

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5029804-03.2015.4.04.7000/PR
RELATOR : CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : VANDELICI CLERES DA SILVA
ADVOGADO : JOSE CARLOS DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa necessária de sentença em ação ordinária, na qual o autor pretende arecontagem de pontos e a promoção da graduação de subtenente para o posto de 2º Tenente. Postulou também a condenação da União ao pagamento de danos morais, em face da não promoção no tempo adequado.

A sentença **julgou parcialmente procedente a ação** (EVENTO 56 do processo originário). Do dispositivo constou:

'Diante do exposto, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, julgo procedente os pedidos, para declarar a nulidade do ato da pontuação realizada pela Comissão de Promoções do Quadro Auxiliar de Oficiais (CP-QAO), no Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) nº 01/2014 e nº 02/2014.

Condeno a União a realizar nova recontagem de pontos, nos Quadros de Acesso por Merecimento nº 01/2014 (promoção 01 Jun 14) e QAM nº 02/2014 (promoção de 01 Dez 14), conforme o art. 6º, da IG 10-31, observando os seguintes critérios: a.1. na recontagem dos pontos da avaliação na graduação de subtenente (2ª fase), não devem ser computados os conceitos 'desconsiderados'/anulados (efeitos ex-tunc); a.2. a pontuação aferida na 3ª fase do procedimento (pontos da CP-QAO-00 a 38) deve ser discriminada e motivada, inciso por inciso, conforme determina o § 2º, do art. 6º, da IG 10-31; a.3. após a recontagem dos pontos, tendo o autor ultrapassado a pontuação de 146,87 (último militar promovido), no Quadro de Acesso (QAM) nº 01/14, deverá ser promovido em ressarcimento de preterição, a contar de 01 de junho de 2014; a.4. em caso de não obter pontuação mínima no processo anterior e após nova recontagem do Quadro de Acesso (QAM) nº 02/14, e tenha ultrapassado 147,16 pontos (último militar promovido), deverá ser promovido em ressarcimento de preterição, a contar de 01 de dezembro de 2014. Consequentemente, condeno a União ao pagamento das diferenças remuneratórias entre a graduação de subtenente e o posto de 2º tenente, com todos os reflexos remuneratórios decorrentes da promoção, tudo corrigido monetariamente pelo IPCA-e, desde a presente data, e acrescido de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, estes desde a citação.

Julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Sem custas, dado que a parte autora nada recolheu a este título e a União é isenta de custas no foro federal (art. 4º, I, Lei nº 9.289/96).

Tendo em vista que houve sucumbência recíproca: a) condeno a UNIÃO a pagar ao autor honorários advocatícios, fixados sobre o valor da causa atualizado, e nos percentuais mínimos

previstos nas faixas de valores indicadas no § 3º do art. 85, do CPC, observando-se ainda o que disposto no §5º de aludido artigo; b) condeno o autor ao pagamento à UNIÃO de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 85, §8º, do CPC, conforme fundamentação, ficando suspensa a exigibilidade do pagamento, tendo em vista a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Apela a União (EVENTO 63) requerendo a reforma da sentença.

Afirma que o autor não fazia parte do quadro de Oficiais, e sim de Suboficiais, e na condição de Subtenente já havia galgado todas as promoções possíveis dentro de seu quadro. Neste passo, para ser promovido ao novo quadro deveria preencher o critério de merecimento, o que não ocorreu. Aponta que o mérito e o perfil do candidato são medidos por indicadores numéricos utilizados pela Comissão de Promoção. Ocorre que, ainda que baseado em critérios objetivos, não existe pontuação específica para cada fator a ser analisado, razão pela qual a análise dos pontos é atividade discricionária da Administração Militar. Afirma que o autor possuía mera expectativa de direito, não havendo direito subjetivo a promoção por merecimento. Isso porque, no universo de militares componentes do QAM nem todos serão promovidos, já que o número de vagas é fixado pelo chefe do Estado Maior do Exército. Assevera que o autor participou de todos os processos de promoção e teve computados todos os pontos a que fez jus, e não foi promovido nas promoções de 01/07/2014 e 01/12/2014 por não ter pontuação suficiente, dentro do universo de subtenentes abarcados pelo número de vagas disponíveis para promoção. Requer que, em caso de manutenção da decisão, seja considerada a TR como índice de correção monetária e requer a majoração dos honorários de sucumbência do autor.

Com contrarrazões, vieram os autos.

É o relatório.
Em pauta.

VOTO

Examinados os autos e as alegações das partes, fico convencido do acerto da sentença de parcial procedência, proferida pela Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano, transcrevendo-a e adotando-a como razão de decidir, nestes termos:

'O autor ingressou no Exército Brasileiro em 1989, após ter realizado concurso público promovido pela Escola de Sargentos das Armas. Foi promovido, sucessivamente, a 3º Sargento em 01/12/89, 2º Sargento em 01/06/95, 1º Sargento em 01/06/04, Subtenente em 01/12/09 e 2º Tenente em 01/06/15. Em dezembro de 2013, foi incluído no Quadro de Acesso por Merecimento nº 01/14 para concorrer à promoção ao posto de 2º Tenente do Quadro Auxiliar

de Oficiais (QAO), que ocorreria em 01 de junho de 2014, mas não foi promovido. Logo em seguida, nesse mesmo mês, foi incluído novamente no Quadro de Acesso por Merecimento nº 02/14, para concorrer à promoção de 01 de dezembro de 2014. Novamente não foi promovido. Somente após ter sido incluído pela 3ª vez no Quadro de Acesso para promoção ao posto de 2º Tenente do Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO) foi promovido a contar de 01 de junho de 2015.

O autor alega que mesmo promovido ao posto de 2º Tenente do Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), a contar de 01 de junho de 2015, permaneceu a lesão a seu direito, tendo em vista que tinha direito a ser promovido a 2º Tenente desde junho de 2014, caso não tivesse sido indevidamente preterido em dois procedimentos de promoção.

Aduz que a ilegalidade se concentrou principalmente na 3ª fase do procedimento (pontos da CP-QAO - 00-38) em que a Comissão de Promoções atribuiu pontuação de forma arbitrária, imotivada e baseada em critérios diferentes daqueles indicados no §2º, do art. 6º, da IG 10-31, tornando o referido ato nulo.

A União afirma que o autor participou de todos os processos de promoção para concorrer ao posto de 2º Ten QAO e teve computados todos os pontos a que fez jus, e não foi promovido nas promoções de 1º/06/2014 e 1º/12/2014 por não ter pontuação suficiente dentro do universo de subtenentes envolvidos para ser abrangido pelo número de vagas, não existindo nenhum erro por parte da Administração Militar. **Foi promovido ao posto de 2º Ten QAO em 1º de junho de 2015 por ter pontuação suficiente dentro do universo de subtenentes envolvidos no processo de promoção sendo abrangido pelas vagas existentes.**

Inicialmente é necessário analisar sobre a situação do autor e descrever as normas aplicáveis ao caso.

Acerca da situação do autor pondera a União na Contestação que:

(...) o autor não fazia parte do quadro de Oficiais do Exército, mas do Quadro de Suboficiais, tendo galgado, desde 2009, ao posto de Subtenente, último posto daquele Quadro, tendo galgado em 1º de junho de 2015 ao posto de 2º Tenente do Quadro Auxiliar de Oficiais (2º Ten QAO).

Nesse sentido, enquanto Subtenente até 1º de junho de 2015, o autor já havia galgado todas as promoções possíveis dentro do seu Quadro. Ocorre que para obter nova promoção para novo Quadro, no posto Superior, deveria o autor preencher vários requisitos tanto objetivos quanto subjetivos que não restaram provados nesta demanda. Ademais, pautando-se também a promoção para ingresso ao quadro seguinte em critérios de merecimento, há que se reconhecer que o autor possuiria apenas uma expectativa de direito, mas não direito subjetivo à aludida promoção.

O Decreto n. 84.333/79, que cria o Quadro Auxiliar de Oficial-QAO, prevê que o recrutamento para o primeiro posto far-se-á entre os Subtenentes da ativa do Exército, situação na qual se encontrava o autor. O recrutamento para o primeiro posto e o acesso aos demais postos obedecerão à forma estabelecida no Regulamento para o Ingresso e Promoção no Quadro Auxiliar de Oficiais, o qual atualmente consiste no Decreto n. 90116/84, o qual prevê no artigo 2º que as promoções para o QAO são efetuadas pelo critério de merecimento.

