sendo contabilizado como receita corrente. ... Que o entendimento do Estado é que pertence aos municípios 25% do ICMS arrecadado, quando há compensação de ICMS na verdade estes valores deixam de ser arrecadados e não podem ser repassados aos municípios, conforme preceitua a Constituição ... Que foram efetuados os procedimentos administrativos para apurar os créditos e que somente após estes trabalhos é que chegava até o depoente para autorizar a negociação [...]

Em outro diapasão, no Id. 25330520 - Pág. 13, com supedâneo no artigo 70 do Regulamento do ICMS, Decreto n.º 9.203/98, colheu-se o depoimento do Sr. José Ricardo Pereira Cabral, no qual enceta entendimento no sentido de

Que os contatos diretos eram realizados pelo fiscal de rendas Adalto Manzano, que trocava ofícios e encaminhava processos. A autorização para efetivação da transferência era autorizada pelo secretário de receita e controle da época Sr. Paulo Duarte ... Que as empresas que tinham saldo credor de ICMS ou créditos a receber com o Estado procuravam o Estado e realizavam seus requerimentos; O crédito de ICMS poderia ser negociado com qualquer empresa: Que o objetivo era incentivar a agropecuária para que os produtores viessem adquirir insumos com preços menores ... regra geral a empresa teria que estornar os créditos contudo, por lei Estadual, foi autorizado que as empresas mantivessem os saldos do ICMS em conta gráfica e negociassem com terceiros. Que existem os créditos financeiros referente a empresas construtoras, referente a obras realizadas no Estado. Que não estão registrados nos precatórios os valores compensados com o ICMS da Petrobras. Que os créditos da TSM foram adquiridos de uma empresa construtora em negociação normal entre as duas partes, sem nenhum vício em relação a empresa TSM ... Que a quase totalidade das dívidas eram dos Governos anteriores, sendo poucas as referentes a atual [à época] administração Que realmente tinha uma empresa que estava baixada, entretanto, o crédito foi pago para ela. Que não havia proibição do artigo acima mencionado. Como o pagamento do crédito de ICMS foi realizado para todas as empresas agropecuárias foi autorizado o pagamento para uma das empresas baixadas, não se recordando qual a empresa que recebeu O referido pagamento. Que referente a contabilização das transações sabe que os financeiros foram contabilizados, não sabendo informar referente aos créditos tributários. Que se trata de compensação que não tem natureza de receita para o Estado, não sendo contabilizado como tal. Que como não foi contabilizado como receita, não foram repassados duodécimos para os poderes e para os municípios ... Que em relação ao crédito financeiro, pagou-se uma dívida com um custo menor; que se fosse ser retirado do tesouro da fonte, teria que dividir o valor com os municípios e poderes, portanto, foi a melhor forma para o Estado baixar a dívida no balanço. Que existem as dívidas que teriam de ser pagas mais cedo ou mais tarde e com este procedimento o Estado foi beneficiado. ... que perguntado sobre a eventual participação do Sr. Delcídio Amaral nas negociações de ICMS, não tendo conhecimento se houve alguma negociação com o referido senhor na Petrobrás. Que atualmente não tem nenhum processo parecido atualmente com esta operação efetuada pela Petrobras e o Estado de Mato Grosso do Sul na cessão de créditos de ICMS; [...]

Por derradeiro, cumpre informar o depoimento do Sr. Adalto José Manzano nos seguintes moldes

[...] Que a Petrobrás poderia se negar a efetuar a operação, mas como houve uma consulta prévia com a Petrobrás. e a mesma nunca efetuou oposição para a aquisição dos créditos de ICMS; Que houve questionamento inicial sobre a legalidade das operações, sendo informado para a Petrobrás que tudo era legal ... Que toda a negociação era mantida com o Sr. Caetano da Petrobrás, responsável pela gerência de tributos da Petrobrás, setor que apurava o ICMS; Que haviam conversas sobre diversos assuntos, além da cessão de créditos, tratados na informalidade, relativos aos trabalhos de tributação ... Que se recorda que Delcídio foi diretor da Petrobras, desconhecendo qualquer ingerência do mesmo junto a Petrobras objetivando a negociação dos créditos e que nunca teve contato com o mesmo; ... Que perguntado sobre a contabilização dos recursos nos cofres do Estado não sabe informar, pois cuida apenas de receitas específicas do Estado ... Que não tinha poder para decidir sobre as negociações de crédito de ICMS, sendo a responsabilidade do Secretário de Receita e Controle Paulo Roberto Duarte. Respondido anteriormente, desconhece o sistema de contabilização ... Que na época não sabia; Que posteriormente ficou sabendo pela imprensa que havia uma empresa que estava com a inscrição baixada; Que perguntado sobre a possibilidade de uma empresa com a inscrição baixada poderia efetuar a compensação, declarou que se foi aprovado em estudo é porque existia amparo legal para a operação [...]

Em linha de princípio, a Petrobras S.A pagava diretamente às empresas credoras do Estado o valor integral dos ICMS's que devia ao Estado do Mato Grosso do Sul, em “compensações” de créditos financeiros com débitos fiscais, autorizadas pelo Estado, as quais não eram contabilizadas como receita corrente líquida, ocasionando prejuízos à união e Municípios no que tange à aplicação dos percentuais de saúde e educação e nas verbas de ICMS, respectivamente, e possível deságio em benefício da Petrobras S.A.

Nesse sentido, a ausência dos registros legais dos créditos cedidos teria por escopo impedir o repasse, pelo Estado, do valor alusivo 1/12 de 15% da sua Receita líquida Real à União, referente ao serviço da dívida, assim como de duodécimos dos poderes estaduais e repasses de 25% (vinte de cinco por cento) do ICMS aos Municípios em contrariedade a Resolução SF n.º 69/98, a Lei n.º 9.496/97, a Lei n.º 8.727/93, a Lei n.º 4.320/64 e Lei Complementar n.º 101/2000. Tal procedimento seria limitado à Petrobras, sem extensão a outras empresas.

Sem embargo disso, também se cogitou de prejuízo à Petrobras na medida em que não auferiu créditos tributários para compensar com os débitos fiscais de ICMS, prática vedada expressamente pela Portaria interna ABAST-MEC/GECOMB-I000119/00, de 04/07/200. Esse pagamento “por fora” ocorreu sem a devida retenção de imposto de renda e sem comunicação à Receita Federal em evasão fiscal.

Nesse desiderato, a negociação no interregno de 2001/2002/2003 alcançou a ordem de mais de R\$ 80.243.372,76 em operações com a criação de “caixa dois”. Inclusive, os Municípios do MS ingressaram, nos autos n.º 2003.012788-7, com ação de cobrança dos valores de ICMS.

Sobremaneira, o *Parquet* Federal alegou violação aos princípios da legalidade, da eficiência, da transparência, da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, do orçamento bruto, da gestão fiscal, do caixa único do Tesouro e o dever de prestar contas a todos os administrados com a “maquiagem” dos balanços do Estado com prejuízo a programas sociais.

Nesse desdobramento, o Ministério Público Federal relata que a conduta dos réus amolda-se ao artigo 10, *caput*, incisos I, II, VI, VII, X, XI e XII, e ao artigo 11, *caput*, incisos I, II e IV, da Lei n.º 8.429/92.

Depreendeu-se da integração à relação processual pela União, como assistente litisconsorcial, que o juízo, à época, encaminhou, com base no artigo 102, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal, o processo ao Supremo Tribunal Federal, baixada sob ação civil ordinária n.º 743 a fim de apurar possível conflito federativo.

Com efeito, a Min. Rosa Weber reconheceu a incompetência da Suprema Corte para o julgamento originário, e determinou a remessa dos autos à 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, dado que

[...] os reflexos da não-contabilização do ICMS compensado como receita líquida real do Estado de Mato Grosso do Sul também não excede a esfera patrimonial, pois ainda que supostamente capaz de ocasionar pagamento a menor nos anos de 2001 a 2003, não resultou em tese diminuição real dos valores efetivamente devidos à União.

Sobreleva destacar que, no Id. 25343454, houve a redistribuição do feito da 3ª Vara Federal para a 4ª Vara Federal, dada a especialização.

Com amparo no Id. 25330522, p 20, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul alegou, com base no artigo 156, § 2º, II, b, da Constituição Federal, combinado com o artigo 29, § 1º, III, do Anexo I, ao Regulamento do ICMS, e a Lei n.º 1.810/97, que “os contribuintes não realizam operações tributadas em quantidade suficiente para absorver os créditos de ICMS resultantes da manutenção do crédito”, e “com o objetivo de incentivar a produção agropecuária no seu território, o Estado de Mato Grosso do Sul, autorizado pelo CONFAZ (Convênios ICMS n.º 36/92 e 100/97, concedeu a isenção do ICMS nas operações internas com insumos agropecuários”.

E arremata:

Na referida relação não se mencionaram os valores das citadas operações, de forma individualizada, por estarem vinculados a negócios ocorridos entres as empresas transmitentes dos respectivos créditos e a empresa destinatária, circunstância que nos impede de divulgá-los, em face do dever de sigilo que, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e do art. 198 do CTN, se impõe à Fazenda Pública e aos seus servidores, e que foi objeto do Parecer PGE n. 0261200] (Processo n. 15/000503/2001), publicado Diário Oficial do Estado de 6 de julho de 2001, e, também, de decisão judicial, em medida liminar, no Mandado de Segurança n. 2002.01.00.027845-3/DF (cópia anexa) impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da la Região. Aliás, lembramos que esses valores já são do conhecimento desse órgão, conforme se verifica no Ofício que ora se responde ... o encontro do valor do crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública dá-se com o débito de ICMS, no momento da sua apuração, resultando para o sujeito passivo, como imposto a recolher, resultante da apuração, apenas a diferença, a qual, uma vez recolhida, caracteriza produto de arrecadação. E esta é justificativa porque também não houve repasses para os Municípios ...

Ou seja, essa modalidade permitiu a redução do passivo do Estado sem que o valor do débito de ICMS utilizado no processo fosse convertido em produto de arrecadação, que é utilizado para o cálculo do valor de algumas de suas obrigações. Não servindo o débito de ICMS utilizado na compensação ao cálculo dessas parcelas, esse procedimento resulta em vantagem para o Estado, na medida em que implica a elevação da sua capacidade financeira. Esse procedimento assemelha-se ao adotado pela União relativamente ao Imposto de Renda e IPI- As destinações pecuniárias - abatíveis do IR - para incentivo das atividades Culturais, Artísticas e Audiovisuais (Leis n. 8.313/91, art. 26, e Lei n. 8.695/93, art. 1º); para o Fundo de Amparo à Criança e ao Adolescente (Lei n. 8.069.º90); para os Programas de Desenvolvimento Tecnológico

Industrial (PDTI) e Agropecuário (PDTA) - Dec.-Lei n. 2.433/88, art. 6º, II, programas em que as contribuições são também abatíveis do IPI), bem como destinações para os Programas de Alimentação do Trabalhador (Lei n. 6.321/06, art. 1º), e cujas destinações e seus posteriores abatimentos dos débitos de IR e IPI ocasionam, no campo da União, alterações negativas nas bases de cálculo do Fundef, dos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Dívida Pública da União, bem como no cálculo dos repasses de recursos para os Poderes Legislativos e Judiciário e para os outros destinatários constitucionais. [...]

Outrossim, coligi as sociedades empresariais beneficiadas e os respectivos processos no ID. 25330522, p 27/28, o teor do Mandado de Segurança n.º 2002.01.00.027845-3/DF (Id. 25333071, p. 20 e ss.) em que relatou que fugiria à atribuição do MPF na medida em que, insculpido no artigo 125 da Constituição Federal, aos Estado competiria a disciplina de GLP, notadamente os advindos da Bolívia ao MS.

De seu turno, a Petrobras respondeu o Ofício dirigido ao então Presidente José Eduardo Dutra, contendo (i) cópias dos comprovantes dos depósitos efetuados nas contas correntes das empresas; (ii) ofícios de encaminhamento da Secretaria de Estado de Receita e Controle do Governo do Estado do Mato Grosso do Sul; (iii) notas fiscais (Id. 25330530, p. 5 e ss).

Falência da empresa ENGECRUZ comunicada Id. 25332006, p. 18, bem como feita a juntada dos contratos sociais daquela e da TSM – Empreendimentos imobiliários Ltda.

No id. 25332012, p. 15 e ss., o Sr. Aparecido Dorival Caetano prestou depoimento nos seguintes termos:

O depoente declara que não efetuou nenhum contato com as empresas acima citadas. Acrescenta ainda que o pedido de ressarcimento de ICMS é volumoso e que além dos 7 Estados citados, a Petrobras atua como substituta tributária, fazendo repasses para outros 12 Estados ... Que não tinha contato com as empresas, entretanto, recebia ofício da Secretaria de Receita e Controle assinados pelo gestor de substituição tributária da Secretaria de Receita e Controle e com o visto de acordo do secretário de Receita e Controle da época, Sr. Paulo Duarte, sendo o Ofício encaminhado em nome do depoente. Que o endereço constante dos ofícios, como sendo de Corumbá, por conta de se tratar de um documento fiscal, contudo, postavam o referido Ofício endereçando-o para São Paulo. A afirmativa dos servidores do Estado de Mato Grosso do Sul não corresponde a verdade, posto que o depoente nunca efetuou contato com as empresas que foram pagas diretamente da Petrobras ... que o Sr. Adalto compareceu em São Paulo para conversar diretamente com o depoente, não sabendo informar no número de vezes, entretanto, que foram diversos os contatos pessoais ... Que a Secretaria de fazenda é que exerce o poder de fiscalização, sendo que não fiscalizam se as empresas tem ou não os créditos ou se as mesmas são contribuintes do ICMS ... perguntado pelo Promotor Sotoriva sobre repasses de lama asfáltica e combustível. o depoente desconhece por não ser de sua alçada. podendo ser da BR DISTRIBUIDORA ou outra diretoria. O valor que vinha citado no ofício era o valor lançado no livro de apuração, não havendo nenhum deságio. Perguntado sobre a diferença sobre a aquisição de créditos de ICMS e ressarcimento de ICMS, o mesmo informou que na primeira operação a Petrobras e a empresa efetuavam contrato, com objetivo de obter deságio. com parecer da procuradoria da Petrobrás ... Que nunca houve ingerência interna, sendo o responsável direto pelo atendimento dos pedidos ... que em outras unidades da federação não são pagas empresas construtoras e prestadoras de serviços ... Que a forma de atuação é semelhante em outros Estados: pagamento de embarcações pesqueiras, consumidor final, ordens judiciais, autorização de depósitos bancários para postos de gasolina, sendo que os registros são realizados da mesma forma anunciada anteriormente. Shell Gás L-pg. Brasil- f. 47d; Simarelli - f. 477; Que no caso específico as autorizações foram efetuadas na

própria nota fiscal emitida pela empresa ressarcida, com base no convênio 3/99, que apenas tem a assinatura do Sr. Adalto, não havendo necessidade do Secretário de Receita e Controle ... Que o pagamento não é feito pela gerência do qual o depoente é responsável, que a forma de pagar é definido pela gerência financeira da Petrobras [...]

Mais a mais, o Governo colacionou aos autos nova relação de empresas retificada (Id. 25332024, p.17 e ss.). Ofício do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (Id. 25332025, p. 7 e ss.), bem como a Recomendação n.º 005/2003/31ª PJPPSF (mesmo ID anterior, p. 23 e ss.). Ofício da Delegacia da Receita Federal (mesmo Id, p. 28 e ss.) sobre a SACHO AGRÍCOLA Ltda, PRODUFERTIL e AGIP (Id. 25332029, p. 6 e ss.) e comunicação do MS (Ids. 25332025 e 25332028) sobre a recomendação susocitada.

Com efeito, Instrução Normativa SRF n.º 3/2001 (Id. 25332033) sobre retenção de imposto de renda e Instrução Normativa SRF/STN/SFC n.º 23/2001 (mesmo Id anterior, p. 19). Relatório Preliminar do MPMS (mesmo Id, p. 25 e ss e Id. 25332035).

De outro norte, o MPF aditou a petição inicial (Id. 25332040, p. 10) requerendo, *inaudita altera pars*, a quebra do sigilo bancário (Com Ofício ao BACEN, com extratos do período de janeiro/2000 a 2003 dos réus; e janeiro/2003 a agosto/2003 do réu Ruitter Cunha de Oliveira), fiscal (com Ofício à Receita Federal, requerendo o IRPF dos anos base 2000 a 2003 dos réus; de 2002 a 2003, do réu Ruitter Cunha de Oliveira), assim como reitera a indisponibilidade e bloqueio de bens e ativos financeiros, encaminhando ofício aos cartórios de registro de imóveis existentes no Estado do Mato Grosso do Sul, ao Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul, ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, ao Banco Central, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras para a verificação de imóveis, veículos, depósitos bancários e aplicações financeiras no exterior e no Brasil

Em 47 (quarenta e sete) laudas, o MS juntou manifestação, no ID. 25332350, p. 3 e ss., no sentido (i) da ilegitimidade do MPF, diante do artigo 129, III, IX, c/c art. 131, todos da Lei Maior, haja vista veicular interesse patrimonial individualizado e determinado da União e incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional zelar pelas finanças públicas; (ii) incompetência do juízo federal, à luz do artigo 102, I, f, da CFRB; (iii) inadequação da via eleita, com base no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/85 por envolver tributo; (iv) que eventual condenação reverteria valores ao Fundo de Direitos Difusos e não à União; (v) ausência de interesse processual por inexistência de objeto, pois os valores objeto da compensação não lhe pertencem, logo não integram a propriedade e não se submetem ao regime público, saindo do conceito de patrimônio público; (vi) o MPE arquivou o Inquérito civil n.º 21/2003; (vii) incompetência do juízo *ratione personae*, dado o foro privilegiado dos réus apontados na forma do artigo 114, II, a, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e com base no artigo 84 do Código de Processo Penal; (viii) impossibilidade de cumulação de ações, na medida em que apenas uma permite o termo de ajustamento de conduta, questão de rito e a transação; (ix) inépcia da inicial, pois dos fatos não decorrem os pedidos, e o *bis in idem* dos pedidos 5 e 7, uma vez que das 69 (sessenta e nove) laudas da exordial não se fundamentou o pleito de compensação dos valores cobrados com os importes que a União tenha que repassar ao Estado a título de Fundo de Participação dos Estados, daí advém a contradição de pedir a contabilização e repasse das verbas com a reposição do “dano causado”; (x) da invasão da esfera de atuação do Ministério Público Estadual, porquanto “se não houve pagamento total da parcela relativa ao serviço da dívida pública, o ‘prejuízo’ é do Estado, cuja dívida continuará a ser corrigida, aumentando o *quantum* final”, somada à unidade do Ministério Público; (xi) da ausência de necessidade/utilidade dos pedidos 3,5 e 6, porque há termo de ajustamento de

conduta assinado com o MPE e fiscalização do Tribunal de Contas; (xii) “o legislador estadual entendeu por bem permitir a manutenção dos créditos relativos às operações anteriores ainda que as posteriores sejam isentas ou não tributadas, editando a Lei n. 1.993/99”, “por motivo de política econômica e fazendária fiscal”, com “exceção à regra consubstanciada no art. 155, § 2, II, da CFRB; (xiii) Legalidade (Lei n.º 1.993/99) e regulamentação, com autorização para a “manutenção de créditos relativos a ICMS ainda que as operações posteriores sejam isentas ou não tributadas, rechaçando a necessidade de estorno destes”; (xiv) houve cessão de crédito da Engacruz para a TSM, por Escritura Pública de Cessão de Crédito, de sorte que irrelevante a sua inscrição estadual estar baixada para o requerimento da compensação; (xv) que o regime de precatório está afeto às decisões judiciais, e os créditos compensados não estavam inscritos em precatórios; (xvi) o procedimento utilizado pelo MS segue as deduções dadas pela União à vista de critérios culturais e artísticos, como a exemplos das Leis n.º 8.313/91, 9.249/95, 9.430/96, 9.532/97, 9.874/99, 8.686/93, 9.323/96, 9.430/96, 8.242/91, 8.981/95, 9.249/95, 9.065/95, 9.250/95 e Decreto n.º 3.000/99; (xvii) ausência de prejuízo à União, ao Estado, aos Municípios, aos Poderes, pois efetua todos os descontos e, com base no valor apurado após estas deduções, é que se realizam os repasses de duodécimos; (xviii) a Petrobras S.A. adquiriu créditos da União, teor da Portaria ABAST-MEC/GECOMB-I000119/00/2000; (xix) inexistência de declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais e do parecer em que lastreadas as operações; (xx) o afastamento se revela desnecessário, porquanto os réus colaboraram com as investigações, inclusive, com depoimentos, resguardando os documentos protegidos pela liminar em MS; e (xxi) houve contabilização das compensações, já que “os valores envolvidos nas operações foram baixados nas contas passivas do Estado”.

