

# Sentenças





## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0001049-61.1998.4.03.6100**

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**Rés:** UNIÃO FEDERAL, TVI COMUNICAÇÃO INTERATIVA LTDA, TECPLAN TELEINFORMÁTICA S/C LTDA E OUTRAS  
**Origem:** JUÍZO FEDERAL 19ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP  
**Juiz Federal:** TIAGO BOLOGNA DIAS  
**Disponibilização da Sentença:** REGISTRO EM TERMINAL 05/12/2014

### *Relatório*

Trata-se de Ação Civil Pública, inicialmente distribuída perante o Juízo da 15ª Vara Federal Cível de São Paulo, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de União Federal, TVI Comunicação Interativa Ltda, Tecplan Teleinformática S/C Ltda, Abba Produções e Participações Ltda, Coconut Tele Serviços Representações e Publicidade Ltda, MH Telecom, TV Manchete Ltda, TV Globo Ltda, CNT Gazeta, Rádio e Televisão Record S/A, TV SBT Canal 4 De São Paulo S/A, TELESISAN Telecomunicações, Televendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda, Fundação Cásper Líbero e Rádio e Televisão OM Ltda, objetivando o autor obter provimento jurisdicional em sede de antecipação de tutela que obrigue a corré União Federal a não conceder autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas com base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/97, bem como para que seja suspensa toda e qualquer atividade de sorteio televisivo por parte das corrés que tenha como base as citadas portarias. Ao final, pleiteia a confirmação do pedido de tutela antecipada, bem como a condenação dos réus pelos danos morais aos consumidores, sendo o valor destinado ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7347/85, sujeitos a atualização e juros. Requer, ainda, que os réus sejam responsabilizados, com exceção da União Federal, a restituir a cada entidade filantrópica participante dos sorteios a quantia devida aos sorteios já realizados de acordo com a Lei nº 5768/71, quantia esta a ser apurada em execução de sentença, dentro da sistemática do artigo 97 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível valor restante destinado ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7347/85, de acordo com a sistemática do parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, sujeitos a atualização e juros.

A apreciação do pedido de antecipação da tutela foi diferida para após a vinda da resposta da União.

A União contestou o feito às fls. 1470/1474 alegando, inicialmente, ineficácia do pedido de antecipação da tutela antecipada com base na Portaria 413/97, haja vista a sua revogação pelo artigo 40 da Portaria 1285/97. Sustenta que não há ilegalidade nas citadas Portarias, haja vista que não causaram lesão ao patrimônio público ou ao consumidor e visaram tão somente a complementar a Lei nº 5.768/71, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 5.864/72, que disciplinam os pedidos de autorização para a realização de sorteios por parte de entidades filantrópicas.

A MH Telecomunicações contestou às fls. 1519/1521, alegando ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista que mantém contrato de parceria com a Telesp, no qual está autorizada a promover o acesso dos usuários ao código 0900, razão pela qual ela apenas opera a intermediação telefônica entre os usuários e o sistema telefônico. Não teceu considerações acerca do mérito.

O Ministério Público Federal manifestou-se em relação às contestações apresentadas pela União e MH Telecomunicações e reiterou o pedido de apreciação da tutela antecipada (fls. 1542/1549).

O pedido de tutela antecipada foi deferido, a fim de determinar à União Federal não conceder autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas com base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/97, bem como para suspender os concursos televisivos realizados com base nas citadas portarias e com a participação das empresas TVI Comunicação Interativa Ltda, TECPLAN Teleinformática S/C Ltda, ABBA Produções e Participações Ltda, COCONUT Tele Serviços Representações e Publicidade Ltda e MH Telecom, veiculados pelas empresas de televisão TV Manchete Ltda, TV Globo Ltda, CNT Gazeta, TV Record, TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A (fls. 1551/1564).

Manifestação da TELESP às fls. 1617/1618.

Decisão à fl. 1620 concedendo prazo de 48 horas para a TELESP operacionalizar tecnicamente o cumprimento da liminar.

Nova manifestação da TELESP às fls. 1652/1653 reiterando o pedido de reconsideração da decisão liminar.

Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1665/1666).

Decisão às fls. 1667/1668, que tornou sem efeito a segunda parte do despacho de fls. 1620 e determinou o depósito judicial de todas as receitas provenientes dos concursos televisivos.

Manifestação do MPF requerendo a intimação da EMBRATEL para o cumprimento da liminar, o que foi deferido (fls. 1671/1672).

Manifestação da TELESP (fls. 1682/1684).

Manifestação do MPF (fl. 1687).

Manifestação da EMBRATEL (fls. 1689/1690).

Manifestação do MPF (fls. 1696/1700).

Foi proferida decisão às fls. 1745 deferindo o depósito em Juízo de todos os valores relativos aos “Tele Sorteios” abrangidos pela medida liminar sempre que houver arrecadação dos mesmos. Ademais, acolheu a manifestação do MPF de fls. 1649/1742, concedendo o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a EMBRATEL adotar as providências necessárias ao cumprimento da liminar.

A Federação Nacional das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, entidade civil filantrópica, manifestou interesse em ingressar na lida na qualidade de assistente simples da parte ré (fls. 1753/1756).

A União noticiou a interposição de Agravo de Instrumento (fls. 1782/1793).

A TELESP noticiou a realização de depósitos judiciais (fls. 1819/1828).

O MPF manifestou-se às fls. 1831/1833 pelo indeferimento do pedido de ingresso no feito da Federação Nacional das APAES, bem como requereu a intimação da EMBRATEL depositar todos os valores auferidos com base em sorteios 0900 a partir do ajuizamento da ação.

Decisão às fls. 1834 determinando à EMBRATEL o depósito de todos os valores auferidos com base nos sorteios 0900 a partir do ajuizamento da ação.

Embargos de Declaração apresentados pela Rádio Record Sociedade Anônima às fls. 1845/1848, os quais foram rejeitados às fls. 1884.

Rádio Record Sociedade Anônima noticiou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 1850/1878.

A corrê TVI Comunicação Interativa Ltda manifestou-se às fls. 1891/1894, requerendo a reconsideração da decisão que deferiu a tutela antecipada.

Foi proferida decisão às fls. 1895/1897 tornando sem efeito a decisão de fl. 1834.

A corrê ABBA Produções e Participações LTDA requereu a reconsideração da decisão que determinou o depósito em Juízo dos valores arrecadados através do sistema 0900 (fls. 1906/1909).

Foi proferida decisão às fls. 1918 que tornou sem efeito a decisão que determinou o depósito judicial dos valores arrecadados pelo sistema 0900, determinando, por conseguinte, a expedição de alvará de levantamento em favor da TELESP dos valores já depositados.

Manifestação da TELESISAN Telecomunicações, Televidas, Comércio, Importação e Exportação Ltda (fls. 1920/1925).

ABBA PRODUÇÕES E Participações Ltda noticiou a interposição de Agravos de Instrumento às fls. 1965/1981 e 1982/1988.

TVI Comunicação Interativa Ltda comunicou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 1989/2028.

TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A apresentou contestação às fls. 2032/2041 alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Manifestação da EMBRATEL às fls. 2045/2046.

Foram juntados ofícios do Tribunal Regional Federal comunicando as decisões proferidas nos Agravos de Instrumento n<sup>os</sup> 98.03.049264-0 (fls. 2048/2051), 98.03.051954-9 (fls. 2052/2056), 98.03.052584-0 (fls. 2059/2062) e 98.03.051561-6 (fls. 2063/2066).

O MPF comunicou a interposição de Agravo de Instrumento (fls. 2110/2118).

Decisão às fls. 2119/2120 que deferiu o pedido de reconsideração do MPF de fls. 2110, a fim de que se prossiga, em favor do Juízo, toda a arrecadação proveniente do concurso 0900 questionada nos autos, até decisão final do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2141/2142).

Decisão às fls. 2143.

Comprovantes de depósitos judiciais juntados às fls. 2156/2163.

ABBA Produções e Participações Ltda contestou o feito às fls. 2170/2178, alegando, preliminarmente, a carência de ação. Alegou a ocorrência de litisconsórcio passivo necessário das entidades filantrópicas que participaram dos sorteios, bem como dos ganhadores dos prêmios. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

Manifestação da EMBRATEL (fls. 2180/2181).

Foi proferida decisão às fls. 2191/2192, restabelecendo as decisões de fls. 1895/1897 e 1918.

A TV Manchete Ltda apresentou contestação às fls. 2233/2237, pugnano pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para a causa. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

A TVI Comunicação Interativa Ltda informou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 2238/2261.

A TELESISAN – Telecomunicações, Televidas, Comércio, Importação e Exportação Ltda contestou o feito às fls. 2266/2275, arguindo, em sede preliminar, a falta de interesse de agir. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Obra Social São Francisco Xavier, entidade filantrópica, manifestou-se às fls. 2287/2298,

requerendo a liberação de verba referente a sorteio televisivo no qual foi contemplada.

Ofícios do TRF 3ª Região comunicando decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 98.03.066017-9 (fls. 2300/2303) e nº 98.03.066020-9 (fls. 2304/2307).

A TVI Comunicação Interativa contestou o feito às fls. 2309/2357 alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva e ausência de lesão ao patrimônio público. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

À fl. 2603 a ABBA Produções e Participações Ltda requereu a expedição dos alvarás de levantamento dos valores depositados nos autos.

A Associação Beneficente de BILAC, entidade filantrópica, requereu a sua admissão no feito na qualidade de litisconsorte passiva necessária (fls. 2612/2626).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 2172/2718.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2720/2721).

Decisão às fls. 2725/2727 que deixou de conhecer os pedidos de liberação de valores formulados por entidades filantrópicas e determinou a citação da ré COCONUT.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2740/2755).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 2924/2925 requerendo a manutenção dos depósitos judiciais até o julgamento definitivo do agravo.

Decisão de fls. 2939 mantendo a decisão proferida anteriormente às fls. 2191/2192.

O Ministério Público Federal requereu a liberação de valores em favor das entidades filantrópicas Desafio Jovem Monte Horebe e Lar de Assistência à Criança (fl. 2943).

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda e TECPLAN Teleinformática S/C Ltda às fls. 2964/2967.

A TELESISAN Telecomunicações, Televendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda requereu a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados em Juízo pelas concessionárias de serviços de telefonia (fls. 3094/3095).

A Irmandade do Hospital e Maternidade “Cel. Juca Ferreira”, entidade filantrópica, requereu a expedição de alvará de levantamento em seu favor, referente a sorteio veiculado pelo SBT no programa Fantasia, cuja arrecadação foi depositada nos autos pela TELESP (FLS. 3097/3099).

A TV GLOBO Ltda apresentou contestação às fls. 3123/3137 alegando, preliminarmente, a carência de ação em razão da ausência de prejuízo ao erário público. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Rádio e Televisão OM Ltda (CNT) contestou o feito às fls. 3141/3169 alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial e a perda de objeto em razão da revogação da Portaria 413/97 pela Portaria 1285/97. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Irmandade da Santa Casa de Ipauçu, entidade filantrópica, manifestou-se às fls. 3196/3198, requerendo o levantamento de valores a ela pertencentes com base em sorteio pelo sistema 0900.

A Rádio Record S/A apresentou contestação às fls. 3211/3245 alegando, em sede preliminar, a incompetência da Justiça Federal para conhecer a demanda, a incompetência da Seção Judiciária Federal de São Paulo, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para a propositura da ação e ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

A COCONUT Tele Serviços, Representações e Publicidade Ltda contestou o feito às fls. 3247/3254, pugnando pela improcedência do pedido.

A Fundação Cásper Líbero (proprietária da emissora TV Gazeta) contestou às fls. 3270/3273 alegou que a sua programação é de responsabilidade da CNT – Companhia Nacional de Televisão, por força de contrato firmado entre elas, requerendo a citação de tal empresa. No mais, alegou a ilegitimidade passiva *ad causam* e a carência de ação, diante da ausência de demonstração de prejuízo ao erário. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Foi proferida decisão às fls. 3287/3288 que indeferiu o pedido de admissão no feito formulado por Federação Nacional das APAES e como litisconsorte passivo necessário formulado pela Associação Beneficente de Bilac, por carecerem de interesse de agir e legitimidade processual na lide, bem como deixou de conhecer os pedidos de liberação de valores formulados pelas entidades Obra Social de São Francisco Xavier e Irmandade da Santa Casa de Ipaçu, por não serem partes no processo.

O Ministério Público Federal apresentou réplica às contestações (fls. 3290/3308).

Ofício do TRF – 3ª Região comunicando decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 (fls. 3312/3314).

A decisão proferida às fls. 3314/3315 indeferiu o pedido de inclusão no polo passivo dos vencedores dos prêmios oriundos dos sorteios *sub judice*, por lhe faltarem legitimidade. De outra parte, deferiu a inclusão como litisconsorte passiva a TELESISAN Telecomunicações, Televendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda, bem como da Fundação Cásper Líbero e Radio e Televisão OM Ltda.

Ofícios do TRF – 3ª Região (fls. 3319/3321) comunicando decisão proferida nos agravos de instrumento nºs 98.03.051954-9, 98.03.051561-6 e 98.03.049264-0, que lhe negaram provimento.

A Rádio Record apresentou Agravo Retido à decisão que indeferiu a inclusão no polo passivo dos contemplados nos concursos discutidos na ação (fls. 3323/3325).

A ABBA Produções e Participações Ltda apresentou Agravo Retido à decisão que indeferiu a inclusão no polo passivo dos contemplados nos concursos discutidos na ação (fls. 3328/3329).

Ofícios do TRF – 3ª Região comunicando decisão que negou provimento aos Agravos de Instrumento nºs 98.03.066017-9 e 98.03.052584-0 (fls. 3341/3342).

Foi proferida decisão às fls. 3344-3345, que declarou prejudicado o pedido da TELESISAN para liberação dos depósitos em seu favor, em face da concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão que liberou o levantamento de todos os depósitos realizados nos autos.

Ofício do TRF 3- Região comunicando decisão proferida que deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 (fls. 3346).

Às fls. 3373/3376, o Ministério Público Federal apresentou contraminuta ao Agravo Retido interposto pela Rádio Record.

Instadas as partes a manifestarem-se acerca das provas que pretendem produzir, o Ministério Público Federal requereu a produção de prova pericial, o depoimento pessoal das rés, com exceção da União e prova testemunhal (fls. 3378/3379).

Os corréus ABBA Produções e Participações Ltda, Rádio Record S/A e TV Globo Ltda pugnaram pela produção de provas às fls. 3386, 3388 e 3390, respectivamente. A corré COCONUT Tele Serviços, Representações e Publicidade Ltda declarou não ter interesse em produzir

provas, às fls. 3392. As demais partes quedaram-se silentes.

Foi proferida sentença às fls. 3409/3452 que acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, extinguindo o feito sem exame do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, às fls. 3459/3497, que foi recebida no efeito devolutivo (fls. 3498).

A corrê ABBA Produções e Participações Ltda requereu a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados (fl. 3508).

O TRF – 3ª Região comunicou decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.026700-2 interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 3614/3525), no qual foi concedido parcialmente o efeito suspensivo pleiteado para determinar que os depósitos efetuados nos autos da ação civil pública permaneçam à disposição do Juízo até o trânsito em julgado da decisão definitiva (fls. 3510/3512).

Foi proferida decisão à fl. 3526 determinando às corrés TV Manchete Ltda e TV Globo Ltda a regularização de sua representação processual.

A corrê ABBA reiterou o pedido de expedição de alvará (fls. 3531/3532).

Contrarrazões de apelação apresentadas pelas corrés: Rádio e Televisão Record S/A (fls. 3557/3572), TV Globo Ltda (fls. 3574/3585), ABBA Produções e Participações Ltda (fls. 3587/3589), TVSBT – CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A e TELESISAN – Telecomunicações, Tele vendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda (fls. 3593/3609), TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 3613/3627) e União Federal (fls. 3672/3683).

Às fls. 3649/3656 foi juntada cópia da decisão que julgou prejudicado o Agravo de Instrumento nº 98.03.062546-2, por perda superveniente do objeto.

Os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal – 3ª Região para o julgamento dos recursos.

Acórdão às fls. 3840/3854 que deu provimento à apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial para reformar a sentença e afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, determinando, assim, o retorno dos autos para o Juízo de origem para a apreciação do mérito. Na mesma ocasião, indeferiu o pedido da ABBA Produções e Participações Ltda de substituição dos valores depositados nos autos por debêntures participativas, emitidas pela Cia Vale do Rio Doce.

A corrê TV SBT – Canal 4 de São Paulo S/A opôs embargos de declaração (fls. 3873/3876), os quais foram rejeitados (fls. 3882/3889).

As corrés TECPLAN Teleinformática S/C Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda interuseram Recurso Especial (fls. 3898/3926) e Recurso Extraordinário (fls. 4009/4039).

A União interpôs Recurso Especial (fls. 4125/4134).

O Ministério Público Federal apresentou Contrarrazões aos Recursos Especiais (fls. 4160/4180) e ao Recurso Extraordinário (4181/4196).

A TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial (fls. 4212/4218).