Verifica-se que o autor, em 1º dezembro de 2009, foi promovido à graduação de subtenente e, no ano de 2014, foi incluído pela primeira vez nos limites quantitativos para organização do QAM 01/2014, para as promoções ao posto de 2º Ten QAO de 1º de junho de 2014, conforme estabelecido na Portaria nº 234-EME, de 3 de dezembro de 2013, que abrangiam todos os

subtenentes promovidos até 1º de dezembro de 2009. O autor passou a concorrer às promoções da seguinte forma:

a) no QAM 01/2014, figurou na 190ª posição com 125,31 pontos, de acordo com a Separata ao BRE nº 4-B, de 23 de maio de 2013. Para a promoção ao posto de 2º Ten QAO, em 1º de junho de 2014, foram disponibilizadas 120 vagas para a QMS Comunicações, conforme a Portaria nº 096-EME, de 14 de maio de 2014, ficando o autor fora da faixa de promoção.

b) no QAM 02/2014, o autor figurou na 116ª posição com 134,48 pontos, de acordo com a Separata ao BRE nº 3-A, de 21 de novembro de 2014. Para a promoção ao posto de 2º Ten QAO, em 1º de dezembro de 2014, foram disponibilizadas 91 vagas para a QMS Comunicações, conforme a Portaria nº 263-EME, de 10 de novembro de 2014, ficando o autor fora da faixa de promoção

c) no QAM 01/2015, o autor figurou na 101ª posição com 185,98 pontos, de acordo com a Separata ao Boletim de Acesso Restrito do Exército (BARE) nº 4-A, de 22 de maio de 2015. Para a promoção ao posto de 2º Ten QAO, em 1º de junho de 2015, foram disponibilizadas 149 vagas para a QMS Comunicações, conforme a Portaria nº 098-EME, de 12 de maio de 2015, ficando o autor abrangido pelas vagas disponíveis com a consequente promoção

O acesso à carreira militar pressupõe o preenchimento de requisitos específicos. O Estatuto dos Militares - Lei 6.880, de 09/12/1980, ao dispor sobre as promoções, estabelece o seguinte:

Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.

Parágrafo único. O planejamento da carreira dos oficiais e das praças é atribuição de cada um dos Ministérios das Forças Singulares.

O Decreto nº 90.116/84, por sua vez, que fixa os critérios e as condições para que os subtenentes da ativa do Exército ingressem no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), em seu art. 2º, dispõe que 'as promoções para o ingresso no QAO são efetuadas pelo critério de merecimento e para os postos de 1º Tenente e de Capitão pelo critério de antiguidade', excetuadas as promoções 'post mortem' ou por ato de bravura e em ressarcimento de preterição. (Destaquei).

O Quadro de Acesso por Merecimento (QAM), para o ingresso no QAO, é a relação dos Subtenentes em condições de acesso, organizada por QMS que concorrem a uma mesma categoria, em ordem decrescente de pontos (art. 5º, do Decreto nº 90.116).

A promoção ao QAO exige que o Subtenente da ativa preencha os seguintes requisitos, nos termos do art. 4º, do Decreto 90.116/1984:

Art. 4º- O recrutamento para ingresso no QAO será feito entre os Subtenentes da Ativa das diferentes qualificações, militares, que satisfaçam os seguintes requisitos essenciais:

a) possuir conceito profissional e moral, apreciados na forma deste Regulamento;

b) ter mérito suficiente mediante apuração da Comissão de Promoções do QAO (CP-QAO);

c) possuir certificação de conclusão do ensino do 2º grau, expedido por escola oficialmente reconhecida;

d) ter concluído com aproveitamento o Curso de Habilitação ao QAO;

e) ter, no máximo, 53 (cinquenta e três) anos 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias de idade, na data da promoção. (Alterado pelo Decreto no 92.962. de 21/07/86).

Com o objetivo de verificar tais requisitos, inicialmente, separa-se o universo de subtenentes que satisfaçam condições prévias para a ascensão profissional (art. 10º Decreto 90.116/1984), o que ocorre por meio da confecção dos Quadros de Acessos descritos no art. 17, da Portaria 834 - Cmt Ex de 14 nov 2007 (IG 30-31):

Art. 17. Para cada promoção, a CP - QAO organizará um quadro de acesso por antigüidade (QAA) e um QAM, por categoria, e os encaminhará, como proposta ao chefe do DGP (...)

§ 2º O QAM é organizado por categorias com os subtenentes que satisfaçam as condições para ingresso no QA previstas no RIPQAO, e de acordo com a ordem decrescente de pontos apurados pela CP-QAO.

Art. 10- Para ingresso no Quadro de Acesso é necessário que o Oficial do QAO e o Subtenente satisfaçam aos seguintes requisitos:

I-Condições de acesso:

a) interstício;

b) ter aptidão física, comprovada periodicamente, através da verificação dos estados de saúde e físico, de acordo com instruções baixadas pelo Ministro do Exército;

II - Conceito profissional;

III- Conceito moral

Após, os subtenentes são posicionados dentro Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) pela Comissão de Promoções do Quadro Auxiliar de Oficiais (CP-QAO), órgão responsável pela aferição dos elementos discionários que colocam os militares em escala numérica, dentro do QAM.

O QAM está assim conceituado pela legislação:

Art 5º. O Quadro de Acesso por Merecimento (QAM), para o ingresso no QAO, é a relação dos Subtenentes em condições de acesso, organizada por QMS que concorrem a uma mesma categoria, e em ordem decrescente de pontos. (Alterado pelo Decreto no 95.803, de 09/03/88). Decreto nº 90.116/84 (RIPQAO)

No que tange às atribuições da CP-QAO, aplicam-se os seguintes dispositivos:

Art 24. À CP-QAO compete:

a) organizar, nos prazos estabelecidos neste Decreto, os Quadros de Acesso de Oficiais e Subtenentes;

b) julgar os processos de ingresso e de promoção no QAO;

c) deliberar por maioria de votos, presentes, no mínimo, dois terços de seus membros: (Decreto nº 90.116/84 -RIPQAO)

Art. 24. À CP- QAO compete, consoante o previsto no art. 24 do RIPQAO:

I- estudar a situação de todos os oficiais e subtenentes relacionados nos limites para cada promoção;

II- estudar, considerando o previsto no art. 8º do RIPQAO, a faixa de oficiais e subtenentes relacionados nos limites para cada promoção

III- organizar os QA para cada promoção;

IV- propor as alterações em QA, decorrentes de inclusões ou exclusões pelos motivos constantes dos arts. 4, 10, 11 e 12 do RIPQAO;

V- julgar, em sessão extraordinária, fatos relevantes da vida profissional do oficial e subtenente figurante em QA, não apreciados em sessão ordinária;

VI- deliberar e decidir, por maioria de votos, quanto à aptidão para o ingresso e para a promoção no QAO, presentes, no mínimo, dois terços de seus membros;

(...) (Portaria 834-Cmt Ex de 14 nov 2007 (IG 30 -31):

Portanto, a elaboração do QAM incumbe à Comissão de Promoções (CP) que, dentre outras atribuições previstas no art. 24, do referido RIP-QAO c/c art. 24 das Instruções Gerais para Ingresso e Promoção no QAO (IG 10-31), posiciona todos os subtenentes em ordem decrescente de pontos. A classificação do subtenente no QAM terá como base os quesitos previstos no art. 6 da Portaria 834 -Cmt Ex de 14nov 2007 (IG 30 - 31):

Art. 6º A pontuação do subtenente em quadro de acesso por merecimento (QAM), de acordo com o previsto no art. 5º do RIPQAO, corresponderá à soma algébrica do total de pontos da CP-QAO, o total de pontos da Ficha de Valorização do Mérito e os pontos da avaliação na graduação de subtenente.

Todavia, nem todos os militares componentes do QAM serão promovidos, pois a promoção se efetivará conforme o número de vagas fixado pelo Chefe do Estado Maior do Exército (art. 20, III, da Portaria 834 - Cmt Ex de 14 nov 2007), observada a seguinte sistemática:

Art. 12. A promoção por merecimento, para os subtenentes, é realizada com base no QAM, obedecido ao seguinte critério:

I - para a primeira vaga, é selecionado um entre os dois subtenentes que ocupam as duas primeiras classificações no QA;

II - para a segunda vaga, é selecionado um subtenente, entre a sobra dos concorrentes à primeira vaga e mais dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir;
e

III - para a terceira vaga, é selecionado um subtenente, entre a sobra dos concorrentes à segunda vaga e mais dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir, e assim por diante. (Portaria 834 - Cmt Ex de 14 nov 2007)

Verifica-se, assim, que o subtenente poderá figurar no QAM por várias oportunidades sem que, necessariamente, seja promovido.