Reportagens colacionadas (Id. 25333056, p 21 e 25333059, p 1/2). Arquivamento (Id. 25333073, p. 1 e ss.), Inquérito Civil n. 012/2003 (Id. 25333076, p. 9 e ss) e acordo com MPE (Id. 25333071, p. 28 e ss) em que constou na cláusula segunda:

A SECRETARIA, visando à efetiva atuação respaldada na responsabilidade pela gestão fiscal, compromete-se a registrar e classificar como receita corrente líquida, sob as rubricas próprias, todas as receitas efetivamente arrecadas provenientes de tributos de competência do Estado, especialmente do ICMS, inclusive as que forem objeto de compensação com crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, ainda que não previstas no Orçamento, ocorridas a partir da celebração deste instrumento, na forma disposta no art. 57 da Lei (Federal) nº 4.320 de 1964 e no art. 11 da Lei Complementar (Federal) nº 101 de 200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Vazado no artigo 17, § 7º, da Lei n.º 8.429/92, os réus José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Noberto de Almeida Couto, Paulo Roberto Duarte, Adalto José Manzano, Ruitter Cunha de Oliveira e Vicente Hiroyuky Yassunaka (Id. 25333080, p. 2 e ss) apresentam manifestação.

Com novas matizes, em 77 (setenta e sete) laudas, alegaram: (i) inépcia da inicial, diante da cumulação conjuntiva de pedidos incompatíveis e antagônicos; (ii) inépcia por ausência de indicação clara e precisa dos supostos preceitos legais violados, e ausência de causa de pedir em falta de tipicidade, dada a natureza híbrida da ação; (iii) carência de ação por ausência de utilidade e necessidade em relação ao comando futuro de contabilização²; (iv) carência de

2 Transcrevo: “Ora, este pedido chega às raias do inimaginário: uma sentença que condene uma parte a, genérica e abstratamente, *obedecer a lei* ??A lei – qualquer que seja sua natureza ou hierarquia, não necessita de uma sentença para tornar-se exigível, ou para transmutar-se em comando *que deva ser observado*.[...] No caso vertente, a Lei n.º 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000 são de observância e cumprimento *obrigatórios*, portanto, de nenhuma necessidade/utilidade

ação, por ser objeto próprio e específico de ação popular, lançando mão de via inadequada, por tutelar os 15% das receitas não contabilizadas (que não seria interesse difuso ou coletivo); (v) carência de ação por ilegitimidade ativa do MPF; (vi) impossibilidade de cumulação das ações coletivas por ritos e procedimentos distintos e incompatíveis; (vi) ilegitimidade por ser da esfera de atuação do MPE, tendo tido exaurimento das esferas investigativas e punitivas³; (vii) incompetência do juízo com o advento da Lei n.º 10.628/2002 e juízo natural; (viii) ilegitimidade passiva dos réus Antônio Norberto de Almeida Couto, Ruitter Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yassunaka e Adalto José Manzano, porquanto os atos imputados são de competência exclusiva do Secretário de Estado de Receita e Controle, por força do artigo 274 do Código Tributário Estadual, sendo meros atos de impulsionamentos de processos sem cunho decisório; (ix) prejudicial de mérito: da inconstitucionalidade formal e material da Lei de Improbidade Administrativa dado seu caráter federal, desobediência ao sistema bicameral e pelo acréscimo de penalidades à revelia do artigo 37, § 4º da CFRB.

No mérito: (i) ausência de dolo; (ii) inexistência de má-fé, desonestidade ou imoralidade pelos réus, que se basearam em um entendimento sobre a matéria, a partir de legislação, pareceres e estudos; (iii) o MPF não indicou precisamente em qual dispositivo se enquadra a conduta dos réus; (iv) improcedência do pedido de indisponibilidade dos bens dos réus em desatenção ao direito à propriedade e ao pedido de compensação da aludida dívida; (v) descabimento do bloqueio de bens e do afastamento dos servidores⁴, dada a excepcionalidade da medida; (vi) licitude das operações noticiadas e regularidade das compensações com respaldo no artigo 68, § 8º do Regulamento do ICMS c/c artigo 76, § 1º da Lei n.º 1.810/97.

Noutro manuseio, também com espeque no artigo 274 da Lei n.º 1.810/97, no artigo 2º, I, b, e artigo 8º, V, ambos da Lei n.º 1.993/99, em 49 (quarenta e nove) laudas, acostou-se aos autos parecer, emitido por Paulo de Barros Carvalho, Titular de Direito Tributário da PUC/SP e da USP (Id. 25333351, p.3 e ss *usque* Id. 25333352, p. 24).

Em síntese, afirmou que, em relação aos créditos decorrentes de contrato administrativo, que “inexiste preceito da Constituição que o vede. Trata-se de matéria deixada a cargo do legislador de cada pessoa política” e “o fato de crédito do contribuinte decorrer de norma diversa daquela que faz nascer o crédito do Fisco não pode ser empecilho à realização do encontro de contas”, dada a “autonomia entre os ‘créditos’ e ‘débitos’ objeto de compensação, e havendo previsão legal que autorize [...]”.

Atinente à cessão de créditos, destacou que “(o) Código Tributário Nacional, por sua vez, também não impõe restrição alguma a essa espécie de procedimento, deixando a cargo do legislador de cada pessoa política disciplinar o assunto. Do exposto, concluo ser lícito ao credor do Estado de Mato Grosso do Sul transferir seus créditos a terceiros, sejam eles de natureza tributária ou contratual: (i) os créditos são regulados pelo Direito Civil, que não impõe vedação alguma à cessão na hipótese do devedor ser a Fazenda Pública; (ii) a cessão dos créditos de ICMS, além de não vedados pela legislação complementar, é expressamente autorizado pela Lei Estadual n.º 1.993/99.”

o pedido em análise;”.

3 Transcrevo: “[...] a SERC/MS jamais concordou com o entendimento segundo o qual haveria uma hipotética, suposta e divagante irregularidade nas compensações de créditos de ICMS. Pelo contrário, cuidou (a SERC/MS) de consignar sua discordância, ao mesmo tempo em que, por motivos estritamente políticos, e não técnicos nem jurídicos, assentiu com a sugestão formulada pelo r. órgão ministerial sul-mato-grossense”.

4 Transcrevo: “[...] O que se perquire é somente isso: a contabilização realizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul foi correta? Se sim, a ação é improcedente. Se não, a ação será procedente, e surgirá crédito em favor da União Federal, que o compensará com dívida proveniente do repasse do FPE.”

Em detalhes, ressaltou:

Sendo a não-cumulatividade um princípio constitucional, sua amplitude somente poderá ser contida por enunciados previstos no próprio Texto Supremo. E este determina que apenas nos casos de isenção ou não-incidência do ICMS sobre a operação relativa a circulação de mercadoria ou serviço, não será esta geradora do direito ao crédito. Só as operações dessa natureza que se encontrarem fora do campo de incidência da regra-matriz do imposto estadual, em princípio, não ensejarão a incidência da regra-matriz do direito ao crédito. Em todas as demais operações relativas à circulação de mercadorias ou serviços, que possam ser subsumidas à hipótese de percução do tributo, haverá nascimento de crédito. Ainda assim, mesmo no caso de isenções e não-incidência, o constituinte outorgou, explicitamente, competência para o Poder Público recuperar a integridade do magno princípio da não-cumulatividade, na medida em que inseriu a cláusula “salvo determinação em contrário do legislador” (art. 155, § 2º, II). Com isso, esta autorizado o legislador infraconstitucional a fazer valer o princípio da não-cumulatividade mesmo em operações que se encontrarem fora do campo de incidência da regra-matriz do ICMS [...] O Estado de Mato Grosso do Sul, autorizado pelo Convenio ICMS nº 100/97, concedeu isenção do ICMS nas operações internas com insumos agropecuários destinados a agropecuaristas (art. 29 do Anexo I ao Regulamento ICMS). Essa situação, via de regra, inviabilizaria o surgimento do direito ao crédito correspondente às operações isentas. Entretanto, fundado na autorização constitucional referida no art. 15 5, § 2º, II, o legislador estadual determinou que o Poder Executivo poderia permitir a manutenção do crédito pelas cooperativas, nas vendas para os seus associados, e pelas empresas executantes de atividades integradas, nas áreas de avicultura e de suinocultura (art. 74 da Lei nº 1.810/97). E, ao editar a Lei nº 1.993/99, repetiu a autorização relativa à manutenção de créditos do ICMS originados de entrada de insumos agropecuários (art. 8º, VIII).

E, em arremate, acrescentou que

É o que se verifica no caso submetido à minha apreciação. Diversos contribuintes, impossibilitados de compensar seus créditos de ICMS em virtude da insuficiência de débitos tributários estaduais, transferiram para a Petrobrás [...] Uma distinção, entretanto, deve ficar bem clara: extinção da obrigação tributária não implica, necessariamente, o surgimento de relações de natureza financeira. Havendo pagamento, o desaparecimento do liame tributário dará ensejo ao nascimento de relações revestidas de natureza financeira, posto que o objeto prestacional passará a integrar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público, vindo a fazer parte da atividade financeira do Estado. O mesmo não ocorre nas hipóteses em que o vínculo é desfeito sem que haja o correspondente ingresso de recursos para a Fazenda Pública: é o que se verifica nas hipóteses de compensação, remissão, prescrição, decadência, decisão administrativa irreformável e decisão judicial transitada em julgado. [...] inexistente, nessa hipótese, ingresso de receita pública, não havendo que se falar em contabilização, como receita corrente líquida, dos valores correspondentes ao crédito tributário extinto. [...] Logo, só é susceptível de contabilização como “receita corrente” o quantum da efetiva arrecadação tributária, quer dizer, o conteúdo monetário que ingressou nos cofres públicos, com consequente aumento do ativo da pessoa política. [...] Na hipótese relatada pelo Consulente, porém, não se verificou arrecadação alguma, inexistindo receita a ser contabilizada. Por essa razão, inconcebível, cogitar-se de violação ao princípio da unidade. [...] Houve crédito tributário, e não receita (arrecadação), tornando-se descabida cogitar-se de sua afetação. [...] Por conseguinte, quando não houver ingresso... em caixa, porque efetuada compensação, incabível qualquer exigência relativa a transferências. [...] Eventual redução nas parcelas mensais não implica redução da dívida, que será amortizada de forma proporcional ao valor repassado à União, permanecendo o Estado obrigado ao pagamento integral do saldo devedor.

Por sua vez, com arrimo em 24 (vinte e quatro) laudas, a Petróleo Brasileiro S.A. apresentou CONTESTAÇÃO (Id. 25334281, p. 3 *usque* Id. 25334284, p. 3).

Em suma, alegou que (i) suspensão processual para notificação dos requeridos; (ii) ilegitimidade passiva da Petrobras diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos de império, fé pública, atos estes impostos de forma direta pelos agentes públicos estatais; (iii) da competência do Supremo Tribunal Federal; (iv) no mérito, inexistência de responsabilidade diante da figura do mandato; (v) inexistência de dano indenizável por parte da contestante, face ao *bis in idem* dos pedidos 2 e 5 e de seu caráter dúplice, sendo inepto; (vi) aplicabilidade do acordo de leniência preconizado na Lei n. 8.884/94; (vii) a Portaria ABAST-MEC/GECOMB, I, 000119/00, de 04 de julho de 2000 “trata de transferência de créditos, enquanto que no caso em tela, houve sim, descontos de ICMS para posterior ressarcimento às empresas indicadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul”; (viii) aduziu que “se o deságio significa prejuízo, este (o prejuízo) a Empresa que ora contesta, não o sofreu, pois, anteriormente, foi feito o desconto do valor a ser recolhido ao Fisco estatal, na mesma proporção em que estava autorizada a creditar às empresas credoras do Estado de Mato Grosso do Sul”; (ix) pedidos de arquivamento solicitados pelo TCE e pelo MPE; (x) o MPF não individualiza a conduta da Petrobras em afronta à legalidade.

Na petição em testilha, em 37 (trinta e sete) laudas, o réu Aparecido Dorival Caetano (Id. 25334289, p.14 *usque* Id. 25334296, p. 2) apresentou manifestação prévia.

Ventilou: (i) não há que se cogitar de manifestação de vontade da Petrobras que se limitou a cumprir determinações estaduais, razão pela qual não houve operação de aquisição de créditos; (ii) não houve transferência de créditos nem contato do réu com as empresas em questão; (iii) estrito cumprimento da ordem estatal; (iv) não incumbe ao réu a realização de qualquer juízo de valor sobre o ato administrativo de lavra da Secretaria da Receita do Estado, dada a imperatividade dos atos administrativos sem auferir qualquer benefício pessoal; (v) o MPF especula em relação a suposto deságio praticado pela Petrobras; (vi) comunicação mensal do réu, por intermédio de documentos internos, à cúpula da Petrobras e aos órgãos superiores sem advertências; (vii) o réu é impingido pelo regime publicista de hierarquia e submissão aos comandos exarados por superiores, retirando-lhe qualquer discricionariedade; (viii) “não estava envolvido pessoalmente, sequer tinha conhecimento, de nenhum ‘esquema para formação de Caixa Dois’, em favor de campanha eleitoral”; (ix) “não havia qualquer deságio ou desvio de verbas, nem mesmo superfaturamento no momento da compensação de crédito de ICMS”; (x) inexistência de dolo/culpa, antijuridicidade/ilegalidade; (xi) desproporção da medida de indisponibilidade de bens; (xii) competência do STF; e, por derradeiro, levantou a questão do (xiii) litisconsórcio passivo necessário com as empresas beneficiárias com o “esquema” alegado, mesmo sendo supostas “co-autoras” de “caixa 2” na forma do artigo 3º, da LIA, pedindo a notificação das empresas supostamente favorecidas.

Relatou, outrossim, que

- (i) não se discute que a Petrobras adimpliu com sua obrigação tributária e pagou o ICMS devido ao Estado do Mato Grosso do Sul;
- (ii) não se questiona a existência de Lei Estadual e de Parecer da Procuradoria Geral do próprio Estado que autorizavam, que o Estado do Mato Grosso do Sul determinassem à Petrobras que fosse pago o ICMS, abatendo o valor relativo destes créditos a terceiros;
- (iii) não se discute que o corrêu. APARECIDO DORIVAL CAETANO apenas deu cumprimento às determinações estatais oriundas de ofícios expedidos pelo Sr. Secretário Estadual de Receita e Controle, em regular procedimento administrativo;

(iv) não se discute que a mesma questão versada nestes autos, FOI ARQUIVADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL [...];

(v) não ser questionada que o corréu Aparecido Dorival não tem qualquer responsabilidade pela falta de contabilização pelo Estado do Mato Grosso do Sul, referente à receita oriunda do pagamento de ICMS feito pela Petrobrás, através do ressarcimento de créditos fiscais e financeiros a empresas determinadas pelo Sr. Secretário Estadual de Receita e Controle;

(vi) não se questiona, por derradeiro, a inexistência de qualquer conduta, dolosa ou culposa, do corréu Aparecido Dorival Caetano, que pudesse ter ensejado prejuízo ao erário ou violação aos princípios norteadores da administração pública.

Entre outros documentos, colacionou (i) cópias (por amostragem) de ofícios de outros Estados da Federação determinando o cumprimento da operação de ressarcimento de crédito (Id. 25334452, p. 14 e ss); e (ii) cópia (por amostragem) de ofícios judiciais determinando o ressarcimento de créditos (Id. 25334452, p. 23 e ss).

Insta consignar que os fólios restaram conclusos com respostas prévias apresentadas (Id. 25333352, p. 25).

Ato contínuo, houve a intimação da União para integração da lide (Id. 25333355, p.6).

Manifestação do MPF (Id. 25334461, p. 3 e ss), afirmando que a ação *in casu* em nada afeta o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, e sim lide meramente patrimonial que não coloca em xeque o pacto federativo.

Sublinham que “o objeto da presente Ação Civil Pública c/c Improbidade Administrativa consiste: (a) na condenação dos agentes públicos ímprobos nas penas do art. 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 e (b) no ressarcimento dos prejuízos causados à União, aos Municípios sul-mato-grossenses e à população em geral, haja vista que o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio dos demandados, deixou de contabilizar, como Receita Corrente Líquida, a receita de ICMS proveniente da PETROBRAS”.

Reconhecida a incompetência pelo juiz federal substituto Sergio Henrique Bonachela (Id. 25334461, p. 7) com remessa ao STF.

O recebimento, a revisão, a autuação, e o processamento até o seu retorno a este juízo no STF restam descritos dos Ids. 25334461, p. 8 até

No procedimento na Suprema Corte, os réus (Id. 25334461, p 17 e ss e Id. 25336314, p. 5 e Id. 25337382, p 18 e ss) apresentaram petição. Inclusive, o Estado do MS apresentou petições (Id. 25336801, p. 32 e ss). Já, o MPF (Id. 25334461, p. 33 e ss e Id. 25334462, p. 21 e Id. 25334467, p. 12 e ss e Id. 25336813, p. 44) se manifestou juntamente com a União (Id. 25334462, p. 13 e ss e Id. 25334465, p. 11 e Id. 25336336, p. 18).

Acórdão declinando a competência do STF ao primeiro grau de jurisdição, de Relatoria da Min. Rosa Weber (Id. 25337374, p. 29/30 até Id. 25337382, p.12).

Decretação do sigilo dos autos (Id. 25336818, p. 3).

Delegado da DRF de Dourados, à época, sobre a inexistência de ilícitos tributários atinente à Taurus (Id. 25334462, p. 25 e ss).

Ação de Indenização de danos morais proposta por Antônio Norberto de Almeida Couto em face da União e Sr. Alberto Magno Ribeiro Vargas (Id. 25336314, p. 19 e ss).

Já, com respaldo no Id. 25673097, a Petrobras colacionou documentos de procuração.

No caso vertente, o MPF se manifestou pela incompetência da justiça federal, uma vez

que afastada a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do conflito federativo (Num. 25735321 - Pág. 1). Nesse passo, ventilou que o objeto cinge-se às compensações irregulares sob autorização do Estado de Mato Grosso do Sul, e não, diretamente, falsidade no recolhimento de imposto de renda, e que inexistente dano ao erário frente à dívida pública do Estado que permaneceu íntegra. No ver do órgão, não há razão jurídica para albergar a intervenção da União como assistente do MPF, por veicular mero interesse econômico. No ponto, requereu a (i) exclusão da União da relação jurídica processual; (ii) a remessa dos autos à Justiça estadual.

Em sequência, no Id. 25776684 e 25776685, Antônio Norberto de Almeida Couto ventilou a legalidade e constitucionalidade das operações de compensação de créditos, bem como a ausência de prejuízo à União.

Para tanto, citou: (i) Parecer PGE/n. 62/01, emitido no Processo n. 215/000815/2001, pelo Procurador-Geral do Estado, à época, Wilson Vieira Loubet; (ii) Decisão n.º 00/0036/2003, no Processo n.º 06893/2003 perante o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, com voto do Conselheiro Osmar Ferreira Dutra pela legalidade da compensação; (iii) pela promoção de arquivamento dos autos do inquérito civil n.º 12/2003, promovidos pelo titular da 31ª Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e Social e Fundações, Marcos Antônio Martins Sottoriva, com homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, por “ausência de prejuízo aos cofres públicos e pela legalidade das operações realizadas”; (iv) Parecer do professor Paulo de Barros Carvalho, solicitado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sobre as operações objeto da presente ação; (v) Parecer n.º 685/2005, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, dispondo, de acordo com a Res. SF n.º 69/98, “não há nenhuma sanção a ser imposta ao Estado de Mato Grosso do Sul”; (vi) Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul na Ação de Cobrança dos Municípios, feito n.º 2003.012788-7, no qual o Desembargador Paschoal Carmello Leandro consignou que as compensações realizadas possuem guarida constitucional e legal; (vii) Manifestação do Procurador-Geral da República, à época, Antônio Fernando de Souza, Roberto Monteiro Gurgel e Rodrigo Janot Monteiro de Barros no sentido de que o consolidado da dívida está fixado no corpo da Resolução e que as penalidades pecuniárias incidentes evitariam que a União fosse prejudicada, de concordância da União a PGR, e, por fim, e respectivamente, de os reflexos na receita do Estado não alteram o valor integral a ser repassado à União a título de dívida refinanciada, “ainda que tenha havido alteração no valor de repasse mensal esperado”; (viii) Manifestação do Advogado-Geral Substituto, à época, Evandro Costa Gama, pedindo a desconsideração das manifestações anteriores da União e aderindo ao parecer da PGR; (ix) ausência absoluta de provas, indícios da prática de atos de improbidade administrativa e de individualização da conduta, com a consecutiva ilegitimidade passiva *ad causam* do réu em questão.

A outro giro, Rodrigo Janot, em seu parecer, destacou que

a ilegalidade parece estar na conjugação da ausência de declaração da renda auferida pelas empresas envolvidas na operação, credoras do Estado, que transferiram seus créditos à Petrobras e, na falta de retenção dos tributos pela estatal. Ainda que se considere ilegítimas a compensação e a falta de contabilização – mérito da demanda -, não se pode atribuir ao Estado de Mato Grosso do Sul a irregularidade quanto ao não recolhimento de tributos. A relação conflituosa, no ponto, se dá entre a União, de um lado, e as empresas devedoras e a Petrobras que seria responsável pela não retenção dos tributos, de outro.

Já, em relação aos elementos de convicção, a defesa técnica sublinhou que Antonio Norberto de Almeida Couto NÃO (i) elaborou qualquer planilha de valores, ou quadro demonstrativo de débitos e créditos; (ii) certificou a legitimidade de créditos; (iii) atestou a idoneidade dos documentos fiscais; (iv) emitiu parecer jurídico sobre as operações de compensação de crédito; (v) praticou ou deixou de praticar nenhum ato relativo ao processo de contabilização das operações de compensação de ICMS; (vi) praticou nenhum ato decisório, por absoluta falta de competência; e (vii) manteve contato com qualquer dirigente, sócio ou funcionário das empresas que tiverem seus créditos compensados, ou da Empresa Brasileira de Petróleo.