Os recursos especiais foram admitidos às fls. 4223/4225 e 4226/4228. O recurso extraordinário não foi admitido (fls. 4229/4231).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento e não provimento dos recursos especiais (fls. 4243/4250).

Às fls. 4259/4274 foi proferido acórdão pelo E. Superior Tribunal de Justiça que não conheceu o recurso especial da União e conheceu em parte o recurso especial da TECPLAN Teleinformática S/C Ltda para negar-lhe provimento.

A União noticiou a interposição de Recurso Extraordinário às fls. 4279/4289.

A TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda opuseram Embargos Declaratórios às fls. 4323/4335, os quais foram rejeitados às fls. 4341/4351.

Inconformadas, a TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda interpuseram Agravo às fls. 4361/4368, que não foi conhecido, consoante decisão proferida às fls. 4370/4375.

Às fls. 4392/4393 foi proferida decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário interposto pela União.

Certidão de trânsito em julgado às fls. 4403.

Retorno dos autos ao Juízo de origem (fls. 4406).

A ABBA Produções e Participações Ltda requereu o desbloqueio dos valores depositados em Juízo (fls. 4430/4431), que foi negado às fls. 4448/4449.

ABBA Produções e Participações Ltda reiterou o pedido de levantamento dos valores depositados nos autos após a prolação de nova sentença (fls. 4490/4492).

Às fls. 4504/4510 foi juntada cópia da decisão que negou provimento ao Agravo nº 758.576 interposto pela TECPLAN Teleinformática S/C Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda em face da decisão que negou provimento ao Agravo de Instrumento.

Às fls. 4529/4533 foi noticiado por Marcio Luis Gomes Pereira Certidão de Habilitação de Crédito Trabalhista, expedida nos autos do processo trabalhista nº 01871009619995020020 que moveu em face de ABBA Produções e Participações Ltda.

O Ministério Público Federal informou não se opor ao pedido de habilitação de crédito pleiteado (fl. 4536). A corrê ABBA Produções e Participações Ltda também se manifestou no sentido de não se opor ao pedido de habilitação (fl. 4543).

Foi juntado mandado de penhora no rosto dos autos (fl. 4548/4550).

Petição de Antônio Roberto de Paula requerendo a habilitação de crédito trabalhista (fls. 4570/4571-A).

Foi proferida decisão, às fls. 4614/4615, que determinou a manutenção dos depósitos à disposição do Juízo até o trânsito em julgado da decisão definitiva.

A ABBA Produções e Participações Ltda noticiou a interposição de Agravo de Instrumento à fl. 4625, distribuído sob nº 0027640-36.2012.4.03.0000, ao qual foi negado seguimento, conforme cópia da decisão às fls. 4907/4908.

À fl. 4856, foi proferida decisão mantendo a decisão anteriormente proferida às fls. 4614/4615.

Penhora no rosto dos autos às fls. 4861/4864 referente ao crédito trabalhista de Antônio Roberto de Pádua, executado em face de ABBA Produções e Participações Ltda, nos autos da ação trabalhista nº 00282006020025020068.

A corrê ABBA Produções e Participações Ltda noticiou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 4888/4896, distribuído sob nº 0035063-47.2012.4.03.0000.

Instadas as partes a manifestarem-se acerca das provas que pretendem produzir, o Ministério Público Federal reiterou os termos da inicial, requerendo apenas a atualização dos

valores objeto da ação pela Contadoria do Juízo (fls. 4899/4900).

A corrê TV Globo Ltda requereu a oitiva de testemunhas e juntada de novos documentos à fl. 4909. Intimada a justificar a pertinência da prova requerida sob pena de indeferimento, a corrê quedou-se inerte, conforme certidão de fl. 4919.

A corrê ABBA Produção e Participações Ltda requereu o levantamento dos valores depositados em Juízo, mediante a possibilidade de substituição de bem imóvel (fls. 4930/4941).

Foi proferida decisão às fls. 5040 que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas requerido pela TV Globo Ltda, por não ter apontado a pertinência da prova requerida. O pedido de levantamento dos valores bloqueados pela ABBA foi indeferido. Por fim, foi determinado-se ao Ministério Público Federal que se manifestasse acerca do alegado pela corrê ABBA.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 5046/5047 pela não liberação das quantias bloqueadas.

Diante da alteração da competência da 15ª Vara Cível, os autos foram redistribuídos a este Juízo, nos termos do Provimento nº 424, de 3 de setembro de 2014, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. DECIDO

### *Preliminarmente*

Inicialmente, firmo a *competência da Justiça Federal e deste Juízo de São Paulo*.

*O interesse federal na lide é evidente*, tendo em vista a autoria pelo Ministério Público Federal, sem litisconsórcio ativo algum, sendo a União ré, dado deter competência para legislar sobre o sistema de consórcios e sorteios, art. 22, XX, da Constituição, bem como para regulamentar e fiscalizar sua realização nos limites legais, arts. 4º, § 1º, e 19 da Lei nº 5.768/71, conforme competência atribuída à época dos fatos ao Ministério da Justiça pela Medida Provisória nº 1.302/96, com sucessivas reedições até a conversão na Lei nº 9.649/98.

Ademais, no caso em tela *atribui-se à União responsabilidade direta pelos danos e ilegalidades apontados na inicial*, tendo em vista a edição de Portarias que se alega ilegais e omissão no exercício do poder de fiscalização, o que atrai sua legitimidade passiva para o feito.

Quanto ao foro, reconheço a competência deste Juízo, pois se trata de dano a alcançar todos telespectadores do país, sendo, portanto, *nacional*, o que permite ao autor a eleição do foro de *qualquer capital de Estado*, nos termos do art. 93, II, do CDC, ressaltando-se que alguns dos réus têm domicílio nesta Capital.

*A inicial é apta*, o pedido e a causa de pedir são coerentes e claros o suficiente à compreensão da controvérsia e ao exercício do contraditório e ampla defesa, o que efetivamente se deu no caso.

*As alegações de litisconsórcio passivo necessário foram todas refutadas*, conforme decisões de fls. 3287/3288 e fls. 3314/3315, a que remeto pedindo vênias para não transcrever.

*A legitimidade ativa do Ministério Público Federal foi firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial nestes autos*, cuja ementa transcrevo:

EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACÓRDÃO COM FUN-

DAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL. RECORRENTE QUE DEIXOU DE INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 126 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 129, III, E 127 DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, VII, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93, 83 DO CDC, E 3º E 267, IV E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. (...)

3. A autorização de sorteios apenas é permitida se houver percentual destinado a entidades filantrópicas. Com isso, a investigação de irregularidades em sorteios deixa de ser apenas no plano individual dos consumidores e passa a abranger interesse transindividuais. A partir do momento em que entidades filantrópicas são prejudicadas, deixam elas de trazer os benefícios dos seus serviços, o que causa danos à sociedade. 4. No caso dos autos, os sorteios, pelo sistema de ligação 0900, abrange número ilimitado de consumidores em todo o território nacional e, por isso tem uma repercussão e relevância social acentuadas, pelo que é imperioso reconhecer a legitimidade do Ministério Público - órgão criado para a defesa da ordem e patrimônio públicos. Recurso especial da União não-conhecido e recurso especial da Tecplan Informática S/C Ltda. conhecido em parte e improvido. ..EMEN: (RESP 200901059174, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/10/2009 ..DTPB:.)

Pela mesma razão a *via eleita é adequada*, pois de um lado a invocada apropriação por agentes empresariais de recursos que deveriam ser destinados *ao interesse público*, por meio de entidades filantrópicas, alcança *toda a sociedade*, configurando *interesse difuso*, de natureza indivisível e titulares indeterminados ligados pela circunstância de fato de serem privados das potenciais *ações sociais* típicas destas entidades, incidindo o art. 81, I, do CDC e o art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, de outro alega-se também lesão *ao consumidor aderente a sorteios que se alega ilegais*, quanto aos quais embora os direitos defendidos sejam individuais, têm por fundo a *proteção ao consumidor, de relevante interesse social*, em face de adesão a prática ilícita e onerosa por via de publicidade enganosa de *um número amplo e dispenso de interessados*, com vínculo de origem comum na participação dos sorteios discutidos oferecidos em canais de televisão aberta e acessados por telefone em todo o Brasil, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do CDC, passível de proteção por meio de ações coletivas, ainda que não fosse atinente a direito do consumidor, como se depreende do art. 21 da Lei nº 7.347/85.

Tampouco há que se falar em ataque à norma em tese, pois o que se pretende, a rigor, é a sustação das práticas das rés no tocante à *realização efetiva de sorteios televisivos pelo telefone*, a pretexto de observância das Portarias ns. 413/97 e 1.285/97, sendo a impugnação a tais normas mera causa de pedir.

O *interesse processual está presente*, há resistência à pretensão manifestada na inicial por todas as rés.

A alegada inexistência de lesão ou ilegalidade se confunde com o mérito, a ser oportunamente apreciada.

Quanto à *suposta perda de objeto* em razão da revogação da Portaria nº 413/97 pela Portaria nº 1.285/97, *não se configura*, quer porque a inicial se insurge em face de ambas as normas, quer porque *questiona fatos e alega danos havidos na vigência da primeira*, que não são superados tão só por sua revogação, já que, como já dito, não se trata de ação de controle de legalidade abstrato.

Por fim, quanto à *abrangência desta lide*, entendo que no conflito de leis entre o art. 16 da Lei nº 7.347/85 e os arts. 93 e 103 do CDC deve prevalecer a segunda, posterior e especial,

além de prestigiar os princípios da máxima efetividade da jurisdição coletiva, art. 5º, XXXV, da Constituição, razoabilidade, celeridade, segurança jurídica e isonomia.

Nessa esteira, *sendo o dano de alcance nacional, assim deve ser a abrangência do objeto da lide e, conseqüentemente de sua eficácia*, sob pena de mitigação marcante da efetividade deste tipo de provimento jurisdicional, levando-se à necessidade de uma infinidade de ações de igual teor; de insegurança jurídica e desigualdade, dado o risco de decisões conflitantes; de frustração à celeridade, ora alçada como princípio constitucional, art. 5º, LXXVIII, em decorrência do risco de inúmeras ações de mesmo teor espalhadas pelo país.

Com efeito, a mim me parece que não há razoabilidade em se admitir o ataque de uma questão jurídica difusa por uma única ação, exatamente a fim de se alcançar a realização dos princípios acima enunciados, para de outro lado restringir este ataque territorialmente a limites mais restritos que o do problema social enfrentado, o que leva, quanto muito, a uma tutela jurisdicional incompleta.

Por fim, *não há que se falar em ilegitimidade passiva de qualquer das rés.*

A participação de todas elas nas relações jurídicas discutidas na inicial é clara: as rés TVI, TECPLAN, ABBA, COCONUT, MH TELECOM e TELESISAN como operadoras e administradoras dos sorteios; Manchete, Globo, Record, SBT, Fundação Cásper Líbero e OM (CNT) como emissoras de televisão veiculadoras da publicidade dos sorteios; a União, como Ente Público responsável pela regulamentação e fiscalização da atividade, que teria editado norma ilegal e deixado de exercer adequada fiscalização. Se são responsáveis pelos ilícitos e danos alegados, é questão de mérito a ser examinada adiante.

Embora a ré MH sustente ser mera prestadoras de serviços técnicos de apoio em telecomunicações, do contrato de fls. 535/547 se extrai que atua da mesma forma que as demais operadoras, obrigando-se *a promover a distribuição e obtenção dos prêmios e a operação e administração dos sorteios, portanto, como as demais, tendo o papel de maior relevo no negócio.*

O fato de se discutir atos normativos em que as rés pessoas privadas teriam se pautado para a prática de seus atos não altera esta conclusão, pois, como já destacado, o que se discute são *a licitude e as conseqüências dos sorteios televisivos nos moldes realizados e a realizar pelas rés, não os atos normativos em abstrato, isto é, não se imputa a elas a ilegalidade das Portarias, mas sim de suas condutas concretas em face destas e da lei.* Sua responsabilidade em face de tais normas e o cumprimento ou não delas é questão de mérito, não atinente à legitimidade.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

### *Mérito*

No mérito, a despeito de outras questões relevantes aventadas pelo autor, a serem abordadas posteriormente, a celeuma fundamental da lide é, a rigor, *a legalidade ou não da participação das rés pessoas privadas nos resultados dos sorteios televisivos via telefone "0900", na forma apurada no ICP e admitida pelas Portarias do Ministério da Justiça ns. 413/97 e 1.285/97.*

O dispositivo legal incidente é o art. 4º da Lei nº 5.768/71, notadamente seu *caput* e § 3º:

Art. 4º Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou prometer distribuir prêmios

mediante sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas, fora dos casos e condições previstos nesta lei, *exceto quando tais operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio de obra social a que se dedicam.* (Redação da pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 1º *Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle, das autorizações dadas em caráter excepcional nos termos deste artigo, que ficarão basicamente sujeitas às seguintes exigências:* (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

a) *comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta lei, no que couber, inclusive quanto à perfeita regularidade de sua situação como pessoa jurídica de direito civil;* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

b) *indicação precisa da destinação dos recursos a obter através da mencionada autorização;* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

c) *prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doação de terceiros, devidamente formalizada;* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

d) *realização de um único sorteio por ano, exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal somente admitida uma única transferência de data, por autorização do Ministério da Fazenda e por motivo de força maior.* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 2º *Sempre que for comprovado o desvirtuamento da aplicação dos recursos oriundos dos sorteios excepcionalmente autorizados neste artigo, bem como o descumprimento das normas baixadas para sua execução, será cassada a declaração de utilidade pública da infratora, sem prejuízo das penalidades do art. 13 desta lei.* (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 3º *Será também considerada desvirtuamento da aplicação dos recursos obtidos pela forma excepcional prevista neste artigo a intervenção de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que de qualquer forma venham a participar dos resultados da promoção.* (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

Aduzem todas as rés, com alguma variação de argumentação, que referidos dispositivos devem ser interpretados no contexto histórico atual, no sentido de viabilizar os sorteios televisivos com participação via telefone, tomando-se o conceito de resultados como “resultados líquidos”, a permitir a partilha dos resultados brutos com agentes do mercado envolvidos na promoção, organização e divulgação dos sorteios, destinando com exclusividade às entidades filantrópicas apenas o valor remanescente, circunstâncias sem as quais estes não seriam possíveis.

É correto que a interpretação das normas em tela deve observar o contexto atual, mas este em subsunção ao arcabouço normativo relativo à matéria, *análise sistemática*, e a *finalidade da própria lei* nesse contexto, o invocado pela União “espírito da lei”, *análise teleológica*.

Logo, tratando-se de *sorteios onerosos a seus participantes*, é necessário apurar o tratamento jurídico geral e social desta prática no ordenamento brasileiro.

Com efeito, na Constituição de 1988 os concursos e sorteios são uma atividade permitida, mas *na forma da lei*, de competência privativa da União, art. 22, XX, *cujas receitas podem ser tributadas em favor da seguridade social*, art. 195, III.

De uma forma geral os *jogos de azar e as loterias*, no que se inserem quaisquer práticas onerosas cujo *ganho dependa exclusiva ou principalmente de sorte*, no que se inserem, portanto, os sorteios, são social e juridicamente reprováveis, considerados *contrários à ordem pública, notadamente aos bons costumes*, ao menos desde 1941, como se extrai dos *tipos contravençionais* dos arts. 50 da Lei nº 3.688/41 e 45 do Decreto-lei nº 6.259/44, ainda em vigor.

*Quanto à loteria, o último decreto-lei prevê que é de exploração e concessão privativa da União e dos Estados, art. 4º, dispondo seu art. 40 que “constitui jôgo de azar passível de repressão penal, a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.”*

O art. 41 tece rol de loterias permitidas, sendo que nenhum deles implica mera premiação com bem em troca de pagamento pela participação *sem uma causa econômica subjacente*.

No Código Civil de 1916, ainda vigente à época dos fatos, a reprovabilidade da prática de jogos se extrai dos arts. 1.477 e 1478, que determinam *não serem juridicamente exigíveis a dívida de jogo ou o que se emprestou com tal finalidade*.

Quanto aos sorteios a matéria é disciplinada pela Lei nº 5.768/71, de cujo contexto geral se extrai, em suma, que se franqueia à iniciativa privada a realização de concursos de prognósticos *gratuitos*. Os onerosos são admitidos *apenas para o financiamento de instituições filantrópicas e para custeio da obra social a que se dedicam, em qualquer caso atendidas diversas restrições*.

A par de posições ideológicas ou religiosas, nota-se que o ordenamento reprime práticas tais de um modo geral, sendo elas tidas como moralmente reprováveis, porque fato é que são atividades que, de um lado, conferem a seus promotores ganho fácil, sem causa econômica, sem qualquer agregação ou incremento econômico, social ou cultural além da estrutura montada para sua realização, de outro, para o jogador são no mais das vezes gastos de recursos em troca rigorosamente de nada, propiciam o vício e podem prejudicar a subsistência da pessoa e/ou família do jogador.

Na lição de Rui Barbosa que extraio do voto condutor no acórdão proferido no APEL-REEX 00156730820044036100, Relator Des. Fed. Johansom Di Salvo, TRF3 – 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 de 21/03/2014:

“O que menos se perde é o dinheiro; no jogo, o homem vai perdendo aos poucos a energia, a fé, o juízo, a nobreza, a honra, a temperança e a caridade”  
(...)

Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal como o vício, furtivo como o crime, solapado no seu contágio como as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, êle zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanções a sociedade inteira, nivela sob a sua deprimente igualdade todas as classes, mergulha na sua promiscuidade indiferente até os mais baixos volutabros do lixo social, alcança no requinte das suas seduções as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade: inutiliza gênios; degrada príncipes; emudece oradores; atira à luta política almas azedas pelo calástismo habitual das paradas infelizes, à família corações degenerados pelo contacto cotidiano de todas as impurezas, à concorrência do trabalho diurno os naufragos das noites tempestuosas do azar; e não raro a violência das indignações furiosas, que vêm estuar no recinto dos parlamentos, é apenas a ressaca das agitações e dos destroços das longas madrugadas do cassino.

Tendo isso em conta, extraio que *o jogo e a loteria em geral são reprimidos pela lei, pois podem levar à prejuízos socioeconômicos sem nenhuma contraprestação social, admitindo-se sua execução apenas nos casos em que seus recursos são destinados à promoção do interesse público, para o Estado ou instituições filantrópicas, hipótese em que lhes é conferida finalidade social, com severas restrições, regulamentação e fiscalização, não havendo uma única hipótese em que sejam admitidos ganhos extraordinários voltados ao interesse privado*

*de puro enriquecimento.*

Tendo isso em conta, bem como que a Lei nº 5.768/71 coloca a instituição filantrópica como organizadora dos sorteios, os limita a um único sorteio por ano e exige que o prêmio seja doado formalmente por terceiros, eximindo a instituição de despesas até mesmo com isso, tenho que *a finalidade da lei, “seu espírito”, sempre foi o de restringir os eventos às forças e capacidades da instituição, mantendo-os em pequena frequência e escala, com a efetiva intenção de restringir ao mínimo possível tanto o acesso dos jogadores quanto a participação de terceiros em sua realização.*

Logo, a interpretação que melhor alcança os designios da lei é a restritiva, que toma o conceito de “resultados da promoção” sem ressalvas, no sentido de que todo o seu produto, bruto, deve ser destinado à entidade, que deve custear previamente sua realização com suas próprias forças, outras rendas, tais como a doação do prêmio.

A alegação da União de que o art. 2º do Decreto nº 70.951/72 franquearia sorteios onerosos ao mercado, que, aliás, é reprodução em parte do art. 1º, § 1º, da lei de regência, é falacioso, pois o dispositivo se refere “à distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda.”

Tendo isso por premissa, é evidente que esta finalidade não é atendida quando se realizam sorteios em escala nacional, oferecidos na TV todos os dias e nos mais diversos horários e canais, movimentando uma soma incrível de recursos dos quais uma ínfima parte se destina ao interesse público.

Ainda que se adote uma interpretação mais ampla, entendendo que possam ser deduzidos dos resultados *os custos com o sorteio*, esta só seria razoável e conforme o sistema jurídico *se tais despesas se resumissem realmente aos custos necessários*, sem a participação de fato ou de direito de quaisquer agentes privados no produto do evento, sendo ele rentável eminentemente para a instituição social, mas não é o que ocorre no caso.

É contrário ao bom senso entender que um evento que arrecada à instituição cerca de 5%, como foi feito sob a égide da primeira Portaria, ou 15%, como foi fixado na segunda, *sem nenhuma participação efetiva desta*, é por ela organizado e em seu benefício; é contrário ao bom senso entender que um sorteio do qual *85% dos recursos ficam com a iniciativa privada* é voltado à promoção do interesse público, o que torna evidente sua incompatibilidade com a lei, por qualquer ângulo que se analise a questão.

*Prima facie* já se extrai que, qualquer que seja o entendimento jurídico adotado, a lei não tolera atravessadores, como diz a própria União.

Com efeito, se os sorteios são aceitos com o fim de prover fundos de interesse público, se os prêmios devem ser doados e os sorteios limitados a um por ano, tampouco admite que se estabeleça o sorteio como *atividade econômica*, é a ela flagrantemente contrária a existência de qualquer empresa *que se mantenha com sorteios*, de qualquer *atividade privada com o fim específico de lucrar com eles*.

O art. 4º, *caput*, da lei em tela é expresso ao determinar que os sorteios devem ser *organizados pelas instituições*, portanto não cabe uma empresa que preste um serviço com o fim específico de realizar tal organização em seu lugar, fazendo-o em troca de parte, no caso maior que a da instituição, do produto do evento.

Dessa forma, como se extrai dos contratos estabelecidos entre as organizadoras e as instituições e do apurado no inquérito civil público - não contrariado minimamente por qualquer espécie de prova, já que as rés, não obstante as oportunidades, não produziram nenhuma, sequer um documento, menos um contrato -, *a atividade desenvolvida pelas organizadoras*

*é em si ilícita, pois desenvolvida e voltada especificamente para a distribuição de prêmios, organização e administração de sorteios televisivos via telefone, isto é, tais contratos têm por objeto rigorosamente a atividade de atravessadores, que a própria União em contestação reconhece ser ilícita.*

Em suma, qualquer que seja a interpretação que se dê ao § 3º do art. 4º, a atividade das rés TVI, TECPLAN, ABBA, COCONUT, MH TELECOM e TELESISAN é em si ilegal, pois, pouco importando o nome jurídico que seja dado, *de fato nada mais é que a de exploração de sorteios televisivos*, tanto que a ré ABBA assume à fl. 4931 que assim se mantinha, “levada à bancarrota e à paralisação de suas atividades” meramente pela interrupção de tais sorteios, que, porém, nos termos da lei se prestam exclusivamente ao sustento de instituições filantrópicas.

Quanto às *emissoras*, sua atividade no caso é a de *disponibilizar tempo de televisão e realizar publicidade*, objeto não voltado especificamente aos sorteios, portanto seria possível, em tese, considerar regular a dedução das *despesas com tal serviço* do produto dos sorteios, se adotada interpretação mais generosa.

Isso, *desde que a cobrança fosse feita nos mesmos termos que em qualquer outro contrato de publicidade.*

Todavia, conforme os exemplos colhidos no inquérito civil público, e não desmentidos em momento algum por tais rés, que não trouxeram aos autos um único contrato, eram por elas cobrados *percentuais do resultado, sem qualquer limite de valor, em contratos moldados para esta espécie de promoção, o que configura participação neles, portanto atividade diretamente contrária à lei.*

Como exemplo cito o contrato de fls. 149/151 celebrado entre TCPLAN, TVI e Globo, em que se estipula que *a emissora ficaria com 61% do valor recebido da Embratel pelas ligações telefônicas.*

De fato, o que pactuaram as emissoras foi contrato de publicidade e tempo de TV, *com participação nos resultados.*

Ora, indago o que mais se considera participar, se não retirar percentuais sem nenhum limite, e em que contexto econômico a entrega de um percentual do resultado, qualquer que seja esse resultado, é custear despesas.

Nessa esteira, *qualquer que seja a interpretação jurídica que se dê ao § 3º do art. 4º*, quanto muito seriam admissíveis descontos de despesas efetivas, jamais a retirada de percentuais sem limite de valor, tampouco a contratação de empresa voltada especificamente à exploração de sorteios, qualquer que fosse a forma de cobrança, sendo que no caso esta era ou por *percentuais previamente pactuados ou de forma obscura, sem nenhuma especificação de valores nos contratos, mas ao final a entrega de montante proporcionalmente ínfimo à instituição*, o que ocorreu na maioria dos casos constantes do ICP.

Claro está que, na forma como se estruturou, o que deveria ser um evento com *o fim exclusivo* de angariar recursos às instituições filantrópicas se converteu em *atividade econômica*, um verdadeiro negócio para as empresas organizadoras, ao qual passaram a aderir as emissoras de televisão, a partir de uma forma de *fraude à lei*, com aliciamento das entidades sociais para *mero emprego de seu nome*, a “abertura de uma porta” à loteria e ao jogo no interesse do lucro exorbitante, que *o ordenamento não tolera em nenhuma hipótese*, em troca de menos, sob a primeira Portaria, e pouco mais, sob a segunda, que *uma gorjeta*. E isso *com a conivência da União.*

Dos cálculos apurados no ICP, tampouco confrontados pelas rés, em um único semestre foram arrecadados com a prática por apenas três das rés *mais de 83 milhões de reais*, destes

entregues às entidades apenas pouco mais de *2,5 milhões de reais*, quando a lei é expressa no sentido de que a finalidade é prover *única e exclusivamente* a “manutenção ou custeio de obra social”.

*Quanto às Portarias*, embora sejam atos normativos praticados pelo agente competente, não podem inovar no ordenamento, não têm o condão de alterar disposições legais, sendo que no caso em tela ambas as portarias *não só criam disposições inovadoras como vão de encontro ao texto expresso da lei e à sua finalidade, a primeira ao permitir genericamente a existência de empresa operadora e administradora de sorteio, a segunda ao institucionalizar a participação de terceiros nos resultados ao fixar percentual ínfimo destinado obrigatoriamente à instituição.*

Dessa forma, pouco importa às empresas invocar tais normas, pois flagrantemente ilegais, não conferindo amparo jurídico algum.

Se essa é a única forma economicamente viável de se proceder quanto aos jogos e sorteios televisivos, a mim me parece claro que, *ao fim e ao cabo, a lei veda sorteios sob esta forma*, certo que em nenhuma lei está prescrito que “sorteios televisivos por telefone” sejam admitidos.

*Não fosse isso, sequer as Portarias foram cumpridas plenamente por elas.*

A fim de desvirtuar a finalidade jurídica dos sorteios e convertê-los efetivamente em atividade econômica, *em contrariedade tanto à lei quanto às Portarias*: as rés adquiriam os prêmios deduzindo seu valor do resultado do sorteio, às vezes com superfaturamento, *quando eles deveriam ser doados*; eram realizados concursos múltiplos, em dias diversos, quando tanto a Lei quanto as Portarias eram claras no sentido de permitir *um único sorteio por ano.*

Tudo isso, além de uma série de outras irregularidades mais específicas e casuísticas citadas na inicial, como a premiação em barras de ouro, quando a lei veda conversão em dinheiro, enquanto tais bens só tem utilidade com esse fim; atribuição de prêmios diversos dos homologados e até mesmo dos oferecidos em publicidade; certificados com numeração em duplicidade etc., era *tolerado pela União*, que, além de editar as *Portarias ilegais* com o fim de respaldar tais práticas, autorizava os eventos, não obstante o *descumprimento evidente* até mesmo das Portarias, bem como *se omitindo na efetiva fiscalização financeira e contratual*, como apurado no ICP e não infirmado por qualquer prova produzida pela União ou as demais rés.

Isso se nota de plano numa análise do parecer do Ministério da Justiça de fls. 1475/1510, em que fica claro que sob a égide da Portaria nº 413/97 *foram homologados contratos evidentemente abusivos e contrários à lei*, notadamente quanto à obscuridade no tocante aos valores a serem repassados às filantrópicas, aos múltiplos sorteios, à dedução do bem a sortear como aquisição e a completa ausência de cuidados quanto à publicidade dos sorteios a menores.

Após impugnações por ação popular e inquérito pelo Ministério Público Federal, a *União, por meio do referido órgão competente, não tomou qualquer medida corretiva ou punitiva em face das irregularidades arroladas na inicial*, limitou-se a aditar a Portaria nº 1.285/97, com tímidos avanços ao estabelecer regras que já eram depreendidas da lei e até da Portaria anterior, além de *conformar a nova norma ao ilícito, ao invés de reprimi-lo, ao institucionalizar o ínfimo percentual de repasse dos valores às filantrópicas e postergar as adaptações para 01/03/98*, como se todos os pontos levantados não fossem ilegais desde a Portaria anterior, dando assim carta branca aos operadores e emissoras por mais alguns meses.

Com efeito, a única penalidade aplicada que noticia a União foi a aplicação de uma multa de 100% do valor dos prêmios em razão do aumento do custo das ligações de R\$ 3,00 para 3,95, descumprindo o plano autorizado. Trata-se de medida que a pretexto de indicar ação

diligente do órgão fiscalizador evidencia sua leniência, pois é simples verificar que a infração em tela acresceu os rendimentos em mais 1/3, quando o valor dos bens a sortear, segundo o apurado no ICP e não contestado especificamente, não superava 10%, vale dizer, é notório que a multa não se prestou a desestimular esta infração, que ainda assim continuou lucrativa.

Posto isso, por qualquer ângulo que se analise a questão está configurada a ilegalidade praticada por todas as rés, com lesão direta às filantrópicas e derivada aos consumidores, expostos a sorteio ou jogo ilegal sob a aparência de legalidade.

### *Responsabilidade*

A *responsabilidade da União*, tratando-se de responsabilidade do Estado, aplica-se o art. 37, § 6º, da Constituição, respondendo o Ente Público objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa ou dolo, desde que presentes ato, dano e liame causal entre eles e ausentes as excludentes de responsabilidade administrativa, quais sejam, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro.

O ato deve ser ilícito ou lícito mas em descompasso com o princípio da isonomia, não havendo responsabilidade em decorrência de prejuízos causados em decorrência do regular exercício dos poderes e prerrogativas públicas em favor do interesse público.

A *responsabilidade das emissoras de televisão e das operadoras dos sorteios* é regida pelo CDC, caracteriza da *prestação de serviço a consumidor final* tanto em relação ao telespectador, alvo da oferta ou efetivo participante dos sorteios onerosos, quanto em relação às *entidades filantrópicas*, já que não desempenham atividade econômica nem visam lucro e, embora constem da legislação como responsáveis pelos eventos, na prática foram alvo de aliciamento por parte das operadoras, meras aderentes em contratos de adesão extremamente genéricos, daí em diante em nada mais intervindo, como apurado no ICP e em nada infirmado pelas rés, enquadrando-se, portanto, na hipótese dos arts. 2º e 3º do CDC.

Assim sendo, a responsabilização independe de culpa, bastando a prova de prestação de serviço defeituoso, dano e nexos causal, admitindo-se como excludentes apenas aquelas arroladas no art. 14, § 3º do CDC, quais sejam, inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por defeito tem-se que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes”, na forma do §2º do mesmo artigo.

Ademais, nos termos do art. 20 “o fornecedor de serviços responde pelos *vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo* ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da *disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária*”, esclarecendo seu § 2º que “são impróprios os serviços que se mostrem *inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade*.”

É exatamente o que ocorre neste caso, em que foram os consumidores submetidos a sorteios ilegais sob a aparência de plena legalidade, configurando propaganda enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”, e § 3º, “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão *quando*

*deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”*

Com efeito, tanto instituições como telespectadores foram iludidos quanto à lisura dos sorteios.

Os primeiros em razão dos *termos excessivamente obscuros e genéricos dos contratos quanto a valores e carência de adequada prestação de contas, ocultando-se destes a manobra jurídico-negocial para privá-los de recursos que pela Lei nº 5.768/71 lhes seriam de direito, se não integralmente, ao menos em parcela amplamente majoritária, a pretexto de despesas gerais com o serviço*, configurando prática abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC, por estabelecer assim “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, e 39, V, do CDC, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

Como exaustivamente exposto no tópico anterior, é notória e irrazoável a desproporção dos valores destinados às instituições filantrópicas em relação àqueles mantidos pelas operadoras e emissoras, em valores percentuais de creca de 95% sob a primeira Portaria e 85% na segunda, sem limite nominal, quando a lei é clara no sentido de que sorteios onerosos só são admitidos se seus recursos forem voltados ao interesse público, não ao proveito financeiro privado.

Apenas para argumentar, se por razões ignoradas tais montantes exigidos pelas operadoras e emissoras são efetivamente necessários à cobertura de despesas suas e um lucro moderado, não fizeram elas o menor esforço para assim comprovar, nada trazendo aos autos, sequer sendo alegado especificamente, nesse sentido.

Os telespectadores, *pela exposição à loteria ou jogo ilegal sob a aparência de plena legalidade*, com todos os seus efeitos deletérios potenciais e, conforme o caso, efetivos, sem a necessária contrapartida social.

Pouco importa aqui que participaram dos concursos livremente, que não houve reclamações quanto à lisura interna dos certames, *se os telespectadores aderiram a prática onerosa e ilícita estar cientes da ilegalidade*.

Tal prática é considerada social e moralmente reprovável, se sem a destinação ao interesse pública que lhe conferiria legitimidade, sendo os telespectadores iludidos pela *aparência de legalidade*, reforçada pela exposição em diversos canais de TV aberta, nos mais diversos horários e convidados por apresentadores, atores e modelos simpáticos e, aparentemente, confiáveis.

Nisso está a agravante da situação, o telespectador aderiu sem ter a menor idéia dos desvios praticados com seus recursos, *pela lei voltados à filantropia, não ao ganho extraordinário*.