Portanto, as promoções no âmbito do Exército observam alguns procedimentos previstos do QAM, bem como normas e documentos utilizados pela Comissão de Promoções (CP-QAO), para posicionar cada militar (merecimento) no Quadro de Acesso, quais sejam:

a) Decreto nº 90.116, de 29 de agosto de 1984, que Regulamenta o ingresso e a Promoção no Quadro Auxiliar de Oficiais (RIP-QAO);

b) Instruções Gerais para Ingresso e Promoção no Quadro Auxiliar de Oficiais (IG 10-31), aprovada pela Portaria nº 834, de 14 NOV 07;

c) Instruções Reguladoras para o Sistema de Avaliação do Pessoal do Exército (IR 30-27);

d) Ficha de Valorização do Mérito (FVM): Documento no qual são publicados todos os fatos meritórios (medalhas, cursos, tempo de serviço, vivência profissional, Testes de Aptidão Física e Tiro (TAF/TAT), comportamento, etc.) e fatos 'demeritórios', se for o caso;; e) Ficha Cadastro ou Ficha Individual: Dados gerais no militar; à Fichas de Avaliações (FA): Avaliações ocorridas na graduação;

e) Registro de Informações Pessoais (RIP): Certidão 'nada consta'

Consoante se verifica das normas acima transcritas, merecimento é o critério de seleção para a promoção pretendida para 2º Tenente, posto pretendido pelo autor a partir de junho de 2014 (e ocupado atualmente devido à promoção obtida em junho de 2015).

Desse modo, afirma a União que se trata de ato discricionário, cujo mérito não poderia ser analisado pelo Judiciário.

Com efeito, tratando-se de critério avaliado conforme parâmetros estabelecidos de forma discricionária pela Administração Militar, não caberia ao Judiciário adentrar em seu mérito a pretexto de examinar sua conveniência ou oportunidade, sendo atribuição deste poder, apenas, apreciar sua legalidade.

Sobre a distinção entre discricionariedade e vinculação na Administração, disserta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato (Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 325).

Segundo o eminente jurista, atos discricionários são os que 'a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles' (ob. cit. p.327).

Salienta, a propósito, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., RT, pág. 146) que enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), no praticar o ato

discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo).

Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, ensina acerca do poder discricionário da Administração Pública que:

em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. (...) A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe: (...) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação (...) . (Direito Administrativo. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 204-205).

A jurisprudência tem decidido que se tratando de promoção por merecimento, baseada em critérios subjetivos, isso impede que o Judiciário analise os critérios próprios do ato discricionário:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. QUADRO DE ACESSO. PONTUAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Caso em que o recorrente/impetrante insurge-se contra ato supostamente ilegal do Comandante-Geral da Polícia Militar da Paraíba, dizendo que teria sido preterido em relação a outros candidatos, por estar na listagem do Quadro de Acesso (QA) à promoção. 2. Conforme bem concluído pelo Tribunal de origem, embora tenham sido oferecidas 26 (vinte e seis) vagas para a graduação de Subtenente, o impetrante somente ocupava a 32ª posição entre os concorrentes, considerando a pontuação a que ele se apegava para impetrar a ordem. Assim, carece o impetrante do direito líquido e certo a amparar sua pretensão. 3. 'É vedado ao Poder Judiciário a análise dos critérios de conveniência e oportunidade adotados pela Administração por ocasião do controle de atos discricionários' (AgRg no RMS n. 30.619/PB, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 16/6/2014). 4. Agravo regimental não provido (STJ. AgRg no RMS 45.170/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. JUDICIÁRIO NÃO PODE SUBSTITUIR-SE À ADMINISTRAÇÃO. A promoção não obrigatória depende de requisitos de ordem subjetiva a serem apreciados pela Comissão de Promoções, resvalando, portanto, a matéria para o campo do discricionarismo administrativo, totalmente defeso ao Poder Judiciário. (TRF4, AC 5003469-04.2012.404.7112, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 01/04/2014)

Entretanto, há linha tênue na dicotomia em que os atos administrativos (ou ausência destes), por estarem amparados pela discricionariedade, estão imunes à intervenção judicial e aqueles atos (ou omissões) do poder público que - por ferirem a lei ou a constituição - são passíveis de controle pelo Judiciário.

O controle judicial com relação aos atos discricionários só será possível quando respeitados os limites assegurados à Administração Pública pela lei, pois sendo a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador, não pode o Poder Judiciário invadir o espaço a

ela legalmente assegurado para livre decisão. Caso contrário, estaria interferindo na opção feita pela autoridade competente que se baseou na oportunidade e conveniência.

Desse modo, muito se tem discutido sobre o alcance da atuação do Poder Judiciário, tratando-se de exame de legalidade. Em outros termos, até onde pode chegar no exame do ato administrativo discricionário? Obviamente que ao Judiciário cabe uma análise dos fatos, dos motivos determinantes e da causa do ato administrativo, por meio da motivação expressa. O que é defeso é adentrar naquela área incognoscível, que pertence, única e exclusivamente, à Administração. Trata-se de ingerência indevida.

Nesse contexto, não se pode afirmar que o ato discricionário seja imune ao controle judicial.

De fato, "Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração" (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 104-105).

*Dessa forma, sob o ponto de vista material do ato administrativo atacado, é possível o exame do mérito (lato sensu), seguindo trilha da moderna orientação doutrinária (v.g., Maria Sylvia Zanella di Pietro, in Direito Administrativo, Atlas, 4ª ed., p. 181). Assim, o espaço para a discricionariedade é bem limitado, **sendo dado ao Judiciário apreciar os motivos que ensejaram a prática do ato, sem que isto adentre nos aspectos de conveniência e oportunidade. Para o exame do mérito, pode o Judiciário verificar se houve desvio de poder, obediência aos princípios constitucionais, aos motivos determinantes etc.***

Nessa perspectiva, embora os atos discricionários da Administração Pública também estejam sujeitos ao controle judicial, é certo que a sua anulação pelo Poder Judiciário somente é admissível quando efetivamente se mostrarem ilegais, abusivos, irrazoáveis ou desproporcionais.

No caso sub judice, a revisão judicial não adentrará na discricionariedade, considerando que a promoção, embora por merecimento, se baseou em critérios objetivos também, pois as normas aplicáveis ao caso é que indicam o procedimento a ser seguido e os requisitos para a prática do ato.

Inclusive, as alegações do autor não vão de encontro ao juízo de conveniência ou oportunidade, mas envolvem uma análise da legalidade, da razoabilidade, da ausência de motivação do ato, bem como dos motivos determinantes do ato.

Com efeito, assevera o autor que a ilegalidade se concentrou principalmente na 3ª fase do procedimento (pontos da CP-QAO - 00-38) em que a Comissão de Promoções atribuiu pontuação de forma arbitrária, imotivada e baseada em critérios diferentes daqueles indicados no § 2º, do art. 6º, da IG 10-31.

A ilegalidade se constata na utilização de Fichas de Avaliações (FA) reconhecidas pela própria Administração como 'desconsideradas' (ilegais), para calcular a média dos pontos na graduação de subtenente (2ª fase). O autor afirma que houve falta de motivação e publicidade das razões que levaram a Comissão de Promoções a atribuir determinada pontuação na 3ª fase de ambos os procedimentos.

Além de praticar ato nulo por ausência de motivação, a Comissão de Promoção (CP-QAO) calculou incorretamente a pontuação (00 a 38 - 3ª fase) do autor nos Quadro de Acesso por Merecimento nº 01 e 02/14.

Portanto, a revisão judicial fica restrita ao exame da violação a princípios legais e constitucionais.

Analisando a documentação juntada a este processo, a legislação respectiva e as alegações das partes, entendo que assiste razão ao autor, conforme será demonstrado a seguir.

Conforme descreve o autor, em relação à pontuação (evento 1, INIC1, fls. 3-4), sintetizando o disposto no art. 6º da IG 10-31 (Portaria nº 834, de 14/11/2007), a promoção é composta por três fases:

1ª fase) - pontos da Ficha de Valorização do Mérito (FVM): Nesta ficha são registrados todos os méritos e deméritos domilitar (dados OBJETIVOS).

2ª fase) - média dos pontos na graduação desubtenente: Nesta fase, são computadas todas as Fichas de Avaliação (FA) realizadas na graduação de subtenente, multiplicada pelo fator 3.2. O resultado dessa média pode chegar à pontuação máxima de 29,79 pontos (Critério Objetivo).

3ª fase) - os pontos atribuídos pela CP-QAO (variável-00 a 38): A norma não estabelece a quantidade de pontos em cada inciso do § 2º, do art. 6º, da IG 10-31.

No que tange à confecção do Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) para a promoção a 2º Tenente do Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), verifica-se que a norma administrativa vincula o procedimento da Comissão de Promoções (CP-QAO), ou seja, para posicionar o subtenente no QAM, deve somar os pontos obtidos em 03 (três) etapas ou fases distintas.

Na primeira fase devem ser computados os pontos da Ficha de Valorização do Mérito (FVM), na qual são registrados todos os méritos e deméritos do militar. Na segunda fase leva-se em conta a média dos pontos na graduação de subtenente, e são computadas todas as Fichas de Avaliações (FA) realizadas na graduação de subtenente, multiplicada pelo fator 3.2. O resultado dessa média pode chegar à pontuação máxima de 29,79 pontos. Na terceira fase os pontos são atribuídos pela CP-QAO (variável - 00 a 38): a norma não estabelece a quantidade de pontos em cada inciso do § 2º, do art. 6º, da IG 10-31.