Em contrapartida, no Id. 29671109, Aparecido Dorival Caetano peticionou no sentido de que, após tramitar por 13 (treze) anos no Supremo Tribunal Federal, “demonstrou-se que os prejuízos financeiros à União inexistem”. Acrescentou que “apenas o serviço da dívida foi reduzido, permanecendo essa hígida, inexistindo violação às condições impostas pela Resolução n. 69/98 do Senado Federal”.

A par disso, a Tojal Renault advogados ressalta que “a conclusão do Ministério Público Federal não é causa apenas de incompetência, mas sim, da própria rejeição da inicial a teor do artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/92”.

Nesse aparte, requerem a extinção da ação com julgamento de mérito pela ausência de improbidade, sem remessa dos autos à Justiça Estadual pela exclusão da União no polo ativo, dado o esvaziamento do tipo preconizado no artigo 10 da Lei n.º 8.429/92 (LIA).

Lado outro, deflui que o artigo 11 da LIA tampouco encontra suporte, uma vez que os atos ímprobos consistiram na não escrituração pelos agentes públicos do MS, e “ao contrário do afirmado pelo Ministério Público”, o objeto não se centra na realização de compensações irregulares sob autorização do Estado. Vale dizer: indicam que “não haveria questionamento algum sobre as operações tributárias” caso a escrituração fosse realizada.

Nessa toada, destacam que não subsistem quaisquer bens jurídicos atinentes ao Mato Grosso do Sul ou da própria Petrobras a conjurar a competência estadual, que resultaria em ação sem polo ativo. Ao fim e ao cabo, sustentam que o artigo 11, I, da LIA, estipula conduta de alargada abstração que exige (i) ato praticado; (ii) objetivo vetado por normativo.

Demais disso, aduzem que a suposta autoria de Aparecido Dorival se consubstancia na “procedimentalização, internamente na Petrobras, das operações tributárias, consistentes no pagamento às empresas credoras do Estado do Mato Grosso do Sul, sob mando deste”, somado ao fato de que “os Ofícios enviados pelo Estado do Mato Grosso do Sul eram a ele dirigidos”.

Assim sendo, não haveria narrativa sobre conluio lesivo, não ostenta conexão e/ou poder de controle atinente à não escrituração das receitas correntes do MS, e constituía prática corrente em vários entes parciais. Inclusive, destacou que, em termos financeiros, não houve benefício à Petrobras ou ao réu Aparecido Dorival, uma vez que o pagamento diretamente aos credores do MS se deu em soma zero.

É o relatório do necessário. Decido.

II. Fundamentação

Introito e Programa Normativo

Em linha de princípio, a dívida pública do Estado com a União é baseada justamente na Receita Líquida Real (RLR) do Estado, de sorte que quanto maior for a RLR, maior deverá ser o pagamento da dívida pública que o Estado tem com a União.

Considerando que a Resolução do Senado Federal 69/1995 foi revogada à vista do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.496/97, as quais não incidem em inconstitucionalidade

formal, porque não sujeitas à reserva de lei complementar.

E que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.496/97 dispõe que

Parágrafo único. Os Programas de Reestruturação e de Ajuste Fiscal de que trata esta Lei adotarão os mesmos conceitos e definições contidos na Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

Nesse passo, o artigo 2º da Lei Complementar n.º 101/00 dispõe que

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: [...] *omissis* b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; § 10 Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [...] *omissis* [...] § 30 A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

A outro giro, a Lei n.º 4.320/64 destaca que

Art. 6º Tôdas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções. § 1º As cotas de receitas que uma entidade pública deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada a transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber. [...]

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979) [...]

Art. 53. O lançamento da receita é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta.

Art. 54. Não será admitida a compensação da obrigação de recolher rendas ou receitas com direito creditório contra a Fazenda Pública.

Art. 56. O recolhimento de tôdas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.

Art. 57. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 3º desta lei serão classificadas como receita orçamentária, sob as rubricas próprias, tôdas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento.

Considerando que o ICMS, erigido como tributo plurifásico, é o tributo mais sonogado e a principal fonte de receita própria dos Estados-membros, e a falta de recolhimento intencional e sistemático do ICMS ecoa impactos sobre o Erário.

Vejamos alguns precedentes repetitivos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e que ressoam no presente caso, *in litteris*:

TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. CRÉDITOS REFERENTES A ENTRADAS. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO. SAÍDA ISENTA. DIREITO. INEXISTÊNCIA.

1. A despeito da oposição de embargos de declaração, o julgado estadual não decidiu a lide à luz dos suscitados arts. 7º, 97, VI, 99 do CTN, carecendo o recurso especial, em relação a esses dispositivos, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211 do STJ.

2. A LC n. 87/1996, em seu art. 20, § 3º, I e II, refletindo o art. 155, § 2º, II, "b", da Constitui-

ção Federal, estabelece, como regra geral, a vedação do aproveitamento de crédito de ICMS referente à entrada da mercadoria quando a saída correspondente for isenta.

3. *A exceção prevista no art. 20, § 6º, I, da LC n. 87/1996, que permite a manutenção de créditos nas operações que envolvem produtos agropecuários, não é destinada àquele que realiza a venda contemplada pela isenção (caso da recorrente), mas ao contribuinte da etapa posterior, que adquire a mercadoria isenta do imposto e que tem a sua operação de saída normalmente tributada, de sorte que somente este poderá aproveitar os créditos de ICMS referentes às operações anteriores à desonerada, de acordo com a sistemática da não cumulatividade.*

4. Hipótese em que deve ser mantido o acórdão que denegou mandado de segurança impedido por contribuinte que objetiva ver assegurado o direito à utilização de crédito de ICMS referente a entradas de produtos agropecuários cuja venda por ele realizada é isenta.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1643875/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 04/12/2019) (destaquei)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO E ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE PARTE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. SUPERVENIENTE PERDA PARCIAL DO OBJETO. ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS DAS COTAS DO ICMS A SEREM TRANSFERIDAS PARA MUNICÍPIOS: INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO DE EXISTÊNCIA DE PROCURADORIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ART. 132, CF: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA LIMITAR A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL ÀS CAUSAS RELATIVAS À DEFESA DAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DO ÓRGÃO. PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS: INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO DE ÓRGÃO E DE CARREIRA AUTÔNOMOS. PREVISÃO DE RESERVA DE VAGAS NO SERVIÇO PÚBLICO PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: MERA REPETIÇÃO DE NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INICIATIVA POPULAR PARA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: CONSTITUCIONALIDADE.

1. *É inconstitucional a atribuição, aos Tribunais de Contas estaduais, de competência para homologação dos cálculos das cotas do ICMS devidas aos Municípios, por violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), afastada a alegação de simetria com o modelo federal (arts. 75 e 161, parágrafo único, da CF).*

2. A jurisprudência desta Corte reconhece o princípio da unicidade institucional da representação judicial e da consultoria jurídica para Estados e Distrito Federal, que são atribuições exclusivas dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, independentemente da natureza da causa. A existência de consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais somente é admitida se sua existência for anterior à Constituição Federal (art. 69 do ADCT). Excetua-se a atividade de consultoria jurídica das Assembleias Legislativas, que pode ser realizada por corpo próprio de procuradores. Já a atividade de representação judicial fica restrita às causas em que a Assembleia Legislativa ostentar personalidade judiciária, notadamente para a defesa de suas prerrogativas institucionais frente aos demais poderes (ADI 1.557, Rel. Min. ELLEN GRACIE).

3. É facultado aos Estados, no exercício de seu poder de auto-organização, a previsão de iniciativa popular para o processo de reforma das respectivas Constituições estaduais, em prestígio ao princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, art. 14, I e III, e art. 49, XV, da CF).

4. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente.

(ADI 825, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 26-06-2019 PUBLIC 27-06-2019)(destaquei)

Em julgamento similar, despido do mesmo conteúdo, porém decerto, tocando a temática, o STF já consignou que “as receitas provenientes do adicional criado pelo art. 82, § 1º, do ADCT não podem ser computadas para efeito de cálculo da amortização da dívida do Estado”.

Nada obstante, essas “receitas devem, no entanto, ser consideradas para efeito de cálculo do montante mínimo destinado à saúde e à educação” (STF. Plenário. ACO 727/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/2/2020) (Info 966).

Nesse caso, a União compreendeu que as receitas do fundo – inclusive esse aumento de 2% da alíquota do ICMS – deveriam ser consideradas no cálculo do mínimo a ser aplicado pelos Estados nas áreas de saúde e educação, com base no art. 212 e no art. 198, §§ 2º e 3º da CF/88.

Considerando, na concepção dos princípios da igualdade, da unidade da tesouraria, da universalidade de despesas e receitas, da não afetação das receitas vindas de impostos, da capacidade contributiva e da proibição do confisco, a não cumulatividade do ICMS na cadeia produtiva, que se assegura ao contribuinte o direito ao creditamento para abatimento da repercussão econômica anterior.

Consabido também que o dolo deve ser apurado a partir de circunstâncias objetivas e factuais, passo a examinar perfunctoriamente a ação aqui posta.

Nesse contexto, convém frisar que o MPF pediu que o MS contabilizasse, imediatamente, como receitas correntes, os valores “compensados”, por intermédio da Petrobras, realizando os repasses legais corrigidos monetariamente, inclusive para o futuro, bem como autorizar a União a compensar a aludida dívida com os recursos repassados ao Fundo de Participação dos Estados. Reforça, no item 6, que o juízo condene o MS a obedecer rigorosamente a Lei n.º 4.320/64, LC n.º 101/2000 e demais normativos pertinentes.

Demais disso, pede a condenação, “nos termos da responsabilidade de cada um” ao ressarcimento integral do dano ocasionado aos cofres da União com a não contabilização regular; e, a condenação dos réus nas penalidades contidas no artigo 12 da LIA.

Isto é: o MPF compreende que “o objeto da presente Ação Civil Pública c/c Improbidade Administrativa consiste: (a) na condenação dos agentes públicos ímprobos nas penas do art. 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 e (b) no ressarcimento dos prejuízos causados à União, aos Municípios sul-mato-grossenses e à população em geral, haja vista que o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio dos demandados, deixou de contabilizar, como Receita Corrente Líquida, a receita de ICMS proveniente da PETROBRAS”.

Por fim, sabe-se que a presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*.

Estabelecidas essas premissas, passo ao exame das questões processuais pendentes e da prefaciais aventadas.

Competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal

De início, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento de pretensão conflito federativo (Num. 25735321 - Pág. 1), afastou sua competência.

Também, as disposições levantadas pelos réus quanto ao artigo 84 do Código de Processo Penal já foram revogadas pela Lei n.º 10.628/02, bem como enfrentadas na ADIN n.º 2797, ao mesmo tempo em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado.

Competência da Justiça Federal, exclusão da União como litisconsorte e remessa dos autos à Justiça Estadual

O *Parquet* Federal, em sua última manifestação, robustece que o objeto cinge-se às compensações irregulares sob autorização do Estado de Mato Grosso do Sul, e não, diretamente, falsidade no recolhimento de imposto de renda, e que inexistem danos ao erário frente à dívida pública do Estado, a qual permaneceu íntegra.

No ver deste órgão, não há razão jurídica para albergar a intervenção da União como assistente do MPF, *por veicular mero interesse econômico*.

Decerto, malgrado as ações civis públicas em julgamento envolvam interesses patrimoniais afetos à União, razão pela qual descabe sua exclusão destes autos, o que será devidamente tratado no tópico da legitimidade ativa *ad causam* do MPF.

Lado outro, eventuais danos aos Municípios, à Petrobras e aos demais Poderes estaduais se circunscrevem à esfera estadual.

Nada obstante, estribado no Enunciado n.º 150, do Superior Tribunal de Justiça, “*competete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas*”, a teor do precedente abaixo colacionado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. APLICAÇÃO DE VERBAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-FUNASA. ATÉ ENTÃO, HÁ A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA UNIÃO QUANTO AO INTERESSE EM INTEGRAR À LIDE. SÚMULA 150/STJ. ART. 109, I DA CF/88. RATIONAE PERSONAE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Hipótese em que, malgrado se refira à ACP por ausência de prestação de contas a órgão do Governo Federal, tendo em vista recursos por ele providos através de Convênio, houve a incorporação da verba no patrimônio do Município, o que, em tese, implica em conflito entre as Súmulas 208 e 209/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Casa, caracteriza-se o interesse da União quando a verba objeto do litígio é oriunda do Erário Federal e sujeita à prestação de contas e fiscalização por órgão federal, nos termos da Súmula 208/STJ.

3. *Deve-se, no entanto, observar uma distinção na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, visto que tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF.*

4. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150 do STJ.

5. Hipótese em que não há nos autos manifestação de interesse na causa de qualquer um desses entes elencados no dispositivo constitucional.

6. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicenda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.

7. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 1a. VARA CÍVEL DA COMARCA DE COLINAS DO TOCANTINS.

(CC 131.323/TO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015)

Assim sendo, para determinar a exclusão da União, imprescindíveis certas cautelas prévias como a intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Advocacia Geral da União, atuantes em Campo Grande, para manifestação de interesse na lide, uma vez que envolvem interesses públicos na modalidade secundária na forma do artigo 10 do Código de Processo Civil.

A mais, não se apensou aos autos a manifestação do Sr. Evandro Costa Gama, Advogado-Geral Substituto (ACO n. 743, f. 2305) nestes autos, tampouco, diante de manifestações tão vacilantes e diferenciadas, não seria prudente, de plano, decretar a incompetência da justiça federal, diante da gravidade da narrativa encetada, que rendeu ensejo à ação de indenização por danos morais dada a impetuosidade das manifestações à época.

Mantendo a União como litisconsorte, na forma do artigo 109, I, da Lei Maior, não há que se cogitar em remessa dos autos à Justiça Estadual, máxime diante do decurso processual de mais de 16 (dezesseis) anos e da necessidade de pacificação da lide enfrentada.

Suspensão para notificação dos requeridos

De antemão, frise-se que os fólios restaram conclusos com respostas prévias apresentadas (Id. 25333352, p. 25) e todos os réus se manifestaram, ainda que a Petrobras tenha nomeado sua peça como “contestação”, tais petições foram recebidas como “defesas prévias” completando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

A toda evidência, o STJ já determinou que “a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*)”, fato este que não foi trazido pela Petrobras.

Litisconsórcio passivo necessária das empresas beneficiadas

Atinente ao litisconsórcio passivo necessário das empresas beneficiadas, em que pese ir ao encontro da defesa do erário público e na investigação mais aprofundada dos fatos narrados, a jurisprudência do STJ já assentou que “é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda” e que “nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo”.

Assim, presentes no polo passivo os agentes públicos, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

Inépcia da Inicial

Ritos distintos, Cumulação Conjuntiva e Pedidos incompatíveis

De fato, o “especialíssimo procedimento estabelecido na Lei n. 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas” (Tema 344).

Tratando-se de microsistema de proteção coletiva de interesses difusos como a boa administração, a cumulação revela o objetivo do MPF na responsabilização dos agentes supostamente envolvidos em condutas ímprobadas (ação de improbidade), ao mesmo tempo em que busca a reparação dos supostos danos causados à União (ação civil pública).

A rigor, o ideal é que fossem propostas separadamente.

Todavia, a consequência prática seria a reunião perante este Juízo para correrem em apenso uma a outra por conexão respaldado inclusive no artigo 55, § 3, do CPC.

Seguindo-se o procedimento da LIA, mais garantista, não houve prejuízo para que as ações tramitassem conjuntamente, apesar da cizânia jurisprudencial e doutrinária a respeito.

Já, no que concerne ao *bis in idem* dos pedidos 2 e 5, não há duplicidade, porquanto o pedido 2 se refere à pedido *liminar* de contabilização pelo MS dos importes de ICMS compensados durante os idos de 2001 a 2003 na Receita Líquida Real e, por consequência, repasse tais diferenças corrigidos monetariamente à União.

De outra perspectiva, o pedido 5 trata da confirmação da medida *liminar*, já requerida no item 2, e o pedido 5.a. pretende autorizar a União a se ressarcir diretamente com os recursos do FPE.

De seu turno, o pedido 7 intenta o ressarcimento integral de eventuais danos ocasionados ao cofre da União com a não contabilização pelos agentes públicos, na medida da responsabilidade individual, no caso de confirmação do suposto caixa 2.

Isto é: não há *bis in idem*, o pedido 5 busca a reparação dos danos causados a União pelo Estado, ao passo que o pedido 7 traz à baila o pedido de ressarcimento de danos ocasionados individualmente com a prática da não contabilização a serem apurados em instrução.

Via inadequada e Ação popular

O artigo 1º, VIII, da Lei n.º 7.347/85, tutela o patrimônio público e social, ao passo que a ação de improbidade objetiva o ressarcimento de eventuais enriquecimentos ilícitos, razão pela qual a via eleita se revela adequada.

Ausência de indicação dos preceitos legais violados e tipicidade

Dito isso, os corréus sustentam inépcia da inicial ao argumento de que não foi descrita a conduta ímproba imputada a eles.

No entanto, a parte autora, no item IV, da Inicial (Id. 25330507, p.9 e ss.), individualiza os atos de improbidade minimamente de José Ricardo Pereira Cabral, Antônio Norberto do Couto, Paulo Roberto Duarte e Adalto José Manzano, que teriam elaborado planilhas para ajustas créditos, buscado, por sua própria iniciativa, a Petrobras para o ressarcimento direto por intermédio de Aparecido Dorival, e que pretenderam evitar repasses, com consciência e vontade, à União, assim como não efetuaram o devido registro da contabilidade, e teriam supostamente criado um “verdadeiro Caixa Dois, administrado pelos mesmos” em detrimento da ordem de precatórios e do pagamento dos serviços de dívida da União.

E, ao fim, esclarece que a conduta dos réus se amolda aos artigos 10, *caput*, incisos I, II, VI, VII, X, XI e XII, e ao artigo 11, *caput*, incisos I, II, e IV, todos da Lei n.º 8.429/92. Não é inédito que a tipicidade, em assuntos de improbidade administrativa, poderá se subsumir a diversas condutas de forma cumulativa, o que implicará diferenças na dosimetria e na escolha das penalidades do artigo 12.

Ausência de utilidade e necessidade atinente ao comando futuro de contabilização

Neste ponto, a defesa técnica dos corréus merece prosperar. Veja-se a manifestação:

Ora, este pedido chega às raias do inimaginário: uma sentença que condene uma parte a, genérica e abstratamente, *obedecer a lei* ??A lei – qualquer que seja sua natureza ou hierarquia, não necessita de uma sentença para tornar-se exigível, ou para transmudar-se em comando *que deva ser observado*. [...] No caso vertente, a Lei n.º 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000 são de observância e cumprimento *obrigatórios*, portanto, de nenhuma necessidade/utilidade o pedido em análise;

De fato, carece de interesse de agir, na modalidade necessidade e utilidade, o pedido do MPF em relação às operações futuras, de que, ao proceder compensações futuras, o Estado efetue a contabilização como receita (pedido 3), e pelo mesmo motivo, o pedido 6 de que o Estado do MS seja condenado a obedecer os ditames das Leis n.º 4.320/64 e Lei Complementar n.º 101/200 carece de interesse de agir, dada que a força da Lei dispensa ordem judicial e tais determinações já emanam das legislações regentes respectivas.

O Estado-juiz apenas poderia reconhecer violação a tais normais, porém emitir comando abstrato, genérico e dotado de normatividade, insurgiria contra a tripartição de funções estribada no artigo 2º da Constituição Federal.

Lado outro, o pedido 5.a, também padece de interesse de agir na modalidade adequação, isso porque o *modo* de eventuais ressarcimentos pela União deve ser escolhido dentro da discricionariedade da cúpula política do Governo Federal dentro do quadro de legalidade positiva posta, sob pena de ativismo judicial.

A mais, a União estaria sendo enquadrada como “super credora”, com poderes de auto-executoriedade e imperatividade em detrimento do pacto federativo fincado no artigo 18 da Constituição Federal, devendo-se respeitar os meios de cobrança gizados na Lei nº 9.496/97 e os termos do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados.

Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal

Esfera de atuação do MPE e exaurimento da investigação

O mero fato de já ter tido arquivamento de procedimento administrativo no âmbito estadual, referendado pelo Conselho Superior do MPE, sem eficácia de caso julgado, nos termos do artigo 6º, § 3º da Decreto-Lei n.º 4.657/42 é irrelevante para os fins desta ação, máxime por envolver interesses federais e o manejo de competência absoluta.

Proteção do patrimônio da União caberia à Fazenda Nacional e à AGU

Em verdade, o STJ já decidiu que “o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para a propositura de Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade”. Frise-se: tal entendimento se circunscreve aos danos causados pelos agentes públicos no âmbito de sua atuação ao erário público.

Dispõe o art. 17, §§ 6º e 7º, da Lei 8.429/1992 que a petição inicial da ação de improbidade administrativa será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, determinando-se a notificação do requerido para manifestação por escrito.

Após o recebimento da manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita ou receberá a petição inicial (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992).

Vale dizer: exigem-se elementos mínimos que possibilitem a formação de um juízo de suspeita ou suposição acerca da prática dos atos narrados na petição inicial, sendo despiciendo a comprovação cabal e exaustiva da prática do ato e de todas as consequências daí advindas, porquanto tal certeza somente se entremostra indispensável no momento da prolação da sentença.