Outra agravante é *o alcance da publicidade a pessoas de todas as idades indistintamente, a menores de qualquer idade*, pois as mensagens publicitárias eram difundidas em qualquer programa e horário, inclusive os próprios para toda a família e jogos de futebol, podendo tais crianças acessar os sorteios *bastando uma ligação de segundos de duração*, propiciando a facilíssima participação de menores em tais concurso, o que ofende não somente o CDC, mas o ECA, art. 81, VI, que veda a venda de “bilhetes lotéricos e equivalentes” a estas pessoas, *ainda que se tratasse de loteria legal*.

O fato de a Portaria mais recente trazer obrigatoriedade de advertência quanto à vedação à participação de menores e a existência de possibilidade de bloqueio do uso do prefixo 0900 no telefone não afasta esta conclusão.

A advertência veio apenas com a segunda Portaria, *já tendo se consumado o dano*, mormente tendo em conta que esta *admitiu a perpetuação das irregularidades até março de 1998*, além do fato de ser medida de baixa eficiência em relação à finalidade, tendo em vista que há

crianças que conhecem números e sabem telefonar mas não sabem ler e não podem ser tidos como negligentes pais que permitam a seus filhos assistir TV, programas e horários próprios à idade, e ter acesso a aparelho telefônico, ainda que desacompanhados por alguns momentos, mormente tendo em conta que a participação depende meramente de uma ligação de poucos segundos de duração, que os pais só saberão ter sido realizada com a vinda da conta telefônica.

Da mesma forma a possibilidade de bloqueio do prefixo 0900 nos telefones de pouco vale, já que nada difundida ou conhecida do público em geral.

Ora, trata-se de propaganda em massa, em diversos horários e variados canais, por vezes apresentada por pessoas famosas, podendo ser sedutora a menores, de forma que os cuidados deveriam ser maiores que uma mera advertência a pretexto de exoneração de responsabilidade, mas sim, como *conteúdo efetivamente impróprio para menores*, a par de todas as outras ilegalidades, deveria ter sido reservado para programas e horários condizentes com tal impropriedade.

Quanto ao *nexo causal*, tais lesões são imputáveis a *todos os réus, os operadores* pelo desenvolvimento de atividade ilícita, exploração ilegal de loteria ou jogo em detrimento das instituições filantrópicas e dos telespectadores, participando efetivamente dos resultados dos sorteios; *as emissoras de TV*, porque como decidido no voto condutor em caso análogo, AC 00028561919984036100, Relatora Des. Fed. Cecília Marcondes, TRF3, 3ª Turma, DJU 10/10/2007, “o sorteio somente se completa e dá condições das pessoas que assim o desejarem participar do certame com a publicidade”, além de neste caso elas próprias participarem do produto dos sorteios, praticando diretamente a ilegalidade; *a União*, pela já analisada atuação leniente e negligente, tanto normativa quanto no exercício do poder de polícia, ao endossar as práticas abusivas analisadas, não obstante seu notório descompasso com a finalidade e os limites da Lei nº 5.768/71.

Acerca do *dano material*, requer o *parquet* a condenação à restituição do proveito do sorteio obtido pelas empresas às instituições filantrópicas.

A mim me parece que tal pleito efetivamente melhor atende ao interesse público envolvido, pois embora sejam nulos, por ilegalidade e abusividade, os contratos e consequentes sorteios discutidos, o princípio da *função social dos contratos* recomenda que a nulidade plena do pacto é *ultima ratio*, devendo, se possível, ser conformado à legalidade, mantendo-se sua função social.

Assim, ao invés da nulidade plena e restituição dos valores aos telespectadores, o que seria de difícil execução, tendo em vista sua dispersão e o pequeno valor a restituir a cada um, o que, na melhor das hipóteses, levaria ao pagamento global ao Fundo de Direitos do Consumidor, o *interesse público* é mais bem atendido com o pagamento dos valores *a seus titulares legais, as instituições filantrópicas*, de imediato aptas ao emprego de tais recursos de forma direta em seus fins, assim corrigindo a ilegalidade ao menos em seu ponto essencial, isto é, *restabelecendo a contrapartida social aos ônus de tais sorteios, em benefício difuso a toda coletividade*.

Posto isso, é caso de *condenação de todas as empresas réas à restituição dos valores que cada uma recebeu em função dos sorteios discutidos a cada entidade filantrópica participante*, a ser apurado em liquidação de sentença, com correção monetária desde cada percepção de valores pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros desde a citação, visto que responsabilidade pautada em contratos entre as operadoras e as instituições, sob o índice de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando passa a incidir exclusivamente a SELIC a títulos de juros e correção monetária, sem cumulação com

qualquer outro índice.

Quanto ao *dano moral coletivo*, trata-se de instituto polêmico na doutrina e na jurisprudência, mas de plano refuto as teses no sentido da impossibilidade de sua consideração, uma vez que introduzido expressamente no direito positivo nos artigos que tratam da reparação de danos em ações coletivas, art. 1º da Lei nº 7.347/85 e 6º, VI e VII do CDC.

Ocorre que sua configuração jurídica não deve ser tomada de forma equivalente ao dano moral individual, visto que a coletividade efetivamente não é dotada de direitos de personalidade e patrimônio imaterial nos mesmos moldes que seus indivíduos.

Ademais, não se confunde com a soma dos danos a eles causados individualmente, de forma que só faz sentido considerar esta espécie de dano como uma modalidade própria se transcender os danos individuais, materiais e morais, alcançando de forma relevante a Ordem Pública, mais especificamente a Ordem Jurídica, a Ordem Econômica e a Ordem Social, a pauta de valores que norteiam a sociedade.

Nesse sentido cito voto condutor na AC 0019071-31.2002.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, julgado em 09/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 de 17/10/2014, 6ª Turma:

Por conseguinte, o dano moral coletivo é a lesão *na esfera moral de uma comunidade*, ou seja, é a violação de um determinado *círculo de valores coletivos atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico*. A moral coletiva exprime o valor cultural de uma sociedade. A moral coletiva, quando lesada, afeta toda a sociedade.

A ocorrência de danos morais coletivos é matéria relativamente nova na jurisprudência. Todavia, *embora seja a coletividade desprovida desse conteúdo próprio da personalidade, não pode permanecer desamparada diante de atos que atentam aos princípios éticos da sociedade*.

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de ter havido violação antijurídica e injustificável de *um determinado círculo de valores coletivos de dada comunidade, ferindo-se, em última instância, a própria cultura, em seu aspecto imaterial*. Nesse sentir, a responsabilização por dano moral coletivo encontra sua justificativa na relevância social e no interesse público, associados à proteção e tutela de direitos metaindividuais. A possibilidade de condenação por danos morais coletivos constitui importante e eficaz instrumento para coibir as ações das grandes empresas fornecedoras ou prestadoras de serviços que afrontam os interesses dos consumidores, *seja com propaganda enganosa, seja com medidas que impliquem fraude ou lesão aos interesses transindividuais em razão da vulnerabilidade dos consumidores em massa*.

Nesse sentido, trago à colação decisão da Segunda Turma do C. STJ, nos termos do voto proferido pela Min. Eliana Calmon, no REsp nº 1.057.274:

“O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado *de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo*.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade *enquanto realidade massificada*, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. *Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.*”

(STJ, REsp nº 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j.

01/12/2009, DJe 26/02/2010)

Por conseguinte, *os princípios que regem os contratos em massa merecem interpretação mais ampla de molde a assegurar a aplicação dos princípios da confiança, boa-fé objetiva e lealdade, de forma coletiva. Caso o fornecedor lese a moral coletiva, deverá ser condenado a reparar o dano de molde a evitar que outros venham a querer lesar a moral coletiva, a qual é um fato jurídico e protegido pelo nosso Ordenamento Jurídico.*

Diante disso, seu não reconhecimento fático e jurídico ofende vários princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e assim *configura total desrespeito ao ser humano como fonte de todos os valores.*

Tal como se dá na seara de dano moral individual, aqui também não se há cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação.

Objetiva-se evitar determinadas condutas, *mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.*

Quanto à necessidade da apuração de um prejuízo efetivo para configuração de um dano moral indenizável, vislumbra-se que a ampla proteção dada aos direitos da coletividade traz em sua essência que *a conduta dirigida contra vítimas indeterminadas por si só denota lesão de maior gravidade, violadora do atributo da dignidade da pessoa humana.*

Mais do que punir o ofensor, a responsabilização por dano moral coletivo *tem por função conferir um caráter de exemplaridade para a sociedade, além da valorização do princípio da moralidade administrativa.*

Dessa forma, o dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses em que exista *um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa, porém, perante a coletividade assume proporções que afrontam o censo comum e levam à sua reparação aos olhos da sociedade.*

É o que ocorre neste caso, em que há *lesão grave à Ordem Jurídica e à moralidade*, pois os corréus atuaram em conjunto para mediante uma espécie de *fraude à lei* transformarem um instituto voltado a prover fundos para instituições filantrópicas uma vez ao ano em uma atividade econômica extremamente lucrativa, *em notório desvio de finalidade*, atribuindo às destinatárias legais dos recursos valores de até 5% num primeiro momento e de até 16% sob nova norma, tratando-as como *verdadeiras “laranjas”*, alheias ao real funcionamento, aos rendimentos e despesas dos eventos, *sob a aparência de legalidade* com base em atos normativos flagrantemente ilegais e atuação negligente do órgão competente.

Ofende-se a *Ordem Social*, privando instituições filantrópicas de vultosos recursos arrecadados formalmente em seu favor, que *poderiam ter sido empregados em um sem número de obras sociais*, portanto causando *dano difuso a toda a sociedade pela privação deste potencial.*

*Com especial enfoque os direitos do consumidor e os bons costumes*, na medida em que foram expostos *incontáveis telespectadores*, em todo o país, *de todas as idades*, inclusive crianças, em diversos canais e horários, num verdadeiro bombardeio midiático, *a jogo ou loteria ilegais*, induzidos pela ilusão de aparência de plena legalidade, *com todos os seus ônus sociais e econômicos, mas sem a devida contrapartida justificante ao interesse público*, seduzidos por propaganda intensa, em massa e invasiva, no conforto de seus lares, por meio de apresentadores, atores e modelos aparentando credibilidade, com participação ao alcance de um estender de braço e poucos segundos, para cobrança posterior, somente na conta de telefone do titular da linha, possivelmente terceiro não ciente do negócio, a aderir ao ganho fácil de poucas empresas em detrimento de seus recursos familiares, que deveriam estar sendo voltados a entidades sociais, *empresas estas instigando, sob a leniência do Estado, uma*

*cultura de loteria muito além do apelo, alcance e frequência comportados pelos limites da Lei nº 5.768/71.*

Nesse viés não houve relevante dano material a cada um, é certo, tampouco se verifica dano moral individual consciente, *mas a depreciação cultural e econômica causada pela loteria ou jogo, sem a consciência disso em seus participantes*, levados pela publicidade e sequer cientes da ilicitude, sem a devida contrapartida ao interesse público, evidencia o dano moral à Ordem Pública que transcende os interesses individuais envolvidos, justificando a reparação.

Nesse sentido cito precedente em caso de outra modalidade de jogo ilegal, o bingo, revelando a nova orientação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre a questão no enfoque do dano moral coletivo:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL EM FACE DE SENTENÇA EXARADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA A INTERDIÇÃO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO, PROMOVIDO DE MODO PERMANENTE E COM INTUITO DE LUCRO, E A APREENSÃO DAS MÁQUINAS ELETRONICAMENTE PROGRAMADAS PARA O DESEMPENHO DESSA ATIVIDADE. ILCITUDE DEMONSTRADA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO (IMORALIDADE EVIDENTE DA PROMOÇÃO “COMERCIAL” DE JOGOS DE AZAR, QUE ULTRAJOU A COLETIVIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO). DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA OFICIAL E APELO PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

4. Ausente qualquer legitimação legal para as partes rés explorarem aparelhos de jogos de azar, ou bingos, é evidente que seus responsáveis promoveram a prática de contravenção penal capitulada há muitos anos nos artigos 50 e 51 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), ou o crime contra a economia popular do artigo 2º, IX da Lei nº 1.521/51. Não há que se falar em “adequação social” e nem em “insignificância” dessa atividade, posto que feita em caráter comercial gera lucros inescrupulosos, explorando-se a álea alheia, sorvendo-se recursos de trabalhadores e suas famílias. A repreensão se sintetiza na palavra de RUI BARBOSA: “O que menos se perde é o dinheiro; no jogo, o homem vai perdendo aos poucos a energia, a fé, o juízo, a nobreza, a honra, a temperança e a caridade”. 5. A prática de jogo de azar, que já existia na Suméria e na China, é tão antiga quando a oposição contra ele. Embora os imperadores Augusto e Cláudio apreciassem os jogos de dados, na Roma imperial era proibido jogar por dinheiro ou objetos de valor. Na Idade Média acentuou-se a oposição aos jogos em que a vitória não envolvia a “virtude” (a capacidade, a força física, a destreza pessoal) e sim a álea. Em 813 o Concílio de Mogúncia decidiu que a Igreja devia excomungar todo aquele que se dedicasse ao jogo de azar; em 1254, Luiz IX, 40º rei de França e posteriormente santificado, proibiu a fabricação de dados. Em 1319, Carlos IV, rei de França, proibiu o jogo de dados, o gamão, etc. A abjeção à prática dos jogos de azar é visível na passagem do Novo Testamento em que soldados romanos jogam dados para, mediante “sortes”, dividirem as vestes de Cristo. 6. Perfeitamente cabível a condenação das apeladas ao ressarcimento de dano moral coletivo diante do despudor daqueles que, à míngua de qualquer legitimação, promoveram a prática comercial de jogos de azar que contaminou os bons costumes e ultrajou a coletividade do Estado de São Paulo. As rés pagarão ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, solidariamente, o valor de R\$ 50.000,00, corrigido a partir desta data conforme os termos da Resolução nº 134/CJF e acrescido de juros de mora desde 1/1/2003, data em que através da conjugação dos dispositivos legais que regulavam a matéria pode-se concluir que não mais persistia o direito de exploração do jogo de azar.

(...)

(APELREEX 00156730820044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2014 ..FONTE\_REPUBLICAÇÃO:.)

Quanto à indenização, conforme o citado voto do Eminentíssimo Desembargador Federal Mairan Maia, no que toca ao dano moral coletivo suas finalidades precípua são a *punitiva e pedagógica*, conferindo caráter de prevenção geral e especial, conferindo caráter de exemplo para a sociedade, reprimindo os agentes privados a reiterar na busca de indevidas expectativas de lucro ilícito às custas dos consumidores de boa-fé e reafirmando os valores ofendidos; quanto à União, reprimindo a reiteração na leniência com tais práticas abusivas e reafirmando a necessidade da busca do interesse público primário, da legalidade e da moralidade administrativa; as circunstâncias do dano são de plano mais graves tendo em vista a indeterminação da vítima, agravadas pela violação aos padrões mínimos de eticidade exigidos nas relações sociais e econômicas, bem como pelos valores obtidos com a prática em um único semestre levantados pelo Ministério Público Federal.

Posto isso, dados o dano e a culpabilidade na forma acima exposta, fixo a indenização pelo dano moral em *R\$ 200.000,00 para cada agente*, salvo quanto à *Cáspes Líbero* e a *OM*, que responderão solidariamente pelo seu montante, dada sua solidariedade na responsabilidade pela difusão da publicidade no canal CNT Gazeta, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

A correção monetária conta-se desde a publicação desta sentença, inteligência da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos juros, este magistrado vinha entendendo que deveriam incidir a partir da publicação da sentença, tal como a correção monetária, pela mesma razão, dada a incompatibilidade da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça com esta espécie de indenização, cuja liquidação é impossível antes da sentença, momento anterior ao qual não se pode, portanto, imputar mora ao causador do dano.

Além disso, a jurisprudência superior é tranquila quanto à adoção da SELIC como índice que cumula juros e correção monetária civis em relações de direito privado após o Código Civil de 2002, mas ela é hoje menor que 1%, levando à incoerência da incidência de juros isolados maiores que os juros cumulados com correção monetária, situação inevitável caso se adote referida Súmula para o dano moral.

Não obstante, recentemente sua 2ª Seção pacificou a questão em sentido contrário, manifestando-se especificamente pela aplicação da referida Súmula mesmo ao dano moral na Rcl 3.893/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 01/06/2012, que passo a adotar, sob ressalva de meu entendimento pessoal, em atenção à isonomia e à segurança jurídica.

Tal marco é a *data do primeiro contrato nos moldes discutidos para cada agente privado*, a ser apurada em liquidação, e *para a União a data da edição da Portaria nº 413/97*, que objetivava conferir ares de legalidade e deu início à sua relação de tolerância para com às práticas abusivas discutidas.

Assim, *para as empresas* incidirão juros de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês, até a data de publicação desta sentença, quando passam a incidir juros e correção monetária cumuladamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil, *com exclusão de qualquer outro índice*.

*Para a União*, incidirão juros de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando devem ser observados aqueles relativos à poupança.

Após a publicação desta sentença passa a incidir, *além dos juros acima fixados*, a correção monetária, conforme o *IPCA*.