Segundo o autor, é justamente na terceira fase que a Comissão de Promoções (CPOAO) macula o processo, atribuindo pontos de forma a escolher quem deve ou não ser promovido (desproporcional, sem motivação), ignorando os méritos (pontos) auferidos nas duas fases anteriores.

Inclusive, o autor junta com a inicial um email (evento 1- OUT16), em que o remetente não identificado relata: 'O Processo de Promoção do SUBTENENTE ao QAP (2º Ten) é MACULADO/FRAUDADO pela CP-QAO'. Informa, ainda, que: '**Não adianta de nada ter quantos pontos forem em sua FICHA DE VALORIZAÇÃO DE MÉRITO (FVM) e, de igual modo, em seu PERFIL, pois A COMISSÃO DE PROMOÇÕES DO QAO (CP-QAO), MANIPULA, MACULA o Processo e PROMOVE quem ela quer**'.

O autor assevera que embora se trate de fonte anônima (medo de perseguição), pode-se comprovar que tais informações são verídicas (e-mail e relação da FVM), pois se constata que a pontuação da Ficha de Valorização do Mérito (FVM=95,25) e a pontuação da relação anexa ao e-mail são idênticas (FVM=95,25). Assim, com relação aos demais integrantes deste QAM, o autor figurava na posição 37ª de 305. Dessa forma, restou claro que os indicadores disponíveis da carreira do autor eram mais do que suficientes para que a Comissão de Promoções (CP-QAO) atribuisse pontuação próxima à máxima (de 00 a 38) na 3ª fase do procedimento (§ 2º, do art. 6º, da IG 10-31). Como isso não ocorreu, o autor foi novamente preterido na promoção de 01/12/14.

Entendo que assiste razão ao autor, pois revela-se inadequada a utilização de Fichas de Avaliações (FA) reconhecidas pela própria Administração como 'desconsideradas' (ilegais), para calcular a média dos pontos na graduação de subtenente (2ª fase). Além disso, houve falta de motivação e publicidade das razões que levaram a Comissão de Promoções a atribuir determinada pontuação na 3ª fase de ambos os procedimentos.

A ilegalidade se concentrou na 3ª fase do procedimento (pontos da CP-QAO - 00-38), em que a Comissão de Promoções atribuiu pontuação sem qualquer motivação razoável, baseada em critérios diferentes daqueles indicados no § 2º, do art. 6º, da IG 10-31. Esta pontuação foi a causa da preterição nas promoções de 01/06/2014 01/12/2014.

*A motivação da decisão administrativa é de extrema importância. **Há necessidade de que seja exposta, de forma clara e objetiva, a motivação que conduziu à decisão, justamente para permitir o exercício da defesa e possibilitar o controle dos motivos pelo Poder Judiciário. O princípio da motivação***

(...), implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102).

De acordo com o princípio da motivação, o administrador público deve justificar seus atos, apontando com precisão os fatos que tomou por existentes ou inexistentes e correlacionando-os logicamente à legislação aplicada.

No caso, isso não ocorreu.

Na confecção do Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) nº 01/2014, o autor possuía 94,25 pontos na Ficha de Valorização do Mérito - FVM (primeira fase do procedimento) 4 e média na graduação de 28,16 pontos dos 29,79 possíveis (segunda fase do procedimento), totalizando 122,41 pontos.

A irregularidade surge na 3ª fase do procedimento, em que são computados os pontos atribuídos pela Comissão de Promoções (CPQAO), que variam de 00 a 38 pontos. Apesar de o autor ter somado nas duas primeiras fases 122,41 pontos, ao ser publicado o Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) nº 01/2014, constatou que sua posição estava em 190 de 262, com 125,31 pontos. Assim, verifica-se que na terceira fase do procedimento (pontos atribuídos pela CP-QAO) o autor recebeu apenas 2,90 pontos (125,31 - 122,41) dos 38 pontos possíveis.

A atribuição de apenas 2,90 pontos não atendeu ao princípio da razoabilidade tampouco houve qualquer motivação, conforme será exposto adiante.

Mesmo com a pontuação referida (média 28,16 de 29,79), o autor protocolou requerimento para Análise das Fichas de Avaliações confeccionadas pelo Cap João Batista Tsuruda do Amaral, no qual questionou as Avaliações feitas nos anos de 2010 e 2011 (utilizadas nos QAM 01 e 02/14), por conterem 'erros' de avaliação previstos no art. 23, incisos III (severidade) e XI (incongruência), das Instruções Reguladoras para o Sistema de Avaliação do Pessoal do Exército (IR30-27).

Ao analisar essas Fichas foi reconhecido que houve 'erros' de avaliação (evento 1- OUT19). Todavia, a Comissão de Análise da Diretoria de Avaliações e Promoções (DA Prom),

desconsiderou/anulou somente algumas pautas comportamentais que tinham conceito 'C', entre elas, os aspectos 'Conhecimento Institucional, Interação com a Sociedade, Disciplina Militar e Resistência Física e Mental na FA do 1º semestre de 2010 (código359993); Capacidade de Trabalho e Resistência Física e Mental na FA do 2º semestre de 2010 (código 467106)'.

A Comissão de Análise, apesar de ter reconhecido que o Avaliador contrariou o art. 23, da IR 30-27, se negou a reconhecer os efeitos retroativos (ex-tunc) dos conceitos contidos nas Fichas desconsideradas (anuladas), sob argumento de que o art. 39, § único, da IR 30-27, dispõe que 'a desconsideração de ficha de avaliação não produzirá efeitos retroativos, para quaisquer fins de carreira'.

Diante dessa situação, por ocasião da confecção do referido QAM, a Comissão de Promoções (CP-QAO), utilizou as Fichas de Avaliações (FA) que continham 'erros' de avaliação, para calcular a média de pontos na graduação de subtenente (2ª fase do procedimento = 28,16 pontos).

Do mesmo modo, essas fichas anuladas foram computadas também na atribuição dos pontos da Comissão de Promoções CP-QAO (3ª fase - 00 a 38 pontos), resultando numa dupla desvantagem para o autor. Assim, embora a média dos pontos de todas as Fichas (2010 a 2012) sejam relativamente altas (28,16 de 29,79), as FA confeccionadas pelo avaliador Cap Tsuruda e que foram 'desconsideradas' (art.23, da IR 30-17) pela própria Administração, devem produzir efeitos retroativos (ex-tunc), para só então, a Comissão de Promoções (CP-QAO) reposicionar o autor, sem computar esses conceitos 'desconsiderados'.

Na confecção do Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) nº 02/2014 ocorreu o seguinte: o autor entrou no segundo QAM com 95,25 pontos na Ficha de Valorização do Mérito (FVM)6 - (primeira fase) e a mesma média de pontos na graduação (28,16 de 29,79 possíveis) - (segunda fase), totalizando 123,41 pontos. Apesar dessa alta pontuação (1ª e 2ª fase), foi surpreendido novamente ao ser publicado o QAM nº 02/20147 e constatar que fora posicionado em 116 de 229 (+ 1 agregado + 19 impedidos =249), com 134,48 pontos. Do mesmo modo, conclui-se que recebeu somente 11,07 (3ª fase) dos 38 pontos possíveis que a Comissão de Promoções (CPQAO) poderia atribuir (134,48 - 123,41).

Houve, de fato, preterição, pois, ao analisar a posição do autor neste Quadro de Acesso (116/229), constata-se que: a) a maioria dos 115 subtenentes posicionados na sua frente possuíam menos pontos na Ficha de Valorização do Mérito - FVM (evento 1 - OUT6); b) dos 115 subtenentes posicionados na sua frente, 53 eram da Turma de 1990 (turma posterior), enquanto que o autor é da Turma de 1989.

Diante dessa situação, o autor protocolou 'requerimento de recontagem de pontos do 2º QAM'8 ao Chefe do Departamento Geral de Pessoal (evento 1- OUT15), analisado pela Comissão de Promoções (CP-QAO) da Diretoria de Avaliações e Promoções(DA Prom), que assim decidiu, in verbis:

(...).

