

**Agravo de Instrumento Nº 5018344-72.2012.404.0000/RS**

**RELATOR : LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE**  
**AGRAVANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**  
**: CELSO LUIZ NUNES AMORIM**  
**: FERNANDO DAMATA PIMENTEL**  
**: GUIDO MANTEGA**  
**: HELENA MARIA DE FREITAS CHAGAS**  
**: LUIS INACIO LUCENA ADAMS**  
**: MARCO ANTONIO RAUPP**  
**: MIRIAM APARECIDA BELCHIOR**  
**: PAULO BERNARDO SILVA**  
**: PAULO SERGIO OLIVEIRA PASSOS**  
**: TEREZA HELENA GABRIELLI BARRETO CAMPELLO**  
**: WAGNER BITTENCOURT DE OLIVEIRA**  
**AGRAVADO : MARCELO ROBERTO ZENI**  
**ADVOGADO : ALEXANDRE GEHLEN RAMOS**  
**MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**INTERESSADO : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO**  
**: ECONOMICO E SOCIAL**  
**: BNDES PARTICIPAÇÕES S/A - BNDESPAR**  
**: BRASILCAP CAPITALIZACAO S/A**  
**: BRASILPREV SEGUROS E PREVIDENCIA S/A**  
**: CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A -**  
**: ELETROBRÁS**  
**: COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA**  
**: CODEBA**  
**: EMPRESA BRASIL DE COMUNICACAO S.A. - EBC**  
**: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E**  
**: TELÉGRAFOS - ECT**  
**: FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS - FINEP**  
**: ITAIPU BINACIONAL**  
**: PETROBRAS BIOCOMBUSTIVEL S/A**  
**: PETROBRAS DISTRIBUIDORA S A**  
**: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**

**DECISÃO**

Trata-se de ação popular ajuizada contra a UNIÃO FEDERAL, treze Ministros de Estado e catorze pessoas jurídicas de direito privado ligadas à Administração Pública (empresas públicas e sociedades de economia mista), contendo os seguintes pedidos, no que interessa:

*Diante de todo o exposto, requer o autor:*

- a) a concessão do pedido de ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, a fim de limitar a R\$ 26.723,15 a remuneração total de cada um dos Ministros (...);*
- b) seja fixada multa de R\$ 10.000,00 por dia para o caso de descumprimento do comando acima determinado, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal e por improbidade administrativa do ordenador de despesas;*
- c) a CITAÇÃO dos réus, nos endereços mencionados no preâmbulo, para, querendo, apresentar defesa, sob pena de revelia;*
- d) ao final, seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE o pleito autoral, para:*
  - d.1) declarar nula/inconstitucional, a acumulação de cargos/empregos referida acima;*
  - d.2) ou, pelo menos, limitar a R\$ 26.723,15 a remuneração total de cada um dos Ministros (...).*

Antes de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, o MM. Juízo intimou a primeira ré, UNIÃO FEDERAL, para que se manifestasse. Colhida a manifestação da União, houve por bem de deferir o pleito antecipatório, nos seguintes termos:

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

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

Contra tal decisão, insurgem-se os Agravantes (União Federal e os Ministros de Estado epigrafados), alegando, resumidamente, (a) ser inexecutável pela União Federal o cumprimento da medida liminar; (b) ter havido ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa relativamente aos demais réus, que não foram ouvidos antes da prolação da medida antecipatória; (c) inexistência de verossimilhança e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (d) rejeição da presunção de constitucionalidade das leis; (e) impossibilidade de ser feito controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação popular; (f) impossibilidade de ser concedida antecipação de tutela contra atos do Poder Público.

A pretensão inicial baseia-se em dois fundamentos: (a) a impossibilidade de acumulação dos cargos de Ministro de Estado com a função de Conselheiro de entidades paraestatais e, em decorrência, (b) a impossibilidade de ser ultrapassado o teto constitucional do subsídio percebido no cargo de Ministro de Estado mediante a soma da remuneração percebida, sob a forma de *jetons*, em razão da participação em tais conselhos de administração.

Tais impossibilidades seriam decorrência de vedação constitucional expressa nos seguintes artigos:

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

*(...)*

*XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (...);*

*(...)*

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

*a) a de dois cargos de professor;*

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

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

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

Tais disposições constitucionais ocasionariam a inconstitucionalidade do disposto nos artigos 117 e 119 da Lei nº 8.112/90 (Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), *verbis*:

*Art. 117. Ao servidor é proibido:*

*(...)*

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

*(...)*

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

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

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

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

Em suma: o mérito da ação popular deverá declarar se o exercício da função de Conselheiro de entidades paraestatais, por parte dos Ministros de

Estado, configura o conceito de 'função' previsto no inciso XVII do artigo 37 da Constituição Federal.

Entretanto, não é disso que trata o presente recurso, mas, sim, da concessão da antecipação de tutela.

Primeiramente, é preciso deixar claro que a causa de pedir - única, necessária e suficiente - para o acolhimento da pretensão inicial vem a ser a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.112/90, acima transcritos.