No caso em testilha, portanto, em um juízo de admissibilidade, isto é, de uma avaliação acerca da viabilidade do prosseguimento da ação de improbidade, deve este juízo vislumbrar a existência de um suporte fático mínimo.

De certo, *não se ventilou nenhum indício específico sobre o famigerado “Caixa 2”, ou desvio de dinheiro atinente aos réus especificados na ação de improbidade administrativa, razão pela qual também não incumbe a este Juízo investigar *sponte própria* e decretar a quebra de sigilo bancário e fiscal, sem esses indícios perfunctórios, sob pena de quebrar sua imparcialidade.*

Isto é: notícias de jornais sobre eventuais subsídios à campanhas eleitorais e a formação de uma caixa dois, não corroboradas por documentos ou outros meios de prova, não servem para tal invasão à privacidade e intimidade tuteladas pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Essa conclusão é reforçada pelo arquivamento da ação de impugnação de mandado no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral, pela fiscalização do Tribunal de Contas Estadual e pelo Conselho Superior do Ministério Público Estadual.

Já, em relação aos danos à União, no período de 2001 a 2003, referente ao valor alusivo de 1/12 de 15% da sua Receita líquida Real do Estado para o pagamento de serviço da dívida, assim como de duodécimos dos poderes estaduais e repasses de 25% (vinte de cinco por cento) do ICMS aos Municípios em contrariedade a Resolução SF n.º 69/98 e a Lei n.º 9.496/97, discorro abaixo.

De outro bordo, em face dos limites de atuação institucional preconizados no artigo 129, III, IX, c/c art. 131, todos da Lei Maior, somando-se ao fato de *que o próprio MPF, tanto em sua manifestação no STF, quanto o Procurador da República, atuante em Campo Grande/MS relataram que, em sua última e mais recente petição, esta ação apenas traz à baila interesses patrimoniais individualizados e determinados da União.*

Forçoso, de conseguinte, que este juízo, reconheça que incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional e à Advocacia-Geral da União zelar pelas finanças públicas e pelo patrimônio público (no interesse público secundário, classificação conferida por Renato Alessi), falecendo legitimidade ativa ad causam do MPF neste quesito.

Por todos, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SUPOSTAMENTE INDEVIDA ORIUNDA DO FUNDO DE INDENIZAÇÃO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - FITP. PRETENSÃO VISANDO A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONFLITO LEGAL DE CARÁTER TRIBUTÁRIO. INTERESSE SECUNDÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. [...] 3. Consectariamente, *a rubrica receita da União caracteriza-se como interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não guarnecido pela via da ação civil pública, consoante assente em sede doutrinária: Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública.* Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos, sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal). “Assim”, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes

últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito”. Nessa linha distintiva, fica claro que a Administração, nas suas funções institucionais, atua em representação de interesses sociais e, eventualmente, de interesses exclusivamente seus. Portanto, embora com vasto campo de identificação, não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse da Administração. [...] Genericamente, como Calmon de Passos, pode-se definir interesse público ou interesse social o “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”. A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo. (ZAVASKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-54.) [...] (REsp 786.328/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 08/11/2007, p. 168, grifos nossos).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. [...]

8. *A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. [...]

(MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, grifos nossos)

É plausível que a técnica de não contabilização das compensações como “receita arrecadada” na compreensão do Estado possa ter afetado os percentuais constitucionais das políticas públicas de saúde e educação com a afetação da receita total de impostos estaduais versados.

Nada obstante, as ações coletivas *sub judice* não envolvem eventuais impactos no desenvolvimento das sobreditas políticas públicas afetas à esfera federal, que veiculariam interesses coletivos e difusos, logo, *não há outra saída para este juízo a não ser reconhecer a ilegitimidade do Parquet Federal na defesa de interesses patrimoniais, públicos apenas na modalidade secundária.*

Ilegitimidade passiva

A despeito disso, as defesas técnicas aventaram a ilegitimidade passiva.

A Petrobras pugnou tal prefacial, diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos de império, da fé pública dos agentes estatais e da imposição das operações por esses mesmos agentes.

Por sua vez, a ilegitimidade dos réus Antônio Norberto de Almeida Couto, Ruiteir Cunha de Oliveira, Vicente Hiroyuki Yassunaka e Adalto José Manzano se evidenciaria, tendo em vista a competência exclusiva do Secretário de Estado de Receita e Controle, por força do artigo 274 do Código Tributário Estadual, dado que cumpriram meros atos de impulsionamento de processos administrativos sem cunho decisório.

Tais temas se confundem com o mérito da presente ação e lá deveriam ser tratados em que pese o rótulo de “preliminar” concedido pelas defesas, não há como decidir tais matérias sem incorrer no quadro fático-jurídico desta ação.

Prejudicial de inconstitucionalidade da LIA

Suscitou-se a inconstitucionalidade formal e material da Lei de Improbidade Administrativa, dado seu caráter federal em violação ao pacto federativo, a desobediência ao sistema bicameral e pelo acréscimo de penalidades à revelia do artigo 37, § 4º da CFRB.

A inconstitucionalidade formal já foi rejeitada no bojo da ADI 2182 pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que nenhuma liminar foi concedida no andamento da ADI 4295 que trata da inconstitucionalidade material, mormente diante da teoria da nulidade pela excessiva abertura de seus termos (*overbreadth doctrine*).

Em desfecho, permanece incólume a presunção de legalidade e veracidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Conclusão

Diante do exposto, com fulcro no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, extingo o processo, *sem resolução de mérito*, dos pedidos formulados.

Em relação ao pedido de condenação dos agentes públicos por suposta conduta de desvio de dinheiro, de formação de caixa 2, e de financiamento mascarado de campanha eleitoral, *por falta de elementos indiciários mínimos*, rejeito a inicial na forma do artigo 17, § 8º, da LIA.

Intimem-se todas as partes, inclusive a PGFN e a AGU, atuantes em Campo Grande para ciência deste édito para, querendo, recorrer como terceiro interessado na forma do artigo 5º, parágrafo único, da Lei n.º 9.469/97, desta decisão na forma do artigo 17, § 10, da LIA.

Em havendo recursos interpostos ou não, após o decurso dos prazos respectivos, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional desta 3ª Região, dado que a sentença está submetida ao reexame necessário, na forma do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, *in litteris*:

A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de ação de improbidade administrativa está sujeita ao reexame necessário, com base na aplicação subsidiária do CPC e por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n.º 4.717/65. STJ. 1ª Seção. EREsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/5/2017 (Info 607).

Não há que se falar em má-fé do postulante, em virtude disse, deixo de fixar custas ou honorários advocatícios, na forma do artigo 18 da Lei n.º 7.347/85.

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 145 - Abr./Jun. 2020

Publique-se e notifique-se o MPF.

Campo Grande/MS, data e assinatura, conforme certificação eletrônica.

Juiz Federal LUCAS MEDEIROS GOMES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**5009579-65.2018.4.03.6100**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO, AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, PB PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EIRELI - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/03/2020

SENTENÇA*I - Relatório:*

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DE SÃO PAULO, da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, da EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA – PPE, de PB PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA., de SF PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA. e da COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL – CETESB, objetivando provimento jurisdicional que:

- a) condene os órgãos ambientais licenciadores a se absterem de conceder qualquer tipo de licença a quaisquer empreendimentos hidrelétricos a serem implementados sem a prévia apresentação, análise, aprovação e implementação da Avaliação Ambiental Integrada – AAI para a geração de energia elétrica no Rio Pardo; determine a inserção expressa em todas as Licenças Prévia e de Instalação expedidas para empreendimentos hidrelétricos no Rio Pardo a condicionante relativa à prévia apresentação e observância de estudo referente à Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI - 17), sem a qual nenhum tipo de atividade poderá ser executada, inclusive, canteiro de obras e acampamento;
- b) determine a inserção expressa nas Licenças de Operação de empreendimentos que se encontram em funcionamento novas exigências eventualmente decorrentes da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (UGRHI- 17), quando da renovação das respectivas licenças;
- c) condene os órgãos ambientais licenciadores a se absterem de conceder Licença de Operação para empreendimentos hidrelétricos que se encontram com Licença de Instalação expedida e em efetiva execução física das obras, até que seja apresentado, analisado e aprovado o estudo integrado do Rio Pardo e a bacia referida anteriormente, bem como os respectivos EIA/RIMAs;
- d) inserir expressamente nas Licenças de Operação de empreendimentos que se encontram em funcionamento, novas exigências eventualmente decorrentes da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (UGRHI- 17), quando da renovação das respectivas licenças;
- e) que seja determinado à Empresa de Pesquisa Energética – EPE que proceda à elaboração de uma Avaliação Ambiental Integrada (AAI) setorial para a geração de energia elétrica no Rio Pardo e, por conseguinte, na Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema (Unidade de

Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI - 17), observando-se as regras e critérios estabelecidos pela literatura especializada e assegurando-se, em todas as fases da avaliação, a ampla participação dos setores científicos e da sociedade civil organizada, de modo a compatibilizar a geração de energia com a conservação da biodiversidade e a manutenção do equilíbrio hidroecológico regional;

f) seja exarada ordem para que as requeridas PB Produção de Energia Elétrica Ltda e SF Produção de Energia Elétrica Ltda cessem e se abstenham de realizar, imediatamente, quaisquer obras de instalação ou operação das referidas PCHs;

g) determine o cancelamento (1) do “aceite” no Projeto Básico apresentado pela SF Produção de Energia Elétrica Ltda. acerca de uma PCH no Rio Pardo (PCH São Francisco) - despacho ANEEL nº 1634, de 14.05.2012 - fls. 2088/2090; (2) do “aceite” no Projeto Básico apresentado pela PB Produção de Energia Elétrica Ltda. acerca de uma PCH no Rio Pardo (PCH Ponte Branca) - despacho ANEEL nº 1788, de 23.05.2012 - fls. 2120/2122, ambos no ano de 2012, procedidos pela ANEEL; (3) das Resoluções Autorizativas ANEEL nº 4085/2013, de 07.05.2013 e 4139/2013, de 28.08.2013 (fls. 63 e 71) e seus efeitos, que autorizaram as empresas PB Produção de Energia Elétrica Ltda. e SF Produção de Energia Elétrica Ltda. a explorar, sob o regime de Produção Independente, as PCHs Ponte Branca e São Francisco - uma vez que todas as aprovações e autorizações acima não contemplam o estudo da Avaliação Ambiental Integrada (AAI), mesmo sendo essa uma determinação do Ministério de Minas e Energia, do ano de 2007;

h) determine a suspensão das Licenças Prévias das PCHs Ponte Branca e São Francisco e da Licença de Instalação da PCH Ponte Branca.

Os autores informam que o Rio Pardo se caracteriza por ser um dos rios menos poluídos do Estado de São Paulo (sua água recebeu a classificação II), o que possibilita o seu uso para o abastecimento doméstico. O rio, que possui 264 km de extensão, atravessando quinze municípios, até desaguar no Rio Paranapanema, marco divisório dos Estados de São Paulo e do Paraná, compõe a Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos - UGRHI 17, sendo o principal rio da Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema, a qual foi definida pela Lei nº 9.034/94 (que criou o Plano Estadual de Recursos Hídricos do Estado de São Paulo – PERH).

Os autores pontuam que, por se tratar de um dos rios mais limpos do Estado de São Paulo, possui grandes belezas naturais preservadas, dentre elas, cachoeiras, corredeiras e saltos, os quais possuem potencial turístico, destacando-se, outrossim, por seu ecossistema (fauna e flora de importante representatividade), principalmente em suas Áreas de Preservação Permanente (APPs).

Em razão do aludido, os autores pleiteiam a interrupção de inescandível política desordenada de aproveitamento do potencial hidrelétrico do Rio Pardo, pois não se estaria dando importância a estudo adequado de impacto cumulativo dos empreendimentos hidrelétricos a serem instalados, conforme concluído nos autos do Inquérito Civil nº 14.0328.0000350/2013-1, instaurado para analisar o impacto socioeconômico e ambiental do funcionamento hidroecológico do referido rio.

Os autores afirmam que foi apurada a existência de 9 (nove) PCHs (Pequenas Centrais Hidrelétricas), a saber: Santana, Figueira Branca, Niágara, Ponte Branca, São Francisco, Água da Onça, Cochos, Águas do Bajara e Estrelinha. Além dessas, apurou-se a existência de uma PCH em operação, a PCH Salto do Lobo, e uma desativada, a PCH Veu da Noiva. Das 9 PCHs inventariadas, 7 receberam aprovação da ANEEL, por meio do despacho ANEEL nº 87 de 6.2.2004, sendo que 6 (PCHs Santana, Figueira Branca, Niágara, Estrelinha, Ponte Branca e São Francisco) já teriam tido o “aceite” dos seus respectivos projetos básicos.

Aduz-se, porém, que as PCHs Santana, Figueira Branca e Niágara não obtiveram a Licença Prévia por razões de impactos ambientais não considerados no EIA/RIMA de seu Projeto Básico, consoante o Parecer Técnico nº 104/2012/IE de 28.5.2012 da Diretoria de Impacto Ambiental da CETESB. Em relação às PCHs Ponte Branca e São Francisco, relatam que a CETESB já teria expedido as correspondentes Licenças Prévias, e que, acerca da PCH Ponte Branca, já fora concedida Licença de Instalação, estando o empreendimento em fase de implementação.

Os autores afirmam que as aludidas PCHs não contam com estudos que considerem a totalidade da bacia hidrográfica como área de impacto ambiental, o que desrespeitaria o disposto no artigo 5º, inciso III, da Resolução CONAMA nº 1/86. Em decorrência, sustentam que são incertos os impactos cumulativos e sinérgicos ocasionados pela construção e funcionamento de grande número de PCHs em toda a extensão do Rio Pardo, ainda que, relativamente às PCHs São Francisco e Ponte Branca, tenham sido realizadas as Análises Ambientais Integradas - AAI, que, segundo alegado, não o foram de modo adequado.

Afirma-se, ainda, que a Avaliação Ambiental Integrada tem como objetivo avaliar a situação ambiental da bacia hidrográfica com os empreendimentos hidrelétricos instalados e os potenciais empreendimentos a serem instalados, tanto do ponto de vista dos efeitos cumulativos como dos efeitos sinérgicos, incidentes sobre os recursos naturais e sobre a população, no âmbito presente e futuro. A exigência e a metodologia a ser seguida para execução do mencionado AAI têm previsão no Termo de Compromisso firmado em 15.9.2004 entre o Ministério de Minas e Energia, o Ministério do Meio Ambiente, o IBAMA, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público e, ainda, que a Empresa de Pesquisa Energética – EPE, criada pela Lei nº 10.847/04, dentre suas atribuições, também teria a responsabilidade de criar diretrizes para realização do AAI.

Além disso, afirmam que a exigência de prévia avaliação ambiental integrada também decorre da previsão de sua realização, a partir de 2007, quando da consecução do denominado inventário hidroelétrico exigido pelo Ministério das Minas e Energia, conforme se extrairia do Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas.

Todavia, segundo alegam os autores, a EPE não teria cumprido com sua obrigação no tocante à realização do Inventário Hidrelétrico atualizado da bacia hidrográfica em comento, bem como na análise ambiental dos impactos cumulativos e sinérgicos. Assim, a Análise Ambiental Integrada das PCHs São Francisco e Ponte Branca, elaborada pelos próprios empreendedores, não serviria para o fim almejado porque, tecnicamente, deficitária; segundo apontamentos do assistente técnico da Promotoria, os empreendedores teriam se limitado a reproduzir procedimentos, sem realizarem estudo integral do impacto ambiental em toda a bacia hidrográfica envolvida, englobando, principalmente, a análise do possível resultado ambiental após a instalação das PCHs citadas, com a previsão de medidas a serem tomadas para diminuir a degradação ambiental.

Assim, argumentam que as licenças prévias dadas pela CETESB em favor das PCHs São Francisco e Ponte Branca não devem subsistir porque não realizada a indispensável AAI, exigência, inclusive, prevista pelo próprio órgão estadual, por meio dos Pareceres Técnicos nº 80888/09/TAGV e 80870/09/TAGV.

Os autores esclarecem que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, contido nos Projetos Básicos das PCHs referidas, foi realizado com base no inventário hidrelétrico do ano de 2002, o qual estaria defasado, pois anterior ao citado “Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidroelétricas” do ano de 2007, e, também, da criação da EPE, empresa que seria responsável por estudos da área energética.

Argumenta-se, outrossim, que, somente com o mencionado Manual de 2007, se passou a exigir a inclusão da AAI quando da realização do Estudo de Impacto Ambiental, e ainda que os EIAs das PCHs Ponte Branca e São Francisco sejam do ano de 2009, não teriam contemplado a realização do AAI. Portanto, sustentam que até a realização de novo Inventário Hidrelétrico da Bacia do Rio Pardo não devem subsistir tanto o mencionado despacho autorizador da ANEEL nº 87/04, como as aprovações dos Projetos Básicos das PCHs São Francisco e Ponte Branca, e, também, as Resoluções Autorizativas ANEEL nº 4085/2012 e 4139/2013, dadas em favor das empresas PB Produção de Energia Elétrica Ltda. e SF Produção de Energia Elétrica Ltda. para exploração das citadas PCHs.

Os autores aduzem que, se implantadas, as PCHs São Francisco e Ponte Branca trarão inúmeros prejuízos de ordem antrópica e socioambientais, além de ameaça à diversidade biológica e interferência em Áreas de Preservação Permanente (APP) e de Reserva Legal (RL), as quais seriam difíceis de serem restauradas.

Sustenta-se que a ANEEL, a fim de estimular a construção de novas PCHs, criou diversos incentivos aos empreendedores, destacando, entre eles, a isenção da compensação financeira para as PCHs por utilização de recursos hídricos, consoante artigo 4º, I, da Lei nº 7.990/89; e, a redução do percentual da tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão e distribuição, prevista pelo artigo 26, §1º, da Lei nº 9.427/96. Referidos incentivos acabariam por estimular o fracionamento do aproveitamento dos potenciais hidrelétricos em PCHs, tendo em vista a isenção e redução de diversas taxas, ainda, a exigência menor de estudos ambientais, porque a análise seria localizada, sem considerar o impacto cumulativo e sinérgico dos múltiplos empreendimentos.

Nesse contexto, defende-se que deve ser adotada modalidade de avaliação de impacto ambiental apta a mensurar os impactos cumulativos dos empreendimentos hidrelétricos citados sobre o Rio Pardo, conforme também preconizaria a Súmula de entendimento nº 8 da Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental.

Ressalta-se que devem ser obedecidas as normas aplicáveis ao licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos dispostas nas Resoluções CONAMA nº 01/86, 06/87 e 237/97. Dentro deste regramento, o licenciamento ambiental deve ser precedido do inventário hidrelétrico, seguido de estudo de viabilidade por meio da licença prévia, a qual, se viável, assegurará a licença de instalação e, na sequência, licitação para construção do empreendimento e, conseqüentemente, licença de operação, último passo para fechamento da barragem.

Também ressaltam que, por se tratar de PCHs, o licenciamento ambiental é concedido pelo órgão ambiental estadual, ou seja, a CETESB, a qual deveria cuidar para que o estudo de impacto ambiental contemplasse não só os impactos locais de cada PCH, mas o impacto conjunto de todas elas. Como não foi observada a exigência de prévia AAI, apelam para o princípio da precaução do Direito Ambiental, no sentido de que o Poder Público deve voltar-se para a prevenção do dano ambiental, porque estes, via de regra, são irreversíveis ou de difícil reparação, pleiteando a suspensão de todos os licenciamentos em curso referentes às PCHs citadas.

Reforçam que a AAI seria a única forma de assegurar um estudo ambiental técnico e completo para apuração dos eventuais danos ambientais advindos da instalação das PCHs citadas, sendo de responsabilidade da EPE, empresa pública federal, realizá-la, segundo sua finalidade legal prevista pelo artigo 4º da Lei nº 10.847/04, podendo ser ressarcida pelos eventuais custos do trabalho de avaliação.

Inicialmente, o feito foi distribuído para a 1ª Vara Federal de Ourinhos, São Paulo, sob o nº 0000736-29.2015.403.6125, ocasião em que se deferiu parcialmente o pedido liminar (fls. 75/91-verso do processo físico).

A ANEEL noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 125/149).

O pedido de suspensão da liminar em ação civil pública não foi conhecido (fl. 152).

A EPE noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 182/212).

O Estado de São Paulo noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 214/235).

A EPE apresentou sua contestação, discorrendo sobre sua atuação e sobre as principais normas constantes do Direito Ambiental, e defendendo que (i) a realização de AAI não é elemento obrigatório para o licenciamento ambiental; (ii) não possui competência exclusiva para realizar estudos de AAI das diversas bacias hidrográficas do Brasil (não havendo de se falar em omissão por parte da ré); (iii) compete exclusivamente à EPE, em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente, opinar acerca da priorização do estudo das bacias hidrográficas do país; (iv) presumem-se legítimos os atos administrativos praticados; (v) a eventual decisão de procedência poderá ter efeito multiplicador; (vi) a substituição da energia hidráulica por outras fontes poderá gerar grave risco ambiental; e (vii) há a necessidade de reconsideração da medida liminar deferida, em razão da existência de *periculum in mora* inverso (fls. 239/267).

A União noticiou no feito a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido emergencial (fls. 320/327).