2. Considerando que:

a. os QAM são organizados especificamente para cada promoção, sem interdependência entre eles, com base nos pontos da Ficha de Valorização do Mérito (FVM), conforme preveem as Instruções Reguladoras para o Sistema de Valorização do Mérito dos Militares de Carreira do Exército (EB30-IR-60.001), aprovadas pela Portaria nº 240-DGP, de 23 de novembro de 2013. Os pontos da FVM são somados ao Grua de Conceito da Graduação (GCG) de subtenente e à pontuação atribuída pela Comissão de Promoções do Quadro Auxiliar de Oficiais (CP-QAO),

conforme prescrito nas IG 10-31, aprovadas pela Portaria nº 834-Cmt Ex, de 14 de novembro de 2007 (...).

b. a pontuação atribuída pela CP-QAO pode variar de 0,00 (zero) até 38,00 (trinta e oito) pontos, conforme previsto no § 2º do art. 6º das IG 10-31;

c. a sessão plenária da CP-QAO, à luz dos indicadores disponíveis da carreira do S Ten CLERES e do trabalho intelectual dos membros daquele colegiado, posicionou o graduado no QAM nº 02/2014 de acordo com os seus méritos;

d. o art. 39, parágrafo único das Instruções Reguladoras para o Sistema de Avaliação do Pessoal Militar do Exército (IR 30-27) estabelece que a desconconsideração de ficha de avaliação não produz efeitos retroativos para quaisquer fins de carreira;

(...).

g. após a análise, nenhum erro ou omissão foi encontrado no tocante à pontuação e ao posicionamento do requerente (...).

O autor afirma que a solução dada no referido requerimento foi contraditória, imotivada e omissa. Quanto à motivação constante da alínea 'c', entende que a afirmativa é contraditória e não reproduz a verdade dos fatos, pois os indicadores constantes na Ficha de Valorização do Mérito (FVM=95,25) e a média dos pontos obtidos na graduação de subtenente (28,16), referentes as duas primeiras fases do procedimento são elevados. Mesmo assim, recebeu o mínimo de pontos na terceira fase (11,07 pontos de 38 possíveis), ou seja, pontuação desproporcional aos méritos aferidos nas duas primeiras fases.

Assiste razão ao autor. A pontuação recebida na terceira fase é desproporcional aos méritos obtidos nas duas primeiras fases, pois dos 38 pontos possível recebeu cerca de 1/3 apenas.

No tocante à motivação da alínea 'd' do referido Despacho, o autor entende que contraria o princípio da autotutela, pois a própria Comissão de Análise de fichas da DAProm reconheceu que houve erros no preenchimento das fichas (Despacho DAProm nº 127-S, de 25 Set 14 - evento 1 - OUT19) ao ser atribuído conceitos 'C' em pautas comportamentais que seriam conceitos 'A'. Assim, o reconhecimento de 'erros' que contrariam a legislação (art. 23, IR 30-17) é caso de 'anulação', e não de revogação do ato.

Assiste razão novamente ao autor. **Tendo em vista que a Comissão reconheceu o erro no preenchimento das fichas, isso se trata de anulação do ato, e não de revogação. A anulação deve produzir efeitos ex tunc, pois um ato nulo não pode produzir efeitos depois de reconhecida a nulidade.** Esse entendimento encontra amparo no disposto no art. 53, da Lei nº 9.784/99, e nas Súmulas 346 e 473 do STF.

Houve, de fato, ilegalidade no cálculo dos pontos do Quadro de Acesso por Merecimento (QAM), tanto no QAM 01/14 quanto no QAM 02/14 (1ª fase). A ilegalidade no cálculo da pontuação no Quadro de Acesso por Merecimento (QAM) do autor se constata pela utilização de Fichas de Avaliações (FA) reconhecidas pela própria Administração como 'desconsideradas' (ilegais), para calcular a média dos pontos na graduação de subtenente (2ª fase).

Além disso, há falta de motivação e publicidade das razões que levaram a Comissão de Promoções a atribuir determinada pontuação na 3ª fase de ambos os procedimentos.

Em relação aos pontos da Avaliação na graduação de subtenente (FA = 28,16 pontos/de 29,79), na segunda fase ou etapa do processo de pontuação, o § 3º, do art. 6º, da IG 10-31,

dispõe que: '§ 3º Os pontos referentes à avaliação na graduação de subtenente correspondem à média dos valores das Fichas de Avaliação emitidas e processadas após a última promoção do militar, convertida mediante a aplicação do fator de multiplicação de 3,2 (três vírgula dois)'.

Dessa forma, tanto no QAM nº 01/14, como no QAM nº02/14, o autor possuía 8,8 de média nas Fichas de Avaliações (multiplicada pelo fator 3.2 = 28,16 pontos). Como a média numa determinada Ficha de Avaliação não ultrapassa a 9,31 pontos, nesta 2ª fase a pontuação máxima resultaria em 29,79, indicando que o autor teria excelente pontuação.

Infere-se que na 3ª fase do procedimento houve realmente ilegalidade, pois a CP-QAO atribuiu os pontos ignorando indicadores do militar, ao adotar critérios diferentes dos previstos no § 2º, do art. 6º, IG 10-31, in verbis:

§ 2º O total de pontos da CPS pode variar de 0 a 38,00 pontos é decorrente da análise dos fatores citados a seguir, em relação ao universo em que o militar está concorrendo:

I - méritos, deméritos ou fatos demeritórios consignados no RIP ou na Certidão de Dados Individuais;

II - rendimento escolar;

III - aspectos relevantes da vida profissional do militar consignados na ficha individual; e

IV - atributos constantes do perfil do avaliado.

Depreende-se que os critérios a serem observados pela CP-QAO na terceira fase do procedimento (incisos do § 2º, do art. 6º) são efetivamente objetivos e vinculados, havendo margem de discricionariedade apenas em relação à quantidade de pontos que será atribuída para cada um dos fatores da vida funcional que serão enquadrados nas descrições dos incisos supracitados, os quais farão a pontuação variar de 0 a 38. Quanto mais fatores positivos, enquadráveis nos incisos I ao IV supracitados, mais pontos (proporcional) devem ser atribuídos.

Nesse contexto, mesmo que haja certo grau de liberdade (discricionariedade) para a Comissão de Promoção atribuir uma determinada quantidade de pontos para cada fator positivo ou negativo enquadrável nos incisos I a IV, logicamente quanto mais fatores positivos, maior deverá ser a pontuação; quanto mais fatores negativos, menor deverá ser a pontuação. Assim, as razões que levaram a Comissão de Promoção a atribuir determinada pontuação ao candidato devem estar explícitas mediante motivação deste ato, além de congruente com os parâmetros fixados nas normas respectivas.

A falta de motivação e razoabilidade na atribuição de pontos na terceira fase é evidente quando se constata que o autor preenchia os requisitos que lhe confeririam condição de receber pontuação próxima à máxima (38 pontos) ou, pelo menos, muito longe da mínima (ao contrário do que ocorreu nos dois procedimentos: 2,9 e 11,07), conforme se constata nos respectivos fatores exigidos pelo dispositivo contido no § 2º, do art. 6º, IG 10-31:

a) I - méritos, deméritos ou fatos demeritórios consignados no RIP ou na Certidão de Dados Individuais: o autor possui somente mérito, sem nenhum fato demeritório, conforme se constata na FVM (ev. 1 - FICHIND10 e FICHIND12) e 'nada consta' no Registro de Informações Pessoais (RIP - ev. 1 - OUT20);

II - rendimento escolar: conforme se observa na Ficha Cadastro (FICHIND), o autor concluiu os cursos Militares, com excelentes rendimentos (Formação: nota 7,9 - posição 69/312; Curso

de Aperfeiçoamento de Sargentos - nota 9,48; Curso de Telegrafia - nota 8,6. Tais cursos a nota máxima era 10,00);

III - aspectos relevantes da vida profissional do militar consignados na ficha individual: os indicadores constantes na Ficha Cadastro/Individual são positivos, pois conta com as condecorações (medalhas), cursos militares e civis realizados, as movimentações ex-offício para diversas localidades do país (vivência nacional), excelentes resultados obtidos em TAF e TAT ('Medalha Marechal Osório') e o comportamento 'Excepcional';

IV) - atributos constantes do perfil do avaliado: mesmo tendo sido computadas as Fichas de Avaliações consideradas ilegais, o autor permaneceu com perfil de avaliação alto (média de todas as avaliações - 2010 a 2012).

A metodologia utilizada pela CP-QAO não observou os parâmetros contidos nas Instruções Gerais (IG 10-31), para o cômputo da pontuação final do QAM ('pontos da CP-QAO, o total de pontos da Ficha de Valorização do Mérito e os pontos da avaliação na graduação de subtenente').

Nas informações prestadas pela DAProm (evento 44 - OFIC2), consta somente o resultado final da pontuação, sem discriminação da fórmula que se chegou a tal resultado: QAM FVM GCG x 3,2 Grau CPQAO Pontos Totais Posição Vagas 01/2014 94,25 28,06 3 125,31 190 120. Os dados apresentados não possuem parâmetros (mínimo/máximo), ou seja, houve falta de discriminação (motivação) da pontuação atribuída na 3ª fase do procedimento (Pontos CP-QAO), conforme bem exposto pelo autor na Réplica (evento 19- REPLICAI - pág. 07).