Ao contrário do que afirmam os Agravantes, tal situação não representa usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de exame concentrado de constitucionalidade. Tal ocorreria se o **pedido** da ação popular fosse a declaração de inconstitucionalidade de lei, enquanto que, no caso, tal fenômeno é a **causa de pedir**.

Neste sentido, ainda que em situação análoga, por se tratar de ação civil pública (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.583 - SP (2011/0190928-1, Relator Ministro Herman Benjamin):

*Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, 'a', da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte:*

*Apelação Cível. Declaratória. ICMS. Processual Civil e Constitucional.*

*Ação declaratória de inconstitucionalidade de Lei Complementar, que, in thesis, contraria preceitos da Carta Federal - Manifesta ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que o pedido limitado está a declaração de inconstitucionalidade - Carência de ação flagrante, par e passo da ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo (competência).*

*Julga-se extinto o processo sem resolução de mérito, prejudicado o recurso interposto (fl. 257).*

*Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 281-286).*

*A agravante, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu violação do art. 267, IV e VI, do CPC, sob o argumento de que o processo não deveria ter sido extinto sem resolução de mérito.*

*Contraminuta apresentada às fls. 425-429.*

*Houve juízo de admissibilidade negativo, o que deu ensejo à interposição do presente Agravo.*

*É o relatório.*

*Decido.*

*O Tribunal a quo extinguiu o feito sem resolução de mérito, por entender que não foram preenchidas as condições de ação, haja vista que a autora apresentou como pedido a declaração de inconstitucionalidade da LC 87/1996.*

*In casu, colho da petição inicial os seguintes pleitos:*

#### **5.2 DO PEDIDO FINAL**

*1- Uma vez demonstrado cabalmente o inquestionável direito líquido e certo do REQUERENTE e não havendo argumentações jurídicas que possam sequer superficialmente justificar a restrição a esse direito, como quer a autoridade REQUERIDA, o REQUERENTE utiliza-se da presente para requerer a Vossa Excelência que seja DECLARADA a INCONSTITUCIONALIDADE da LC 87/96 para disciplinar a cobrança do ICMS sobre o transporte terrestre de passageiros.*

*2 - Requer-se a notificação da requerida para, se pretender, contestar a demanda.*

*3 - Protesta-se pela produção de todos os tipos de provas em direito admitidas.*

4 - Declara-se ainda que, as cópias que instruem a presente inicial são cópias autênticas de seus originais.

Outrossim, requer que todas as publicações, intimações e notificações sejam publicadas em nome de Luiz Fernando Maia, OAB/SP nº 67.217 (fls. 32-33 - destaques no original).

Como se percebe, a declaração de inconstitucionalidade figura como pedido principal da demanda, e não somente como causa de pedir.

A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que, em controle concentrado, admite-se a arguição de inconstitucionalidade somente como questão prejudicial.

Confiram-se:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - PEDIDO PRINCIPAL - IMPOSSIBILIDADE.**

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, em tese, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

3. Hipótese em que a matéria constitucional no presente feito não é simples causa de pedir ou questão incidental, mas pedido principal.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1096456/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 01/07/2009).

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR. POSSIBILIDADE.**

1. Não há óbice à propositura de ação civil pública fundada na inconstitucionalidade de lei, desde que a declaração de inconstitucionalidade seja causa de pedir e não faça parte do pedido principal ou subsidiário.

Precedentes do Supremo e do STJ.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 886.000/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 09/05/2008).

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. LEI 9.531/97 (FUNDO DE GARANTIA PARA A PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE-FGPC). INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ATOS LESIVOS ESPECÍFICOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO EFEITO CONCRETO DA NORMA. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR CONTRA LEI EM TESE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.**

(...)

3. Os Tribunais Superiores têm admitido, majoritariamente, a possibilidade, em ações coletivas (v.g. ação civil pública), da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, em controle difuso, desde que o ato normativo seja impugnado como causa de pedir, e não como o próprio pedido.

4. *Todavia, na hipótese examinada, apesar de o autor da ação popular afirmar que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.531/97 é formulada apenas 'em nível de fundamento da ação', o objetivo da presente ação popular não está relacionado à anulação de atos específicos, mas contra todo o sistema de repasses previstos na mencionada lei, inexistindo a especificação de um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito necessário para autorizar a sua impugnação por meio da referida ação. Tal consideração, por si só, afasta o cabimento da ação popular, pois equivaleria à declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, em manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para efetuar o controle em abstrato da constitucionalidade das leis.*

5. *'(...) na ação popular, é indispensável que o seu autor descreva, na petição inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, indicando, assim, um específico fenômeno concreto de incidência da norma.*

*Portanto, não cabe ação popular contra lei em tese. Se além de atacar lei em tese, o fundamento é, simplesmente, o da sua inconstitucionalidade, o descabimento da ação teria um motivo adicional: ela estaria substituindo a ação própria de controle concentrado de constitucionalidade.'* (ZAVASCKI, Teori Albino. 'Processo Coletivo', 1ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 255).

6. *Precedentes do STF e STJ.*

7. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para restabelecer a r. sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.*

*(REsp 441.761/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 18/12/2006, p. 306).*

*Ao contrário do que sustenta a recorrente, está claro que o objeto do processo é a própria declaração de inconstitucionalidade da lei, o que não se admite na forma do controle concentrado de constitucionalidade.*

*Por tudo isso, com fulcro no art. 544, § 4º, II, 'b', do Código de Processo Civil, conheço do Agravo para negar seguimento ao Recurso Especial.*

*Publique-se.*

*Intimem-se.*

*Brasília (DF), 22 de maio de 2012.*

Ao depois, a possibilidade jurídica de concessão de tutela antecipada, é universalmente reconhecida na doutrina e jurisprudência, seja em razão da dupla remissão feita ao CPC, nos artigos 7º, *caput*, e 22, seja da expressa dicção do art. 5º, § 4º. Ainda, a este respeito, o ensinamento de RODOLFO DE CARMARGO MANCUSO:

*'Por fim, registre-se que a tutela 'de urgência', que na ação popular se faz através de provimento liminar (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º), está sensivelmente ampliada com o advento da tutela antecipada (CPC, art. 273)'* (Ação popular. RT, SP, 2009, p. 277).

Cumpre, pois, conferir se se fazem presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, a saber, a verossimilhança do direito invocado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Quanto à verossimilhança do direito, sabe-se que ela é mais do que a simples fumaça exigível na jurisdição cautelar, onde deve imperar um juízo de mera plausibilidade do direito invocado. Mas não chega a ser convicção plena, a qual, aliás, não combina com a cognição provisória.

No caso concreto, para que se aquilate a existência ou não de verossimilhança do direito invocado, não há como se descurar o fato de

**queidêntica causa de pedir** instrumentalizou medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.485/DF (Relator Min. Neri da Silveira, T. Pleno, j. em 7-8-96), assim julgada à unanimidade:

*'1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Arts. 2º e 5º, da Lei nº 9.292, de 12.7.1996. O primeiro introduziu parágrafo único no art. 119 da Lei nº 8.112/1990 e o segundo revoga a Lei nº 7.733, de 14.2. 1989, e demais dispositivos em contrário. Exclui do disposto no art. 119 da Lei nº 8.112/1990 a remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal de empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e contratadas, bem como quaisquer atividades sob controle direto ou indireto da União. 3. Alega-se vulneração ao art. 37, XVI e XVII, da Constituição, quanto à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. 4. Não se cuida do exercício de cargos em comissão ou de funções gratificadas, stricto sensu, especialmente porque se cogita, aí, de pessoas jurídicas de direito privado. 5. Não se configura, no caso, acumulação de cargos vedada pelo art. 37, XVI, da Lei Maior. 6. Não caracterização do pressuposto da relevância jurídica do pedido. 7. Medida cautelar indeferida.'*

Ciente de tal decisão judicial, o MM. Juízo *a quo* obtempera, com razão, que o indeferimento de medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade não gera efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, acrescentando, ainda, que a referida ADI encontra-se pendente de julgamento definitivo.

**Entretanto, mesmo que o juízo prolator da decisão agravada não deva obediência ao decidido em sede cautelar perante o STF, mesmo que tenha formado sua convicção de verossimilhança em sentido contrário, *data venia*, o fato de já haver manifestação específica sobre a matéria na sede da própria jurisdição constitucional é suficiente para, pelo menos, afastar a verossimilhança encontrada, em cognição sumária, na jurisdição comum.** Tal fato vem a reforçar sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis.

Embora esteja se tratando de antecipação de tutela deferida *in initio litis*, por analogia deve ser emprestado à hipótese o entendimento pacificado no seio deste Regional no sentido de ser negada antecipação de tutela, em fase recursal, diante de sentença de improcedência da ação originária.

**FINANCIAMENTO HABITACIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA.** Resultando improcedente a ação revisional bem como os embargos à execução do mutuário, ainda que de fato presente o risco de dano grave de difícil reparação potencialmente advindo do prosseguimento da execução, inexistente, carece de verossimilhança da pretensão de se excepcionar a regra do art. 520 do CPC mediante atribuição de efeito suspensivo à apelação nos embargos; requisito indispensável quer para se aplicar a regra excepcional prevista pelo art. 558 do CPC, quer para se antecipar ou conceder, em grau recursal, os efeitos da tutela (art. 527, inc. III, in fine, do CPC). (TRF4, AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.029341-5, 4ª Turma, Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, POR UNANIMIDADE, D.E. 07/10/2008)

Ausente o requisito da verossimilhança, não se faz necessário perquirir dos demais.

Assim, forte nos artigos 527, III e 558 do CPC, atribuo efeito suspensivo ao recurso, para que sejam suspensos os efeitos da medida

antecipatória deferida na decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Eg. Turma.

Comunique-se com urgência ao ínclito Juízo de origem.

Intimem-se o agravante da decisão e a agravada para os efeitos do art. 527, inc. V, do CPC.

Publique-se.

Porto Alegre, 31 de outubro de 2012.