O Estado de São Paulo apresentou sua contestação, alegando, preliminarmente, incompetência absoluta do Juízo, e, no mérito, a ausência de perigo de dano ao meio ambiente e da prescindibilidade legal da AAI (fls. 334/348).

A ANEEL apresentou sua defesa, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade *ad causam*, e, no mérito, após exposição de sua competência e atribuições, defendeu a inexigibilidade de AAI como requisito para a aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico e a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados. Pugnando pela improcedência do feito, ressaltou a ocorrência de eventuais prejuízos caso os pedidos autorais sejam acolhidos (fls. 611/619-verso).

A CETESB apresentou contestação às fls. 1.580-1.626.

A Agência Nacional de Águas – ANA informou não ter interesse em integrar a relação jurídico-processual (fl. 2034).

A União apresentou sua contestação, alegando, preliminarmente, inexistência de causa de pedir em relação ao ente federativo e, ainda, ilegitimidade, tendo o IBAMA legitimidade para figurar no polo passivo. No mérito, defendeu, em suma, a inexistência de exigência legal para a elaboração de AAI (fls. 2039/2053).

Termo de audiência de tentativa de conciliação acostados às fls. 2074/2077.

Prorrogou-se para 12 meses o prazo concedido para cumprimento da medida liminar (fl. 2109).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018692-03.2015.403.0000, interposto pela EPE, determinando-se, ainda, o apensamento dos agravos de instrumento nº 0019903-74.2015.403.0000, 0018665-20.2015.403.0000 e 0018255-59.2015.403.0000 (fls. 2111/2122).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018255-59.2015.403.0000, interposto pela ANEEL (fls. 2124/2136).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0019903-74.2015.403.0000, interposto pela União (fls. 2147/2157).

Atribuiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0018665-20.2015.403.0000, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo.

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME notificaram a interposição do recurso de agravo de instrumento nº 0024625-54.2015.403.0000 (fls. 2194/2218).

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram contestação, pugnando pela improcedência do feito, sob alegação, em suma, de que houve a realização de estudo prévio de impacto ambiental, e de que as licenças ambientais emitidas pela CETESB não padecem de qualquer irregularidade (fls. 2246/2296).

Houve a apresentação de réplica às fls. 2695/2754.

Em decisão saneadora, afastou-se a alegação de incompetência absoluta da Justiça Federal, arguida pelo Estado de São Paulo, assim como restou afastada a alegação de ilegitimidade passiva da União e da ANEEL. Fixaram-se os pontos controvertidos da demanda, quais sejam, (1) a necessidade de se realizar a AAI do Rio Pardo e, por conseguinte, da Bacia Hidrográfica do Médio Paranapanema, antes de ser autorizada a instalação das PCHs citadas na exordial; (2) atribuição da corré EPE em realizar o referido AAI e sua utilização pelos órgãos ambientais; (3) quem é responsável por custear os valores necessários para realização do AAI; e (4) qual o tempo médio necessário para sua realização (Id 6573144, p. 01/06).

O Estado de São Paulo requereu a suspensão do processo até o final do julgamento do recurso de agravo de instrumento em que se levou a questão atinente à incompetência do Juízo Federal para análise e julgamento do feito (Id 6573144, p. 11).

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram embargos de declaração (Id 6573144, p. 13, 6573145, p. 01/03), que foram rejeitados (Id 6575671, p. 05/08).

A CETESB informou não ter interesse na produção de outras provas (Id 6573145, p. 05/07).

O Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, em manifestação, ponderaram que deveria ser fixado o prazo de 04 (quatro) anos para a realização do AAI (Id 6573147, p. 01/12, 6573148, p. 01/13).

Tendo em vista o v. acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que reconheceu a incompetência absoluta da 1ª Vara Federal de Ourinhos para processar a presente ação civil pública, determinou-se sua remessa para uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de São Paulo (Id 6575653, p. 07).

O feito foi distribuído para a 10ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

A ANEEL reiterou os termos da contestação e de sua manifestação anterior, pugnando pelo reconhecimento da sua ilegitimidade passiva ou, no mérito, pela improcedência do pedido.

O Ministério Público Federal requereu o julgamento antecipado da lide.

SF Produção de Energia Elétrica Ltda. e PB Produção de Energia Elétrica Eirelli – ME apresentaram manifestação, na qual pleiteiam o julgamento antecipado da lide.

Intimado o Ministério Público Federal requereu o julgamento antecipado do mérito com a concessão da tutela provisória de urgência por ocasião da prolação da sentença.

O Senhor Hamilton Morgado requereu o seu ingresso nos autos como *amicus curiae*, que foi indeferido.

É o relatório.

II. Fundamentação:

Preliminarmente, consigna-se que a questão relativa à competência já foi objeto de decisão de instância superior, quando foi reconhecido o presente foro como o competente.

A respeito da legitimidade passiva, na medida em que é postulada a declaração de invalidade de atos da ANEEL, exsurge manifesta a sua legitimidade passiva.

Por outro lado, nenhum pedido foi deduzido em desfavor da União, não emergindo sua legitimidade passiva para toda e qualquer causa envolvendo o setor hidrelétrico, ainda que o ente federal detenha competência administrativa para exploração direta ou indireta nos termos do art. 21, XII, b, da CF/88. Também não enseja o reconhecimento da legitimidade *ad causam* a possibilidade de responsabilidade por danos ambientais quando inexistente pleito nesse sentido e dessa natureza.

Por isso, reconheço a ilegitimidade passiva da União.

Isso posto, passo diretamente ao cerne da controvérsia.

Primeiramente, cumpre distinguir dois instrumentos de proteção ambiental diversos, a saber, o AAI (Avaliação Ambiental Integrada) e o EIA (Estudo de Impacto Ambiental).

A distinção entre um e outro constitui-se em medida fundamental para a compreensão da causa.

O AAI é instrumento mais recente do que o EIA, constitui-se em meio para aferição do impacto global de empreendimentos do setor hidrelétrico e foi previsto no Manual de Inventário Hidrelétrico das Bacias Hidrográficas em sua edição de 2007. Assim foi definida no respectivo documento:

2.3.7 Avaliação Ambiental Integrada

A alternativa de divisão de queda selecionada nos Estudos Finais deverá ser objeto de uma Avaliação Ambiental Integrada com o objetivo de destacar os efeitos cumulativos e sinérgicos resultantes dos impactos socioambientais negativos e positivos ocasionados pelo conjunto de aproveitamentos que a compõem, identificados durante a elaboração dos Estudos Preliminares e incorporados na seleção da alternativa nos Estudos Finais. Esta avaliação busca identificar as áreas de fragilidade e de potencialidade da bacia estudada e deverá envolver a elaboração dos cenários futuros de desenvolvimento da bacia, conforme descrito no item 6.5. Como resultado, deverão ser elaboradas diretrizes a serem incorporadas nos futuros estudos socioambientais dos aproveitamentos hidroelétricos, visando subsidiar o processo de licenciamento ambiental, bem como as recomendações para a implantação dos futuros aproveitamentos.

O AAI consiste em medida de proteção ambiental própria do setor elétrico e que diz respeito à respectiva gestão do setor. Trata-se de análise mais ampla e, por isso, mais superficial do que o EIA no que tange aos impactos de determinado empreendimento.

O instrumento, apesar de relevante, emerge do intuito de planejar e orientar a atuação dos agentes envolvidos na manutenção e expansão do setor hidroelétrico brasileiro, não se podendo considerar o Manual como um texto a emanar normas cogentes, especialmente quando se trata de PCHs.

Do objetivo do estudo colhe-se:

Este Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas tem por objetivo apresentar um conjunto de critérios, procedimentos e instruções para a realização do inventário do potencial hidroelétrico de bacias hidrográficas.

O potencial hidroelétrico de uma bacia hidrográfica, referido neste Manual, corresponde ao potencial que pode ser técnico, econômico ou socioambientalmente aproveitado, levando-se em conta um cenário de utilização múltipla da água na bacia em estudo.

E da aplicação declarada no próprio Manual extrai-se:

Este Manual pretende orientar os estudos necessários para o Inventário Hidroelétrico de uma bacia hidrográfica, em qualquer região do País. Em cada situação real, dever-se-á analisar as características da bacia considerada, adaptando-se a metodologia preconizada ao caso em estudo, da forma mais eficiente e pragmática, considerando-se as especificidades de cada caso e mediante consulta ao órgão responsável pela aprovação dos Estudos de Inventário.

Recomenda-se o estudo integrado da bacia hidrográfica, identificando a possível regularização hidrológica plurianual, de modo a garantir a maximização da sua eficiência econômico-energética.

De uma maneira geral, este Manual só é aplicável a bacias com aproveitamentos de porte superior ao de Pequenas Centrais Hidroelétricas (maior que 30 MW). Ressalta-se que nas bacias que contemplem aproveitamentos com porte superior a 30 MW e alguns de menor porte, estes também devem ser incluídos no Estudo de Inventário.

Diferentemente do EIA, não se trata de requisito para a obtenção de licença ambiental, ainda que, uma vez realizado, sirva de subsídio ao gerenciamento do sistema de licenciamento ambiental.

O EIA, por outro lado, é requisito para a obtenção de licença ambiental quando houver potencial risco de significativa degradação ambiental (art. 225, § IV, da CF/88). Sobre o EIA, assim dispõe os artigos 5º e 6º da Resolução 01/86 do CONAMA:

Art. 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade ;

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Art. 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Nota-se, assim, que o EIA e seu respectivo relatório de impacto ao meio ambiente (RIMA) constitui-se em requisito para a obtenção de licença ambiental quando a atividade for potencialmente geradora de significativo impacto ambiental e que sua confecção não se dá tendo em vista apenas o estado atual do entorno ou seus efeitos isolados, mas sim qual a perspectiva de externalidades que possam vir a ser causadas no meio socioeconômico, tendo em vista sua interação com outros fatores a ensejar efeitos cumulativos e sinérgicos.

Obviamente, o que se espera é uma prognose, não um juízo de certeza, pois não se pode conhecer de antemão todos os efeitos do empreendimento. A análise devida deve ser fundamentada, embasada em dados fidedignos os quais, ao passar por interpretação metodologicamente rigorosa, permite um juízo razoavelmente capaz de antecipar a maior parte dos principais efeitos da ação que se almeja realizar.

Da distinção entre o AAI e o EIA – e respectivo RIMA – já se depreende que o primeiro não se constitui em requisito para o licenciamento ambiental e que se trata, na verdade, de instrumento mais amplo de implementação de política pública energética.

No sentido da impossibilidade de condicionar-se o licenciamento ao AAI, veja-se julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 2.702):

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO TIBAGI.

AValiação Ambiental Integrada. Suspensão do Procedimento Avaliatório.

PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. INOBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA DEFINIDA EM SENTENÇA. NÃO VERIFICAÇÃO.

1. Nos termos do artigo 267, VI, do CPC, extingue-se o processo, sem resolução de mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

2. Embora o autor pretenda, com a demanda, em pedido inicial, a suspensão do procedimento relativo à “Avaliação Ambiental Integrada (AAI) da Bacia do Rio Tibagi”, firmara termo de transação, em autos de ação civil pública distinta, estabelecendo parâmetros para a realização de seminários públicos, previstos como etapas inicial e final do estudo pertinente à AAI. Na hipótese, evidencia-se a perda superveniente do interesse de agir, notadamente por força dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva (dentre eles, por certo, o adágio *non venire contra factum proprium*).

3. A sentença paradigmática ventilada pelo requerente (como norte interpretativo do adequado procedimento de Avaliação Ambiental Integrada) não precisou metodologia específica para os estudos avaliatórios. Dessa forma, desde que atingido o fim de proteção da norma individualizada no dispositivo sentencial, não há que se falar em insuficiência do projeto de Avaliação Ambiental Integrada levado a efeito pela entidade atribuída, por meio de procedimento licitatório próprio.

4. O condicionamento da realização da AAI à observância de critérios fixados pelo SISNAMA, em normatização ainda inexistente, acaba por postergar indefinidamente a instalação de empreendimento hidrelétricos na Bacia do Rio Tibagi (para cujo licenciamento exigem-se estudos particularizados, mas contundentes).

5. Apelação improvida.

Embargos de declaração acolhidos para fins de prequestionamento (fl. 2.732).

O recorrente aponta negativa de vigência aos arts. 14, V, 267, VI, e 475-I, do CPC/1973 alegando a necessidade de se obstar que o demandado realize a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) da Bacia do Rio Tibagi ao argumento de que a AAI não atende ao estabelecido na sentença proferida nos autos da ACP n. 1999.70.01.007514-6, que determina a Avaliação de Impacto Ambiental de Natureza Estratégica (AAE), por compreender requisitos que permitiriam avaliar mais amplamente os impactos ambientais decorrentes da implantação dos barramentos, situação essa que demonstra que não houve perda do objeto, remanescendo o interesse de agir do MPF.

Contrarrrazões da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a fls. 2.774-2.812, apontando inexistência de prequestionamento, óbice da Súmula 7/STJ, inexistência de violação dos artigos legais citados, ausência de interesse de agir e que o STJ, nos autos da Suspensão de Seguração n. 1.863, suspendeu os efeitos da antecipação de tutela deferida nos autos da ACP n. 1999.70.01.007514-6.

Contrarrrazões do IBAMA, a fls. 2.814-2.829, consignando ausência de prequestionamento, incidência do óbice da Súmula 7/STJ, ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva do IBAMA e que a metodologia desenvolvida pela EPE é muito segura (fls. 2.828/2.829).

Contrarrrazões da União, a fls. 2.833-2.873, destacando que, em face da transação realizada entre o MPF e a EPE, o pleito se encontra prejudicado, houve perda do objeto por inexistir interesse de agir apto no caso e AAI já realizada, óbice da Súmula 7/STJ, e decisão de suspensão da segurança pelo STJ.

Decisão de admissibilidade à fl. 2.877.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 2.906-2.909, pelo provimento do recurso especial. É o relatório. Decido.

Registra-se que os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ.

O acórdão recorrido dispôs (fls. 2.693-2.6700, com grifos nossos):

O Ministério Público Federal, irresignado com o procedimento adotado pela EPE para a realização dos destacados seminários, ajuizara a ação civil pública n. 5011563.17.2011.404.7001, oportunidade em que, em um primeiro momento, foram suspensos os respectivos atos, por decisão antecipatória de tutela.

No entanto, em março de 2012 as partes transigiram nos autos da mencionada demanda, acordando acerca dos procedimentos a serem observados, inclusive com o levantamento da suspensão outrora determinada judicialmente.

Por conta disso, segundo entendo, estando os estudos da “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi” já na etapa final dos seminários públicos (na forma acordada entre Ministério Público Federal e EPE), não vejo razão para o reconhecimento da deficiência metodológica adotada (com aptidão para suspender o seu processamento), notadamente porque os seminários - que privilegiam o acesso dos interessados a projetos eminentemente públicos, em observância à dialeticidade própria da Administração Pública democrática - possibilitarão amplo debate sobre eventuais e possíveis deficiências estruturais no estudo até então realizado.

Em hipóteses tais, tenho que o acolhimento do pedido principal acaba por representar indevida intervenção judicial em questão de política administrativa, em evidente antecipação da judicialização de políticas públicas protetivas ao meio ambiente - sem que exista dado concreto a indicar a viabilidade/necessidade dessa interferência gravosa.

Destarte, forçoso reconhecer a perda ulterior de objeto do requerimento em apreço, seja por vedação aos preceitos parcelares da boa-fé objetiva (que vedam comportamento contraditório das partes e do próprio Poder Judiciário), seja por inexistir interesse de agir apto a alavancar uma intervenção judicial no caso telado, na forma do artigo 267, VI, do CPC, [...] De acordo com o Ministério Público Federal, o contexto de realização da “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Uruguai, replicada pela EPE para outras Bacias, incluindo a do Tibagi, “distancia-se substancialmente das diretrizes fixadas na sentença proferida na Ação Civil Pública n. 1999.70.01.007514-6, para a Bacia do Tibagi”.

Não lhe assiste razão, porém.

A sentença proferida nos autos da ação civil pública n. 1999.70.01.007514-6 contém a seguinte fundamentação, no que importante para o deslinde do feito ora em análise:

[...] Como se percebe, nem a sentença nem o acórdão reproduzidos estabeleceram, de modo preciso, uma metodologia a ser observada na “Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi”, limitando-se a positivar a “necessidade da elaboração de um estudo global de impacto ambiental que considere a bacia hidrográfica do Rio Tibagi como unidade territorial, levando em conta o conjunto das barragens propostas e toda a extensão do território paranaense afetado (Avaliação Ambiental Integrada - EIA/RIMA), inclusive para avaliar a viabilidade do uso da bacia hidrográfica do Rio Tibagi para produção de energia”.

Exatamente por isso, não visualizo qualquer prejuízo no estudo levado a efeito por meio do Edital de Licitação, modalidade Concorrência, CO-EPE n. 001/2008, mormente se considerada a viabilização da efetiva participação popular no seio do procedimento técnico - circunstância que afasta qualquer alegação apriorística de impropriedade da metodologia empregada.

Registre-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Liminar e Segurança n. 1.863, afastou a exigência de avaliação ambiental integrada previamente ao licenciamento de Usinas Hidrelétricas na Bacia do Rio Tibagi, tendo em vista que a própria construção dos empreendimentos hidrelétricos na localidade não está sendo planejada sem estudos de impacto ambiental.

[...] Nesse esteira de raciocínio, entendo que assiste razão ao IBAMA quando afirma que “a estimativa utilizada pelo estudo, além de seguir o termo de referência, foi altamente conservadora, tomando em consideração o impacto de todos os empreendimentos, de sorte a poder obter as melhores estimativas de eventuais danos ambientais e sociais, pois, em se assumindo a consecução de todos os empreendimentos, tem-se, com maior clareza, uma estimativa de

todos os possíveis impactos, de sorte que se subsidie uma decisão de gestão bem escorada em cenários de maior relevo” (ev. 64, CONT1, pg. 8).

Dessa forma, ao término da instrução processual, não se verificou incompatibilidade entre a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 1999.70.01.007514-6 e a AAI da Bacia do Tibagi desenvolvida pela EPE, nos moldes propostos na Concorrência nº CO-EPE 001/2008. Por primeiro, o recorrente não se contrapõe aos fundamentos adotados no acórdão recorrido para reconhecer a ocorrência da ausência de interesse de agir e da perda do objeto da ação (o MPF e a EEP transigiram para acertar os procedimentos a serem observados, a suspensão da segurança da ACP citada pelo STJ; a AAI está na sua fase final e foi realizada de forma bem técnica e ampla a contemplar as melhores estimativas de eventuais danos ambientais e sociais) - pontos esses capazes por si sós de manter o resultado do julgado, motivo pelo qual, à falta de impugnação específica, mantém-se incólume a fundamentação expendida, tornando inadmissível o recurso que não a impugnou. Aplicação da Súmula n. 283/STF.

Por segundo, a conclusão quanto à perda do objeto e à ausência do interesse de agir deu-se com esteio nos elementos fático-probatórios dos autos, motivo pelo qual a pretensão recursal incide o óbice da Súmula 7/STJ.