Os documentos solicitados pelo autor (evento 19) e juntados por determinação judicial (eventos 24 e 44), em 01 de setembro de 2016, comprovam o direito alegado na inicial: a) pareceres emitidos sobre o autor e expostos em plenário (art. 29, II, IG10-31); a.2) votos proferidos sobre os relatos dos demais membros (art. 29, I, IG 10-31); a.3) planilha descritiva dos pontos atribuídos em cada inciso do § 2º do art. 6º da IG 10-31; b) relação dos pontos da Ficha de Valorização do Mérito (FVM) de todos os integrantes do QAM nº 01/2014 e nº 02/2014 (1ª fase); c) relação dos graus de conceitos na graduação (GCG) de todos os integrantes do QAM nº 01/2014 e nº 02/2014 (1ª fase).

No tocante aos pareceres e votos proferidos pela CP-QAO (item a.1 e a.2), não foram juntados sob alegação de 'que foram expressos verbalmente' (item 3 - OFIC2), conforme disposto no art. 11, § 1º, do Regimento Interno da Comissão de Promoções do Quadro Auxiliar de Oficiais (RI-QAO), de 24/08/2005:

Art.11. O plenário da CP-QAO decidirá de acordo com o previsto nas IG 10-31. § 1º. Os votos poderão ser expressos verbalmente, por escrito ou por meio digital, ficando o resultado da votação registrado em ata e arquivado na Sect CP-QAO, com a classificação (...) - (evento 44 OFIC3)

Infere-se que mesmo se os votos forem expressos verbalmente, o resultado dessa votação deve ficar registrado em ata e arquivado na Secretaria da CP-QAO. No caso, a cópia da respectiva Ata não foi juntada.

Da mesma forma, a planilha descritiva dos pontos atribuídos em cada inciso do § 2º do art. 6º da IG 10-31 (a.3) não foi juntada sob o argumento de que (item 4 - OFIC2 - evento 44): 'a CP-QAO realiza a análise dos quesitos elencados nesse artigo de forma plena, sem individualização de cada item, e considerando o universo que o militar estava concorrendo, com fundamento nos documentos básicos previstos no art. 5º das Instruções em pauta'.

No que tange à relação dos pontos da Ficha de Valorização do Mérito (FVM -1ª fase) e graus de conceitos na graduação (GCG - 2ª fase) de todos os integrantes do QAM nº 01/2014 e nº 02/2014 (alínea 'b' e 'c'), a União juntou documento único (evento 44- OFIC4), na ordem de posicionamento nos respectivo Quadros de Acesso.

Com os dados da pontuação das FVM e GCG (OFIC4) e dados extraídos dos respectivos Quadros de Acesso (anexo à inicial), o autor elaborou planilhas, com a pontuação atribuída pela CP-QAO (00 a 38) a todos os integrantes do QA, demonstrando a enorme desproporcionalidade na pontuação atribuída a ele autor (3,00 e 10,82) em relação aos demais militares (evento 49 - pág. 4). Demonstrou que quem possuía 94,25 (FVM) mereceu 3 na terceira fase (situação do autor), mas quem teve 85,30 mereceu 32,47. Assim, infere-se que preterição ocorreu de forma gritante no QA 01/2014, pois na Ficha de Valorização do Mérito (FVM), principal documento onde consta o chamado 'mérito-puro', o autor figurava em 18 de 239 (94,25 pontos), enquanto que o último promovido tinha apenas 85,30 pontos.

No tocante ao QA nº 02/2014, conforme está demonstrado no quadro acima e nas planilhas juntadas pelo autor no evento 49 - PLAN e PLAN3, o autor foi preterido não somente na pontuação, mas também na antiguidade, pois ao ser ultrapassado por 21 militares da turma de 1990, passou da 8ª para 29ª posição na FVM. Assim, com 95,25 pontos na FVM recebeu 10,82, enquanto que o último militar promovido com 92,50 na FVM recebeu 27,99 pontos da CP-QAO, o que demonstra a enorme desproporcionalidade, sem nenhuma fundamentação/motivação (ou quem tem mais = 95,15, merece menos = 10,82).

Conforme exposto acima, diante de tantos critérios objetivos e positivos a Comissão não fundamentou a atribuição de pontuação. Não explicitou quais os motivos determinantes do seu ato. Não se trata de juízo de conveniência e oportunidade, mas de avaliação baseada em critérios previamente definidos.

Não obstante estar vinculada à análise dos vários critérios descritos nos incisos I ao IV supracitados, para fins de atribuir determinada pontuação ao candidato, em nenhum momento apresentou qualquer motivação em seu ato indicando quais méritos, deméritos, atributos da vida militar ou rendimento escolar serviram de base para se chegar à pontuação que foi atribuída ao autor. Para receber apenas 2,9 de 38 pontos possíveis, com base na legislação aplicável, o militar deveria ter pouquíssimos fatores favoráveis e muitos desfavoráveis, o que não é o caso do autor, o que não encontra respaldo na documentação analisada e no exame feito.

Embora se trate de promoção por merecimento, a legislação estabeleceu um procedimento e uma gama de normas e de critérios objetivos para a atribuição da pontuação. Há apenas margem de discricionariedade na quantificação de pontos a serem atribuídos para cada um dos critérios objetivos.

No caso, verifica-se claramente que os membros da CP-QAO, com base na alegada discricionariamente, ultrapassaram os limites estabelecidos na própria norma administrativa (IG 10-31), violando o princípio da legalidade que deve nortear os atos da Administração Pública (art. 37, CF/88), bem como os princípios da transparência, razoabilidade e proporcionalidade, da motivação dos atos e da publicidade, uma vez que era necessária a indicação, de forma discriminada, da pontuação correspondente em cada inciso do §2º, do art. 6º, da IG 10-31, o que não ocorreu.

Com efeito, está sedimentado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que todo ato administrativo deve ser motivado, seja ato vinculado ou discricionário, previsão implícita do art. 93, X da CF/88, aplicado por analogia à Administração Pública, ou ainda do art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, bem como dos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/99. Assim, não houve

justificativa de atribuição de somente 3 pontos de 38 possíveis (QAM nº 01/14), quando preponderavam todos os critérios meritórios em favor do autor.

Nesse contexto, devem os pedidos de realização de nova avaliação ser julgados procedentes.

Passo a analisar o pedido de indenização por danos morais.

O autor requer a condenação da União ao pagamento de danos morais, sob o fundamento de que não resta a menor dúvida quanto à ilicitude dos atos praticados pelos agentes públicos (membros da Comissão de Promoção-CP-QAO), em ambos os processos de promoção (QAM 01 e 02/14), que causaram além dos danos materiais, danos morais, consubstanciado no fato de ter sido ultrapassado/preterido por diversos companheiros, o que causou ao requerente sentimento de humilhação, menosprezo e constrangimento perante seus pares e superiores hierárquicos.

Cumprir frisar que o autor não fundamentou seu pedido em nenhum dispositivo legal. Assim, considerando a máxima iuria novit curia, presume-se que esteja invocado a responsabilidade objetiva da Administração Pública, a qual se encontra consagrada no artigo 37, § 6º, da atual Constituição Federal, que assim dispõe: 'As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa'.

No caso, entendo que não há falar em responsabilidade objetiva da Administração, tampouco em responsabilidade baseada no Código Civil.

Conforme artigo 186 do Código Civil de 2002 existe um dever legal de não lesar, com a correlata obrigação de indenizar sempre que, por meio de um comportamento contrário àquele dever, se cause algum prejuízo injusto a outrem. O caput do artigo 927 do novo Código Civil fixa a regra geral para a indenização, prevendo a responsabilidade objetiva e a teoria do risco da atividade no seu parágrafo primeiro, vinculando-a aos casos enumerados em lei, bem como, de forma genérica, aos prejuízos originários da prática de uma atividade que naturalmente envolva riscos. Esta mitigação é denominada teoria do risco da atividade. O parágrafo em questão prevê a mesma regra aplicada no CDC, estabelecendo a responsabilidade civil quando os riscos de provocar dano são inerentes à atividade desenvolvida ou quando há expressa previsão legal.

Para configurar-se a responsabilidade civil exigem-se os seguintes elementos: a) conduta do apontado como responsável, culposa, em sentido lato, no caso de responsabilidade aquiliana simples; b) que tenha havido prejuízo; e c) que haja um nexo que ligue aquela conduta a esse dano.

Tratando-se de responsabilização objetiva, prescinde-se do requisito de culpa, bastando que a conduta, por si só, tenha levado aos prejuízos alegados e provados pelo lesado. Assim, os elementos constitutivos da responsabilidade civil são a ação ou omissão do agente, o elemento subjetivo, o nexo causal e o dano.

No que tange à ação ou omissão do agente, exige-se um certo comportamento daquele a quem se pretende imputar o dever de reparar o dano. O elemento subjetivo é a culpa, sendo esta a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. É necessário, então, para que o dano seja indenizável, que resulte de certo comportamento ou omissão do causador do dano. A evidência deve ser consistente, de elevada probabilidade, não bastando uma suposição qualquer, baseada em hipóteses.

Para a caracterização da responsabilidade civil é imprescindível a prova da culpa, exceto quando houver disposição legal permitindo a responsabilização objetiva. Contudo, a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há falar em responsabilidade civil.

O nexo causal é a relação de causalidade entre um determinado ato ou omissão do agente e o dano sofrido, sendo pressuposto absoluto da obrigação de indenizar. Pode-se compreender o nexo como conditio sine qua non para a ocorrência do fato, determinando a verdadeira causa do prejuízo e viabilizando a imputabilidade. O nexo causal possui dupla função, conforme Gisela Sampaio Cruz: 'por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização (CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22).

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. Assim, só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. O dano que enseja o pagamento de uma indenização pode ser patrimonial ou moral. A diferença fundamental é que na reparação do dano moral o dinheiro não tem função de equivalência, como ocorre no dano patrimonial (material), ou seja, o dano moral corresponde a toda lesão causada pelo fato lesivo a interesses não patrimoniais de uma pessoa física ou jurídica.

Ao contrário dos danos materiais, que causam prejuízos de natureza econômica, os danos morais 'se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras nesse nível, produzidas na esfera do lesado' (BITAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993, n. 5, p. 31).

A jurisprudência de nossos tribunais está repleta de vários exemplos de dano moral: é a dor pela morte de um filho, causada por outrem; a humilhação e o desconforto produzidos pela publicação de uma notícia injuriosa; o constrangimento e a aflição gerados pela indevida inscrição do nome de um consumidor nos órgãos de proteção ao crédito. Assim, o objetivo da indenização por danos morais é compensar as angústias, dores, situações vexatórias, aflições, constrangimentos que a vítima sofre em razão da conduta do causador do dano.

Entretanto, a proteção jurídica ao patrimônio moral das pessoas físicas e jurídicas foi concebida para regular a vida em sociedade, limitando a conduta de uns para permitir que outros possam estabelecer relações com segurança. Isso significa que não se pode admitir a banalização da indenização por danos morais. Somente quando a conduta de uma pessoa provoca severa alteração na conduta cotidiana de outra em razão de efetivo abalo em suas convicções relativas às relações sociais que pode vir a travar é que fica caracterizado o dano moral.

Com efeito, não se pode admitir a banalização do dano moral ao extremo a ponto de estimular o litígio no seio da sociedade, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho:

'(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações

pelos mais triviais aborrecimentos. (Programa de responsabilidade Civil, 3ª edição, 2002, p. 89)

Essa a razão pela qual a Constituição selecionou os valores mais caros para colocar sob o manto dessa proteção - a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem -, porquanto tais valores são aqueles que, efetivamente, têm o condão de afetar a vida em sociedade. O dano moral somente surge, pois, quando o amor próprio da vítima é efetivamente afetado ou quando a imagem que os demais têm sobre ela é modificada indelevelmente. Assim, o dano moral somente ocorre quando o evento tenha afetado de modo não ordinário os valores protegidos, e não os meros dissabores ou contratemplos inerentes à vida cotidiana.

A reparação por danos morais não tem natureza de recomposição patrimonial, mas compensatória. Objetiva reparar prejuízo advindo de um sentimento de frustração decorrente da privação de um interesse juridicamente tutelado. Fato que impinja padecimento de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação e outras situações análogas. Assim, a proteção não alcança o incômodo, o dissabor ou o infortúnio que reflitam uma sensibilidade maior a pessoas mais suscetíveis a acontecimentos do mundo exterior, e sim visa à proteção dos direitos à personalidade do próprio titular do direito, como a honra, a moral, a imagem, etc.

Nesse contexto, não se pode banalizar a reparação do dano moral a ponto de se pretender compensar todo e qualquer desconforto ocorrido no cotidiano. Todos os dias pessoas podem ser vítimas de agressões, frustrações e desagradados, cuja intensidade varia conforme a sensibilidade de cada um. Não são todos os dissabores e sofrimentos que reclamam indenização, pois há aqueles perfeitamente suportáveis numa vida em sociedade. Assim, a reparação por dano moral deve ser reservada às lesões relevantes, segundo os critérios da significância, razoabilidade, proporcionalidade e da convivência dos direitos.

No presente caso, embora a Administração tenha agido de modo indevido, tal como reconhecido nesta sentença, não demonstrou o autor por meio de prova adequada que tenha sofrido, objetiva e concretamente, qualquer vexame, constrangimento ou abalo psíquico que pudesse ser considerado dano moral. Alega que os atos praticados pelos membros da Comissão de Promoção-CP-QAO), em ambos os processos de promoção (QAM 01 e 02/14), lhe causaram danos morais, consubstanciados no fato de ter sido ultrapassado/preterido por diversos companheiros, o que causou ao requerente sentimento de humilhação, menosprezo e constrangimento perante seus pares e superiores hierárquicos.

No entanto, tais alegações genéricas não são hábeis a comprovar o dano moral. O autor não produziu prova no sentido de que tenha ocorrido animosidade e perseguição por parte dos membros da Comissão, ou seja, de que eles tenham agido com dolo. Não requereu prova testemunhal para comprovar eventuais fatos concretos reveladores de dano moral.

Admito que o autor experimentou alguns dissabores decorrentes do ato administrativo impugnado. No entanto, não vislumbro ter passado o autor por qualquer dor, sofrimento, vexame ou humilhação. Esses constrangimentos ou abalos individuais não foram suficientemente demonstrados. É indispensável que essa falha tenha gerado sérias repercussões na vida do autor, o que, de fato, não está caracterizado neste processo.

Assim, muito embora tenha havido equívoco por parte da Administração, que impediu a sua promoção, não vislumbro que tenha havido efetivo dano moral, além de simples dissabores.

Para caracterizar o dano moral reparável é preciso um plus de constrangimento ou sofrimento pessoal, sob pena de distorcer as ações indenizatórias por ofensas morais. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. O ato administrativo da ré que anulou a incorporação do autor ao Exército, mesmo que não condizente com a realidade dos fatos, não tem o condão de gerar dano moral hábil a ensejar indenização, visto que o dano moral não deve ser confundido com qualquer dissabor, amargura ou contrariedade da vida cotidiana, somente devendo ser reconhecido ante a violação grave à dignidade ou à paz interior da pessoa. 2. Exclusão da condenação a título de danos morais. (TRF4, 4º Turma, AC 2000.72.00.004987-1/SC, relator Des.Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 16/06/2004, p.1032)

Portanto, não há falar em responsabilidade da União, porque o dano moral não decorre pura e simplesmente do desconforto, da dor, do sofrimento ou de qualquer outra perturbação do bem-estar que aflija o indivíduo em sua subjetividade. Exige, mais do que isso, projeção objetiva que se traduza, de modo concreto, em constrangimento, vexame, humilhação ou qualquer outra situação que implique a degradação do indivíduo no meio social, situações ausentes do caso em análise.

Por outro lado, também não há falar em indenização por danos morais, uma vez que não há falar em nexo de causalidade, na medida em que não é possível caracterizar o ato combatido nesse processo como ato ilícito, para efeitos de ensejar a ocorrência de dano moral. Nem todo ato ilícito enseja a indenização por danos morais, pois os efeitos do ato podem não causar referidos danos.

O ato combatido nessa ação ocorreu em obediência pelo Administrador ao princípio da legalidade que norteia o seu agir, moldada pela interpretação que conferiu à legislação, bem como interpretação técnica que conferiu aos fatos, embora tenha sido considerada inadequada essa interpretação pelo Judiciário.

Todos os atos administrativos estão adstritos ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da CF, de forma que a interpretação, por parte da Administração Pública, de determinada situação, ainda que gere resultado desfavorável ao interessado, não pode ser fonte de indenização, sob pena de não ser mais facultado à autoridade administrativa interpretar a lei e atos infralegais e resolver as questões que lhe são submetidas.

Desse modo, se a autoridade administrativa avaliar incorretamente o servidor público, civil ou militar, por meio da interpretação que confere à legislação incidente e às constatações fáticas, essa livre postura da Administração não pode resultar indenização. Caso contrário, sempre que o ente público decidisse de forma contrária ao interesse do administrado ou do servidor público agiria de forma ilícita e caberia reparação do dano moral. Nesse sentido tem decidido a jurisprudência, em casos semelhantes:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. LABOR ALEGADAMENTE EXERCIDO A MAIOR PARA CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL, PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. EX-CELETISTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO CIVIL A AMPARAR A PRETENSÃO. MANTIDA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR DESPROVIDO. 1. A interpretação, por parte da Administração Pública, de determinada situação, ainda que gere resultado desfavorável ao interessado, não pode ser fonte de indenização, sob pena de não ser mais facultado à autoridade administrativa interpretar a lei e resolver as questões que lhe são submetidas. 2. Na espécie, se as autoridades administrativas que se depararam com o caso entenderam que os requisitos para a conversão do tempo de serviço do apelante, e conseqüente aposentadoria, não estavam comprovados naquele momento, essa livre postura da Administração não pode resultar em dano moral, caso contrário, sempre que o ente público

decidisse de forma contrária ao interesse do administrado agiria de forma ilícita e caberia reparação do dano. 3. Hipótese em que a Administração pautou-se de acordo com o princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da CF, não se verificando ilicitude em sua conduta. Trata-se, outrossim, de ato administrativo passível de correção pelos meios legais cabíveis, tanto junto à própria Administração quanto perante o Judiciário, não havendo, portanto, ilícito civil a amparar a pretensão indenizatória. Precedentes desta Corte. 4. Apelo desprovido. (TRF4ªR. AC nº 2007.71.00.034778-3/RS, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 3ª T. DJ 16-10-2008).

ADMINISTRATIVO E CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LABOR EXERCIDO A MAIOR PARA CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA. ALEGADA DEMORA, POR PARTE DO INSS, NA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COM A CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO CIVIL A AMPARAR A PRETENSÃO. MANTIDA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR DESPROVIDO. 1. A interpretação, por parte da Administração Pública, de determinada situação, ainda que gere resultado desfavorável ao interessado, não pode ser fonte de indenização, não se podendo considerar caracterizado o dano moral em situação de simples não-atendimento à pretensão da parte, sob pena de não ser mais facultado à autoridade administrativa interpretar a lei e resolver as questões que lhe são submetidas, não se olvidando, ainda, que todos os atos administrativos estão adstritos ao princípio da legalidade (art. 37 da CF/88). 2. Nesta linha, a jurisprudência desta Corte tem decidido, em diversos precedentes, não se poder alçar qualquer abalo ou dissabor, seja a discordância do pretendido pela pessoa, ainda que posteriormente seja reconhecido o direito em ação judicial, à condição de dano moral, mormente em se tratando de indeferimento de pedido em sede administrativa. 3. 'Posterior reconhecimento do tempo de serviço, em ação judicial, não justifica o pagamento de indenização por danos de ordem material e/ou moral, quando não-comprovada a ação ilícita imputada à ré, ou, ainda o tratamento desigual, desrespeitoso ou negligente da Autarquia, que pudesse elevar as frustrações do autor à categoria de dano passível de reparação civil. Hipótese de responsabilidade civil não-comprovada. (TRF 4ª R., AC nº 2007.71.05.004980-9/RS, Relator Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, 4ª T., j. 03-12-2008, un., DJ 13-01-2009). 4. Apelo desprovido. (TRF4ªR. AC n.º 2008.70.01.002803-2/PR, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 3ª T. DJ 21-05-2009).

Ademais, para ensejar a condenação em danos morais é necessário que o ato seja revestido de flagrante abusividade e tenha sido praticado com má-fé, por exemplo, se comprovada animosidade ou perseguição ao autor. No caso, embora se reconheça o direito postulado de revisão do ato impugnado, não é possível compreender que houve flagrante abusividade da Administração Pública. Trata-se, a toda evidência, de caso complexo, cujos fatos exigem interpretação, motivo pelo qual é natural e compreensível que sobrevenham conclusões diversas.

Nessa circunstância, o fato de a Comissão ter concluído pela ausência de direito à promoção não enseja a condenação da União em danos morais. Cabe à parte interessada acionar o Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito que entende lhe assistir, como fez o autor, mas não cabe a automática cumulação com condenação em danos morais.

Para fins de fixação da sucumbência em relação ao presente pedido, considerando que o dano moral sequer entrou no cálculo do valor da causa, bem como que, em eventual procedência, a fixação do quantum ficaria ao arbítrio do Juízo, conclui-se que não há base de cálculo válida para fins de estabelecimento dos honorários de sucumbência. Assim, entendo que deve ser fixada a quantia de R\$ 1.000,00 a título de honorários advocatícios a ser pagos pelo autor, aplicando-se, por analogia, o § 8º do art. 85 do CPC'.

Em suma, muito embora não haja direito subjetivo à promoção, os critérios utilizados para tanto devem observar os princípios da legalidade e da publicidade, o que não ocorreu no caso em tela.

Como bem observado pelo juízo, ocorreram ilegalidades no cálculo dos pontos do Quadro de Acesso por Merecimento (QAM), tanto no QAM 01/14 quanto no QAM 02/14 (1ª fase), pela utilização de Fichas de Avaliações (FA) reconhecidas pela própria Administração como 'desconsideradas' (ilegais), para calcular a média dos pontos na graduação de subtenente (2ª fase).

Da mesma forma, ainda que alguns atos administrativos estejam sujeitos a juízo discricionário, tal não afasta o dever de motivação. Houve falta de motivação e publicidade das razões que levaram a Comissão de Promoções a atribuir determinada pontuação na 3ª fase de ambos os procedimentos.

Por estas razões, entendo deva ser mantida a sentença e negado provimento ao apelo e à remessa necessária, quanto ao mérito, incluída a condenação em honorários da parte autora, que entendo adequada.

CORREÇÃO MONETÁRIA

Com relação à correção monetária e aos juros, apesar de haver uma série de entendimentos consolidados na jurisprudência, e que são inafastáveis, há ainda intensa controvérsia nos Tribunais quanto à aplicação da regra do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, que previu a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança aos débitos judiciais.

Com efeito, o entendimento até então pacífico na jurisprudência pela aplicação da regra da Lei 11.960/2009 restou abalado com a decisão do STF no julgamento da ADIn 4.357, que declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, da expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' contida no art. 5º da lei. Essa decisão, que criou aparente lacuna normativa relativamente à atualização de débitos judiciais, foi seguida de decisão do STJ que, em sede de recurso especial repetitivo, preconizou a aplicação, no período em foco, dos critérios de remuneração e juros aplicáveis à caderneta de poupança apenas a título de juros moratórios, concomitantemente à aplicação da variação do IPCA como índice de atualização monetária (REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013). Ocorre que sobrevieram decisões do STF, proferidas em sede de Reclamações (v.g., Reclamação 16.745), suspendendo julgados do STJ em que foi aplicado o entendimento desse Tribunal expresso no recurso especial paradigma, alertando o STF que está pendente de apreciação pedido de modulação dos efeitos do acórdão da ADIn 4.357.

Diante deste quadro de incerteza quanto ao tópico e considerando que a discussão envolve apenas questão acessória da lide, entendo ser o caso de relegar a decisão acerca dos critérios de atualização monetária e juros a serem aplicados no período posterior à entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (período a partir de julho de 2009, inclusive) para a fase de execução, quando provavelmente a questão já terá sido dirimida pelos tribunais superiores, entendimento ao qual a decisão muito provavelmente teria de se adequar ao final e ao cabo, tendo em vista a sistemática dos recursos extraordinários e especiais repetitivos prevista nos arts. 543-B e 543-C do CPC. Evita-se, assim, que o processo fique paralisado, ou que seja submetido a sucessivos recursos e juízos de retratação, com comprometimento do princípio da celeridade processual, apenas para resolver questão acessória, quando a questão principal ainda não foi inteiramente solvida.

Nessa perspectiva, quanto aos juros e à correção monetária, restam fixados os seguintes balizamentos:

(a) dado tratar-se de entendimento pacificado, fica desde já estabelecido que os juros moratórios e a correção monetária relativos a cada período são regulados pela lei então em vigor, conforme o princípio *tempus regit actum*; conseqüentemente, sobrevindo nova lei que altere os respectivos critérios, a nova disciplina legal tem aplicação imediata, inclusive aos processos já em curso. Ressalto, contudo, que essa aplicação não tem efeito retroativo, ou seja, não alcança o período de tempo anterior à lei nova, que permanece regido pela lei então vigente, nos termos do que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.205.946/SP (02/02/2012);

(b) da mesma forma, por não comportar mais controvérsias, até junho de 2009, inclusive, a correção monetária e os juros devem ser calculados conforme os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal e modificado pela Resolução 267/2013 do mesmo órgão, respeitada a natureza do débito;

(c) quanto ao período a partir da entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (julho de 2009), conforme antes afirmado, a decisão acerca dos critérios aplicáveis a título de juros e correção monetária fica relegada para quando da execução do julgado, à luz do entendimento pacificado que porventura já tenha já emanado dos tribunais superiores, sem prejuízo, obviamente, da aplicação de eventual legislação superveniente que trate da matéria, sem efeitos retroativos.

Neste passo, deve ser dado parcial provimento à remessa necessária no que diz respeito à sistemática de juros e correção monetária.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa necessária.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9087301v10** e, se solicitado, do código CRC **F912C11C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 24/08/2017 18:21