



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO**

**Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Presidente do Egrégio
Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

(com pedido de **atribuição de efeito suspensivo**)

Processo Originário nº **5003643-37.2012.404.7104**

Agravante: **UNIÃO**

Agravado: **MARCELO ROBERTO ZENI**

Petição AGU/PSU/PAS/RS nº 112.279-2012

A UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, e os Excelentíssimos Senhores Ministros de Estado CELSO AMORIM, Ministro da Defesa, FERNANDO PIMENTEL, Ministro do Desenvolvimento, GUIDO MANTEGA, Ministro da Fazenda, HELENA CHAGAS, Secretária da Comunicação da Presidência, LUIZ INÁCIO ADAMS, Advogado-Geral da União, MARCO RAUPP, Ministro da Ciência e da Tecnologia, MIRIAN BELCHIOR, Ministra do Planejamento, PAULO SÉRGIO PASSOS, Ministro dos Transportes, TEREZA CAMPELLO, Ministra do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, WAGNER BITTENCOURT, Secretário da Aviação Civil, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por seu representante judicial, inconformados com a r. decisão juntada ao **Evento 31**, que deferiu medida antecipatória, nos autos do processo eletrônico em epígrafe, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

(com pedido de atribuição de EFEITO SUSPENSIVO)

amparado no art. 19, § 1º, da Lei nº 4.717/65, bem assim nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil. Para tanto, passa a expor e requerer o que segue:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

I - DA DECISÃO IMPUGNADA

Trata-se, na origem, de ação popular proposta por Marcelo Roberto Zeni em face da União, mais quatorze pessoas jurídicas de direito privado ligadas à Administração Pública (empresas públicas e sociedades de economia mista) e treze pessoas físicas que ocupam cargos de Ministros de Estado no atual Governo Federal.

Noticiando que as pessoas físicas rés “acumulam cargos/empregos/funções, recebendo remuneração superior ao teto constitucional, se considerados seus subsídios percebidos da União e a remuneração que perceberiam como membros de Conselhos de Administração das pessoas jurídicas de direito privado apontadas como rés”, o autor popular requereu seja declarada nula/inconstitucional a acumulação de cargos/empregos, ou, pelo menos, limitada a R\$ 26.723,15 a remuneração total de cada um dos Ministros. Em sede de antecipação de tutela, pleiteou seja imediatamente aplicada a referida limitação ao teto constitucional.

A petição inicial foi emendada, postulando o autor a extinção do processo em relação aos réus Brizola Neto, Ana de Hollanda e DATAPREV, desistência que restou homologada pelo Juízo *a quo*.

Instada, a União prestou esclarecimentos ao Juízo, bem assim apresentou manifestação prévia quanto à antecipação dos efeitos da tutela pretendida, postulando seu indeferimento.

Nada obstante, examinando o pedido liminar, em 25/10/2012, o Juízo singular proferiu decisão deferindo o pleito, nos seguintes termos:

(...)

Isso posto, defiro o pedido de concessão de medida antecipatória para:

- **determinar** que as treze Organizações estatais rés e a Empresa Binacional Alcântara Cyclone Space deixem de pagar aos onze Ministros réus remuneração pela participação em seus conselhos;
- **proibir** os onze Ministros réus de receberem remuneração pela participação em conselhos de organizações estatais (sejam as rés, sejam outras);
- **determinar** que a União tome providências administrativas para que as treze Organizações estatais rés e a Empresa Binacional Alcântara Cyclone Space deixem de pagar aos onze Ministros réus remuneração pela participação em seus conselhos; e
- **determinar** que a União tome providências administrativas para que os onze Ministros réus não recebam mais remuneração por participação em conselhos de organizações estatais (sejam as rés, sejam outras).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Fixo o termo inicial dessa medida antecipatória em 1º.11.2012, isto é, a partir desse marco, os Ministros réus não poderão receber valores pela participação em conselhos de organizações estatais. Para o cumprimento desta medida, deve ser considerado um regime de competência pela atividade efetiva. Eventuais pagamentos por participação anterior a 1º.11.2012 podem ser efetuados. Deixo de fixar esse termo inicial na data de hoje a fim de evitar dificuldades financeiras e contábeis que decorreriam do hipotético fracionamento do mês de outubro de 2012.

Esta medida antecipatória deve gerar efeitos até a prolação de sentença; não impede a participação não-remunerada dos Ministros réus em conselhos de organizações estatais; **e deve ser cumprida no prazo de 10 dias, com comprovação material neste processo eletrônico.**

Tenho que não se deve fixar multa diária em desfavor dos Réus neste momento. O polo passivo desta ação é integrado pela União, por treze importantes Organizações estatais - muitas de renome internacional -, e por onze Ministros de Estado do Governo Federal. O Advogado-Geral da União é um desses réus. Sinto-me obrigado a crer que essas Partes se conduzirão nesta demanda com elevado sentimento de boa-fé, inclusive na sua dimensão de princípio geral de Direito. Tenho convicção pessoal que esta medida antecipatória será cumprida voluntariamente por todos, isso se, democraticamente, não for alterada em instâncias superiores do Poder Judiciário. Na indesejada hipótese de descumprimento, será avaliada a fixação de multa diária nos termos do art. 461, §4º, do CPC.

Por fim, sinalo-se que não há restrições legislativas para concessão de tutela de urgência desta natureza em desfavor da União. Pontuo que esta decisão antecipatória é, deveras, favorável à União.

O presente recurso de agravo desafia a r. deliberação singular acima indicada.

II – DA REPRESENTAÇÃO DOS MINISTROS DE ESTADO

Prefacialmente, importa desde já assentar a pertinência da representação jurídica dos Ministros de Estado acima nomeados pela Advocacia-Geral da União, nos termos da legislação de regência (Lei nº 9.028/95), que dispõe:

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no *caput*, e ainda:

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

§ 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo.

Destarte, tendo em vista que a presente ação popular relaciona-se diretamente à atividade exercida por Ministros de Estado junto a empresas estatais, perfeitamente cabível sua representação pela Advocacia-Geral da União, conforme Ofícios e Avisos Ministeriais encaminhados a este órgão de representação jurídica (documentos anexados aos autos do processo eletrônico originário).

Por outro lado, despicienda a juntada de procuração, tendo em vista que o mandato, no presente caso, se aperfeiçoa *ex vi legis*.

III - DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO DE AGRAVO SOB A MODALIDADE DE INSTRUMENTO

O presente agravo é interposto por instrumento, em conformidade com o art. 19, § 1º, da Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular, *in verbis*:

Art. 19. (...)

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

Ademais, tratando-se de decisão que concede medida antecipatória, a qual exige pronta análise e reversão pelo Tribunal *ad quem*, sob pena de manifesta ineficácia e inutilidade da medida, impõe-se o aviamento de agravo sob a forma de instrumento.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

A esse respeito, aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. RECURSO TIRADO CONTRA DECISÃO EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROCESSAMENTO. NECESSIDADE.

1. Em se tratando de decisões liminares ou antecipatórias da tutela, o agravo contra elas interposto deve ser, obrigatoriamente, de instrumento. Dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes, não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 31445/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 03/02/2012)

De outra banda, a decisão agravada é passível de causar lesão grave e de difícil reparação, acarretando graves reflexos à ordem jurídica e administrativa, impondo, inclusive, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, conforme será posteriormente abordado, o que também justifica a interposição por instrumento.

Portanto, revela-se o agravo de instrumento o recurso cabível à hipótese.

IV - DAS RAZÕES RECURSAIS

1. DA INEXEQUIBILIDADE DA DECISÃO LIMINAR PELA UNIÃO

Inicialmente, verifica-se a existência de óbice intransponível ao cumprimento da decisão judicial pela União, na forma como estabelecida pelo ilustre Julgador.

Da leitura do dispositivo decisório, percebe-se que o Juízo determinou à União que tome providências a fim de que as organizações estatais réus deixem de pagar aos onze Ministros réus valores pela participação em seus conselhos, bem assim a fim de que as referidas autoridades deixem de receber tais importâncias.

Entretanto, os valores devidos pela participação em conselhos de administração e fiscal, cujo recebimento restou vedado pela decisão singular, **não são pagos ou creditados pela União**, por meio de seus Ministérios, mas exclusivamente pelas pessoas jurídicas de direito privado que figuram no polo passivo da ação popular. Tais



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

entidades possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e receita próprios, além de autonomia técnica, administrativa e financeira, sem relação de hierarquia com os Ministérios.

De fato, a relação entre a pessoa jurídica de direito privado, componente da Administração Indireta, e os Ministérios é de mera vinculação, e não de subordinação. Não há, pois, ingerência da União sobre os atos de gestão e pagamento de pessoal das pessoas jurídicas que fazem parte da Administração Indireta.

Acrescente-se que o pagamento de despesas de pessoal e de custeio em geral, por parte das pessoas jurídicas demandadas, é realizado com recursos próprios, inexistindo repasse da União. Tal circunstância, aliás, viabiliza o pagamento de remunerações acima do teto constitucional, na forma do § 9º do art. 37 da Constituição Federal.

Destarte, apenas as empresas estatais têm condições de creditar os “jetons” aos onze Ministros réus, bem assim, logicamente, providenciar a cessação dos respectivos pagamentos. Tanto isso é verdade que o próprio Juízo *a quo* determinou, no primeiro item do dispositivo decisório, “*que as treze Organizações estatais rés e a Empresa Binacional Alcântara Cyclone Space deixem de pagar aos onze Ministros réus remuneração pela participação em seus conselhos*”.

Logo, não pode a União ser instada a dar efetividade a tal disposição, porquanto não possui qualquer responsabilidade ou ingerência sobre o referido pagamento, bem assim sobre a sua cessação.

O Poder Executivo Federal, em sua Administração Direta, não pode servir de intermediário entre o Poder Judiciário e o destinatário da ordem judicial. Do contrário, qualquer decisão judicial envolvendo determinações ao INSS, ao IBAMA, à FUNAI, à Caixa Econômica Federal S/A, ou a qualquer das empresas rés, ou outras entidades vinculadas, poderiam ser dirigidas exclusivamente à União, a qual, por sua vez, notificaria/intimaria as referidas pessoas jurídicas ao cumprimento. Nesse viés, a União constituiria ente centralizador de todas as citações e intimações promovidas pela Justiça em relação às pessoas jurídicas a ela vinculadas.

A toda evidência, o raciocínio não prospera, implicando ofensa aos princípios que regem o processo civil, bem assim ao princípio da separação e harmonia dos poderes, estatuído no art. 2º da Constituição Federal de 1988. É dizer, a jurisdição há de chegar, direta e realmente, ao jurisdicionado, e não alcançá-lo por etapas, sujeita a



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

condições, e por meio de interpostas pessoas. Deste poder-dever não se pode furtar o Poder Judiciário.

Nesses termos, considerando que compete às organizações estatais rés a cessação dos pagamentos alcançados aos Ministros réus, não pode ser a União intimada ao atendimento da ordem e à comprovação do seu cumprimento.

Por conseguinte, não pode subsistir a decisão recorrida, sendo forçosa a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

2. DA OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

Partindo-se da mesma premissa suscitada no tópico precedente, relativamente à autonomia das entidades rés, outras conclusões devem ser extraídas.

Além de as referidas instituições possuírem personalidade jurídica distinta do ente criador, patrimônio e receita próprios, autonomia técnica, administrativa e financeira, sem relação de subordinação, são representadas judicialmente por órgãos de assessoria jurídica próprios, cada qual com seus procuradores. Além disso, possuem interesses, finalidades e objetivos específicos, os quais não se confundem com os da União.

Dáí se depreende que a intimação da União para apresentação de manifestação prévia, antes do exame do pedido de antecipação de tutela, não substitui e não supre a oitiva das estatais rés.

A manifestação prévia das entidades era essencial para a correta composição da lide, tendo em vista que são pessoas jurídicas com características singulares, cujo conhecimento se revelava imprescindível para correta decisão da lide. Tão necessárias tais informações que o próprio Juízo *a quo* determinou às empresas que esclareçam sua natureza jurídica e a natureza dos seus conselhos por ocasião da apresentação da contestação. Nesse sentido, é evidente que as empresas poderiam suscitar outras questões a ela específicas, de forma a comprovar a legalidade dos pagamentos questionados.

Ora, a concessão de medida antecipatória em desfavor das entidades requeridas (e diz-se em desfavor porque estas têm interesse na preservação da participação dos Ministros em seus conselhos, como se tratará adiante), sem sua prévia oitiva, ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, positivados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

As tutelas de urgência, aí incluídas a antecipação dos efeitos da tutela e a cautelar, apesar de sua natureza célere, não dispensam a prévia oitiva da parte requerida, tendo em vista os princípios constitucionais aventados.

Acerca do tema, as percucientes palavras de Teori Albino Zavascki em sua obra sobre Antecipação da Tutela:

“Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. No dizer de Rui Portanova, “o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder”. Eis aí a razão para afirmar, como o fez Cândido Dinamarco, que “se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional. Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida inaudita altera pars. A providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário. Por exemplo, se a demora decorrente da bilateralidade de audiência for incompatível com a urgência da medida pleiteada, ou se a cientificação do requerido acarretar, por si só, risco de dano ao direito, é evidente que, nesses casos, a dispensa da providência estará justificada, em nome da garantia da efetividade da jurisdição.”¹”

A lição do eminente doutrinador e magistrado é a que também subjaz à legislação processual civil brasileira. Consoante dispõe o art. 797 do CPC:

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Nessa mesma seara, o art. 804 do CPC prevê:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 118 e 119.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Depreende-se, da lei e da doutrina, que a oitiva da parte requerida previamente à concessão da medida antecipatória não constitui direito absoluto. Até mesmo porque não há falar em direito absoluto. Todavia, é arvorada à condição de um valor constitucional, por si só tutelável, o qual somente pode ser relativizado em casos especiais, a fim de resguardar “*outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional*”.

Nesse sentido, o contraditório diferido não pode ser banalizado, tampouco tornar-se regra, ao invés da exceção.

A partir de tal pressuposto, verifica-se que o contraditório prévio foi afastado no caso dos autos. E o foi não para que outro valor de mesma envergadura constitucional fosse implementado.

Veja-se que inexistia o perigo de que a intimação dos réus tornasse ineficaz a medida de corte de remunerações, eis que poderia ser determinada a qualquer tempo. Tampouco a realização do princípio da celeridade justificaria a redução do contraditório, eis que a ação tramita há apenas 05 meses, sendo que a permissão de recebimento dos “jetons” a agentes públicos remonta ao ano de 1996 (há mais de 16 anos), quando da edição da Lei nº 9.292/96.

E, reprise-se, a intimação da União não poderia substituir a das entidades rés, dada a personalidade jurídica absolutamente distinta, a completa autonomia de interesses, bem assim a integral diversificação de representação jurídica.

Portanto, carece de validade a decisão recorrida, devendo ser cassada a medida antecipatória concedida, com a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

**3. DOS REQUISITOS PARA A MEDIDA ANTECIPATÓRIA
EM AÇÃO POPULAR**

A ação popular rege-se pelas disposições da Lei nº 4.717/65, diploma que, em seu art. 5º, § 4º, autoriza a concessão de medidas antecipatórias ao julgamento de mérito: “*Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado*”.

Dando contornos precisos à regra geral, doutrina e jurisprudência entenderam por aplicar ao instituto antecipatório popular os mesmos pressupostos e regras gerais aplicáveis ao processo civil. E isso seja pela coincidência de fundamentos e escopos, seja pela previsão, na própria Lei nº 4.717/65, quanto à aplicação subsidiária do Código de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Processo Civil, naquilo que não conflitar com a sistemática da ação popular (arts. 7º, *caput*, e 22 do indigitado diploma legal).

Assim, de um modo geral, a tutela de urgência nos processos coletivos, tal como a ação popular, segue o mesmo regramento incidente nos processos individuais. E, tendo em vista o caráter satisfativo objetivado pela medida postulada nos autos, tendente à antecipação de um provimento que somente seria obtido ao final do processo, incide na hipótese o art. 273 do CPC, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Portanto, os requisitos para a “suspensão liminar do ato lesivo impugnado”, em caráter liminar na ação popular, guardam estreita relação com a antecipação dos efeitos da tutela. Revelando-se necessário, pois, a existência de verossimilhança das alegações, fundada em prova inequívoca, bem assim o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso dos autos, nenhum dos requisitos se revela presente, como se passa a demonstrar.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO**

**4. DA AUSÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE DANO
IRREPARÁVEL E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO**

Não se evidencia, no caso, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, mesmo, o *periculum in mora*, a ensejar a medida antecipatória postulada.

Assinale-se, inicialmente, que os atos a que se visa suspender, relativos à participação de agentes públicos em conselhos de estatais, com o pagamento de “jetons”, remontam ao ano de 1996, quando foi editada a Lei nº 9.292/96, que incluiu à Lei nº 8.112/90 o parágrafo único do art. 119, autorizando, expressamente, o aludido procedimento.

Ou seja, a situação objeto de medida antecipatória vem ocorrendo regularmente há cerca de 16 (dezesseis) anos, com fundamento expreso na Lei nº 9.292/96, esta, aliás, tida, cautelarmente, por constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1485, em decisão também de 1996, consoante se abordará a seguir. E a circunstância perdura sem que tenha sido objeto de questionamentos judiciais em outro momento, como restou demonstrado pela originalidade da presente ação cautelar.

Assim, inexistente a figura da urgência a permitir a concessão da medida antecipatória, tendo em vista que a ação popular foi ajuizada quando já decorridos 16 (dezesseis) anos da origem dos atos impugnados.

Pontue-se que a função jurisdicional do Estado busca, por definição, a solução definitiva dos conflitos entre as partes, mediante cognição exauriente e integral, realizada posteriormente à devida instrução processual, bem assim ao exercício do contraditório e da ampla defesa, com amparo na integralidade dos elementos disponíveis ao julgador.

A antecipação dos efeitos da tutela, nesse sentido, constitui exceção à regra geral, justificando-se tão-somente quando, devido à urgência que o caso reclama, revela-se inviável aguardar a cognição exauriente. Nesse tom, não é por acaso que as tutelas antecipada e cautelar são denominadas tutelas de urgência, a revelar, na essência, o fundamento desses institutos processuais.

Dessa forma, não se pode relativizar a garantia constitucional ao devido processo legal e à consequente cognição exauriente sem que haja fundamento de urgência da medida.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Nesse sentido:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA NORMA EDITADA EM 1998. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. Para a concessão dos efeitos da tutela antecipada é preciso que estejam presentes a aparência do bom direito (fumus boni iuris) e a urgência (periculum in mora), ambos ausentes no caso em análise, considerando que entre a data da edição da norma atacada e do ajuizamento da ação decorreu longo tempo, hipótese que faz desaparecer a urgência da medida antecipatória.

(TRF4, AG 5007875-35.2010.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, D.E. 28/03/2011)

Portanto, ausente o pressuposto do *periculum in mora* a ensejar a concessão da liminar, o que, por si só, infirma a medida.

Nada obstante, cumpre também assinalar que os fundamentos adotados pelo Juízo *a quo* para a concessão da medida, relativos ao receio de dano irreparável ao princípio da moralidade e à ordem financeira, devem ser examinados com parcimônia.

A afirmação de receio de dano irreparável ao princípio da moralidade administrativa, *data vênia*, não pode servir para configuração de requisito para a tutela de urgência.

A questão relativa à moralidade administrativa é principiológica, abstrata, despida da necessária concretude, o que é revelado pela própria definição do princípio dada pela doutrina e jurisprudência. Da própria conceituação exposta pelo eminente magistrado prolator da decisão agravada, conferida por Alexandre de Moraes, extraem-se, inevitavelmente, diretrizes como o “respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça”, com alto grau de generalidade e abstração.

A toda evidência, trata-se de construção de inegável importância ao Direito Administrativo, mas, dada sua natureza, não possui aplicabilidade na específica situação ora tratada.

A propósito, a lição de Teori Albino Zavascki:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (= o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (= o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

*justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado.*²

Com efeito, para configuração do requisito em foco, exige-se, além de dano grave e atual, seja ele efetivo e concreto, passível de percepção no plano dos fatos, não sendo suficiente a mera perspectiva de dano a um valor jurídico geral e abstrato.

Assim, o suposto receio de dano à moralidade administrativa, aventado pelo julgador, não constitui risco concreto de dano, na forma exigida pelo art. 273, inciso I, do CPC.

De todo modo, no caso dos autos, fica difícil visualizar efetivo risco de dano ao valor jurídico apontado (moralidade administrativa) se a questão de fundo tratada é de veras debatida. E, mais, se os atos impugnados na demanda estão autorizados expressamente em lei. Lei esta, aliás, cuja constitucionalidade já restou liminarmente assentada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de motivação robusta e legítima.

Nesse contexto, o fundamento adotado, concernente ao risco de dano à moralidade administrativa, não se revela preciso e concreto para justificar a concessão de uma medida especial.

Sob outra ótica, relativamente ao dito receio de dano irreparável de natureza financeira, da mesma forma, não pode, no presente caso, ser visto como apto para legitimar a tutela antecipatória.

Nesse ponto, refira-se, novamente, que as importâncias devidas pela participação em conselhos de administração e fiscal, objeto de questionamento na ação popular, são pagas exclusivamente pelas pessoas jurídicas autônomas que figuram no polo passivo da ação popular. Tais empresas possuem personalidade jurídica de direito privado, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, a teor do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Ademais, creditam os valores em questão a partir de recursos próprios, sem qualquer repasse da União, na forma referida pelo art. 37, § 9º, da Carta.

Daí decorre que os pagamentos realizados pelas estatais aos Ministros de Estado não envolvem qualquer recurso público e não configuram lesão financeira ao patrimônio público.

² Ob. cit. p. 80.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Ora, as empresas são superavitárias, adotando procedimentos financeiros e regras de contabilidade de caráter privado, bem assim utilizando recursos da própria exploração econômica para o pagamento das remunerações, haja vista a sujeição ao regime próprio das empresas privadas relativamente às obrigações civis e comerciais, nos termos do citado preceito constitucional.

E mais: o pagamento de honorários aos conselheiros dessas empresas já constitui despesa prevista em seus estatutos e na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76). Se não forem pagos aos Ministros de Estado, o serão àqueles que vierem a integrar os Conselhos.

Destarte, inexistente lesão de natureza financeira a motivar a tutela.

Atente-se, ainda, que a cessação do pagamento aos Ministros de Estado pela participação em conselhos fiscais e administrativos poderia implicar, ao contrário, prejuízo às empresas estatais e à coletividade.

A participação dos Ministros de Estado nos referidos Conselhos gera inúmeros benefícios às estatais, considerando a experiência, os conhecimentos e as informações estratégicas agregadas pelos agentes. E o pagamento de “jetons” aos Ministros de Estado, ao revés, constitui dispêndio absolutamente ínfimo em comparação com as benesses oriundas da sua contribuição pessoal ao êxito das atividades desenvolvidas pela respectiva pessoa jurídica. Não se olvide que a atividade econômica exercida por aquelas entidades é fundamental para o Estado e para a sociedade, fazendo girar cifras na casa das centenas de bilhões de reais. Da mesma forma em relação à prestação de serviços, de caráter essencial e de grande relevância para a sociedade.

Considere-se, ainda, que o bom desempenho das referidas pessoas jurídicas, por óbvio, reflete em benefícios à União e à população brasileira, seja em forma de serviços públicos (prestados diretamente por algumas empresas), seja em forma de investimentos em infraestrutura ainda tão deficitários no país, seja em forma de crescimento do mercado de trabalho, seja em forma de desenvolvimento econômico em geral.

Logo, a situação supostamente geradora de lesão financeira às empresas é, em verdade, benéfica, para elas e para toda a coletividade. De outro lado, eventual cessação do pagamento de honorários e das participações ministeriais em estatais poderá gerar perda de ganhos ou, até mesmo, danos à gestão dessas empresas, com reflexos para a sociedade.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

A pretexto de se economizar alguns recursos de caráter privado das empresas estatais (muito inferiores, aliás, àqueles alcançados aos cargos corporativos das empresas, como bem pontuou o Juízo *a quo*), estar-se-á admitindo riscos financeiros, econômicos e sociais muito superiores.

Não bastasse o exposto, assevere-se que as importâncias que ora estão sendo pagas aos Ministros de Estado podem, sim, em tese, ser objeto de devolução às empresas estatais, em momento posterior.

É verdade que a jurisprudência majoritária dos tribunais pátrios propugna o entendimento de que os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público não estão sujeitos à restituição, ainda que indevidos. Todavia, ainda persiste controvérsia acerca da questão, sobretudo em casos em que há nulidade absoluta do pagamento (como na hipótese de eventual inconstitucionalidade), e a propósito da identificação da boa-fé dos beneficiários (como no caso de recebimento de valores remuneratórios por meio de decisão judicial provisória). A esse propósito: STJ, AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011.

Além disso, persiste hígida em nosso ordenamento a regra do art. 46, *caput*, da Lei nº 8.112/90, cabendo ao Judiciário dar-lhe interpretação no caso dos autos. Caso este, aliás, cuja singularidade poderá autorizar interpretação diversa.

Nesse particular, sinale-se que, se o Juízo *a quo* proferiu decisão no sentido de cessar, abruptamente, remuneração percebida por agentes públicos, sem se ater à natureza alimentar das verbas, por que razão não poderia determinar eventual devolução em momento posterior destas mesmas verbas? Se entendeu o julgador pelo mais, por que não poderia entender pelo menos?

Portanto, também sob tal perspectiva, não se verifica a existência de receio de dano irreparável de natureza financeira.

Finalmente, oportuno que se colacione o presente aresto do Egrégio TRF4, esclarecedor acerca dos requisitos para a medida antecipatória:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PROVA INEQUÍVOCA. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

1. Objetivando a ação popular desconstituir ato administrativo e, em consequência disso, a devolução dos valores recebidos pelos servidores do Senado Federal a título de horas extras durante o período de recesso parlamentar, necessária prova inequívoca da suposta irregularidade do



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

ato, sem o qual a verossimilhança do direito alegado milita a favor da administração pública, cujos atos possuem presunção de legitimidade.

2. O dano irreparável ou de difícil reparação que justifica a medida liminar não é o dano eventual e hipotético, mas o dano concreto e iminente, o que não vislumbro no caso em tela, sobretudo se considerado que a administração pública, caso julgada procedente a ação popular, possui meios processuais e administrativos adequados e céleres, conforme disposto nos artigos 47 e 47, da Lei nº 8.112/90, para garantir o ressarcimento dos valores que pagou indevidamente a seus servidores.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF4, AG 0000340-72.2012.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 28/05/2012)

De todo o exposto, deve ser reformada a decisão agravada.

5. DA AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

Não pode subsistir a decisão antecipatória, ainda, porquanto inexistente verossimilhança da alegação do autor popular, senão vejamos.

Os incisos XVI e XVII, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, assim dispõem, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

(...)

Do inciso XVI, supratranscrito, deflui – excepcionados os cargos apontados nas alíneas “a” a “c” – a vedação constitucional de **acumulação remunerada de cargos públicos**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Ora, não se trata, no caso do exercício concomitante, pelas pessoas físicas rés da presente ação, das funções de Ministros de Estado e de membros de Conselhos de Administração ou Fiscal das empresas corrés, de indevida acumulação de cargos públicos, a toda evidência, visto não se tratar, no último caso, de cargo público.

Certo que o inciso XVII estende a vedação para *empregos e funções*, abrangendo *autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público*. Todavia, ainda assim a vedação constitucional não abrange a ora atacada participação em Conselhos de Administração ou Fiscal das empresas demandadas na presente ação.

Com efeito, tratam-se as empresas corrés de pessoas jurídicas de direito privado, independentes economicamente da União, o que descaracteriza a participação em seus Conselhos de Administração e/ou Fiscal como exercício típico de função pública. A retribuição pelo exercício de função em conselho de entidade de direito privado guarda um caráter próprio, correspondente à retribuição de representação. Não se trata de vínculo contratual, **mas representativo**, nem se configura, na espécie, exercício de funções gratificadas ou cargos em comissão.

Tanto assim que a Lei nº 8.112/90 autoriza expressamente a participação de servidores públicos nos conselhos fiscal e administrativo de empresas em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedades cooperativas constituídas para prestar serviços a seus membros. E mais: a lei excepciona, da vedação à remuneração pela participação em órgão de deliberação coletiva, a remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica.

Este o teor dos arts. 117, *caput*, X, parágrafo único, e 119, *caput*, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.112/90, *verbis*:

Lei nº 8.112/90

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

(...)

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e
(...)

Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica.

Nos casos *sub judice*, os pagamentos efetuados a título de participação nos órgãos de deliberação coletiva são feitos com base nas previsões dos estatutos da empresa respectiva, com respaldo na Lei nº 9.292/96.

Por sua vez, o Decreto nº 1.957/96, que regulamenta a Lei nº 9.292/96, indica que é permitida a participação remunerada de servidores públicos federais em, no máximo, dois conselhos de administração ou fiscal de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

O Supremo Tribunal Federal, na apreciação da medida cautelar na ADI 1.485/DF (Relator Ministro Neri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 07.08.96), chancelou a presunção de constitucionalidade dos dispositivos legais acima referidos. Assim se manifestou, à unanimidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Arts. 2º e 5º, da Lei nº 9.292, de 12.7.1996. O primeiro introduz parágrafo único no art. 119 da Lei nº 8.112/1990 e o segundo revoga a Lei nº 7.733, de 14.2.1989, e demais dispositivos em contrário. Exclui do disposto no art. 119 da Lei nº 8.112/1990 a remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal de empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e contratadas, bem como quaisquer atividades sob controle direto ou indireto da União. 3. Alega-se vulneração ao art. 37, XVI e XVII, da Constituição, quanto à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. 4. **Não se cuida do exercício de cargos em comissão ou de funções gratificadas, stricto sensu, especialmente porque se cogita, aí, de pessoas jurídicas de direito privado.** 5. **Não se configura, no caso, acumulação de cargos vedada pelo art. 37, XVI, da Lei Maior.** 6. Não caracterização do pressuposto da relevância jurídica do pedido. 7. Medida cautelar indeferida. (grifamos)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

É dizer: além de existir a possibilidade de o servidor público participar de Conselho de Administração em empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, inexistente óbice legal à percepção de contraprestação por tal participação.

Ademais, por corolário óbvio de tudo quanto se expôs acima, principalmente **por não se tratar, a participação em conselhos de administração e fiscal de empresas privadas de exercício de cargo em comissão ou emprego ou função pública, o pagamento desta contraprestação, em conjunto com o subsídio do cargo/função pública, não está limitado ao teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988.**

Essa é, aliás, a ideia constante da Mensagem de nº 675 de veto do § 4º, do art. 1º, da Lei nº 9.292/96, *verbis*:

“Mensagem nº 675

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 121, de 1995 (nº 4.693/94 da Câmara dos deputados), que “Dispõe sobre a remuneração dos membros dos conselhos de administração e fiscal das entidades que menciona e dá outras providências”.

Ouvido, o Ministério do Planejamento e Orçamento manifestou-se pelo veto ao inciso II do §3º e ao §4º, ambos do art. 1º do projeto.

(...)

§4º do Art. 1º

“§ 4º Para fins de aplicação do limite previsto no art. 3º da Lei nº 8.852, de 4 de fevereiro de 1994, considerar-se-á a retribuição devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das entidades a que se refere o *caput* deste artigo, devendo tais entidades promover a redução dessa contribuição quando a soma de seu valor à remuneração definida no inciso III do art. 1º daquela Lei, acrescida da retribuição eventualmente devida ao servidor pela participação em outro conselho, ultrapassar o limite mencionado neste dispositivo.”

Razões do veto

“Este dispositivo, que não constava do projeto original, mistura remuneração de cargo ou função pública com honorários de conselheiros, cuja função decorre de cargo eletivo, por tempo determinado, sem concurso público, sem encargos sociais e destituível a qualquer tempo, regulada pela Lei das Sociedades Anônimas. Tal medida mostra-se de difícil implementação, demandando oneroso procedimento de controle para aplicação a um reduzido universo de funcionários. Adicionalmente, ao contrário do que ocorre com a função do servidor público, a de conselheiro impõe-lhe o ônus da responsabilidade – pessoal e intransferível - por seus atos, na garantia dos quais empenha, inclusive,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

seu patrimônio pessoa. Se, por absurdo, a representação em conselho viesse a ser considerada cargo público – para que sua remuneração se adicionasse à retribuição do servidor para fins de determinação de limite, estaria caracterizada a inconstitucionalidade da acumulação, vedada pelo art. 37 da Constituição Federal.”

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 12 de julho de 1966

Fernando Henrique Cardoso. (grifo nosso)

Com efeito, a atividade em tela refere-se a uma participação, de caráter representativo, o que não se confunde com exercício de cargo ou função pública. Os valores pagos, por sua vez, constituem honorários de conselheiros, e não remuneração funcional. Destaque-se, ainda, que a participação, função *sui generis*, de natureza especial, é eletiva, por tempo determinado, sem concurso público, sem encargos sociais, e destituível a qualquer tempo. Outrossim, a regulamentação se dá pela Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e pelos diferentes estatutos das diversas empresas. E, ao contrário do que ocorre com a função pública, a de conselheiro impõe-lhe o ônus da responsabilidade – pessoal e intransferível – por seus atos, na garantia dos quais empenha, inclusive, seu patrimônio pessoal.

Consequentemente, não havendo qualquer subsunção da posição ocupada pelos membros de conselhos de administração e fiscal de empresas públicas e sociedades de economia mista federais às características de cargos/empregos/funções públicos, não se configura acumulação constitucionalmente vedada (art. 37, XVI e XVII, CF), restando perfeitamente admissível a participação e a remuneração de agentes públicos em tais colegiados, conforme permissivo constante do art. 119, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90.

O raciocínio acima exposto é reforçado pela Lei nº 8.852, de 04 de fevereiro de 1994, que dispõe sobre a aplicação do art. 37, XI da nossa Constituição Federal. Tal diploma indica quais são os tipos de retribuição pecuniária devidas na administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, **não** estando incluída, dentre elas, o recebimento de “*jeton*” ou contraprestação pela participação em conselhos de administração de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Demais a mais, refira-se o princípio geral de Direito relativo à proibição da prestação de serviços gratuitos, sob pena de locupletamento ilícito do beneficiário. Diretriz esta, aliás, encampada pela lei, a teor do art. 4º da Lei nº 8.112/90.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Ainda, é imperioso destacar que, em relação aos valores eventualmente recebidos a título de gratificação ou honorários pela participação nos órgãos de deliberação coletiva das empresas apontadas como rés, o § 9º do art. 37, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, estabelece que as disposições do inciso XI aplicam-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias dependentes.

Dessa forma, considerando que, nos termos do ofício nº 700/DEST-MP (já anexado aos autos do processo de origem), **as empresas requeridas são independentes**, ou seja, **não recebem recursos do Tesouro Nacional para o custeio de despesas com pessoal ou de custeio em geral, as referidas disposições sobre o teto remuneratório não se aplicam a essas entidades, não cabendo, de igual modo, qualquer questionamento sobre a matéria.**

Portanto, demonstrada que restou, à sociedade, a ausência de verossimilhança das alegações da parte autora, indispensável ao deferimento da tutela antecipada pretendida, só por isso já se mostra impositivo o indeferimento desta.

6. DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Refira-se, ainda, que milita em favor das leis a presunção de sua constitucionalidade. Trata-se de postulado interpretativo em matéria constitucional, incorporado ao ordenamento jurídico por via doutrinária e jurisprudencial.

A respeito do princípio e de suas consequências práticas, Luis Roberto Barroso leciona³:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. (...)

Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

(a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;

(b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 177-180.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Ao tratar da aplicabilidade do princípio na Suprema Corte norte-americana, assinala algumas das regras limitadoras:

(...) a jurisprudência da Suprema Corte desenvolveu uma série de limitações quanto a quem pode suscitar a jurisdição constitucional, quando ela deve ser exercida e quais casos podem ser apreciados. (...) Relativamente à oportunidade, a Suprema Corte desenvolveu as teses da prejudicialidade (*mootness*) – o Tribunal não se pronuncia quando alguma circunstância superveniente, de fato ou de direito, torna desnecessária sua manifestação sobre a questão constitucional – **e da prematuridade (*ripeness*) – o Tribunal não se pronuncia quando entende que a questão constitucional ainda não se encontra suficientemente amadurecida, por estarem os fatos em andamento ou por haver a possibilidade de que eventos futuros modifiquem sua configuração jurídica.**(...) (grifei)

O princípio da presunção da constitucionalidade das leis exige, no raciocínio descrito, parcimônia e cautela no exame e julgamento acerca da compatibilidade das leis com a Constituição Federal. Importa temperanças à atuação judicial, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade deve ser encarada como *ultima ratio*, reconhecida apenas quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento. Ademais, na dúvida sobre a constitucionalidade ou não de norma, o Judiciário deve privilegiar o juízo favorável à compatibilidade.

Tais ponderações devem ser encampadas no caso dos autos, o qual não trata de mera subsunção legal e constitucional, não é de simples raciocínio, tampouco admite exame perfunctório. A matéria é complexa e exige análise detida, razão pela qual deve ser prestigiada a presunção de constitucionalidade da Lei nº 9.292/96.

Sobretudo porquanto se trata de provimento liminar, de cognição sumária, o que impõe ainda maior temperança no julgamento.

Ademais, como já referido, o contraditório não foi oportunizado adequadamente, uma vez que as demais rés não foram intimadas para manifestação preliminar. A ampla defesa também ainda não foi exercida, eis que a União e os demais requeridos não apresentaram defesa.

E, frise-se, o processo ainda não está devidamente instruído, tampouco as questões de direito suficientemente esclarecidas. Tanto que o Juízo *a quo* determinou às empresas que esclareçam sua natureza jurídica e a natureza dos seus conselhos por ocasião da apresentação da contestação.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

As informações específicas a respeito dessas empresas, de sua natureza e a de seus conselhos devem ser trazidas aos autos antes de decidir-se acerca da legitimidade da participação remunerada de Ministros de Estado, eis que podem alterar a percepção acerca do tema.

Exemplificando a relevância dessas informações, saliente-se, relativamente à ré Itaipu Binacional, a sua natureza de empresa jurídica internacional, que impõe sua submissão ao regime jurídico internacional, sem que se lhe apliquem normas de direito interno, constitucionais ou administrativas. Trata-se de questão pertinente e singular, a qual deve ser examinada oportunamente após o exercício de defesa.

Portanto, deve ser prestigiada, sobretudo neste momento, a presunção de constitucionalidade da lei, sendo forçosa a cassação da medida antecipatória.

**7. DA AÇÃO POPULAR COMO SUCEDÂNEO DE
CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

A pretensão inicial formulada, relativa à anulação dos atos relativos à acumulação de cargos e remunerações dos Ministros de Estado, vai de encontro frontalmente ao disposto nos arts. 117, parágrafo único, e 119, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, os quais permitem, expressamente, a participação de servidores públicos nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades vinculadas à União.

Nesse tom, o pedido formulado na ação popular, em última análise, tem como escopo afastar do ordenamento a regra disposta nos aludidos preceitos, declarando a sua inconstitucionalidade.

Ocorre que a Ação Popular, de forma análoga à Ação Civil Pública, não pode servir de sucedâneo ao controle de constitucionalidade, sob pena de usurpação da competência do STF.

Nesse sentido:

Reclamação constitucional - Ação Civil Pública – Lei nº 9.688/98 – Cargo de censor federal - Normas de efeitos concretos – Declaração de inconstitucionalidade – Pleito principal na Ação Civil Pública – Contorno de ação direta de inconstitucionalidade – Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal – Reclamação julgada procedente. 1. A ação civil pública em tela tem por objeto a Lei nº 9.688/98, que teve sua inconstitucionalidade arguida perante esta Suprema Corte, nos autos da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

ADI nº 2.980/DF, tendo o pleito sido rejeitado por se tratar de normas de efeitos concretos já exauridos. 2. A Lei nº 9.688/98 foi editada com o fim de imprimir eficácia à norma do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, após provocação por esta Suprema Corte (ADI nº 889/DF), norma essa que versa, especificamente, sobre o aproveitamento dos ocupantes do extinto cargo de censor federal em outras carreiras. 3. O pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, traduzindo-se em pedido principal da demanda, não se podendo falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado. 4. Voto vencido: a ação civil pública tem como pedido principal a pretensão de nulidade de atos de enquadramento de servidores públicos. A declaração de inconstitucionalidade da lei em que se embasa o ato que se pretende anular constitui fundamento jurídico do pedido, portanto, a causa petendi, motivo pelo qual não há falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada procedente, por maioria.

(Rcl 1503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012 EMENT VOL-02644-01 PP-00001)

Nesse teor, também deve ser reformada a decisão agravada.

8. DA VEDAÇÃO À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Indiscutivelmente, a decisão pleiteada a título de antecipação de tutela não pode ser proferida, na medida em que não se coaduna com os termos da Lei nº 8.437/92, que, em seu art. 1º, § 3º, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

O art. 1º da Lei nº 9.494/97 vem aplicar o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 na seara das tutelas antecipadas, como é o caso dos autos.

Da simples leitura do pedido formulado pelo autor em sua peça inicial, constata-se, facilmente, que restará esgotado o pleito vestibular, caso o pedido liminar seja deferido, ou seja, caso haja a limitação remuneratória dos Ministros de Estado.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

Indubitavelmente, os Tribunais têm firmado entendimento no sentido de suspender a eficácia da liminar satisfativa, bem como da tutela antecipada concedida contra o Poder Público, que esgote, no todo, ou em parte, o objeto da ação. É justamente o caso em tela.

Em suma, a tutela antecipada não deve ser deferida, sob pena de transgredir os termos da Lei nº 8.437/92.

V – DO EFEITO SUSPENSIVO

Os agravantes requerem seja atribuído efeito suspensivo ao presente agravo, na forma do art. 558 c/c art. 527, III, do CPC, sustando-se imediatamente os efeitos da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Inicialmente, ressalte-se que a decisão é inexecutável em relação à União, eis que compete exclusivamente às estatais a cessação dos pagamentos alcançados aos Ministros de Estado réus, consoante se abordou em tópico anterior. O direcionamento da ordem judicial à União, sem a intimação das entidades responsáveis, infirma a medida antecipatória. Tal fundamento, por si, exige a suspensão dos efeitos da decisão agravada, eis que não pode persistir sem exequibilidade. Não se olvide, aliás, que o Juízo *a quo* fixou o prazo de 10 (dez) dias para comprovação material do atendimento à ordem.

Sob outro enfoque, a concessão de medida antecipatória em desfavor das empresas estatais requeridas, sem sua prévia oitiva, e sem que se avenge fundamento legítimo para a exceção, ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, positivados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. A desconformidade do *decisum* com tais garantias constitucionais impede a produção regular de seus efeitos, de sorte a tornar imperativa a concessão de efeito suspensivo.

Demais a mais, a medida antecipatória foi concedida sem que houvesse a presença do requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, mesmo, o *periculum in mora*, tendo em vista o decurso de mais de 16 anos da origem dos atos impugnados, bem assim a ausência de outros requisitos autorizadores da tutela de urgência.

Tampouco restou evidenciada a verossimilhança das alegações, considerando a fundamentação de mérito anteriormente apresentada, amparada em dispositivo expresso de lei, cuja constitucionalidade já restou assentada em caráter liminar pelo Supremo Tribunal Federal. E, nesse contexto, tem aplicação ao caso o princípio da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO

presunção da constitucionalidade das leis, impondo privilégio ao juízo de compatibilidade, sobretudo em se tratando de provimento liminar, de cognição sumária, sem que tenham sido exercidos devidamente o contraditório e a ampla defesa.

De outra banda, verifica-se que a ação popular não pode ser utilizada como sucedâneo ao controle de constitucionalidade, sob pena de usurpação da competência do STF. E, ainda, que o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 veda a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação, justamente o caso dos autos.

Além de todo o exposto, a própria natureza da decisão agravada torna forçosa a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Considere-se que, independentemente do caráter ou do *quantum* pago a título de “jetons”, a verba preserva sua natureza jurídica alimentar. De sorte que, a exemplo do que ocorre com os honorários pagos a outros profissionais, lhes são atribuídas garantias legais, tais como a da impenhorabilidade, prevista no art. 649, IV, do CPC.

Dessa forma, a supressão abrupta dos pagamentos, em caráter liminar, ofende tal proteção especial conferida à retribuição.

Outrossim, desprestigia o princípio da igualdade, eis que, em casos análogos envolvendo agentes públicos, a jurisprudência tem se mostrado refratária à interrupção liminar de pagamentos.

Ainda, rememore-se o que se afirmou quanto à gestão das empresas estatais e aos reflexos daí decorrentes para toda a coletividade. Os Ministros de Estado exercem atividade de grande relevo para a consecução dos fins a que se destinam as organizações rés, tendo em vista a experiência, os conhecimentos e as informações estratégicas agregadas pelos agentes. O desequilíbrio de tal relação implicará prejuízos à orientação da prestação de serviços e aos negócios empresariais, bem assim à estruturação e ao funcionamento das organizações, com consequências negativas à ordem jurídica, administrativa, econômica e social.

Nesses termos, imperativa a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO**

VI - DOS PEDIDOS

EM FACE DO EXPOSTO, requerem os agravantes a essa Egrégia Corte:

- 1) seja o presente recurso recebido, observadas as formalidades prescritas no artigo 527 do CPC;
- 2) seja **atribuído efeito suspensivo ao presente recurso**, nos termos do artigo 527, III, combinado com o artigo 558, do CPC, determinando-se a imediata suspensão dos efeitos da decisão agravada até o pronunciamento definitivo dessa Colenda Turma;
- 3) seja intimada a parte agravada para, querendo, apresentar resposta ao recurso, na forma do artigo 527, V, do CPC;
- 4) por fim, **seja provido o presente recurso**, com a reforma em definitivo da decisão agravada, cassando-se a medida antecipatória deferida.

VII - REQUISITOS PROCEDIMENTAIS

**A) Nome e endereço completo dos Advogados constantes do Processo
(CPC, art. 524, III):**

Em atenção ao disposto no art. 524, inciso III, do CPC, a agravante informa o nome e endereço completo dos advogados das partes no processo originário, conforme segue:

1) **Procurador da Parte Agravante:** André Luís dos Santos Mottin, Advogado da União, lotado na Procuradoria Seccional da União em Passo Fundo/RS, com endereço na Rua Antônio Araújo, nº 1190, 4º andar, Bairro João Lângaro, em Passo Fundo/RS, Telefone (54) 3313-6840 / Fax (54) 3312-7000.

2) **Advogado da Parte Agravada:** Alexandre Gehlen Ramos, OAB/RS 52.744, com endereço profissional na Rua Bento Gonçalves, 50, sala 601, Passo Fundo/RS.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA SECCIONAL DA UNIÃO EM PASSO FUNDO**

B) Documentos que instruem o presente Agravo:

Tendo em vista a interposição deste agravo por meio eletrônico, vinculado ao processo de origem, os agravantes deixam de instruir o recurso com documentos, reportando-se a todos os elementos anexados aos autos eletrônicos, conforme orientação contida na Resolução nº 17, de 26.03.2010, da Presidência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (arts. 43 e §§) e nos avisos divulgados no site da Corte e da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul acerca desta modalidade recursal (*'Agravo de Instrumento no E-Proc V2'*).

Nestes termos, espera provimento.

Passo Fundo/RS, 30 de outubro de 2012.

ANDRÉ LUÍS DOS SANTOS MOTTIN

Advogado da União

SIAPE 1742540