Por terceiro, quanto aos arts. 14, V, e 475-I, do CPC/1973, diante da fundamentação constante do acórdão recorrido, tem-se que o recorrente não demonstra efetivamente em que medida a Corte de origem teria incorrido na suposta vulneração, o que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia e impede o conhecimento do recurso especial por deficiência na argumentação recursal, a teor da Súmula 284/STF.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se. (STJ, REsp 1514444, julg. 27.02.2018)

Igualmente decidiu o TRF1:

CONSTITUCIONAL, AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UHE BELO MONTE. PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ESTUDOS DE INVENTÁRIO HIDRELÉTRICO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO XINGU. AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA. PRECEDÊNCIA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA VIGENTE À ÉPOCA. MANUAL DE INVENTÁRIO HIDRELÉTRICO DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO XINGU, EDIÇÃO 2007. INAPLICABILIDADE. ESTUDO DE VIABILIDADE DA UHE BELO MONTE. CONCLUSÃO ANTERIOR À CONFECÇÃO DO EIA/RIMA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU INFRALEGAL. ACEITE DO EIA/RIMA DA UHE BELO MONTE. ANTIJURIDICIDADE NÃO VERIFICADA. ESTUDO SOBRE OS ÍNDIOS CITADINOS. ANÁLISE PELA FUNAI. SENTENÇA MANTIDA. I ? A implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, restou autorizado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 788/2005, cujo art. 1º previu a necessidade de desenvolvimento de estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que fossem julgados necessários, dentre eles a chamada Avaliação Ambiental Integrada ? AAI da Bacia do Rio Xingu. II - O § 2º do art. 5º da Lei nº 9.074/95 prevê que ?nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do ?aproveitamento ótimo? pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo?. Em razão da atribuição da ANEEL para definir o aproveitamento ótimo de que trata o dispositivo supracitado, foi editada a Resolução nº 393, de 4 de dezembro de 1998, atualmente revogada, que estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico de bacias hidrográficas, bem como a Resolução nº 398, de 21 de setembro de 2001, também revogada, que estabelece os requisitos gerais para apresentação dos estudos e as condições e os critérios específicos para análise e comparação de Estudos de Inventários Hidrelétricos, visando a seleção no caso de estudos

concorrentes. Da última Resolução acima citada, é possível extrair que os Estudos de Inventários Hidrelétricos deveriam ter como referência o Manual de Inventário Hidrelétrico de Bacias Hidrográficas, edição 1997, disponibilizado na ANEEL. De tal Manual não constava, por seu turno, a exigência de que a AAI fosse parte integrante dos citados Estudos de Inventários Hidrelétricos, que somente passou a existir a partir do Manual editado em 2007. Dessa forma, e considerando, ainda, que o citado Manual, versão ano 2007, somente foi publicado em dezembro de 2007, bem como que o Estudo de Inventário da Bacia do Rio Xingu, conforme alegado pela ANEEL e devidamente comprovado, foi entregue em data anterior, 31/10/2007, não há como reputar inválido o Despacho nº 2.756/2008, que aprovou os Estudos de Inventário Hidrelétrico do Rio Xingu sem a apresentação da AAI. III ? O ciclo de implantação de uma usina hidrelétrica compreende cinco etapas, conforme destacado no Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas ? Edição 2007, atualmente vigente, elaborado pela Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia, compreendendo as fases de Estimativa do Potencial Hidroelétrico, Inventário Hidroelétrico, Viabilidade, Projeto Básico e Projeto Executivo. A etapa da Viabilidade, segundo o mesmo Manual, é aquela ?na qual são efetuados estudos mais detalhados, para a análise da viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental que leva à definição do aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia. Os estudos contemplam investigações de campo no local e compreendem o dimensionamento do aproveitamento, do reservatório e da sua área de influência e das obras de infra-estrutura locais e regionais necessárias para sua implantação. Incorporam análises dos usos múltiplos do água e das interferências socioambientais? (página 24). Do mesmo Manual extrai-se, ainda, a informação de que, ?com base nesses estudos, são preparados o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de um empreendimento específico, tendo em vista a obtenção da Licença Prévia (LP), junto aos órgãos ambientais? (página 24). O que se verifica, pois, pelo menos em tese, a partir da interpretação do quanto disposto no Manual de Inventário Hidroelétrico de Bacias Hidrográficas, é que, após os estudos de viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental, que definem o aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia, é que serão preparados o EIA e o RIMA de um empreendimento, objetivando a obtenção da Licença Prévia junto aos órgãos ambientais. IV ? Nada obstante, não se pode ignorar que o procedimento de licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica é regido pela Resolução CONAMA nº 6, de 16 de setembro de 1987, de cujo art. 4º é possível verificar que, ?na hipótese dos empreendimentos de aproveitamento hidroelétrico, respeitadas as peculiaridades de cada caso, a Licença Prévia (LP) deverá ser requerida no início do estudo de viabilidade da Usina; [...]?. Da leitura de seu Anexo constata-se, ademais, que a fase de Licença Prévia de Usinas Hidrelétrica deve ser instruída com o requerimento de Licença Prévia, a Portaria MME autorizando o Estudo de Viabilidade, o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) sintético e integral, quando necessário, e cópia da publicação de pedido na LP. Apenas por ocasião da Licença de Instalação é que, conforme disposto na Resolução supracitada, se passa a exigir o Relatório do Estudo de Viabilidade, fase na qual, conforme visto acima, já fora apresentado o RIMA sintético e integral, que deve instruir a etapa da Licença Prévia. O RIMA, por seu turno, reflete as conclusões do estudo de impacto ambiental, a teor do art. 9º da Resolução CONAMA nº 1/1986, de modo que a Resolução nº 6/1987, ao prever que a concessão da Licença Prévia dependerá, dentre outros, do RIMA, pressupõe a realização do EIA. V ? Dessa forma, e por não haver determinação expressa, na legislação de regência do procedimento de licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica, de que o Estudo de Viabilidade seja anterior ao EIA, mas apenas de que, por ocasião da Licença Prévia, deve haver a instrução do procedimento com Portaria do MME autorizando o Estudo de Viabilidade do empreendimento, não há razão jurídica para a reforma da sentença recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. VI ? A Instrução Normativa IBAMA nº 184, de 17 de julho de 2008, alterada pela IN IBAMA nº

14/2011, prevê, em seu art. 8º, que, instaurado o processo de licenciamento prévio, o empreendedor deverá providenciar o envio de proposta de Termo de Referência ? TR para elaboração do Estudo Ambiental, com base no Termo de Referência Padrão da tipologia específica do empreendimento, disponibilizado no site do IBAMA/Licenciamento. Prevê seu art. 15, por seu turno, que ?O EIA e o RIMA deverão ser elaborados pelo empreendedor em conformidade com os critérios, as metodologias, as normas e os padrões estabelecidos pelo TR definitivo aprovado pela Diretoria de Licenciamento Ambiental ? DILIC?. VII ? O art. 18 da IN 184/2008 dispõe acerca do aceite, pelo IBAMA, do EIA/RIMA apresentado, procedimento formal de verificação do atendimento, ou não, do TR. Já a análise do mérito do EIA/RIMA está prevista no art. 20 da mesma instrução normativa, sendo que seu § 1º permite a complementação dos estudos, pelo empreendedor. A diferenciação entre os exames de forma (conformidade do EIA/RIMA com o TR) e de mérito do EIA/RIMA faz-se necessária, no caso concreto, na medida em que o MPF alega que o IBAMA, na fase de verificação do atendimento, pelo empreendedor, do quanto determinado no TR, permitiu a complementação de documentos em momento posterior, o que não se admite, já que tal complementação somente é possível quando do exame de mérito dos estudos. VIII ? Nada obstante o quanto alegado pelo MPF, o exame atento dos documentos acostados aos autos revela que o aceite do EIA/RIMA dado pelo IBAMA ocorreu em conformidade com a legislação de regência, sendo certo que, em relação a cada uma das exigências constantes do Parecer nº 29/2009, que havia apontado a existência de inconsistências, houve a devida justificativa acerca do cumprimento ou do acatamento das justificativas apresentadas pelo empreendedor. Tendo o órgão ambiental, de forma fundamentada e clara, reputado suficientes os documentos ou as justificativas apresentadas pelo empreendedor, concluindo pela possibilidade de concessão do aceite ao EIA/RIMA, expondo os motivos pelos quais chegou a essa conclusão, não se vislumbra qualquer antijuridicidade no respectivo ato, não havendo como, também sob essa ótica, reformar a sentença recorrida. IX ? Não se antevê qualquer ofensa aos princípios da participação popular e da publicidade, vez que a autarquia ambiental, competente para o exame do processo de licenciamento ambiental, concluiu que a linguagem utilizada no RIMA, de maneira geral, pode ser considerada adequada ao entendimento das comunidades interessadas. X ? Não prospera, outrossim, a alegação do MPF de que o EIA/RIMA não contempla o estudo sobre os índios citadinos. O art. 21 da Instrução Normativa nº 184/2008 determina que aos órgãos envolvidos no licenciamento será solicitado posicionamento sobre o estudo ambiental em 60 dias, devendo a FUNAI e a Fundação Palmares ?identificar e informar possíveis impactos sobre comunidades indígenas e quilombolas?, bem como ?se as medidas propostas para mitigar os impactos são eficientes?. Dessa forma, não é de atribuição do IBAMA analisar o mérito dos estudos em relação aos índios citadinos, mas sim da FUNAI, que, por seu turno, se manifestou favoravelmente à realização das audiências públicas, fase seguinte ao aceite do EIA/RIMA, conforme comprova o Ofício nº 184/2009/PRES-FUNAI, de 10/6/2009, juntado aos autos. XI ? Tendo o IBAMA, nos limites de sua atribuição, considerado que os estudos relacionados à população indígena foram realizados e fizeram parte do RIMA, não podendo avançar no exame de mérito dos mesmos, não há qualquer antijuridicidade a ensejar o acolhimento da pretensão ministerial. Não bastasse isso, é preciso lembrar que os atos impugnados pelo Ministério Público Federal referem-se ao início do procedimento de licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, que, por sua vez, encontra-se em operação, contando com a Licença de Operação desde novembro/2015, fato notório, não mais havendo qualquer utilidade prática na pretensão ministerial. XII ? Recurso de apelação interposto pelo MPF a que se nega provimento. (TRF1, 0025779-77.2010.4.01.3900, julg. 23.04.2018)

Já do exposto, depreende-se que a ausência de AAI não se constitui em causa de nulidade das licenças ambientais concedidas por não se constituir em requisito jurídico ao ato de concessão de licença ambiental.

Mesmo que o AAI fosse de realização cogente, ainda assim da inércia estatal decorreria a ilicitude das licenças já deferidas e das que vierem a ser, pois da omissão do ente público não pode emergir prejuízo ao particular inocente, mormente quando postulada licença ainda em 2006, antes mesmo do advento do instrumento do AAI que surgiu apenas em 2007.

Mesmo em um hipotético cenário legislativo, onde o AAI fosse um imperativo ao Administrador Público, extrair da ausência de AAI efeitos aos licenciamentos ambientais, mormente com efeitos retroativos, consiste em medida odiosa a infirmar qualquer espécie de proteção à segurança jurídica em suas dimensões objetiva e subjetiva, violando, a mais não poder, o ato jurídico perfeito e da confiança legítima, desconstruindo a eficácia jurídica de tudo quanto, na visão dos autores e sem prova alguma disso, poderia colocar em risco o meio ambiente.

Assim, a ausência de AAI não macula as licenças já deferidas e não pode condicionar a concessão de outras.

Por outro lado, a possibilidade de concessão de ordem jurisdicional a compelir a feitura do AAI, por sua vez, ainda que em tese possível, esbarra na inviabilidade de obrigar-se a realização de medida que está sujeita a juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública que, tendo recursos limitados, escolhe, em juízo político, qual a melhor aplicação dos mesmos, elegendo quando e como valer-se do AAI. Enquanto instrumento de política socioambiental dentro da política de aproveitamento energético de recursos hídricos, seu uso é efetivado à luz das possibilidades concretas e direcionamentos próprios da Administração do setor, descabendo ao Poder Judiciário obrigar sua efetivação quando nada indica sua cogência.

Somente em uma situação de evidente omissão do Poder Público, quando a inação seria desproporcional por proteção claramente deficiente, poder-se-ia cogitar de obrigação jurídica de realização de AAI a ser exigida pela via judiciária, mas com certeza não é o caso dos autos, pois aqui se tem em vista PCHs – e não grandes hidrelétricas - o que revela inexistir negligência estatal no ponto. Como já apontado *supra*, o próprio documento onde está previsto o AAI aponta que seu foco não é a instalação de PCHs, veja-se novamente:

De uma maneira geral, este Manual só é aplicável a bacias com aproveitamentos de porte superior ao de Pequenas Centrais Hidroelétricas (maior que 30 MW). Ressalta-se que nas bacias que contemplem aproveitamentos com porte superior a 30 MW e alguns de menor porte, estes também devem ser incluídos no Estudo de Inventário.

Isso porque a proibição de proteção deficiente, uma das faces da proporcionalidade, deve ser judicialmente reprimida quando há “insuficiência manifesta de proteção estatal”¹ e quando, diante de um imperativo de tutela, tem-se uma omissão globalmente considerada caracterizadora da ausência de um mínimo de proteção ao direito fundamental².

Diante da instalação de PCHs e na medida em que o EIA/RIMA deve contemplar, obrigatoriamente, os efeitos cumulativos e sinérgicos, não há como ver-se o meio ambiente como um bem jurídico desconsiderado na falta da AAI.

Não se tem nas circunstâncias dos autos aquela situação de inoperância a revelar que um direito fundamental foi simplesmente ignorado ou protegido de forma pífia.

1 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016, p. 117-120.

Por isso, não se pode condenar qualquer dos réus a realizar o AAI.

Assim, cumpre examinar se os EIAs realizados cumprem o art. 6º, II, da Resolução 01/86 do CONAMA, cuja redação é a que segue:

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

Em parecer técnico no qual órgão da CETESB concluiu favoravelmente à concessão de licença prévia à PCH São Francisco no processo de licenciamento ambiental 13.520/2006) consta expressamente que a análise dos efeitos cumulativos e sinérgicos foi realizada:

Ressalta-se que também foram avaliados os principais e potenciais impactos cumulativos relacionados à erosão e assoreamento, alteração da qualidade da água, impactos à flora e fauna, impactos sobre a infraestrutura municipal, e impactos socioeconômicos, considerando a implantação das PCHs Ponte Branca, Niágara, Santana e Figueira Branca. (fl. 1.818 dos autos físicos)

Também à fl. 2.545 dos autos físicos:

Ainda segundo o EIA, são previstos outros aproveitamentos no rio Pardo indicados no Estudo de Inventário Hidrelétrico aprovado pela ANEEL. Dentre estes, quatro foram analisados mais atentamente por conta da proximidade com o empreendimento em tela: PCH Ponte Branca: PCH Niágara, Figueira Branca e Santana, todos situados a jusante e na ordem em que aparecem.

A CETESB considerou a necessidade de realização do EIA/RIMA com a consideração sinérgica e cumulativa de outras PCHs em relação à PCH Ponte Branca, tendo assim se manifestado em parecer técnico nos autos do processo de licenciamento ambiental 13.626/2006:

O EIA/Rima deverá considerar impactos cumulativos e sinérgicos de sua implantação e operação com os demais empreendimentos previstos para serem implantados no rio Pardo (PCHs Figueira Branca, Niágara e Santana), e em especial com a PCH São Francisco, em estudo para se implantar imediatamente a montante desta PCH. (fl. 1.914 dos autos físicos)

Apresentar a *avaliação* dos impactos cumulativos e sinérgicos dos empreendimentos, considerando os meios físico, biótico e socioeconômico. Considerar também outros empreendimentos no mesmo corpo d'água e/ou seus afluentes (PCHs Figueira Branca, Niágara e Santana), além dos impactos da PCH São Francisco. (fl. 1.920 dos autos físicos)

E à fl. 2.378 (dos autos físicos) a CETESB assevera no que tange à PCH Ponte Branca terem sido considerados os impactos cumulativos e sinérgicos de outras PCHs:

Ressalta-se que também foram avaliados os principais e potenciais impactos cumulativos relacionados à erosão e assoreamento, alteração da qualidade da água, impactos à flora e

fauna, impactos sobre a infraestrutura municipal, e impactos socioeconômicos, considerando a potencial implantação das PCHs São Francisco, Niágara, Santana e Figueira Branca.

Compulsando-se os EIAs apresentados pelos empreendedores, observa-se, em diversas passagens, a ocorrência de apontamento dos potenciais efeitos cumulativos e sinérgicos, inclusive daqueles negativos, ou seja, daqueles que desfavoreciam as próprias solicitantes das licenças. Veja-se:

No presente EIA, será avaliado o caráter cumulativo e sinérgico dos possíveis impactos a serem produzidos pelas PCHs Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, inventariadas em sequência no rio Pardo, como explicitado no Capítulo 2. Optou-se por incluir a PCH São Francisco na análise pela proximidade com a PCH Ponte Branca e pela possibilidade de ocorrência de simultaneidade das obras e da operação destes aproveitamentos, uma vez que ambos encontram-se em processo de licenciamento ambiental prévio. (fl. 7.000 dos autos virtuais em ordem crescente)

Parte dos sedimentos desprendidos pelos possíveis solapamentos na zona de restituição das águas na PCH São Francisco certamente irá atingir as águas do reservatório da PCH Ponte Branca, a jusante, e assim por diante nas PCHs Niágara, Figueira Branca e Santana, podendo contribuir para o assoreamento e o acúmulo de argila em suspensão nestes ambientes idênticos. Soma-se a isto o fato dos solos da região em questão serem principalmente argilosos, o que pode favorecer o desencadeamento do processo. (fls. 7.004 e 7.005 dos autos virtuais em ordem crescente)

Considerando-se a implantação das cinco PCHs - Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, a previsão é de que ocorra supressão de uma área significativamente maior da vegetação natural no interior da bacia do Pardo, em comparação a implantação da PCH Ponte Branca apenas.

Por corolário, os impactos de diminuição de riqueza de espécies e de perda da variabilidade genética seriam agravados, sendo a aumentada a abrangência destes impactos. (fl. 7.007 dos autos virtuais em ordem crescente)

Não apenas em relação ao meio ambiente considerado em si mesmo, mas também em relação às opções de lazer e turismo foram apontadas as consequências sinérgicas e cumulativas, bastando ver o quanto aduzido a respeito da descida em boias pelo Rio Pardo:

A formação de reservatórios a jusante da PCH Ponte Branca, como por exemplo, as PCHs Santana, Figueira Branca e Niágara irão alterar as atuais propriedades do rio Pardo no trecho inundado, como velocidade do escoamento das águas e vazão, o que poderá alterar algumas atividades relacionadas ao uso potencial deste rio, como por exemplo, a navegação, a pesca e atividades turísticas ligadas ao rio.

Entre estas, a principal atividade atualmente realizada no rio Pardo e córrego do Capão Rico e a prática do Bóia Cross, conforme apresentado no diagnóstico deste Estudo, e que deverá ser inviabilizada pelo empreendimento.

O Bóia Cross consiste na descida de um trecho de 9 km do rio Pardo em câmeras de pneu, com início na cascata do Capão Rico e termino no Balneário Municipal, passando por 12 corredeiras, sendo explorada como fonte complementar de renda pelo Sr. Paulo Roberto Furigo, sobretudo no verão e em feriados, conforme detalhado anteriormente no item 7.4.15.

A descida do rio Pardo em bóias, neste mesmo trecho, também é realizada regularmente pela comunidade do município de Águas de Santa Bárbara, sobretudo aos finais de semana e no período de verão.

Considerando-se os demais projetos inventariados no rio Pardo, a jusante da PCH Ponte Branca, com destaque para a PCH Niágara pela proximidade do seu remanso em relação à PCH Ponte Branca, é provável que a atividade de descida do rio Pardo em boias seja inviabilizada no município de Águas de Santa Barbara.

No entanto, a formação do reservatório irá possibilitar novos usos de lazer e recreação, tanto para a comunidade local, quanto para os turistas que atualmente frequentam o município de Águas de Santa Barbara em função das Termas Hidrominerais, minimizando a magnitude deste impacto. (7.028 dos autos virtuais em ordem crescente)

A sobrecarga dos serviços públicos essenciais, dentre os quais o relativo à saúde, foi apontada:

Por outro lado, a implantação da PCH Ponte Branca atrairá, para a região um contingente de mão-de-obra pouco numeroso, porém significativo considerando as características demográficas da AID e a previsão de implantação do projeto co-localizado PCH São Francisco no mesmo período. Mesmo havendo a decisão de privilegiar a contratação de mão-de-obra local, prevê-se que, com o processo de mobilidade da força de trabalho, ocorra uma sobrecarga na demanda de alguns serviços básicos, dentre eles os serviços de saúde. (7.053 e 7.054 dos autos virtuais em ordem crescente)

O mesmo pode ser depreendido em relação à PCH São Francisco, sendo citados aqui, apenas exemplificativamente, excerto do EIA:

Considerando-se a implantação das cinco PHCs - Ponte Branca, São Francisco, Niágara, Figueira Branca e Santana, a previsão é de que ocorra supressão de uma área significativamente maior da vegetação natural no interior da bacia do Pardo, em comparação e implantação da PCH São Francisco apenas.

Por corolário, os impactos de diminuição de riqueza de espécies e de perda da variabilidade genética seriam agravados, sendo a aumentada a abrangência destes impactos. (fl. 4.876 dos autos virtuais em ordem crescente)

Portanto, não é crível que a influência recíproca entre as PCHs tenha sido ignorada ao longo do processo de licenciamento ambiental das PCHs São Francisco e Ponte Branca. Não se trata de questão nova, que somente agora, após provocação dos autores, vem-se a debater, mas, muito antes pelo contrário, assunto sobre o qual discutiu-se intensamente ao longo do processo de licenciamento ambiental pelos envolvidos.

Houve um intenso debate sobre os impactos dos empreendimentos, inclusive a autoridade ambiental competente (CETESB) fez diversas exigências e estabeleceu um extenso rol de condicionantes que não sequer exauriram toda a análise necessária a efetiva aquiescência ao início do funcionamento das PCHs.

A CETESB possui a competência administrativa própria para o juízo a respeito da correção do EIA e manifestou-se, tanto no em relação À PCH São Francisco, quanto em face do pedido da PCH Ponte Branca, de modo favorável e fundamentado, após intenso debate sobre como fazer o referido estudo e não sem fazer exigências. Os atos administrativos concessivos foram fundamentados em pareceres técnicos e não decorreram da mera solicitação dos empreendedores.

Se a conclusão alcançada pela CETESB revelar-se-á ou não acertada, isso desborda da cognição que cabe ao Poder Judiciário.

Existe uma margem na qual a autoridade ambiental atua, pois a relação entre a atuação humana e o mundo circundante é complexa, decorrendo o juízo administrativo de uma análise holística que almeja abarcar os efeitos mais prováveis da atividade que se quer realizar naquela localidade. Dentro desse espaço de discricionariedade técnica, decorrente da análise do EIA e de outros elementos, descabe a intervenção do Poder Judiciário. Nesse sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR INDEFERIDA. LICENÇA PRÉVIA COM BASE EM EIA-RIMA. OUTORGA DE LICENÇA AMBIENTAL. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO “SUI GENERIS”. CONTROLE JUDICIAL SOMENTE NA ESFERA DA LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1 - LICENCIAMENTO VISTO SOB A ÉGIDE DO MEIO AMBIENTE CARACTERIZA-SE COMO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGRADO PELA DISCRICIONARIEDADE E RESTRIÇÕES.