Isso porque após a edição da Lei nº 11.960/09 esta lei determina a incidência dos índices de correção da caderneta de poupança, mas *esta determinação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*, pelo que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o seguinte, em incidente de recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. AÇÃO DE COBRANÇA EM QUE SE BUSCA APENAS O PAGAMENTO DAS PARCELAS DE RETROATIVOS AINDA NÃO PAGAS. (...) VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. *O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.*

15. *A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.*

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado.

Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Ge-

ografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, *os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.*

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER PRIMORDIALMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA. JUROS. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPCA. (...)

2. A Primeira Seção decidiu, sob o rito do art. 543-C do CPC, que “os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período” (REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira seção, DJe 2/8/2013).

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se dá provimento, em parte, apenas para fixar o IPCA como índice de correção monetária.

(EDcl no AREsp 317.969/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 12/12/2013)

Assim, o índice a adotar após a edição da Lei nº 11.960/09 será o IPCA.

### *Dispositivo*

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a lide, com resolução do mérito, art. 269, I, do CPC, para: *(I) obstar as rés privadas* de promoverem toda e qualquer atividade de sorteio televisivo nos moldes discutidos nestes autos, notadamente no que toca aos ditames das Portarias ns. 413/97 e 1.285/97, bem como *obstar a União* de conceder autorização para realização de sorteios com base nas referidas portarias, assim confirmando a antecipação dos efeitos da tutela; *(II) condenar as rés privadas, a título de dano material*, à restituição dos valores que cada uma recebeu em função dos sorteios discutidos a cada entidade filantrópica participante, a ser apurado em liquidação de sentença, com correção monetária desde cada percepção de valores pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros desde a citação, sob o índice de 0,5% até a entrada em vigor do atual Código Civil, quando passa a incidir exclusivamente a SELIC a títulos de juros e correção monetária, sem cumulação com qualquer outro índice; *(III) condenar as rés privadas, a título de dano moral coletivo*, no valor de R\$ 200.000,00 para cada uma, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de

*que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, com exceção de Cásper Libero e OM, que responderão solidariamente pelo seu montante, dada sua solidariedade na responsabilidade pela difusão da publicidade no canal CNT Gazeta, com juros desde a data do primeiro contrato nos moldes discutidos para cada agente privado, a ser apurada em liquidação, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês, até a data de publicação desta sentença, quando passam a incidir juros e correção monetária cumuladamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil, com exclusão de qualquer outro índice; (IV) condenar a União, a título de dano moral coletivo, no valor de R\$ 200.000,00, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, com juros desde a data da edição da Portaria nº 413/97, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros isolados de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº Lei nº 11.960/09, quando devem ser observados aqueles relativos à poupança. Após a publicação desta sentença passa a incidir, além dos juros acima fixados, a correção monetária, conforme o IPCA.*

Custas na forma da lei pelas rés.

Sem honorários, por inteligência do art. 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado bilateralmente por isonomia.

Sentença sujeita a reexame necessário no tocante à União.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal Substituto TIAGO BOLOGNA DIAS

**PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL****0001059-72.2012.4.03.6308**

Autor: NOÉ APARECIDO FERREIRA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL ADJUNTO DE AVARÉ - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 20/10/2014

1 - *Relatório*: dispensado por força do artigo 38, *caput*, da Lei Federal 9.099/95 aplicável no JEF em razão do prescrito pelo art. 1º da Lei Federal 10.259/01.

2 - *Fundamentação*:

Trata-se de pedido de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez manejado por Noé Aparecido Ferreira.

O INSS contestou, discorrendo sobre os requisitos legais do benefício.

Foi realizada perícia médica.

O exame do caso concreto demanda atenção, revestindo-se a demanda de caráter *sui generis* e que apresenta alguma complexidade quanto a solução justa a ser adotada.

O autor tem boa vida contributiva, vinha trabalhando, mesmo com deformidade grave e notória no pé esquerdo. Ou seja, trata-se de pessoa dada ao trabalho mesmo sendo portadora de evidente *handicap*.

O perito concluiu pelo caráter permanente da incapacidade, mas o laudo é inconclusivo a respeito da extensão da mesma, pois pode ser considerada parcial ou total a depender do ângulo pelo qual é vista.

A patologia é congênita e por isso o INSS alega incapacidade preexistente.

Assim, tem-se uma pessoa que ostenta histórico contributivo bom (excelente quando vista sua condição), cuja deformidade remete ao começo de sua vida e que agora vê-se com dificuldade de reinserção no mercado de trabalho.

A concessão de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença retiraria do mercado de trabalho alguém que vinha desempenhando labor e que ainda apresenta capacidade residual. Tal solução apresenta alguma dificuldade em relação a preexistência da incapacidade, exceto se entendida a situação como agravamento decorrente da idade.

A concessão de BPC/LOAS implicaria na necessidade de exame da condição socioeconômica e demandaria análise exauriente do grau de deficiência. Implicaria, ainda, na exclusão do autor do mercado de trabalho dada a incompatibilidade com a percepção de remuneração.

Já o pagamento de auxílio-acidente prestigiaria sua permanência no mercado de trabalho, sem desprezar a gravidade da sua situação existencial que diminui sua empregabilidade e dificulta seu labor, sendo compatível com a necessidade de atendimento do risco social da redução permanente da capacidade laborativa. Apesar de congênita, o passar do tempo revelou que o autor vinha efetivamente laborando, pronunciando-se efetivamente a necessidade de tutela previdenciária somente agora com o passar dos anos, quando a idade já interferiu na continuidade da vida profissional.

Ainda que não seja a solução ideal, parece-nos aquela adequada para que a desigualdade

da situação do autor não seja simplesmente ignorada e fique sem amparo, assim como prestigia a continuidade de sua atuação profissional dada da subsistência de capacidade laborativa. Afinal, a aplicação da legislação deve ser feita equitativamente, atentando-se ao caso concreto e às suas peculiaridades, atentando-se ao desiderato que leva a prever-se cada benefício para cada situação, prestigiando-se qual o risco social abarcado, para além de sua causa, prevalecendo a necessidade social concreta em detrimento do motivo ensejador do infortúnio.

A equidade comumente referida como retificadora da lei quando em sua generalidade parece abarcar o que não se revela na prática incorporável a seu âmbito de aplicação é a mesma que coloca sob a égide da norma aquilo que por sua estreiteza literal deveria estar subsumido a mesma e que pela literalidade não o estaria. E é por isso que a incapacidade parcial e permanentemente decorrente de deficiência congênita, apesar de não se mostrar abrangida pela previsão semântica de qualquer benefício, impõe que se reconheça a correspondente tutela previdenciária, mormente quando o portador da deficiência revela excelente vida contributiva a merecer valorização em momento da vida no qual as oportunidades revelam-se ainda mais desiguais.

O conceito clássico de equidade, tal como é comumente apresentada, geralmente remete à passagem célebre de *Ética a Nicômaco* na qual Aristóteles apresenta a equidade como a correção da lei quando sua universalidade leva a uma aplicação incorreta no caso concreto. Veja-se a conhecida lição do estagirita (*Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124 (V - 1.137b1 -10) e 125 (V - 1.137b1 -1.138a1):

Vamos discutir já a seguir a respeito da equidade e do equitativo, de que modo, por um lado, a equidade se relaciona com a justiça e como, por outro, o equitativo se relaciona com o justo. Quando examinamos os sentidos destas determinações percebemos não serem absolutamente iguais mas também não serem genericamente diferentes. Por vezes, louvamos a qualidade da equidade e do equitativo de tal sorte que empregamos o termos “equitativo” em vez do termo “bom”, a respeito de outras situações que louvamos, para fazer ver que o que é mais equitativo é melhor. Outras vezes, contudo, quando acompanhamos o sentido do termo, parece absurdo que a equidade seja louvável se é outra coisa que não a justiça. Porque se forem diferentes, ou a justiça não é uma coisa séria ou a equidade não é justa; se, por outro lado, ambas as qualidades são sérias, serão, então, o mesmo.

Quase toda a dificuldade acerca da equidade resulta destas considerações. Em todas elas há qualquer coisa de correto e nenhuma das opiniões que estão formadas acerca destas determinações se opõem completamente umas às outras. Isto é, a equidade, embora sendo superior a um (sic) certa forma de justiça, é, ainda assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo. E, embora ambas sejam qualidades sérias, a equidade é a mais poderosa. O que põe aqui o problema é o fato de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal.

O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplica-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro mas não deixando, contudo, por outro lado, de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado.

É isso o que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem. Daqui resulta que a equidade é justa, e até, em certo sentido, trata-se de uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que está completamente sujeita ao erro. A equidade não será, contudo, uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que é absoluta. A natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal. Por este motivo, nem tudo está submetido à legislação, porque é impossível legislar em algumas situações, a ponto de ser necessário recorrer a decretos. A regra do que é indefinido é também ela própria indefinida, tal como acontece com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos. Do mesmo modo que esta régua se altera consoante a forma da pedra e não permanece sempre a mesma, assim também o decreto terá de se adequar às mais diversas circunstâncias. Assim, é, pois, evidente que a equidade é justa e, de fato, até é superior a uma certa forma de justiça. Mais evidente ainda é, a partir daqui, quem é equitativo.

O que é deste gênero está decidido e atua, de acordo com um princípio equitativo que aplica nas mais variadas circunstâncias. Contudo, não será tão rigoroso na aplicação intransigente da lei que se torne obsessivo, mas, embora a tenha do seu lado, será suficientemente modesto ao ponto de ficar com uma parte menor do que lhe seria devido. Isto é, mantém-se equitativo. Esta disposição do caráter é, então, a equidade. Trata-se, pois, de uma certa forma de justiça e não constitui uma disposição diferente daquela.

A função desempenhada pela equidade a partir do trecho acima consistiria no uso da equidade como meio de superar o caráter abstrato e geral da legislação para que em um dado caso concreto sua aplicação não gerasse um resultado absurdo, descompassado com a finalidade, o telos, da norma. Seria possível dizer tranquilamente que a equidade neste caso não excepciona a previsão normativa, mas antes a confirma, haja vista que inclui em seu âmbito de incidência uma conduta que literalmente não poderia ser subsumida a mesma, mas que está abrangida pelo desiderato da norma, ou seja, encontra-se abrangida pela razão de ser do comando normativo. Algo formalmente insubsumível ao suporte fático da norma enseja a aplicação da respectiva consequência jurídica porque o não-enquadramento da conduta ao que consta literalmente na previsão legal discreparia a mais não poder do que se almeja com a instituição da norma. Não seria uma erosão da legalidade, mas sua confirmação, entendida a mesma como uma estrutura mais rica e complexa, mais adequada a relacionar-se dialeticamente com o tecido social. Há, ainda, uma relação entre a flexibilidade permitida pelo juízo equitativo com a manutenção da própria legislação, bastando ver que uma ordem muito rígida tende rapidamente a quebrar (veja-se os sistemas jurídicos autoritários em geral), mantendo-se quando muito pelo uso intenso da força, ao contrário do que é flexível que se adapta melhor e mesmo perante os ventos mais fortes apenas verga, mas mantém-se em pé (p. ex. Constituição dos EUA, sistema jurídico inglês etc.).

A atenção às peculiaridades do caso concreto por força da equidade aparece ainda em outro texto aristotélico, a saber, a Retórica (Retórica. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 108 (I - 1.374b1):

[...] A partir da noção de equidade evidencia-se que tipo de ações e que tipo de pessoas são equitativas ou o inverso. Não se deve punir igualmente erros e ações injustas, e tampouco punir do mesmo modo erros e equívocos. Chama-se de equívoco o ato destituído de maldade que tem resultados inesperados; de erro, o ato que, ainda que destituído de perversidade, produz um resultado que poderia ser esperado; o ato injusto produz resultados esperados e procede da perversidade; de fato os atos provocados pela paixão envolvem a perversidade.

Ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; não tanto as ações do acusado quanto as suas deliberações; não tanto este ou aquele detalhe parcial, mas o todo; indagar não o que o acusado é agora, mas a respeito do que sempre foi ou o que tem sido na maioria das situações. É também nos lembrarmos mais do bem do que do mal que nos foi feito; mais dos benefícios que recebemos do que dos que oferecemos; sermos pacientes quando atingidos pela injustiça; preferirmos dirimir um desentendimento por meio da negociação do que mediante o recurso à justiça; preferirmos uma arbitragem a um litígio, já que o árbitro leva em conta a equidade, ao passo que o juiz leva em conta a lei. A arbitragem foi criada com o propósito expresso de garantir espaço total para a equidade. O que foi dito anteriormente deve bastar no que tange à natureza da equidade.

Não sem razão bem vaticina Miguel Reale (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610):

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito.

O pensamento de Reale se mostra bastante fiel ao pensamento aristotélico na medida em que foi o estagirita quem disse que o silogismo judicial não é do tipo apodíctico, mas dialético, ou seja, realiza-se mediante a contraposição de argumentos - em vez de limitar-se a reconhecer a verdade ou falsidade de algo.

Aliás, o resgate da noção aristotélica de equidade parece ainda atender ao chamado de Miguel Reale (*Filosofia do Direito*. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 611) quando faz a seguinte observação:

O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

Na verdade, a tensão entre o abstrato e o concreto, o universal e o individual, sempre implicam na dialética dos contrários a exigir um juízo equitativo. Por isso, acertou Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126) ao apontar que o uso da equidade não é excepcional, mas sim algo inerente a toda atividade hermenêutica, criteriosa, cuidadosa, e, por que não dizer, carinhosa, vez que a atuação atenciosa para com o drama existencial concreto, real, revela a mais autêntica alteridade, a capacidade de colocar-se no lugar do outro, ao invés de alienar-se, quando o outro é um estranho.

Nem se diga que se está fazendo julgamento *extra petita*. Veja-se o seguinte precedente onde prestigiada a real necessidade social decorrente da incapacidade parcial e permanente sem adstrição literal ao pedido; é do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA. NULIDADE. *EXTRA PETITA*. AUXÍLIO-DOENÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 129 DA LEI 8.213/91.

I - Não é *extra petita* a r. sentença que, constatando o preenchimento dos requisitos legais

para tanto, concede auxílio-acidente ao segurado que havia requerido o pagamento de auxílio-doença. Precedentes.

II - Conforme dicção da Súmula 110/STJ: “A isenção do pagamento de honorários advocatícios, nas ações acidentárias, é restrita ao segurado.”

Recurso não conhecido. (STJ, 267.652, julgado em 18.03.2003)

Assim, o caso é de parcial procedência para concessão de auxílio-acidente.

### *3 - Dispositivo*

Julgo procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento de auxílio-acidente desde a DER.

Defiro a antecipação de tutela. Oficie-se com prazo de cumprimento de 30 dias.

Defiro a gratuidade. Sem custas ou honorários.

Intimem-se as partes.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0000436-04.2013.4.03.6007**

**Autora: LUANA MARIA FAUSTINO DA SILVA**  
**Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**  
**Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS**  
**Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL**  
**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/01/2015**

*Luana Maria Faustino da Silva* ajuizou ação, rito ordinário, em face do *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, objetivando o pagamento de pensão especial, por ser portadora da Síndrome da Talidomida, e indenização por danos morais.

Em síntese, a parte autora alega ser portadora da Síndrome de Talidomida, contraída em razão da ingestão do medicamento de mesmo nome, por sua genitora, no período de gestação, razão pela qual pretende a concessão do benefício de pensão especial previsto na Lei nº 7.070/82, bem como o pagamento da indenização por dano moral, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), consoante estabelecido pelo artigo 1º da Lei nº 12.190/2010.

Citado, o INSS apresentou contestação (fls. 46-51), defendendo a improcedência dos pedidos, diante da ausência de comprovação de que a autora seja portadora da Síndrome da Talidomida.

Determinada a realização de prova pericial (fls. 56-56v).

O laudo pericial foi encartado nas folhas 61-76.

A parte autora impugnou o laudo, e requereu a nomeação de perito profissional médico geneticista (fls. 79-80).

O INSS concordou com a conclusão do laudo (fl. 82).

Vieram os autos conclusos.

*É o relatório.*

*Decido.*

A parte autora pretende a concessão: [a] de pensão vitalícia prevista na Lei nº 7.070/82; e [b] de indenização por dano moral prevista na Lei nº 12.190/10.

Para o deferimento de ambos os benefícios é necessária a comprovação de que a deficiência alegada pela autora seja proveniente do uso da Talidomida pela sua mãe durante a sua gestação.

Como pode ser aferido no laudo pericial “a Talidomida (alfa-ftalimido-glutarimida) foi desenvolvida pela empresa alemã ‘*Chemie Grunenthal*’ como uma droga anticonvulsivante. Além disso, tinha uma propriedade notável: overdoses, simplesmente, causavam sono prolongado. A droga, então, foi comercializada pela primeira vez na Alemanha em 1957 e no Reino Unido em abril de 1958. Após o início do uso, pediatras e geneticistas alemães, começaram a ver crianças com malformações dos membros em um padrão bastante incomum. Em novembro de 1961, o Dr. Lenz sugeriu que essas deformidades resultaram do fato das mães terem ingerido talidomida. A confirmação desta sugestão veio rapidamente de várias partes do globo” (fls. 62-63).

No sítio eletrônico da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida – ABPST (cópia anexa), também existe a informação de que a talidomida “trata-se de um medicamento desenvolvido na Alemanha, em 1954, inicialmente como sedativo. Contudo, a partir de sua comercialização, em 1957, gerou milhares de casos de Focomelia, que é uma

síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto – tornando-os semelhantes aos de uma foca – devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos. A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a retirada imediata do mercado mundial. No entanto, em 1965 foi descoberto o seu efeito benéfico no tratamento de estados reacionais em Hanseníase (antigamente conhecida como lepra), e não para tratar a doença propriamente dita, o que gerou a sua reintrodução no mercado brasileiro com essa finalidade específica (...).

Deve ser colocado em relevo, que o Ministério da Saúde editou, em 2014, um Manual para o uso controlado da Talidomida.

Aludido documento, está disponível na “internet” ([http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida\\_orientacao\\_para\\_uso\\_controlado.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida_orientacao_para_uso_controlado.pdf)).

No Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde há um histórico da Talidomida, cujo excerto é a seguir reproduzido, para melhor compreensão da matéria:

*Talidomida: um histórico polêmico*

Síntese e lançamento no mercado de medicamentos

*Alemanha*

1954. A talidomida foi sintetizada na Alemanha, a partir do ácido glutâmico, como antiemético, sedativo e hipnótico.

Na tentativa de descobrir um medicamento para alergia, os pesquisadores H. Wirth e N. Mueckler, do laboratório farmacêutico “*Grünenthal*”, realizaram estudos com uma nova substância química em animais, mas descobriram que os resultados não confirmaram esse efeito. Descobriram, porém, que a substância testada tinha propriedades sedativas e hipnóticas e era capaz de induzir sono profundo e duradouro, sem provocar efeitos adversos no dia seguinte e era também considerada de baixa toxicidade.

1956. Foi lançada no mercado como medicamento antigripal com a marca registrada Grippex®. Outubro de 1957. A “*Chemie Grünenthal*”, proprietária da patente da substância denominada talidomida, lançou o medicamento como sedativo, com a marca Contergan®.

O medicamento foi anunciado, na Alemanha, como “inteiramente atóxico”, “completamente inócuo”, “completamente seguro” e vendido sem prescrição médica. A campanha publicitária para a indústria desencadeou o envio de 200 mil cartas para os médicos do mundo inteiro e 50 mil para os farmacêuticos, apresentando o medicamento e confirmando a sua segurança. Naquela ocasião, ainda não havia sido descoberta a correlação entre o consumo daquela nova substância e os defeitos congênitos que ela poderia gerar, porque não se dispunha de métodos sistemáticos para o estudo das reações adversas produzidas por medicamentos.

A associação da talidomida a outras substâncias gerou ainda medicamentos para tosse, asma, resfriados e cefaleias.

*Grã-Bretanha*

Abril de 1958. A “*Distillers Biochemicals Ltd.*” (DCBL), fabricante de uísque na Grã-Bretanha, iniciou a comercialização da talidomida com o nome de Distival®, sem suporte técnico, a não ser um relatório de uma página fornecido pela “*Grünenthal*”.

Campanhas de “marketing” enfatizaram a segurança do Distival® e o resultado foi tão significativo que a DCBL enviou folheto aos médicos afirmando: “O Distival® pode ser administrado com segurança para gestantes e mães no processo de aleitamento materno sem quaisquer efeitos adversos tanto para as mães como para os bebês [...]”.

*Estados Unidos da América*

Com o sucesso da droga no mercado, o laboratório “Merrel” solicitou licença para comercializar o Kevadon® (talidomida) no mercado americano. O FDA (Food and Drug Administration) rejeitou a aprovação do medicamento, baseado nos sintomas de neurite periférica em adultos, propiciando inclusive o prêmio Nobel a dra. Frances Oldham Kelsey. Mesmo assim, cerca de 1.200 médicos americanos receberam a talidomida diretamente da “Grünenthal”, utilizando-a contra enjoo em suas pacientes grávidas.

*A descoberta do efeito teratogênico*

1959. Os médicos alemães começaram a relatar o aumento da incidência de nascimento de crianças com um tipo peculiar de malformação congênita, com defeitos no seu esqueleto, ausência das extremidades superiores, como os ossos rádio e ulna e, às vezes, malformações nos membros inferiores. Assim, foi constatada a ocorrência de “focomelia”, nome dado à síndrome que se caracteriza pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, tornando-o semelhante à forma externa da foca. Os médicos também relataram a “amelia”, ausência completa de braços e/ou pernas e ainda ausência ou malformação dos dedos das mãos e dos pés.

1961. Em novembro, no Encontro de Pediatria, em Düsseldorf, na Alemanha, após a apresentação de 34 casos de recém-natos com graves deformidades das extremidades, uma pesquisa realizada por Pfeiffer & Kosenow, W. Lenz levantou publicamente a possibilidade de as anomalias congênitas terem sido provocadas pelo consumo de talidomida durante a gestação. Essa hipótese foi reforçada pelo pesquisador McBride, na Austrália, ao observar que 20% das gestantes por ele acompanhadas e que fizeram uso do Distival® como antiemético, durante a gravidez, geraram crianças com múltiplas e graves anormalidades. Assim, o primeiro alarme foi dado por um médico na carta ao diretor da Revista Lancet.

*A ingestão de um único comprimido durante a gestação pode ocasionar a focomelia*

Outras alterações graves provocadas pela talidomida no feto:

A talidomida, além de provocar alterações dos membros superiores e inferiores, pode provocar defeitos visuais, auditivos, na coluna vertebral e, em casos mais raros, defeitos cardíacos e no tubo digestivo.

O Quadro 1, no capítulo talidomida: indicações, apresenta tipos de defeitos encontrados de acordo com o período de exposição ao medicamento.

Não é só a talidomida que provoca malformações congênitas no feto. Existem outros medicamentos considerados teratogênicos que têm o seu uso controlado e devem ser observados com cuidado pelos profissionais de Saúde. O diagnóstico diferencial é fundamental para que se possa tomar medidas eficientes de acompanhamento aos pacientes, sobretudo para mulheres em idade fértil.

*A proibição e retirada do medicamento no mercado mundial*

Com o nascimento de milhares de crianças com graves deformidades, a chamada primeira geração da talidomida, a substância foi retirada do mercado.

Novembro de 1961. Retirada do mercado pela “Chemie Grünenthal” (Alemanha).

Dezembro de 1961. Retirada do mercado pela DCBL (Grã-Bretanha).

Março de 1962. Retirada do mercado pela “Merrel”.

*A talidomida no Brasil*

A introdução do medicamento e a cassação da licença de comercialização

Março de 1958. A talidomida ficou disponível no Brasil. Foi comercializada por diferentes laboratórios com os seguintes nomes: Cetiluram, Ondosil, Sedalis, Sedim, Verdil e Slip.

1960. Foram relatados os primeiros casos de malformações no País.

1962. Até esta data, a droga foi comercializada no Brasil como “isenta de efeitos adversos”, embora já tivesse sido banida na Alemanha. Com o reconhecimento da talidomida como o medicamento responsável pela síndrome, o governo federal, por meio do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia (SNFMF), cassou a licença dos produtos contendo talidomida mediante o Termo de Inutilização do Medicamento, datado de 13 de novembro de 1962, e estabelecido formalmente em 30 de junho de 1964.

### *Reintrodução da talidomida*

1963. O uso terapêutico da talidomida foi demonstrado em dermatologia pelo dr. Osmar Mattos, a partir do seu relato de um caso clínico somente publicado em 1973, sob o título: “O prurido nodular de Hyde tratado com talidomida”.

1965. Um médico israelense, dr. J. Sheskin, descobriu que a talidomida tinha efeitos benéficos no tratamento de estados reacionais em hanseníase. Essa descoberta fez com que outros pesquisadores começassem a utilizar o medicamento.

1971. A Organização Mundial da Saúde (OMS) coordenou um ensaio clínico que comprovou a rápida melhora em número significativo de pacientes, levando à liberação do medicamento para tratamento do eritema nodoso hanseníaco, sob estrita regulação e precauções.

Assim, a partir de estudos clínicos e da descoberta de suas aplicações terapêuticas, a talidomida voltou a ser comercializada em alguns países, entre eles o Brasil.

1974. O Ministério da Saúde inseriu a contraindicação da talidomida por seus efeitos teratogênicos na gravidez.

1984. No Guia para o Controle da Hanseníase, o MS informa: “deve-se ter cuidado com o seu uso, em pacientes do sexo feminino, pelos efeitos teratogênicos que possui”.

1987. A Portaria nº 1, de 9 de outubro de 1987, da Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde, do Ministério da Saúde, publicada no DOU, de 20 de outubro de 1987, na seção 1, 1.3.5. – Tratamento de gestantes, afirma: “os corticoesteroides estão indicados nas intercorrências reacionais, tendo em vista a total contraindicação do uso da talidomida”.

No item 1.3.7.2, afirma:

“em reação tipo II ou eritema nodoso hansenótico, a observação b) deve-se ter cuidado com o uso da talidomida em pacientes do sexo feminino em vista dos efeitos teratogênicos da droga, não devendo a mesma ser utilizada nas pacientes em idade fértil”.

Ainda na mesma portaria, no item 1.3.8, quando trata da talidomida, afirma: “Em virtude de a rifampicina diminuir a ação dos contraceptivos orais, recomenda-se a não utilização da talidomida em pacientes do sexo feminino em idade fértil.”

1989. O MS publica as Normas Técnicas e Procedimentos para Utilização dos Esquemas de Poli quimioterapia no Tratamento da Hanseníase, em que o Ministério da Saúde observa que “é totalmente contraindicado o uso da talidomida em mulheres em idade fértil, devido a seus conhecidos efeitos teratogênicos”.

1991 a 1993. As portarias nº 1.401, de 14 de agosto de 1991, MS/GM nº 864, de 7 de agosto de 1992 e MS/GM nº 814, de 22 de julho de 1993, ratificam a “contraindicação do uso da talidomida em idade fértil” (14, 15, 16), devido a seus conhecidos efeitos teratogênicos.

1994. A Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde publica no DOU, em 6 de julho, a Portaria MS/SVS nº 63, “proibindo a prescrição da talidomida para mulheres em idade fértil, em todo o território nacional”. (17)

1995. O Ministério da Saúde distribui um folheto destinado aos profissionais de Saúde responsáveis pela prescrição de medicamentos no tratamento dos pacientes de hanseníase, esclarecendo sobre os efeitos teratogênicos da talidomida e a proibição de seu uso em mulheres em idade fértil.

1997. A Portaria MS/SVS nº 354, de 15 de agosto, em seu artigo 6º, “proíbe o uso da talidomida por mulheres em idade fértil, compreendida da menarca à menopausa”. (18). São dois momentos, na década de 1990, em que o Ministério da Saúde proíbe e ratifica a proibição, considerando os potenciais e graves riscos na liberação de medicamento com efeitos teratogênicos já comprovados para mulheres em idade fértil e estabelece que, sempre que for prescrito o medicamento talidomida, o paciente deverá receber com o medicamento, o “Termo de Esclarecimento”, bem como deverá ser preenchido e assinado um “Termo de Responsabilidade” pelo médico que prescreveu a talidomida, em duas vias, devendo uma via ser encaminhada à Coordenação Estadual do Programa, conforme legislação sanitária específica em vigor e a

outra permanecer no prontuário do paciente.

1998. A Portaria MS/SVS nº 344, de 12 de maio de 1998, inclui a talidomida (Ftalimidoglutarimida) na Lista C3 (Lista das Substâncias Imunossupressoras).

2003. A Lei nº 10.651, de 16 de abril de 2003, no art. 1º, inciso III, exige que a embalagem e o rótulo exibam “ostensivamente a proibição de seu uso por mulheres grávidas ou sob risco de engravidar, acompanhada de texto, em linguagem popular, que explicita a grande probabilidade de ocorrência de efeitos teratogênicos associados a esse uso”; as exceções em mulheres podem ocorrer apenas nos programas expressamente qualificados (art. 3º, II), (Anexo A).

2011. Publicada a RDC nº 11, de 22 de março de 2011, que trata do controle da substância/ medicamento talidomida; regulamenta a Lei nº 10.651, de 16 de abril de 2003, trazendo como impactos positivos a simplificação de normas relacionadas à talidomida; maior esclarecimento de prescritores e demais profissionais de Saúde; melhor orientação a pacientes devido às alterações de materiais de embalagem e termos de esclarecimento; definição de responsabilidades das Vigilâncias Sanitárias e Assistências Farmacêuticas.

Como pode ser aferido no texto reproduzido, a Síndrome da Talidomida produziu vítimas, a partir de 1960.

Também no Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde pode ser aferido que são identificadas 3 (três) gerações de vítimas da Síndrome da Talidomida, a primeira abarcando o período de 1960 a 1965, a segunda compreendendo o interregno de 1966 a 1998, e uma terceira que engloba o período de 2005 a 2010.

No caso concreto, a parte autora nasceu em 29.06.1987 (folha 15).

Ainda no Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde é mencionado que para a 2ª geração de vítimas da Síndrome da Talidomida, que abarca os anos de 1966 a 1998 (época em que nasceu a parte autora), o Movimento pela Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan) e a Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida (ABPST) identificaram 65 (sessenta e cinco) casos que apresentavam deformidades e história clínica compatíveis com a Síndrome (“In verbis”: “O Morhan e a ABPST uniram-se e começaram a busca ativa de novos casos de síndrome da talidomida, crianças nascidas após 1965. Foram identificados 65 casos que apresentavam deformidades e história clínica compatíveis com a síndrome referida”).

Portanto, após 1965, o diagnóstico de vítima da Síndrome da Talidomida, embora possível, é raro, no país.

No caso concreto, saliento que não há nenhuma notícia no sentido de que a mãe da autora tenha sido medicada para hanseníase, tampouco que tenha feito uso de Talidomida, sem prescrição médica (item 1 sob a rubrica “histórico” do laudo pericial – folha 62).

A parte autora referiu ao Sr. Experto que atribuía sua deficiência física ao uso, por sua genitora, de uma *injeção intramuscular* durante o período da gravidez. Acredita que essa injeção seja de Talidomida (v. folha 62 sob a rubrica “histórico”, item 1).

No multicitado Manual para o uso controlado da Talidomida pode ser verificado que a apresentação do medicamento é em forma de comprimidos (cópia anexa de excerto do Manual, sob a rubrica “esquema de tratamento com Talidomida”).

O Sr. Experto também asseriu que a Talidomida é encontrada sob a forma de comprimidos, no laudo (folha 70 – item 2.4).

Ou seja, não é possível que a mãe da autora tenha feito uso de Talidomida, por meio de injeção intramuscular (item IX sob a rubrica “discussão” do laudo pericial – folha 72).

Ademais, concluiu o Sr. Perito que “considerando o depoimento da pericianda, o exame físico e a documentação acostada, não é possível identificar a causa exata da anomalia apresentada, não sendo característica de nenhuma síndrome genética específica, contudo *podendo-se concluir pela impossibilidade efetiva da ação de um agente ambiental como a Talidomida*” – foi grifado e colocado em negrito (folha 72 – item IX).

Portanto, não há como atribuir ao consumo de Talidomida, por sua mãe, a deficiência da parte autora. Não há o mínimo indício da ingestão do medicamento pela sua genitora, eis que o medicamento não possui apresentação injetável.

Por decorrência lógica, considerando que o medicamento Talidomida não possui apresentação injetável, fica prejudicado o pleito de realização de nova perícia por profissional médico geneticista, conforme requerido pelo combativo patrono da parte autora (fls. 79-80).

Destaco, outrossim, que o Sr. Perito ao responder ao quesito nº 4, apresentado pelo INSS, indagando se haveria “necessidade de exames genéticos para a confirmação da Síndrome da Talidomida na parte autora”, explicitou que a hipótese seria impertinente, eis que não existem “exame laboratoriais para diagnóstico da Síndrome da Talidomida”, tratando-se de “diagnóstico, exclusivamente clínico” (folha 76), o que reforça a desnecessidade de outra perícia médica, ainda que feita por profissional médico geneticista.

Em face do explicitado, extingo o processo, com resolução do mérito, e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Não é devido o pagamento de custas processuais, nem o pagamento dos honorários advocatícios, eis que a parte autora é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Requisite-se o pagamento dos honorários do Sr. Perito, e remetam-se os autos à SEDI, para retificação do assunto - conforme determinado no último parágrafo da r. decisão de folhas 56-56v.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Coxim, 19 de janeiro de 2015.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÚZEL

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **0000933-97.2014.4.03.6131**

Autora: UNIÃO FEDERAL  
Réu: JOSÉ OCTÁVIO NÉBIAS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP  
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE  
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 17/09/2014

*Vistos, em sentença.*

Cuida-se de ação civil pública que tem por escopo encoar execução de medida administrativa de abate de animais existentes na propriedade do requerido. Sustenta a inicial, em suma, que representantes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em fiscalização no estabelecimento rural do réu verificaram os extratos de alimentação de ruminantes, e constataram a presença de subproduto de origem animal vedados, a saber, ossos não calcinados e penas não hidrolisadas. Tendo em vista o resultado positivo do teste aplicado, foi o requerido notificado para apresentar defesa e novas amostras para contraprovas, o que foi feito, havendo, ao final e ao cabo do procedimento administrativo, sua defesa sido indeferida. Que, nestes termos, foi o interessado notificado para cumprir o disposto no artigo 5º da IN 41/2008, que determina o abate dos animais alimentados a partir de tais forragens. Tem por fim a presente ação civil manejar a obtenção de ordem judicial que autorize a adoção de medidas coercitivas para a viabilização de indigitada medida administrativa. Junta documentos às fls. 10/209.

Liminar *indeferida* pela decisão de fls. 212/213-vº. Arrostada por agravo, manejado sob a forma de instrumento e aqui noticiado às fls. 218, pende de apreciação o recebimento do recurso perante o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, conforme se colhe de fls. 279/280.

Citado, o requerido apresenta contestação aos termos da inicial (fls. 140/253, com documentos às fls. 254/256), articulando preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual. No mérito, após tecer diversas críticas á forma pela qual se desenvolveu o procedimento administrativo aqui em questão, o réu argumenta, em apertada síntese, que não há prova de que os animais de sua propriedade tenham sido alimentados com a forragem aqui em causa, e que não há prova de que os animais respectivos estejam contaminados. Pugna pela improcedência do pedido inicial.

Réplica às fls. 261/267, com documentos às fls. 268/277-vº.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.*

*Decido.*

A questão versada revolve condições da ação, tema que pode ser conhecido diretamente pelo Juízo, *ex officio*, na qualidade de *dominus processus* (CPC, art. 267, § 3º). Por tais razões, é dispensável a intercessão *prévia* do DD. *Parquet* Federal, até mesmo porque as conclusões que se alinham poderiam ter sido adotadas independentemente do processamento do feito (indeferimento da inicial da ação civil pública). Entretanto, e em reverência à atuação funcional do MPF, delibero no sentido de se dar vista dessa sentença ao Douto Representante Ministerial, oportunamente.

Na esteira daquilo que já restou consignado por ocasião da decisão que apreciou o pedido

de liminar, falece interesse processual para o manejo da presente ação civil pública. A propósito, aquilo que ali restou consignado para efeitos de deliberação da postulação da medida liminar, se aplica, sem rebarbas, ao processo como um todo, na medida em que a ausência de interesse de que ali se cogita contamina, em verdade, a ação como um todo. De sorte que, a não ser pelo enfrentamento de questões específicas próprias à composição global do processo, o entendimento já explicitado quando da apreciação da liminar será aqui encampado.

A inicial não resiste à análise das condições da ação. Está em questão a prática de ato administrativo plenamente dotado de carga auto-executória, o que dispensa a intervenção do Judiciário, no sentido de autorizar a prática de um ato que – independente disto – pode ser *diretamente* praticado pela Administração.

Dissertando sobre este importante atributo do ato administrativo, a I. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assim o conceitua:

Consiste a auto-executoriedade em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção pelo Poder Judiciário.

[*Direito Administrativo*, 15. ed., São Paulo: Ed. Atlas, p. 193].

Mais adiante, explicitando as hipóteses em que este atributo tem aplicabilidade, a emérita doutrinadora especifica que:

No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação, etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

2. *Quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público*; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: *a exigibilidade*, que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias, criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e *a executoriedade*, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração *pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário*. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. *Na executoriedade*, a Administração *emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força*. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; *na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade* (g.n.). [op. cit., pp. 193-94].

A hipótese vertida nos autos, como está claro sob todas as luzes, quadra enquadramento pleno na auto-executoriedade dos atos administrativos, já que se cuida da execução de medida de polícia administrativa que pode, ao menos potencialmente, afetar aos interesses maiores da coletividade, dispensando o recurso ao Poder Judiciário para se materializar.

Bem por isso, aliás, é que a jurisprudência dos Tribunais Superiores do País vem sufragando este entendimento em situações congêneres. Nesse sentido, posicionamento consentâneo do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que arrola na seqüência:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FECHAMENTO DE PRÉDIO IRREGULAR – AUTO-EXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE DE INVOCAR A TUTELA JUDICIAL.

1. A Administração Pública, *pela qualidade do ato administrativo que a permite compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento, carece de interesse de procurar as vias judiciais para fazer valer sua vontade, pois pode por seus próprios meios providenciar o fechamento de estabelecimento irregular.*

2. Recurso especial improvido (g.n.).

(REsp 696.993/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 349)

Em idêntico sentido, daquela mesma Excelsa Corte de Justiça, o aresto que indico na seqüência, destacando da ementa o trecho que interessa à discussão aqui em pauta, que remarca a ausência de interesse processual em hipóteses quejandas, porque o Poder Público, ao executar atos administrativos, ostenta presunção *juris tantum* de legitimidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEIS SITUADOS EM TERRENO DE MARINHA E TÍTULO EXPEDIDO PELO RGI NO SENTIDO DE SEREM OS RECORRENTES POSSUIDORES DO DOMÍNIO PLENO. IRREFUTÁVEL DIREITO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. ESTRITA OBSERVÂNCIA QUANTO AO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM EM FAVOR DA UNIÃO.

(...*omissis*...)

3. Conseqüentemente, o título particular é inoponível quanto à UNIÃO nas hipóteses em que os imóveis situam-se em terrenos de marinha, revelando o domínio da UNIÃO quanto aos mesmos. Neste sentido, é assente na doutrina que: Os TERRENOS DE MARINHA são BENS DA UNIÃO, de forma ORIGINÁRIA.

4. É lícito à UNIÃO, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com presunção *juris tantum* de legitimidade. Precedentes: REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002. (REsp 687.843/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 369).

5. O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.

6. Em relação ao direito de propriedade, tanto o Código Civil Brasileiro de 1916 como o novo Código de 2002 adotaram o sistema da presunção relativa (*juris tantum*) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.

7. Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido.

8. *Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos regis-*

*tros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.*

9. A presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha.

10. Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.

11. Ausência de *fumus boni juris*.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido (g.n.).

(REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005).

Observe-se, outrossim, que eventual dificuldade, onerosidade, inconveniência ou desparelhamento administrativo para a execução da medida, são questões que devem ser resolvidas no âmbito interno da Administração, não justificando o ajuizamento de ação, vez que desprovida da nota essencial do interesse de agir (modalidade necessidade) a justificar a instauração da lide.

Daí porque, por dispor de meios jurídicos próprios para efetivar a medida aqui pleiteada, a autora não ostenta interesse de agir para a ação civil pública. Patenteou-se hipótese de carência de ação, a desaguar no indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do feito, nos termos da lei.

#### DISPOSITIVO

Do exposto, configurada a hipótese de carência de ação por ausência de interesse processual (modalidade necessidade) por parte da autora, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL da presente ação civil pública e o faço para, JULGAR EXTINTO O PROCESSO, sem apreciação do mérito, com fundamento no que dispõe o art. 295, III c.c. art. 267, I e VI, todos do CPC.

Sem condenação em custas e honorários, tendo em vista o que prescreve o *art. 18 da Lei nº 7.347/85*.

*Sujeito a reexame necessário.*

*Ciência ao Ministério Público Federal.*

*Oficie-se ao(à) Exmo(a). Sr(a). Desembargador(a) Federal Relator(a) do Agravo de Instrumento aqui noticiado.*

*P.R.I.*

Botucatu, 12 de setembro de 2014.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0002428-30.2014.403.6115**

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**Rés:** FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS E COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB  
**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP  
**Juiz Federal:** LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI  
**Disponibilização da Sentença:** REGISTRO EM TERMINAL 12/12/2014

Vistos em decisão.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS e da COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – CETESB, objetivando, liminarmente: 1) a suspensão dos efeitos do ato administrativo concessivo emitido no Processo Administrativo de Autorização para Supressão de Vegetação Nativa nº 73/10104/14; 2) que a CETESB se abstenha de expedir novo ato de autorização/licença para a realização de obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada da UFSCar (Campus de São Carlos/SP) e o Instituto Federal de São Paulo; 3) que a Fundação Universidade Federal de São Carlos não dê início ou paralise imediatamente a obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada de seu campus em São Carlos e o Instituto Federal de São Paulo.

A pretensão liminar se fundamenta no fato de que a CETESB concedeu autorização à Universidade Federal de São Carlos para a supressão de vegetação componente do bioma cerrado, visando à construção de via de acesso da área urbanizada da instituição de ensino ao IFSP. Entretanto, o ato administrativo emanado da CETESB não levou em conta eventuais alternativas técnicas e locacionais para a construção da via de acesso requerida, no que teria deixado de respeitar o disposto no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, bem como o art. 3º, VIII, alínea “e” e IX alínea “g” da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal). Por conseguinte, o ato estaria eivado de vício formal, que acarretaria sua anulação.

*É o relatório.*

*Fundamento e decido.*

### **AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALTERNATIVA TÉCNICA E LOCACIONAL**

O constituinte brasileiro garantiu a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, o constituinte determinou a definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, estabelecendo que a sua alteração e a sua supressão somente seriam permitidas através de lei, vedando ainda qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Em face dos preceitos constitucionais, o legislador considerou o estudo de alternativa técnica e locacional como uma etapa importante do processo de avaliação de impacto ambiental, tanto que tal medida foi contemplada no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Cerrado no Estado de São Paulo. O mesmo pode ser observado no art. 3º, VIII, alínea “e” e IX alínea “g” da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal).

Assim sendo, no Estado de São Paulo, para a supressão de vegetação em estágios médio e avançado de regeneração para as fisionomias de cerrado e cerrado *stricto sensu*, conforme estabelece o art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, faz-se necessária a prévia autorização do órgão ambiental competente, que somente poderá autorizar, em caráter excepcional, quando necessária à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública. Em todo caso, é imprescindível a comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para o fim pretendido.

Transcrevemos as disposições pertinentes da Lei Estadual 13.550/2009:

Artigo 6º - A supressão de vegetação nos estágios médio e avançado de regeneração para as fisionomias cerrado e cerrado “*stricto sensu*” dependerá de prévia autorização do órgão ambiental competente e somente poderá ser autorizada, em caráter excepcional, quando necessária à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública ou interesse social definidos nesta lei, com comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para o fim pretendido, ressalvado o disposto no artigo 7º desta lei.

Parágrafo único - A autorização prevista no “*caput*” deste artigo estará condicionada à compensação ambiental, na forma de preservação de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, em área ocupada por vegetação pertencente ao Bioma Cerrado, ou à recuperação ambiental de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, na mesma bacia hidrográfica, preferencialmente na mesma microbacia.

Artigo 7º - Os remanescentes de vegetação do Bioma Cerrado, em qualquer de suas fisionomias, cuja supressão seja vedada em decorrência desta lei e que excedam o percentual destinado a compor a reserva legal do imóvel em que se localizam, poderão ser utilizados para a compensação de reserva legal de outros imóveis, nos termos previstos no artigo 44 da Lei federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Pois bem, a área em discussão foi considerada como em estágio médio de regeneração, com predomínio de espécies do cerrado, conforme laudo de caracterização de vegetação (fls. 844-845 do apenso à ACP). Semelhante conclusão foi apontada no relatório de inspeção da CETESB (fl. 935 do apenso à ACP), de modo que devem ser aplicadas as disposições da Lei Estadual 13.550/2009. Também é importante notar que a supressão da vegetação objetiva a implantação de estabelecimentos públicos de educação de ensino superior, o que configura utilidade pública, conforme dispõe o art. 3º, I, “e” da Lei 13.550/2009.

Dessa forma, pode-se notar o enquadramento da área na legislação mencionada, bem como a existência de utilidade pública. No referido laudo também há proposta de compensação ambiental, consistente na preservação de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, tendo sido escolhido, para tanto, local dentro do próprio campus da universidade (fls. 846 do apenso à ACP).

Observa-se ainda a apresentação de outros laudos no processo administrativo que levou a CETESB a autorizar a supressão da vegetação para a interligação entre a área urbanizada da UFSCar e o Instituto Federal de São Paulo (fls. 831-940).

Ocorre que a documentação apresentada para a obtenção da autorização não preencheu de forma integral o disposto no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, posto que não restou comprovada a inexistência de alternativa tecnológica e locacional no decorrer do processo administrativo.

De fato, conforme a legislação, é necessária a apresentação de estudos de alternativas tecnológicas e locais, os quais deverão vir acompanhados de demonstração e fundamentação detalhada no que se refere à disponibilidade ou indisponibilidade de áreas para relocação

das populações das áreas a serem suprimidas.

Assim, nesse ponto o processo administrativo em questão não respeitou a legislação, não havendo nenhum estudo detalhado, mas tão somente a indicação, de plano, da área para a compensação ambiental. Tal indicação diverge daquela proposta pelo laudo apresentado pelo MPF, no que já fica evidente o descumprimento do requisito legal da comprovação de inexistência de alternativa tecnológica e locacional.

Por conseguinte, em uma análise liminar, pode-se concluir que no processo administrativo não restou comprovada a inexistência de alternativa tecnológica e locacional, o que macula a autorização emitida pela CETESB, podendo levar até mesmo, em uma análise exauriente, à anulação de referido ato administrativo.

### PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

Seguindo a análise da pretensão ministerial, verifica-se que a ação civil pública também está embasada nos princípios da prevenção e precaução, pelo que passamos a verificar a pertinência de referidos argumentos para eventual concessão de liminar.

O princípio da precaução foi introduzido pelo direito ambiental, surgindo no direito alemão na década de 70 (*Vorsorgeprinzip*), que serviu de modelo para o direito que viria a ser desenvolvido na União Europeia (ARNDT, Birger. *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, p. 13-14). Seu objetivo era a proteção ambiental em relação aos riscos potenciais ou hipotéticos da sociedade contemporânea.

Assim sendo, em suma, o princípio da precaução aparece para tentar evitar ou diminuir os males da “sociedade do risco”, de modo que sempre que estivermos diante de uma incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução deverá atuar como instrumento de gerenciamento dessa incerteza. O substrato emocional de tal princípio é justamente o medo do desconhecido, a oposição ao risco e ao perigo, aplicando-se às situações em que o conhecimento científico não consegue dar um parecer definitivo.

Nesse contexto, a maioria dos autores, conforme assevera Teresa Ancona Lopez (*Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*), tem como melhor definição do princípio da precaução o art. 15 da Declaração do Rio de 1992, ou seja: “diante de certos riscos particularmente graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica sobre seu entendimento ou sua realização não deve conduzir à inação mas legítima medidas, mesmo drásticas, de prevenção”. A mencionada autora também apresenta sua definição de precaução nos seguintes termos: “Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza”.

O princípio da prevenção, por seu turno, não parte da ideia de um risco potencial, mas sim de um risco provado. Desse modo, a tutela da prevenção é voltada para os riscos constatados, conhecidos e provados. Sua aplicação se dá nos casos em que os impactos ambientais já são demonstrados, buscando-se então a constante vigilância e ação do Poder Público e da sociedade para que se evite a degradação ambiental.

Tratando do princípio da prevenção, Marcelo Abelha Rodrigues (*Elementos de direito ambiental: Parte Geral*) deixa bem clara sua relação com o direito ambiental, asseverando: “Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstrução é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irrever-

sível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam”.

Pois bem, partindo das considerações supramencionadas, bem como levando em conta a indiscutível importância da preservação do bioma do cerrado, muito bem explanada pelo Ministério Público Federal na petição inicial da presente ação, parece-nos indiscutível a necessidade, em sede liminar, da aplicação unicamente do princípio da prevenção.

De fato, caso ocorrido o dano ambiental, com a conseqüente devastação da área de cerrado para a realização da expansão da área urbana no perímetro da UFSCar, sua reconstituição será bastante complicada e poderá demorar décadas. Aliás, a não apresentação de alternativa técnica e locacional já constitui, por si só, motivo para a aplicação do princípio da prevenção, sendo melhor a discussão das alternativas propostas do que a imediata degradação ambiental.

A prevenção nos leva aqui à análise das melhores medidas a serem tomadas para que sejam atendidos, de forma mais otimizada possível, tanto os interesses relativos à realização de obra de utilidade pública como a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, atento à proposta apresentada pelo parquet, não seria razoável que este juízo permitisse a imediata devastação da área para só depois estudar o caso, correndo o risco de considerar mais pertinente justamente o proposto nesta ação, quando a área de cerrado já estivesse totalmente devastada.

Neste ponto, diante da prevenção, considerando que os impactos ambientais já estão demonstrados e que não foi apresentada alternativa técnica e locacional durante o processo de autorização, é certo que estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, autorizadores da concessão da medida cautelar pleiteada.

Realmente, a irreversibilidade do dano ambiental, o desrespeito ao disposto na Lei Estadual 13.550/2009, bem como o fato de que a UFSCar já iniciou processo licitatório, ostentando as condições formais para dar início às obras após o término do certame e formalização do contrato, nos levam à concessão da medida liminar para suspender a autorização concedida pela CETESB e impedir o início das obras.

Por fim, vale consignar que o princípio da precaução não nos parece adequado para o embasamento da pretensão, visto que foi cientificamente determinada, em sua totalidade, a possível relação de causa e efeito no que toca à devastação da área em litígio.

#### *Dispositivo*

Diante do exposto, com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil c/c o art. 12 da Lei 7.347/85, defiro a medida liminar requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para suspender os efeitos do ato administrativo concessivo emitido no processo administrativo de autorização para supressão de vegetação nativa (nº 73/10104/14) e determinar que a CETESB se abstenha de expedir novo ato de autorização/licença para a realização de obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada da UFSCar e o Instituto Federal de São Paulo. Outrossim, determino à Fundação Universidade Federal de São Carlos que não dê início ou, caso já tenha iniciado, que paralise imediatamente a obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada de seu campus em São Carlos e o IFSP.

Em caso de descumprimento do que foi determinada, incidirá multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em desfavor da UFSCar e da CETESB, bem como multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) em desfavor do gerente local da CETESB e do Reitor da UFSCar, a recair sobre seu patrimônio pessoal, sem prejuízo de eventual prática de ato de improbidade administrativa e crime de desobediência.

Revista do TRF3 - Ano XXVI - n. 124 - Jan./Mar. 2015

**Citem-se, intinem-se e notifiquem-se com urgência.**

**São Carlos, 11 de dezembro de 2014.**

**Juiz Federal LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI**

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0002435-31.2014.4.03.6112**

Autor: MUNICÍPIO DE ANHUMAS

Réus: AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL E OUTRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

Vistos, em sentença.

#### 1. Relatório

Município de Anhumas ajuizou a presente demanda pretendendo a declaração da inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 414/10 da ANEEL, desobrigando-se do recebimento do sistema de iluminação pública registrado como “Ativo Imobilizado em Serviço – AIS”.

A liminar foi deferida (folhas 55/57).

Citada, a ANEEL (folhas 66/79) sustentou, em síntese, a competência dos municípios para a prestação dos serviços de iluminação pública, inexistência de afronta ao Decreto nº 41.019/41, bem como a inexistência de violação ao princípio da autonomia municipal. Transcreveu entendimento jurisprudencial a respeito do caso.

Argumentou, ao final, a inexistência do *periculum in mora* a amparar a medida liminar deferida.

À folha 95, a ANEEL noticia a interposição de agravo de instrumento.

A Elektro, por sua, vez apresentou sua resposta (folhas 109/135), requerendo, à folha 110, a observância do prazo em dobro, uma vez que os réus possuem diferentes procuradores.

Posteriormente, apresentou preliminares de “independência dos poderes”, “ilegitimidade passiva e carência da ação” e “inexistência dos requisitos legais à concessão da antecipação de tutela”.

No mérito, pugnou pela improcedência da ação, tendo em vista a legalidade dos atos regulatórios da ANEEL.

A Elektro opôs embargos de declaração (folhas 186/188).

Os embargos foram acolhidos (folha 189 e verso), determinando-se que a tarifa B4b ou valor a ela equivalente persista em favor da embargante/ré enquanto perdurar os efeitos da liminar deferida.

Intimado, o Município autor manifestou-se acerca das contestações apresentadas (folhas 195/199), rechaçando os argumentos expostos pelas rés.

A Elektro noticiou a interposição, também, de agravo de instrumento (folha 231).

Os agravos de instrumento (ANEEL e Elektro) foram convertidos em agravos retidos (folhas 262 e 273).

Não tendo sido requerido provas, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Delibero.

## 2. Fundamentação

De início, passo a analisar as preliminares suscitadas pela Elektro.

Sem razão a corrê Elektro ao sustentar que a ANEEL, ao editar a Resolução Normativa em comento, se valeu da competência exclusiva para regulamentar o serviço de energia, não cabendo, à municipalidade, praticar qualquer ingerência em atos de competência exclusiva do Poder Executivo.

Ora, a função da ANEEL é, precipuamente, regulatória, ou seja, regulamentar o desenvolvimento do setor elétrico. Não cabe a ela propor a transferência do ativo imobilizado por meio de Resolução.

O artigo 218 da Resolução Normativa 414/2010 extrapola as funções legais da ANEEL, interferindo diretamente nas atividades do Município-autor, impondo-lhe aceitação onerosa dos ativos do sistema de iluminação pública.

Assim, a municipalidade pode insurgir-se em face de tal Resolução, uma vez que ocasionará vultosos gastos para os cofres municipais.

Dessa forma, não acolho a preliminar de “independência dos poderes”.

Melhor sorte não socorre à preliminar de “ilegitimidade passiva e carência da ação”.

Com efeito, ainda que a Elektro apenas execute os atos emanados na ANEEL, por força de contrato, a transferência dos ativos ao município lhe atingirá diretamente, uma vez que deixará de arcar com os custos de gestão e manutenção de todo sistema de iluminação (reposição de lâmpadas, chaves, reatores, etc). Assim, é parte interessada na demanda.

No tocante à preliminar de inexistência dos requisitos necessários à concessão da liminar (arguido pela Elektro) e ausência do *periculum in mora* (arguido pela ANEEL), observo que tal questão já foi superada, até porque a tutela de urgência foi deferida. Vê-se que a r. decisão das folhas abordou, na folha 55-verso, a existência da verossimilhança das alegações autorais, no que diz respeito ao poder regulamentar da ANEEL ao editar a Instrução Normativa 479/2012, que deu nova redação ao artigo 218 da Instrução Normativa 414/2010.

Já o *periculum in mora* (analisado à folha 56-verso) decorreria do impacto orçamentário sofrido pela Municipalidade ao absorver todos os custos de logística, implantação e manutenção do sistema de iluminação.

Por outro lado, com razão à ré Elektro no que diz respeito ao prazo dobrado para manifestação. Nos termos do artigo 191 do CPC, tratando-se de litisconsórcio, com diferentes procuradores, o prazo conferido para contestar, recorrer e falar nos autos, é contado em dobro.

Passo à análise do mérito.

A Agências Reguladoras, dotadas do poder de fiscalizar e regulamentar as atividades exercidas pelos particulares em razão da concessão dos serviços públicos, tem, como função principal, a edição de atos de caráter geral, abstratos e impessoais em relação aos setores da economia postos sob seu controle.

A própria Constituição Federal instituiu a matriz desses órgãos reguladores nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III para os setores de telecomunicações e petrolífero. Posteriormente, a lei 9.427/96, que dispõe sobre o regime de concessões dos serviços públicos de energia elétrica criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, a ANEEL; a lei 9.427/97 instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL; a lei 9.478/97 criou a Agência Nacional do Petróleo, ANP, dentre outras. A todas essas Agências, criadas sob a forma de “autarquias de regime

especial” o traço marcante comum é o exercício da função regulatória, ou seja, a competência para editar normas gerais, abstratas e impessoais sobre o setor sob seu controle.

Tal atuação instrumentaliza-se pelos decretos regulamentares editados pelas Agências Reguladoras. Longe de serem atos estritamente administrativos, os regulamentos impostos por tais agências, não raro, trazem em si forte carga de normatividade.

Há, assim, no caso, uma crise de legalidade, tendo em vista que somente a lei poderia impor sanções ou ditar normas de conduta aos particulares. Deve-se, portanto, fazer distinção entre função regulamentar e função regulatória, esta conferida, por lei, às Agências Reguladoras, aquela, ao chefe do Poder Executivo pela própria Constituição Federal.

A questão nodal que se coloca, portanto, frente a esse panorama é a delimitação da função normativa ou regulatória das agências reguladoras em face dos postulados constitucionais da tripartição de poderes e do princípio da legalidade, que no nosso sistema têm como parâmetros fundamentais os arts. 5º, inc. II, e 84, inc. IV, da Constituição Federal, segundo os quais, respectivamente, somente a lei pode obrigar condutas e impor sanções e que é do Presidente da República a competência para expedir regulamentos, com a estrita finalidade de permitir o fiel cumprimento da lei.

Pois bem, o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL possui conteúdo estritamente normativo, uma vez que determina a transferência dos ativos imobilizados em Serviço do Sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente, estabelecendo, inclusive, um prazo para que referida transferência seja efetivada.

Na Lei nº 9.427/97, que instituiu a ANEEL, não se vislumbra qualquer delegação de poder normativo a esta agência reguladora, a qual seria necessária para a normatização do que se encontra contido no artigo 218 da Resolução em apreço, logo, não cabe à ANEEL qualquer exercício de discricionariedade regulamentar no presente caso, eis que inexistente na sua lei criadora delegação de competências normativas.

Reiterando, a ANEEL, ao dispor sobre a obrigatoriedade de transferência dos ativos de iluminação pública, excedeu o seu poder regulamentar de caráter secundário. Deve, sua função, ser essencialmente operacional, não podendo seus atos normativos ter caráter ilimitado, inovando na ordem e impondo responsabilidades ao poder público municipal por meio de suas normas.

Assim, a criação de obrigação para o poder local, com responsabilidade pela manutenção do sistema de iluminação pública, usurpa a autonomia do Município.

Com a criação da Resolução em comento, os municípios ficarão obrigados a assumir todo ativo de iluminação pública pertencente às concessionárias de energia elétrica, de maneira que os custos com gestão, manutenção de todo sistema de distribuição, atendimento, operação e reposição de lâmpadas, suporte, chaves, troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços, materiais de fixação, dentre outros, ficarão a cargo do ente municipal.

Dessa forma, a gestão da prestação de serviços de iluminação pública pelos municípios demandará estruturação técnica, operacional e financeira destes, o que gerará vultosos gastos para os cofres públicos municipais, com provável repasse aos municípios.

Repise-se, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público interno, geralmente constituída sob a forma de autarquia, cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinado setor da economia de um país, a exemplo dos setores de energia elétrica, telecomunicações, entre outros.

A Lei nº 9.427/96 criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e concedeu a

ela o poder de implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme dispõe o inciso I do artigo 3º da referida lei, bem como o de regular o serviço concedido, permitindo, autorizando permanentemente sua prestação (Lei nº 9.427/96, art. 3º, inciso XIX).

Tal atuação materializa-se por meio de decretos regulamentares que, quase sempre, trazem grande carga de normatividade. Entretanto, cabe ressaltar que somente a lei pode impor sanções ou estabelecer normas de conduta aos particulares.

Assim, há que fazer uma delimitação entre a função normativa ou regulatória das agências reguladoras, frente ao postulado constitucional da tripartição dos poderes e do princípio da legalidade.

Ora, na Lei nº 9.427/97, que criou a ANEEL, não se verifica nenhuma delegação de poder normativo, a qual seria necessária para a normatização do contido no artigo 218 da Resolução 414. Dessa forma, não cabe à ANEEL o exercício de discricionariedade regulamentar no caso em questão, haja vista que inexistente em sua lei criadora delegação de competência normativa.

Do exposto acima, entendo que Resolução Normativa nº 414/2010 com a redação dada pela Resolução Normativa nº 479/2012, padece de vícios de ilegalidade, tendo em vista que a ANEEL, ao editar as referidas resoluções, exorbitou competência do seu poder regulamentador, uma vez que criou e ampliou obrigações, bem como gerou ônus aos Municípios, invadindo matéria reservada à lei, violando o princípio da legalidade.

Além disso, o serviço de energia elétrica, bem como o estabelecimento de redes de distribuição, ampliação, comércio de energia a consumidores em média e baixa tensão, dependem exclusivamente de concessão ou de autorização federal e estão devidamente regulados pelo Decreto-lei nº 3.763/1941 e Decreto nº 41.019/1957, que estão em plena vigência, ou seja, competência exclusiva da União Federal.

Em síntese, não há dúvidas de que o citado artigo 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL possui conteúdo estritamente normativo, uma vez que determina a transferência dos Ativos Imobilizados em Serviço do Sistema de Iluminação Pública à pessoa jurídica de direito público competente, estabelecendo, inclusive um prazo para que a referida transferência seja efetivada.

Concluindo, o poder normativo das agências reguladoras deve estar limitado à elaboração de regramentos de caráter estritamente técnico e econômico, restritos ao seu campo de atuação, sem invasão das matérias reservadas à lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade e, por óbvio, ao princípio da separação dos poderes.

À guisa de ilustração, transcrevo abaixo todo o entendimento esposado na r. decisão liminar:

Neste juízo de cognição sumária, tenho que a pretensão antecipatória deve ser deferida. A verossimilhança das alegações do autor desponta do aparente transbordamento do poder regulamentar da ANEEL, ao editar a Instrução Normativa nº 479/2012, que deu nova redação ao art. 218, da Instrução Normativa 414/2010, que passou a ter a seguinte redação, *in verbis*: “Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente. § 1º. A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica. § 2º. Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas

as seguintes condições:

I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II – a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

§ 3º. A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de janeiro de 2014.

§ 4º. Salvo hipótese prevista no § 3º, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos:

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no *caput* e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;

II – até 1º de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);

III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação;

IV – até 30 de setembro de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município;

V – até 31 de janeiro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e

VI – até 1º de março de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório final da transferência de ativos, por município.

§ 5º. A partir da transferência dos ativos ou do vencimento do prazo definido no inciso V do § 4º, em cada município, aplica-se integralmente o disposto na Seção X do Capítulo II, não ensejando quaisquer pleitos compensatórios relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das sanções cabíveis caso a transferência não tenha se realizado por motivos de responsabilidade da distribuidora.” (Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012).

O poder regulamentar da ANEEL vem delineado na Lei que lhe deu origem, a Lei 9.427/1996, que dispõe em seu art. 3º competir a ela “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995” (inc. I) e “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação” (inc. XIX).

Tais poderes-deveres, de cunho normativo, não lhe facultam inovar na ordem jurídica, seja interferindo em atos jurídicos já consolidados, seja revogando normas de estatuta superior. Entretanto, nesta primeira análise do caso, não é dessa forma que se pautou a ANEEL ao editar a Instrução Normativa nº 479/2012, que deu nova redação ao art. 218, da Instrução Normativa 414/2010, impondo à distribuidora a transferência do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente, ainda que em prazos preestabelecidos.

Ocorre que dita transferência, por força de norma regulamentar (instrução normativa), interfere nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica firmados pelos titulares do serviço público (os Municípios) com os concessionários contratados para prestá-los indiretamente.

O quadro narrado em exórdio aponta para uma reversão forçada de bens afetados à concessionária ao concedente, que teria inúmeros transtornos ao assumi-los de imediato, e que seriam

de alguma forma carreados à população destinatária dos serviços de iluminação pública. E, no contexto específico da prestação do serviço público de energia elétrica, tem-se o Decreto nº 41.019/1957, que dispõe em seu art. 5º:

“Art 5º. O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão.

§ 1º. Êste serviço poderá ser realizado:

- a) diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média;
- b) através de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão.

§ 2º. Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição” (grifei).

Observa-se então um aparente conflito entre o disposto no art. 218, da Instrução Normativa nº 414, da ANEEL, e o quanto estabelece o § 2º, da norma acima transcrita, o que não pode prevalecer em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da continuidade dos serviços públicos.

N’outra quadra, o perigo na demora da prestação jurisdicional encontra-se presente na circunstância de que, caso não deferida a antecipação da tutela, as rés dariam cumprimento ao disposto no art. 218, da Instrução Normativa nº 414 da ANEEL, impondo à distribuidora a transferência do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS ao autor, com o prazo limite de 31 de janeiro de 2014 para fazê-lo.

É que a transferência, quase que imediata, do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS – ao autor implica em manifesto impacto orçamentário nas contas municipais, já que o ente teria de arcar com todos os custos de logística, implantação e manutenção desse sistema, podendo ocasionar prejuízos a outros serviços prestados à população local.

Desta feita, com respaldo no art. 273, do CPC, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para desobrigar o Município autor de cumprir o estabelecido no art. 218, da Instrução Normativa nº 414, com a redação dada pela Instrução Normativa nº 479, ambas da ANEEL, que lhe impôs a obrigação de receber o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS.

### 3. Dispositivo

Assim, nos termos do que foi exposto acima, confirmo a decisão liminar e, nos termos do artigo 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo Município de Anhumas, SP, para reconhecer a ilegalidade da Instrução Normativa nº 414/2010 em relação ao Município-autor, desobrigando-o de proceder ao recebimento do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS.

Observo, entretanto, que, enquanto a Concessionária de energia estiver responsável pela gestão, manutenção e expansão dos serviços de iluminação pública no Município, fará jus ao recebimento da tarifa B4b, ou valor a ela equivalente, destinada à remuneração pelo serviço.

Condeno a ANEEL e a Elektro a pagarem ao autor as custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo, cada réu, arcar com metade da sucumbência.

*Intime-se a ANEEL – Agência Nacional de Águas e Energia Elétrica, representada pela Procuradoria Regional Federal, com endereço na Avenida Manoel Goulart, 3.415, nesta cidade, acerca do que ficou aqui decidido.*

*Cópia deste decisão servirá de mandado para intimação do Município de Anhumas, SP, com endereço na Rua Domingos Ferreira de Medeiros, nº 496, centro, acerca do que ficou aqui decidido.*

*Cópia desta sentença servirá de carta precatória para a Justiça Federal de Campinas, para intimação da Elektro – Eletricidade e Serviços S/A., com endereço na Rua Ary Antenor de Souza, nº 321, Jardim Nova América, Campinas, SP, quanto ao aqui decidido.*

*Publique-se. Registre-se. Intime-se.*

Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