2 - COMPETE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOPESAR SEGUNDO SEUS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE SE SERÁ OU NÃO CONCEDIDA A LICENÇA. MOSTRA-SE A CONCESSÃO DE LICENÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL UMA DISCRICIONARIEDADE “SUI GENERIS” JÁ QUE SUA OUTORGA DEPENDE DA MOTIVAÇÃO CARREADA PELO EIA-RIMA.

3 - O CONTROLE SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO SE DÁ NA ESFERA DA LEGALIDADE DO ATO PRATICADO. REFERIDO CONTROLE É POSSÍVEL DESDE QUE RESPEITE-SE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS LIMITES EM QUE ELA É ASSEGURADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA LEI.

4 - NÃO SE REFERE A INSURREIÇÃO DO I. ÓRGÃO MINISTERIAL À LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO, NÃO SENDO OUTROSSIM FORNECIDO AO JUÍZO ELEMENTOS QUE PERMITAM INFERIR TER A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA EXTRAPOLADO A DISCRICIONARIEDADE QUE LHE É ASSEGURADA.

5 - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (TRF3, Agravo de instrumento 0034252-87.1993.4.03.6100, julg. 14.06.2000)

Note-se, ainda, que as licenças ambientais são marcadas por uma implícita cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ser revistas na medida em que as previsões revelarem-se em desacordo com os efeitos reais da ação humana na natureza. A licença está sujeita não apenas a prazo, mas a um contínuo e intenso processo de verificação da correção de sua concessão e manutenção.

Assim, muito longe se está de uma situação de inércia das autoridades envolvidas ou da iminência de implantação de empreendimentos de forma irresponsável a gerar efeitos irreversíveis. E igualmente não se pode vislumbrar qualquer infringência ao dever de precaução, pois diante da utilização dos meios próprios para apontar os efeitos socioambientais potenciais e em face do condicionamento da atividade à adoção de medidas mitigadoras e compensatórias, não se tem uma anuência que desconsidera os riscos, mas, muito pelo contrário, existe uma antecipação aos riscos e a previsão de como geri-los. Como bem ensina Juarez Freitas³:

A própria precaução, se e quando ruinosamente inflacionada, revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução.

Exigir uma previsão de todo e qualquer efeito no ambiente, esperar a realização de AAI

3 FREITAS, Juarez. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, jan./fev./2006, n. 35, p. 39.

em todo e qualquer curso d'água aproveitável energeticamente implicaria sério risco de comprometimento do fornecimento de eletricidade, não se podendo esquecer que o Brasil já teve que lidar, não muito tempo atrás, com racionamento de energia elétrica. Em nesse contexto desafiador, as PCHs surgiram, não como uma ameaça ambiental, mas como um promissor meio de expansão do sistema elétrico brasileiro.

Pela fundamentação exposta, os pedidos revelam-se improcedentes.

Dispositivo:

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da União (art. 485, VI, do CPC) e quanto aos demais réus julgo os pedidos improcedentes (art. 487, I, do CPC).

Sem condenação dos autores ao pagamento de honorários⁴ e custas.

Com reexame necessário.

São Paulo, 25 de março de 2020.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

4 Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Informativo 404): ACP. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MP. Na ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei n. 7.347/1985. Segundo este Superior Tribunal, em sede de ACP, a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o Parquet beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP. Precedentes citados: AgRg no REsp 868.279-MG, DJe 6/11/2008; REsp 896.679-RS, DJe 12/5/2008; REsp 419.110-SP, DJ 27/11/2007; REsp 178.088-MG, DJ 12/9/2005, e REsp 859.737-DF, DJ 26/10/2006. EREsp 895.530-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 26/8/2009.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5000639-81.2019.4.03.6131**

Autor: ALEX SANDRO VALENTINI DE LIMA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/02/2020

SENTENÇA*Vistos, em sentença.*

Trata-se de ação de conhecimento, de cunho condenatório, ajuizada sob procedimento comum, postulando a restituição de valores pagos pelo autor em decorrência de contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária habitacional, com alienação fiduciária em garantia. Sustenta a preambular que, razão de percalços pessoais que assolaram a organização da vida financeira do autor, este não teve como honrar os compromissos assumidos perante o contrato de financiamento para aquisição imobiliário firmado junto à ora ré. Que pretende conseguir o direito de restituir, ao menos parcialmente (90%), os valores que despendeu no curso da contratação, considerando que o imóvel foi retomado pela credora fiduciária, vendido a terceiros, e que a contratação não trouxe qualquer benefício ao requerente, assistindo-lhe, portanto, o direito de repetir aquilo que pagou no curso da contratação. Junta documentos.

A decisão registrada sob o id n. 21312047 deferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita e determinou a citação da requerida.

A ré, devidamente citada, apresenta contestação (id. 22622029), alegando, em preliminar, a impossibilidade de cancelamento da consolidação da propriedade, bem assim de eventual purgação da mora contratual, em face da venda do imóvel a terceiro de boa-fé; quanto ao mérito, sustenta a plena legalidade do procedimento de consolidação da propriedade do bem objeto da contratação em mãos da credora fiduciária, razão pela qual não há o que restituir em favor do antigo mutuário. Pugna pela improcedência do pedido.

Réplica sob id. 24109228.

As partes foram intimadas para especificar provas (id n. 23207311). A requerida postula o julgamento antecipado da lide (id. 23392183) e o autor nada requer.

O autor informa que está sendo cobrado dos valores condominiais (id. 25114884) pretendendo incluir os valores a tanto respectivos na condenação aqui em causa. A CEF apresentou manifestação (id. 26604417).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

*É o relatório.**Decido.*

O feito encontra-se em termos para julgamento, porquanto todas as provas necessárias ao deslinde da causa já se encontram presentes nos autos, não havendo nenhuma outra especificamente requerida pelas partes que não tenha sido atendida pelo juízo. Com estas considerações, passo à análise do litígio estabelecido nos autos.

Antes que se adentre à matéria de mérito adversada em lide, será necessário explicitar que a lide não se devota – como da inicial claramente de depreende – a postular anulação do ato administrativo que consolidou a propriedade do imóvel objeto do contrato em mãos da credora fiduciária, e nem a conseguir prazo suplementar para purgação da mora em que, confessa abertamente a inicial, incidiu o mutuário. O ponto discutido em lide é bastante diverso: assume o promitente comprador que, decerto em função de percalços pessoais que assolaram a organização de sua vida financeira, não teve como honrar os compromissos assumidos perante o contrato de financiamento para aquisição imobiliário firmado junto à ora ré. A ação não se destina a reativar a eficácia dessa pactuação entre as partes litigantes, a ou, eventualmente, emendar a mora que, nela, haja se configurado. O objeto da lide é discutir a possibilidade de, em tendo o desfazimento do contrato sido decorrência de um fato de interesse exclusivo do mutuário, conseguir o direito de restituir – ao menos em parte – os valores que despendeu no curso da contratação, considerando que o imóvel foi retomado pela credora fiduciária, vendido a terceiros, e que a contratação não trouxe qualquer benefício ao requerente, assistindo-lhe, portanto, o direito de repetir aquilo que pagou no curso da contratação.

Nessas circunstâncias, estão, d.m.v., mal visualizadas as preliminares articuladas pela ré em sua contestação. Isto porque, diversamente do que ali se alega, não se trata de questionar a validade do ato de consolidação da propriedade em mãos da ré, ou de apresentar emenda de mora após a venda do imóvel a terceiros. O objeto da lide é diverso, voltado a discutir, exclusivamente, a possibilidade de repetição do indébito no contrato estipulado entre os litigantes. Assim, por incompatibilidade entre o alegado pela ré e a pretensão deduzida pela parte promotora, *rejeito* ambas as preliminares.

No que se refere à postulação do autor encartada sob o id n. 25114884, em que informa estar sendo cobrado, pelo condomínio em que se acha localizada a unidade autônoma aqui em questão, de valores referentes a IPTU e taxas condominiais, mediante processo judicial em tramitação junto à *E. 1ª Vara Cível da Justiça Estadual da Comarca de Botucatu*, não há – *nem mesmo em tese* – como deferir o pedido do requerente no sentido de agregar tais valores ao pedido de condenação dirigido em face da ora requerida, não apenas porque a exigência não foi feita pela requerente (não havendo como condenar a CEF, em repetição, por valores que ela não recebeu do postulante), mas também porque tais fatos são alheios a este processo, derivam de outras fontes, se encontram em discussão em outras sedes jurisdicionais, não comportando discussão no âmbito do feito aqui vertente, mesmo porque se mostra incabível o aditamento do pedido inicial, quando já encerrada a fase de instrução (cf. *art. 329, II do CPC*). Por tais razões, *não conheço* do que consta do requerimento registrado sob o id n. 25114884.

Com tais considerações, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar, o feito está em termos para receber julgamento. É o que se passa a fazer.

Quanto ao mérito, a pretensão deduzida pelo requerente é procedente não resta dúvida. O tema da restituição – ao mutuário – de valores despendidos por conta de contrato de financiamento para aquisição de unidade imobiliária desfeito por interesse exclusivo deste último encontra-se, atualmente, fixado por orientação jurisprudencial cristalizada em Súmula do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Nesse sentido:

Súmula 543 E. STJ:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo

promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (g.n.).

No caso, o mutuário promovente assume, abertamente, que o contrato acabou desfeito em razão de impedimento financeiro de sua parte, postulando, em razão disso, restituição parcial daquilo que despendeu na avença. A única questão a ser observada nesse ponto particular é que – em casos que tais – a jurisprudência de nossa Corte Superior entende possível a retenção de até 25% sobre o valor bruto despendido pelo promitente comprador, avaliando-se os prejuízos eventualmente suportados com as despesas administrativas de divulgação, comercialização e corretagem, bem assim o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador, admitida a validade da cláusula contratual que transfere esse ônus ao mutuário da casa própria. Nesse sentido, indico precedente do *C. STJ*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. DESFAZIMENTO DA AVENÇA POR INTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. RESTITUIÇÃO PARCIAL E IMEDIATA DOS VALORES PAGOS. SÚMULA Nº 543 DO STJ. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA NO STJ (ENTRE 10% E 25%). APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 568 DO STJ. COMISSÃO DE CORRETAGEM. VALIDADE DA CLÁUSULA QUE TRANSFERE A OBRIGAÇÃO AO ADQUIRENTE DO IMÓVEL (TEMA 938). CONTUDO, REFERIDA VERBA JÁ SE ACHA INCLUÍDA NO PERCENTUAL DE RETENÇÃO (15%) FIXADO NA ORIGEM. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

“1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de ser possível a retenção do índice entre 10% e 25% dos valores pagos quando houver resolução do compromisso de compra e venda por interesse exclusivo do promitente comprador, bem como veda a revisão do valor estabelecido nesta circunstância, por implicar reexame de matéria fático-probatória. No caso concreto, o Tribunal cearense fixou o percentual em 15% dos valores pagos, com base na suficiência reparatória do montante arbitrado.

3. Esta Corte reconhece a “validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem” (REsp 1.599.511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, j. 24/8/2016, DJe 6/9/2016, julgado sob o rito dos recursos repetitivos - Tema 938).

4. O Magistrado, ao fixar o percentual a ser retido pelas vendedoras no caso do desfazimento do contrato por iniciativa do promitente comprador, deve avaliar os prejuízos suportados, notadamente com “as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador” (REsp nº 1.224.921/PR, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. 26/4/2011, DJe 11/5/2011). Caso em que a pretensão de retenção dos valores pagos a título de comissão de corretagem, além do percentual já fixado na origem (15% dos valores pagos), configuraria inegável enriquecimento ilícito da parte, o que é inadmissível.

5. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação a incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

6. Agravo interno não provido, com imposição de multa” (g.n.).

[AIRES P - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1806095 2019.00.97461-6, MOURA RIBEIRO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:21/11/2019].

No caso concreto, entretanto, observa-se da resposta apresentada que a requerida nada articula nesse sentido, limitando o espectro de sua resposta à alegação de que as cláusulas contratuais são válidas, que o procedimento de alienação do bem seguiu à legislação, o que, como visto, não é o objeto da lide em causa. A ré não esclarece, em momento algum, em quais gastos haveria incidido no curso da rescisão contratual, e, principalmente, em qual montante, de forma que a questão a tanto atinente se mostra acobertada pela preclusão processual, porquanto não agitada pela parte em sua resposta. Mais do que isso, a CEF não controverte os próprios valores que o autor pretende devidos em repetição, de forma que, nesse particular, devem ser havidos por representativos da verdade dos fatos, uma vez que não aptamente impugnados pela requerida (*art. 341 do CPC*). Insta observar, apenas, nesse ponto, que a documentação encartada com a inicial (id n. 16695335, pp. 320-333) faz prova indiciária dos pagamentos parciais efetivados pelo requerente, que, à míngua de impugnação específica da requerida nesse sentido – que sequer abordou o tema em contestação – devem ser tomados para fins de estabelecimento do valor postulado em repetição.

Nesses termos, há de se homologar, para efeitos de estabelecimento do montante pretendido em restituição, o valor apresentado pelo autor na petição inicial como representativo de todos os pagamentos feitos em razão do contrato de financiamento aqui em causa, que, já atualizados para a data do ajuizamento (isto é, 04/2019), alçam à importância de R\$ 118.299,11, com a *retenção mínima* de 10% a que se refere a orientação jurisprudencial aqui já comentada, uma vez que ausente comprovação de prejuízo da credora fiduciária em patamar superior a este. Como o que se pretende é a restituição de 90% desse valor – uma vez que a descontinuação do contrato operou no interesse exclusivo do mutuário, nos termos da *Súmula n. 543 do C. STJ* – o valor devido pela ré, em restituição, é de $[90\% \times 118.299,11=]$ R\$ 106.469,20, em montante já atualizado para a data do ajuizamento da demanda em 04/2019.

Sobre o montante em aberto, incidirão juros de mora, a partir da citação, ao patamar de 1% ao mês (*arts. 405 e 406, ambos do CC*) até a data da efetiva liquidação do débito. Atualização monetária, observados os mesmos extremos temporais, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal da 3ª Região, com índices aplicáveis a ações dessa natureza.

É procedente, portanto, a pretensão anulatória desenhada na inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONDENO a ré (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF) a pagar ao autor (ALEX SANDRO VALENTINI DE LIMA), em restituição, o valor certo de R\$ 106.469,20, em montante atualizado para 04/2019. Sobre esse valor, incidirão juros moratórios, e atualização monetária na forma discriminada no corpo de fundamentação dessa sentença.

Arcará a ré, vencida, com o reembolso das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pelo autor, e mais honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o

art. 85, § 2º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa, à data da efetiva liquidação do débito.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5003967-57.2019.4.03.6183**

Autora: MARCIA REGINA DE FARIA TRINDADE

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2020

SENTENÇA

MARCIA REGINA DE FARIA TRINDADE, nascida em 19.03.1962, propôs a presente ação em face do *INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS* pleiteando o restabelecimento de auxílio-acidente (NB 079.434.997-8), requerido administrativamente em 03/03/85. Requereu os benefícios da gratuidade de justiça. Juntou procuração e documentos (fls. 08/61).

Concedidos os benefícios de assistência judiciária gratuita (fl. 63).

O INSS contestou a ação (fls. 64).

A parte autora apresentou réplica (fls. 86)

Realizada perícia médica na especialidade de ortopedia pelo Dr. Jonas Aparecido Borracini (fls. 92).

Intimadas sobre o conteúdo do laudo (fls. 105), as partes permaneceram silentes.

É o relatório. Passo a decidir.

Do mérito.

Passo a analisar os pressupostos para o benefício pretendido.

Benefícios previdenciários por incapacidade previstos no Regime Geral de Previdência Social – RGPS são decorrentes da incapacidade, total ou parcial, permanente ou temporária, do segurado para o trabalho. São benefícios por incapacidade o auxílio-doença a aposentadoria por invalidez e o auxílio-acidente.

O auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho por mais de quinze dias (art. 59 da Lei nº 8.213/91). A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado considerado incapaz total e permanente para a atividade remunerada (art. 42 da Lei nº 8.213/91). Por fim, o auxílio-acidente é concedido ao segurado que, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, ficar com incapacidade parcial e definitiva para o trabalho (art. 86 da Lei nº 8.213/91).

No caso concreto, alega a autora a incapacidade parcial para o trabalho em decorrência das sequelas de acidente automobilístico sem nexo de causalidade com o trabalho ocorrido em 23/03/80, ou seja, há mais de 40 anos.

Tal alegação foi ratificada pela perícia médica. O perito judicial, Dr. Jonas Aparecido Borracini, concluiu pela incapacidade parcial e permanente da autora em face das sequelas do acidente em 23/03/80, nos seguintes termos:

A pericianda encontra-se no pós-operatório tardio de fratura do fêmur esquerdo, tibia direita e de tratamento conservador de fratura da clavícula esquerda, decorrente de acidente em 23/03/1980, que no presente exame médico pericial evidenciamos limitação da mobilidade do

joelho esquerdo, bem como hipotrofia da musculatura da coxa esquerda e encurtamento do membro inferior direito, portanto podemos caracterizar redução de sua capacidade laborativa, ou seja, incapacidade parcial e permanente.

Apesar da conclusão da perícia, o pedido é improcedente. Explico.

A previdência social tem como principal escopo o pagamento de benefício em caso de ocorrência de risco social previsto em lei. Assim, por exemplo, em caso de incapacidade total e temporária por mais de 15 dias (risco social), o segurado faz jus ao auxílio-doença (art. 59 da Lei nº 8.213/91). Se a incapacidade for total e temporária por 10 dias, tal risco social não está previsto em lei, logo o segurado não tem direito ao auxílio-doença.

As necessidades sociais são infinitas, mas os recursos são finitos. O legislador, com base no princípio da seletividade, elenca os riscos sociais a serem cobertos pela previdência social.

A concessão do benefício deve considerar a legislação em vigor na data de ocorrência do risco social.

No caso presente, o risco social que a autora pretende ter coberto pelo auxílio-acidente é a incapacidade parcial e permanente para o trabalho decorrente de um acidente não vinculado à atividade laboral ocorrido em 23/03/80.

No entanto, na época do acidente ou da consolidação das sequelas, não havia previsão legal de cobertura de tal risco social. Não havia a previsão legal do auxílio-acidente nos contornos hoje existentes na atual redação do art. 86 da Lei nº 8.213/91.

Na época, a proteção dos casos de sequelas decorrentes de acidentes estava restrita a acidentes de trabalho e não de qualquer natureza. Estava em vigor a Lei nº 6.367/76, que disciplinou o seguro de acidente de trabalho e respectivos benefícios. Em seu artigo 9º, a Lei nº 6.367/76, disciplinou o benefício que seria sucedido pelo auxílio-acidente, nos seguintes termos:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do Artigo 5º desta lei, observando o disposto no § 4º do mesmo artigo. Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifei)

Não havia, portanto, cobertura previdenciária para sequelas incapacitantes parcialmente decorrentes de acidente não vinculado ao trabalho.

A própria Lei nº 8.213/91, em sua redação original, limitava a abrangência do auxílio-acidente aos acidentes de trabalho. Confira o texto original do artigo 86:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente de trabalho, resultar sequela que implique:

- I – redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade para exercer a mesma atividade, independentemente, de reabilitação profissional;
- II – redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional;

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional; (grifei)

Somente com o advento da Lei nº 9.032/95, que alterou o artigo 86 da Lei nº 8.213/91, a hipótese de concessão do auxílio-acidente deixou de ser restrita aos casos de acidente de trabalho, estendendo-se aos acidentes de qualquer natureza. No entanto, não se pode retroagir os efeitos da inovação legislativa para riscos sociais ocorridos antes de sua vigência.

Portanto, de acordo com a legislação previdenciária em vigor na data da ocorrência do acidente ou da consolidação das sequelas, não havia previsão legal de concessão de auxílio-acidente em caso de acidente de qualquer natureza, motivo pelo qual improcede o pedido por falta de amparo legal.

Diante do exposto, *julgo improcedente* o pedido e determino a extinção do processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de percentual de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 4.º, III do CPC, cuja execução fica suspensa nos termos do art. 98, § 3.º, do CPC em face da justiça gratuita deferida.

Custas na forma da Lei.

Com o trânsito em julgado, remetam-se estes autos ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, 25 de março de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**5006932-06.2019.4.03.6119**

Autora: TALITA DORNELAS NEPOMUCENO
Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/05/2020

SENTENÇA*1 - Relatório*

Talita Dornelas Nepomuceno ajuizou ação em face da *União – Fazenda Nacional* pedindo como tutela definitiva que seja afastada a exigência de lapso temporal de 2 anos para novo gozo da isenção de IPI para compra de veículo automotor. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, foi feito requerimento com o mesmo objeto.

A inicial relata que a autora, pessoa portadora de deficiência, adquiriu um veículo em outubro de 2018 com isenção de IPI, conforme art 1º, IV, da Lei 8.989/95. No mês seguinte, foi vítima de roubo, ocasião em que marginais armados subtraíram o seu carro. Tendo em vista o caso fortuito, requereu nova isenção de IPI para adquirir outro carro, tendo a Receita Federal do Brasil indeferido o seu pleito com fundamento no art 2º, da Lei 8.989/95 (Id. 21955159), o qual fixa o prazo mínimo de dois anos para o gozo de nova isenção de IPI. A inicial argumenta que tal vedação (lapso mínimo de dois anos) deve ser afastada em virtude do caso fortuito decorrente do roubo. As alegações foram instruídas com documentos junto com a inicial e petições atravessadas no decorrer da instrução.

Este juízo deferiu os benefícios da AJG. Foi determinado que a representante judicial da parte autora juntasse aos autos outros documentos essenciais à compreensão da controvérsia, sob pena de indeferimento da inicial (Id. 22112743). A autora, então, juntou petição com o boletim de ocorrência e da nota fiscal da compra do veículo roubado (Id. 22834615).

Decisão determinando que a parte autora informe se o veículo estava segurado e o valor pago pelo seguro (ou que será pago) (Id. 22872891). Em resposta, autora informou que o veículo era segurado, e que a seguradora pagou o valor de R\$ 63.997,20 (sessenta e três mil novecentos e noventa e sete reais e vinte centavos) (Id. 23172531).

Decisões determinando a intimação do representante judicial da demandante, para que apresente a cópia da apólice de seguro, para ser aferido o que foi exatamente segurado (Id. 23206545 e Id. 24043830).

Petição da autora requerendo a juntada da apólice do seguro (Id. 25381284).

Decisão indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (Id. 25445149).

A União (Fazenda Nacional) apresentou contestação (Id. 29204665). Em suma, arguiu que inexistente previsão legal para o pleito autoral, já que o legislador não elencou o caso fortuito como excludente da regra que exige o prazo mínimo de dois para o gozo de nova isenção de IPI. Alegou também que a legislação regulando isenções devem ser interpretadas restritivamente, nos termos do art 111, II, do CTN. Por fim, requereu que o pleito fosse julgado improcedente.

Vieram os autos conclusos.

2 - Fundamentação

O feito não requer dilação probatória, razão pela qual é caso de aplicação do art 355, I, do CPC.

Inexistindo preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito.

A parte autora possui deficiência física por ser portadora de seqüela por trauma raquimedular (C6-C7), apresentando déficit motor do tipo tetraplegia completa, alteração de sensibilidade e disfunção esfinteriana, locomovendo-se através de cadeiras de rodas. As referidas moléstias encontram-se previstas no Código Internacional de Doenças CID-10, sob as identificações G. 82.4; X 93. O quadro clínico foi devidamente comprovado por meio do laudo de avaliação de deficiência física/laudo médico expedido pela Dra. Cristiane da S. Souza, inscrita no CRM n. 108.125.

Em outubro de 2018, a autora requereu os benefícios da Lei n. 8.989/1995, oportunidade em que lhe foi deferida a isenção de IPI. Na ocasião, adquiriu o veículo Renault Sandero St 2018/2019, Branco, Chassi: 93Y5SRFHDKJ656081, RENAVAM 1171658947, pagando o valor total de R\$ 43.028,88 (quarenta e três mil e vinte e oito reais e oitenta e oito centavos), conforme Nota Fiscal Eletrônica n. 760068 (Id. 22834618). Um mês após a aquisição do veículo, no dia 27.11.2018, por volta das 20h, na Rua Dario Carneiro, 100, Vila Julia, a autora foi abordada por 4 (quatro) indivíduos, dois deles portando arma de fogo, *os quais subtraíram o seu carro e pertences pessoais. O roubo foi registrado na Delegacia de Polícia de Poá*, conforme Boletim de Ocorrência n. 4.178/2018. Ao que tudo indica, o veículo não foi encontrado até o momento.

Diante do infeliz fortuito, *decidiu adquirir um novo veículo*, ocasião em que requereu administrativamente nova isenção do IPI (processo ADM n. 26000.076852/2019-80), nos termos do art 1º, IV, da Lei 8.989/95. O *requerimento foi indeferido* pela Receita Federal do Brasil-RFB sob o argumento de que *o gozo da isenção só pode ser exercido apenas uma vez a cada dois anos*, nos termos do art 2º, da Lei 8.989/95 (Id. 21955159). Assim, a autora deveria aguardar até 29.10.2020 para adquirir novo veículo isento de IPI. Na petição inicial, *argumenta-se que a situação é peculiar*, tendo havido caso fortuito ou força maior, em razão do *roubo do veículo anterior, o que justificaria uma exceção ao fundamento legal alegado pela Receita Federal*. Este argumento não encontra previsão legal, não obstante parte da jurisprudência tenha encampado a tese do caso fortuito para afastar o art 2º, da Lei 8.989/95. O mencionado dispositivo que fundamentou o indeferimento possui a seguinte redação:

Art. 2º A isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de que trata o art. 1º desta Lei somente poderá ser utilizada uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de 2 (dois) anos.

A União, em sede de contestação, argumenta que o lapso de dois anos para o gozo de nova isenção de IPI *visa “afastar a possibilidade de a isenção tributária ser utilizada como meio de enriquecimento por parte do contribuinte”*. Também aduz que inexistente previsão legal que excepcione a regra do art 2º, da Lei 8.989/95, quando da ocorrência de caso fortuito ou força maior. Não obstante o triste episódio do roubo, fato é que o legislador não criou exceções, razão pela qual o pleito autoral carece de fundamentação legal. Por fim, ressalta que as *hipóteses de isenção merecem interpretação restritiva*, tal como determina o art 111, II, do CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

.....

II - outorga de isenção;

Não obstante tal previsão limitando o gozo de isenção de IPI dentro do prazo de dois anos, a *jurisprudência do STJ* vem entendendo que, em situações *de caso fortuito*, tal como roubo de veículo, *tal prazo não deve ser aplicado*. Os precedentes afirmam que o caso fortuito, o qual acarrete a perda do veículo em definitivo, coloca o proprietário na mesma situação anterior à primeira aquisição. Invoca-se o *Princípio da Dignidade da Pessoa* como um dos fundamentos para dar uma interpretação conforme a Constituição ao dispositivo (art 2º da Lei 8.989/95), de maneira a tutelar as pessoas portadoras de deficiência e não o inverso. A *interpretação literal*, tal como determina o art 111, II, do CTN, leva à penalização do proprietário, portador de deficiência, pela perda involuntária do bem. Em consequência, configura-se *óbice à ação afirmativa de inclusão das pessoas portadoras de deficiência*, a qual é o norte da isenção prevista no art 1º, da Lei 8.989/95. Como exemplo da jurisprudência neste sentido, cito o seguinte julgado proferido pelo STJ abaixo:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA COM NECESSIDADES ESPECIAIS. LAPSO TEMPORAL DE DOIS ANOS PREVISTO NO ART. 20. DA LEI 8.989/1995 PARA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. EXCEÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA DIANTE DO CASO CONCRETO. VEÍCULO ROUBADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE EM PROL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 2º da Lei 8.989/1995 restringe a isenção do IPI ao limite temporal de dois anos para a aquisição de novo veículo automotor.

2. O Tribunal local afastou a limitação temporal do art. 2º da Lei 8.989/1995, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e em razão de motivo de força maior, tendo em vista que o veículo do recorrido havia sido roubado, tratando-se, ademais, de pessoa portadora de atenções especializadas.

3. *A orientação dessa Corte é que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais* (REsp. 567.873/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 25.02.2004, p. 120).

4. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1390345/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as últimas decisões acompanham o precedente acima fixado no STJ. A título de exemplo, colaciono a decisão abaixo proferida pela 4ª Turma do TRF 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. LEI Nº 8.989/95. DEFICIENTE FÍSICO. SINISTRO DE VEÍCULO. PERDA TOTAL. LAPSO TEMPORAL PARA NOVO BENEFÍCIO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO C. STJ. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A questão relativa à limitação temporal da isenção prevista no art. 2º da Lei nº 8.989/95 não alcança os casos decorrentes de sinistro com a perda total do automóvel, na hipótese dos autos, conforme decidido pelo MM. Juízo “a quo” na linha do entendimento predominante do C. STJ.

2. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei 8.989/1995 não pode ser interpretada em óbice à implementação de ação afirmativa para inclusão de pessoas com necessidades especiais, de forma que o lapso temporal para a concessão da isenção do IPI, na aquisição de veículo automotor, deve ser interpretado de maneira a satisfazer o caráter humanitário da política fiscal, bem como de impedir sua utilização para fins de enriquecimento indevido.” (REsp 1737568/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(A p r e e N e c - A P E L A Ç Ã O / R E E X A M E N E C E S S Á R I O / S P 5003548-63.2017.4.03.6100 – 4ª Turma - 14/01/2020)

Entretanto, o presente caso se trata de uma exceção a tal entendimento. Conforme Id. 23172531, a parte informou que o veículo roubado estava seguro, tendo sido pago à autora o valor de R\$ 63.997,20 (sessenta e três mil novecentos e noventa e sete reais e vinte centavos). O valor ressarcido pela seguradora correspondeu ao preço médio do carro no mercado em 2018 segundo a tabela FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas). O cálculo deste preço médio leva em conta todos os custos suportados pelos proprietários de veículos, incluindo, portanto, o IPI e demais tributos eventualmente incidentes. *Note-se que este valor ressarcido pela seguradora é cerca de R\$ 20.000,00 a mais do que o montante pago pelo veículo roubado à montadora -- R\$ 43.028,88* (quarenta e três mil e vinte e oito reais e oitenta e oito centavos). Assim, embora a autora não tenha pago o IPI na compra, cerca de R\$ 6.676,80 (seis mil e seiscentos e setenta e seis reais e oitenta centavos), *este montante foi incorporado ao seu patrimônio por meio do ressarcimento pago pela seguradora.*

Se aplicarmos o entendimento jurisprudencial ao presente caso, a autora incorrerá em enriquecimento sem causa. A concessão de nova isenção de IPI, no prazo inferior a dois anos, autorizará que ela *incorpore o montante equivalente a duas vezes o valor do IPI.* Isto porque o IPI referente ao primeiro veículo já foi pago pela seguradora, e o IPI referente ao segundo veículo (o qual ela está pleiteando isenção no momento) será embolsado quando de sua venda futuramente. De fato, esta não foi a intenção do legislador e nem da jurisprudência.

Destaco que *a situação que a jurisprudência excepciona é aquela em que houve a perda do veículo por caso fortuito (por exemplo, roubo) sem qualquer contrapartida financeira.* Ou seja, o proprietário portador de deficiência perde o seu patrimônio definitivamente sem culpa. No presente caso, contudo, inobstante o caso fortuito, houve contrapartida financeira por força de um contrato de seguro, de maneira que *o patrimônio da autora não só foi recuperado, mas também acrescido em cerca de R\$ 20.000,00.* Veja que o caso da autora é semelhante ao da alienação do veículo dentro do período de dois anos, situação em que não se autoriza nova isenção, segundo a jurisprudência.

Por fim, embora a presente conclusão privilegie uma interpretação literal do art 2º, da Lei 8.989/95, ela não destoia da orientação constitucional que visa proteger as pessoas portadoras de deficiência. E também não se contrapõe ao entendimento jurisprudencial de que se deve prestigiar as ações afirmativas de inclusão dessas pessoas. Ao contrário, a conclusão aqui exposta identifica uma situação distinta aos precedentes existentes, uma vez que *a autora, de posse do valor ressarcido pela seguradora, terá condições de comprar o mesmo veículo sem precisar desembolsar qualquer valor extra.* Esse é o entendimento mais adequado para que se possa evitar enriquecimento sem causa.

Assim sendo, no caso em apreço não vislumbro direito da parte autora.

3 - Dispositivo

Diante do exposto, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido da autora, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

A autora é isenta do pagamento de custas processuais, porquanto beneficiário da AJG.

Condene a autora ao pagamento dos honorários de advogado, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (art. 85, § 2º, CPC), por reputar ser o mais adequado e justo, tendo em vista (i) o zelo do advogado com a causa; (ii) o reduzido trabalho do patrono da parte ré (restrito,

basicamente, a uma única peça), o que impõe, por si, a definição de montante que seja moderado; (iii); a baixa complexidade da demanda, a qual não exigiu a elaboração de uma tese nova; (iv) o tempo dispensado; (v) o valor estar compatível com a noção de dignidade remuneratória, e, a um só tempo, com a necessidade de mínima proporcionalidade com o benefício econômico gerado pelo trabalho dos causídicos.

No entanto, sopesando que a demandante é beneficiária da AJG, benefício que ora concedo, a cobrança remanescerá sob condição suspensiva de exigibilidade, cabendo ao credor demonstrar que houve superação da situação de insuficiência de recursos, no prazo de 5 (cinco) anos (art. 98, § 3º, CPC).

Publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se.

Guarulhos, 22 de maio de 2020.

Juiz Federal ETIENE COELHO MARTINS

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**5000819-96.2020.4.03.6120**

Impetrante: DICINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA - ME

Impetrados: PROCURADOR DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL EM ARARAQUARA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM ARARAQUARA - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2020

SENTENÇA**I – RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Dicina Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara, com pedido de liminar, por meio do qual a impetrante requer a prorrogação dos vencimentos, a partir deste mês, dos parcelamentos de tributos federais firmados no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e dos tributos federais, no que concerne à contribuição previdenciária relativa à cota patronal, retomando-se, sem os efeitos da mora, o vencimento das parcelas mensais dos parcelamentos e dos tributos a partir de outubro do corrente ano.

Em resumo, a impetrante narra que sua atividade foi afetada pelas medidas extraordinárias implementadas pela União, Estado de São Paulo e Município de Araraquara para o combate da pandemia do COVID-19. Alega que a contenção da atividade econômica afetará seu fluxo de caixa, prejudicando ou até inviabilizando o pagamento das obrigações tributárias, sobretudo dos parcelamentos em curso.

Apontou que a PGFN baixou ato suspendendo os procedimentos tendentes à exclusão dos parcelamentos, mas não afastou a obrigação de pagar as parcelas. Por ora, o diferimento no pagamento de tributos só alcançou as empresas do Simples, regra que deve ser estendida às demais empresas, em homenagem ao princípio da isonomia.

Realça que segue em vigor portaria do ano de 2012 que suspende o pagamento de obrigações tributárias a contribuintes sediados em locais abrangidos por decreto estadual de calamidade pública, o que por si só asseguraria o diferimento dos tributos por 90 dias.

Invocou também a teoria do fato do príncipe, pois as dificuldades que impedem o cumprimento das obrigações tributárias resultam de ações promovidas pelo Poder Público. Destacou que recentes decisões do STF postergaram o pagamento da dívida pública dos estados, justamente por conta das notórias dificuldades de caixa dessas unidades da federação, problema que também afeta as empresas privadas.

A liminar foi indeferida (Num. 30431530). A impetrante agravou dessa decisão (Num. 30921125). Contudo, em consulta à página do TRF da 3ª Região, verifiquei que o pedido de tutela recursal foi negado (AI 5008329-90.2020.4.03.0000).

A autoridade impetrada (Num. 30848415) e a União (Num. 30435472) apresentaram manifestações que em linhas gerais se assemelham no conteúdo, no sentido da denegação

da ordem. Realçaram que o acolhimento da pretensão resultaria em indevida intromissão do Poder Judiciário na esfera de atuação da Administração.

O Ministério Público Federal apenas informou que a natureza da questão discutida dispensa sua intervenção (Num. 30976035).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Tomo como ponto de partida os argumentos expostos na decisão que indeferiu a liminar:

É fato notório que a propagação da pandemia do COVID-19 impôs a adoção de medidas drásticas para evitar a propagação descontrolada do vírus. Tais medidas de contenção interferem de forma direta na economia, que de um lado sofre um movimento de retração provocado pela conjugação da interdição de inúmeras atividades com a política de isolamento social e de outro pressiona as contas públicas pelos gastos extraordinários com saúde e assistência social.

O caráter universal das medidas de restrição à atividade econômica recomenda o prestígio às políticas implementadas pelas autoridades centrais, o que se dá também pelo exercício da contenção judicial. Mais do que nunca, é preciso dar um voto de confiança aos técnicos que manejam a complexa equação que visa equilibrar as demandas de saúde e assistência social com a realidade orçamentária. Dito em uma linha, o momento contraindica a inventividade pretoriana. Não se ignora o rigor das medidas que incentivam o isolamento social, bem como o potencial de dano à economia. Porém, esse é remédio amargo que pretende evitar um cenário ainda mais sinistro, que é o das mortes em cascata que fatalmente ocorrerão se o sistema de saúde colapsar — vide o que se passa na Itália, que já acumula mais de 11.500 mortes desde 21 de fevereiro por conta da COVID-19, inventário que não considera os inúmeros óbitos por outras enfermidades que poderiam ser evitados se os pacientes recebessem o tratamento adequado, caso a capacidade hospitalar não estivesse exaurida. Logo, a despeito da relação de causa e efeito entre o desaquecimento da economia e as restrições impostas pelo Estado, é imprópria a invocação da denominada teoria do fato do príncipe.

Também não procede a pretensão de diferir o pagamento das obrigações com base na Portaria PGFN 12/2012, que prorroga as datas de vencimento de tributos federais devidos por contribuintes domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido calamidade pública. Embora ainda em vigor, a norma regula situação diversa da que ocorre por conta da pandemia do COVID-19.

A portaria invocada pela impetrante beneficia sujeitos passivos que são afetados por acontecimento local, que não afeta contribuintes domiciliados em áreas não abrangidas pela calamidade pública. Por aí se vê que o favor fiscal tem o objetivo de conferir tratamento isonômico a contribuintes que, por circunstâncias alheias e imprevisíveis, enfrentam entraves econômicos que não afetam os concorrentes estabelecidos em outras regiões. No caso da emergência do COVID-19, contudo, as políticas de contenção atingem a todos de forma indistinta. Embora em aspectos secundários as medidas implementadas pelos estados e municípios se diferenciem uma das outras, as restrições às atividades econômicas são praticamente as mesmas em todo o território nacional; — por exemplo, do Oiapoque ao Chuí não há nenhum shopping center em funcionamento, sequer um cinema, teatro ou museu está com as portas abertas.

De mais a mais, considerado o caráter universal da situação de calamidade pública, a aplicação da regra de diferimento no recolhimento das obrigações tributárias veiculada pela Portaria PGFN 12/2012 poderia, no limite, paralisar a arrecadação tributária por três meses, o que fatalmente levaria ao colapso da Federação.

Também não procede o pedido de suspensão das obrigações tributárias nos termos do modelo trazido pela Resolução 152/2020 do Comitê Gestor do Simples Nacional, que diferiu o pagamento das obrigações do Simples vencidas entre março, abril e maio para, respectivamente, outubro, novembro e dezembro de 2020. A medida tem por destinatários empresas de menor porte, que pre-

sumivelmente têm mais dificuldades em atravessar a tormenta do que os empreendimentos mais robustos. Logo, a extensão da norma para empreendimentos que não se enquadram no Simples materializaria a antítese da isonomia, vale dizer, implicaria tratar de forma igual empresas muito diferentes umas das outras, ao menos na perspectiva que inspirou a edição do benefício fiscal. Melhor sorte não assiste à impetrante quando invoca as recentes decisões do STF que suspenderam a dívida pública de alguns estados da Federação, uma vez que o paralelo não é adequado. A uma porque ainda não se pode afirmar que tais decisões expressam o entendimento da Corte em relação à matéria, já que ambas são decisões monocráticas, proferidas em sede de liminar pelo mesmo ministro. E a duas porque as hipóteses são bastante distintas, uma vez que naquele caso a decisão transfere os recursos de um orçamento público para outro, ao passo que neste mandado de segurança o pedido implica em desidratar o orçamento público com o propósito de socorrer empresa privada. Reforçando que uma coisa são alhos e outra bugalhos, cumpre destacar que as decisões do Ministro Alexandre de Moraes condicionam a moratória à aplicação dos recursos na emergência de saúde pública, dado que determinam que o Estado autor comprove que “os valores respectivos estão sendo integralmente aplicados na secretaria da saúde para o custeio das ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do coronavírus (COVID-19)”.

Tudo o que foi dito até aqui poderia ser aplicado indistintamente a qualquer contribuinte que invocasse as mesmas teses desafiadas na inicial. Ocorre que o caso ostenta duas peculiaridades que reforçam o indeferimento da inicial, ambas relacionadas à atividade principal da impetrante. A primeira é que as medidas de contenção adotadas pelo Estado de São Paulo e pelo Município de Araraquara não interditaram as atividades industriais. Ou seja, ao menos até o momento a exploração do ramo de produção de cigarros e afins não foi alvo de restrições pelo Poder Público. Até aqui, os ramos mais abalados pelas medidas de fomento ao isolamento social são os vinculadas ao comércio varejista e à prestação de serviços, e ainda assim com a ressalva das atividades essenciais, como os supermercados, farmácias, oficinas e postos de combustíveis. E a segunda (que é desdobramento da primeira) é que a autora atua em nicho onde o aspecto fiscal possui especial relevância, que transcende o mero interesse arrecadatário. A magnitude da carga tributária incidente sobre o mercado tabagista é tamanha que qualquer desoneração nesse campo se reveste em vantagem que abala a concorrência. Tanto é assim que esse é um dos poucos negócios em que o inadimplemento fiscal pode levar à interdição da atividade pelo Poder Público (art. 2º, II do Decreto-lei 1.593/1977). Tal circunstância recomenda especial cautela na concessão de medidas que resultem na desoneração da carga tributária de empresas que atuam no ramo de fabricação de cigarros.

Penso, hoje, como pensava ontem, reforçada minha convicção pelos argumentos expostos nas informações da autoridade impetrada, na manifestação da União e na decisão que negou a tutela recursal, proferida pelo Desembargador Federal Antônio Cedenho.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela impetrante.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comunique-se a prolação da sentença ao Gabinete do Desembargador Federal Antônio Cedenho, relator do AI 5008329-90.2020.4.03.0000.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT