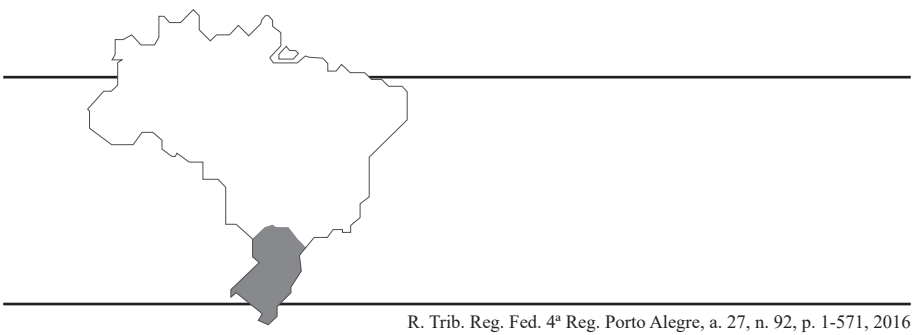
revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 27, n. 92, p. 1-571, 2016

Ficha Técnica

Direção:
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona

Assessoria:
Isabel Cristina Lima Selau

Direção da Divisão de Publicações:
Arlete Hartmann

Análise e Indexação:
Giovana Torresan Vieira
Marta Freitas Heemann

Revisão e Formatação:
Carlos Campos Palmeiro
Leonardo Schneider
Marina Spadaro Jacques

Os textos publicados nesta revista são revisados pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (jan./mar. 1990)- . – Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 1990- .
v. ; 23 cm.

Quadrimestral.
Inicialmente trimestral.
Repositório Oficial do TRF4 Região.
ISSN 0103-6599

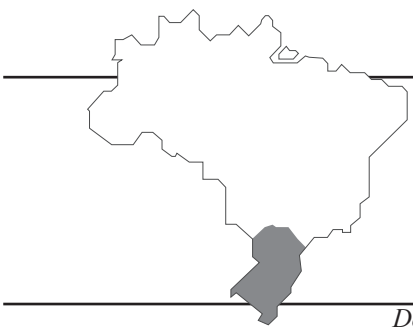
1. Direito – Periódicos. I. Título. II. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região, 4ª.

CDU 34(051)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
4ª Região
Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300
CEP 90.010-395 – Porto Alegre – RS
PABX: 0 XX 51-3213-3000
www.trf4.jus.br/revista
e-mail: revista@trf4.jus.br
Tiragem: 850 exemplares

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA
Des. Federal Diretor da Escola da Magistratura

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

JURISDIÇÃO

Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná

COMPOSIÇÃO

Em 11 de outubro de 2016

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – 28.06.2001 – *Presidente*
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – 28.06.2001 – *Vice-Presidente*
Des. Federal Celso Kipper – 29.03.2004 – *Corregedor Regional*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler – 09.12.1994
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – 05.02.1997
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz – 28.06.2001
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus – 03.02.2003 – *Coordenador-Geral do Sistema de Conciliação*
Des. Federal Amaury Chaves de Athayde – 05.02.1997*
Des. Federal João Batista Pinto Silveira – 06.02.2004 – *Coordenador dos JEFs*
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona – 02.07.2004 – *Diretor da Emagis*
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle – 27.04.2005 – *Vice-Diretor da Emagis*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti – 09.10.2006 – *Ouvidor*
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira – 11.12.2006
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch – 26.11.2007
Des. Federal Fernando Quadros da Silva – 23.11.2009 – *Conselheiro da Emagis*
Des. Federal Márcio Antônio Rocha – 26.04.2010 – *Vice-Corregedor Regional*
Des. Federal Rogerio Favreto – 11.07.2011
Des. Federal Jorge Antonio Maurique – 24.02.2012 – *Conselheiro da Emagis*
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior – 22.06.2012
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha – 08.11.2012
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani – 09.07.2013
Des. Federal João Pedro Gebran Neto – 16.12.2013
Des. Federal Leandro Paulsen – 16.12.2013
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz – 16.12.2013
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – 07.08.2014
Des. Federal Roger Raupp Rios – 16.05.2016
Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene – 16.05.2016
Juíza Federal Taís Schilling Ferraz (convocada)
Juiz Federal Marcelo De Nardi (convocado)
Juiz Federal Luiz Carlos Canalli (convocado)

* Período de exercício no TRF da 4ª Região iniciado em 05.02.1997, interrompido em 07.06.2009 e reiniciado em 22.04.2016.

Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior (convocado)
Juiz Federal Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia (convocado)
Juiz Federal Loraci Flores de Lima (convocado)
Juiz Federal Marcelo Malucelli (convocado)
Juiz Federal Artur César de Souza (convocado)
Juíza Federal Eliana Paggiarin Marinho (convocada)
Juiz Federal Ézio Teixeira (convocado)
Juíza Federal Claudia Maria Dadico (convocada)
Juíza Federal Bianca Georgia Cruz Arenhart (convocada)
Juíza Federal Daniela Tocchetto Cavalheiro (convocada)
Juiz Federal Rodrigo Koehler Ribeiro (convocado)
Juíza Federal Ana Carine Busato Daros (convocada)
Juiz Federal José Luis Luvizetto Terra (convocado)

CORTE ESPECIAL
Em 11 de outubro de 2016

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – *Presidente*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Vice-Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal Amaury Chaves de Athayde
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Des. Federal Rogerio Favreto
Des. Federal Jorge Antonio Maurique
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

Suplentes:
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani
Des. Federal João Pedro Gebran Neto

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
Em 11 de outubro de 2016

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – *Presidente*
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Vice-Presidente*
Des. Federal Celso Kipper – *Corregedor Regional*
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida

Suplentes:
Des. Federal João Pedro Gebran Neto
Des. Federal Leandro Paulsen

PRIMEIRA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Amaury Chaves de Athayde
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch (convocada Juíza Federal Claudia Maria Dadico em razão de afastamento)
Des. Federal Jorge Antonio Maurique

SEGUNDA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

TERCEIRA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Des. Federal Rogerio Favreto
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida
Des. Federal Roger Raupp Rios
Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

QUARTA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani
Des. Federal João Pedro Gebran Neto
Des. Federal Leandro Paulsen
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

PRIMEIRA TURMA

Des. Federal Jorge Antonio Maurique – *Presidente*
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Amaury Chaves de Athayde

SEGUNDA TURMA

Des. Federal Otávio Roberto Pamplona – *Presidente*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch (convocada Juíza Federal Claudia Maria Dadico em razão de afastamento)

TERCEIRA TURMA

Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler – *Presidente*
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva

QUARTA TURMA

Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha – *Presidente*
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

QUINTA TURMA

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz – *Presidente*
Des. Federal Rogerio Favreto
Des. Federal Roger Raupp Rios

SEXTA TURMA

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – *Presidente*
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

SÉTIMA TURMA

Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani – *Presidente*
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

OITAVA TURMA

Des. Federal João Pedro Gebran Neto – *Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal Leandro Paulsen

SUMÁRIO

DOUTRINA 15

Parecer: Alienação fiduciária em garantia. Bens do patrimônio do devedor. Art. 66, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 911/69. Relevância da questão federal.
Carlos Thompson Flores 17

Limites à revogação do ato administrativo
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 29

A construção do texto na perspectiva do juiz
Cândido Alfredo Silva Leal Júnior 41

Poder Judiciário e a crise: uma janela de oportunidade
João Pedro Gebran Neto 77

DISCURSOS 91

Marga Inge Barth Tessler 93
Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle 95
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 99

ACÓRDÃOS.....101
Direito Administrativo e Direito Civil 103
Direito Penal e Direito Processual Penal 163
Direito Previdenciário 257
Direito Processual Civil 347
Direito Tributário 423

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....463

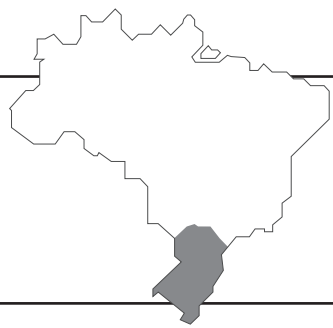
SÚMULAS 535

RESUMO.....547

ÍNDICE NUMÉRICO.....551

ÍNDICE ANALÍTICO 555

ÍNDICE LEGISLATIVO 565



DOUTRINA

Parecer: Alienação fiduciária em garantia. Bens do patrimônio do devedor. Art. 66, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 911/69. Relevância da questão federal.[*]

Carlos Thompson Flores[**]

O Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul – Badesul, por intermédio de um de seus procuradores judiciais, solicitou-me o exame da possibilidade de emitir parecer jurídico a respeito da viabilidade de interposição de recurso extraordinário contra a decisão proferida pela Eg. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em data de 08.09.1988.

Dita decisão houve por bem, à unanimidade, prover a apelação manifestada pela Coricel Comércio Riograndense de Cereais Ltda., reformando a sentença que acolhera o pedido de restituição de bens por ela dados em alienação fiduciária, formulado pelo consulente perante o juízo falimentar da devedora.

Para o devido exame das questões suscitadas, encaminhou-me o consulente farta documentação, extraída dos respectivos autos e em forma de xerocópias.

Do estudo que procedi sobre o tema, convencido fiquei, não só da cabência do recurso extraordinário, mas da possibilidade de alcançar sucesso, perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

[*] Parecer lavrado em 04.11.1988.

[**] Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, nascido em 1911 e falecido em 2001.

Por isso, e só assim, como tenho costumeiramente feito, dispus-me a proporcionar ao consulente este parecer.

É o que, a seguir, passo a fazer.

I Os fatos

1. Os fatos, no que interessa para o esclarecimento do tema jurídico em apreciação, podem ser assim sumariados.

2. Por meio de longa e minuciosa escritura pública, lavrada perante o 1º Tabelionato desta Capital, em 05.01.1979, em contrato de abertura de crédito, com garantia real e fidejussória, houve por bem o consulente, como colaboração financeira, abrir em prol da Coricel um crédito nunca superior a 18.261, em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), a ser levantado em parcelas, sujeitas à detalhada disciplinação. Além de garantia hipotecária de seus bens imóveis, em particular, e da sociedade, e de fiança de terceiros, ofereceu a sociedade, em alienação fiduciária, bens móveis de sua propriedade, constantes de maquinaria destinada à sua específica atividade, a qual, com pormenores, ficou descrita na respectiva escritura.

3. Aconteceu que, decorridos quatro anos de vigência do contrato em questão, em 07.01.1983, foi declarada a falência da devedora, passando, a partir de então, os bens dados em alienação fiduciária, via arrecadação, a integrar o acervo falimentar.

II Do procedimento judicial

1. Diante do ocorrido, formulou o consulente, perante o juízo da falência, pedido de *restituição dos comentados bens* que, como garantia da dívida, haviam sido dados em alienação fiduciária.

2. Dita dívida, à data do ajuizamento do pedido, 10.03.1983, segundo cálculo do requerente, somava a importância de Cr$ 10.382.188,07.

3. Contestada a pretensão, a termo, sentenciou o magistrado, acolhendo o pedido. Fê-lo após desprezar a preliminar de intempestividade da contestação. E, apreciando a defesa arguida, reconheceu

a admissibilidade de que fossem os bens objeto da fidúcia, do pré-domínio do devedor; e, bem assim, que não eram eles imóveis, em qualquer sentido.

4. Inconformada, apelou a sociedade devedora. E teve êxito, uma vez que, como antes referido, resultou provida a apelação. Considerou a cda. Câmara julgadora que não prevaleceria a garantia proporcionada pela devedora apelante, pois os bens atribuídos em alienação fiduciária, antes do contrato, *já integravam o patrimônio da devedora*. Invoca, para tanto, precedentes do Tribunal, os quais também assim decidiram.

III Recurso extraordinário

A) Considerações necessárias

1. O julgamento que está sendo considerado para o efeito de contra ele ser interposto recurso extraordinário teve lugar, como consignado ficou anteriormente, em 08.09.1988.

Todavia, a publicação do julgado só presentemente ocorreu.

Nesse interregno, sucedeu a promulgação, e a posterior publicação, da vigente Constituição Federal de 5 de outubro, a qual introduziu acentuadas alterações no recurso em questão. É o que decorre do confronto das respectivas disposições ora em vigor (art. 102, III, letras *a*, *b* e *c*, e das anteriores, art. 119, III, letras *a*, *b*, *c* e *d*).

2. Cabe, em tais circunstâncias, perquirir quais das normas apontadas regulam o extraordinário em comentário.

2.1. Considero que merecem aplicação, apenas, as últimas. É que, entre nós, vige o princípio do *direito adquirido processual*, o que equivale a afirmar que "os postulados imperantes na data da sentença resolvem sobre sua impugnabilidade, os remédios, a admissibilidade de qualquer recurso (...)", são expressões de Maximiliano, invocando doutrinadores e julgados do STF (*Direito intertemporal*, F. Bastos, 2. ed., 1955, p. 278, n. 238 e nota 1).

3. Ademais, qualquer dúvida porventura ocorrente encontraria cabal solução segundo o disposto pela Constituição em vigor, no art. 27 do

Ato de suas Disposições Transitórias, *verbis*:

"Art. 27 (...)

§ 1º – Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente."

4. Em consequência, sendo certo que vige para o presente recurso o direito anterior, impõe-se seu exame frente ao que estatuía o já referido art. 119, III, e suas alíneas, em conjugação com os arts. 325 e seguintes, do Regimento Interno do STF, com a redação que lhes atribuiu a Emenda nº 2, de 04.12.1985.

B) Do recurso extraordinário em sua substância

1. Para prover a apelação interposta pela Coricel e, em consequência, desatender ao pedido de restituição dos bens dados em alienação fiduciária ao Badesul, e ora na posse do acervo falimentar da citada devedora, assim se fundamentou o acórdão que se visa atacar via recurso extraordinário:

"Acontece que as máquinas e os equipamentos dados em garantia *já faziam parte do patrimônio da devedora*.

Inexiste a figura do vendedor indispensável para a configuração do negócio subjacente que é a compra e a venda, que dá causa à alienação fiduciária.

A Lei nº 4.728/65 e o Dec.-Lei nº 911/69, que tratam desta, tiveram como finalidade dinamizar os negócios, para facilitar a circulação da riqueza, base do capitalismo, procurando estimular a compra e a venda.

Por isso, além do vendedor e do comprador, surge o financiador, que recebe em garantia o próprio bem móvel financiado, servindo a compra e a venda como negócio subjacente para causar a alienação fiduciária. Esta não pode existir sem aquela.

Como os bens dados em garantia já faziam parte do patrimônio do devedor, inexistiu a figura do vendedor, já que se trata de contrato de mútuo."

2. Verifica-se dos termos do julgado que inadmitiu ele a eficácia da garantia da dívida por meio de alienação fiduciária, pura e simplesmente, porque recaiu ela *em bens que já integravam o patrimônio do devedor*, o que, no seu entender, não é permitido nem pela Lei 4.728/65, nem pelo D.-Lei 911/69, todavia, sem precisar qual o dispositivo de uma ou de outra em que se arrimou.

3. Acontece que, em assim decidindo, divergiu o r. aresto de numerosos julgados de outros tribunais, ao apreciar a mesma tese,

como, a seguir, passa a ser demonstrado, procurando, cuidadosamente, atender ao disposto no art. 322 do mencionado regimento.

4.2. Versando, como no caso, pedido de restituição de bens dados em alienação fiduciária, com base no art. 74 da Lei Falimentar, admitiu-a o Eg. TJ de SP, por sua 1ª C.C., ao julgar a apelação 76.051, em 14.04.1987.

Do acórdão padrão, destaco:

"Sem razão a sociedade falida e a massa falida quando sustentam que a alienação fiduciária foi irregularmente constituída, por ter por objeto bens já pertencentes à falida, quando somente poderiam incidir sobre bens adquiridos com o produto de financiamento que ela garante. Como realçado no douto parecer de fls. 139, da lavra do Procurador de Justiça, Dr. Claudio Ferraz de Alvarenga, é lícita a alienação fiduciária em garantia de pagamento de cédula industrial recaindo em bens não adquiridos com o produto de financiamento assim obtido. Nesse sentido as lições de Paulo Restiffe Neto (*Garantia fiduciária*, RT, 1975, p. 60) e Moreira Alves (*Da alienação fiduciária em garantia*, Forense, 1979, p. 73), com destaque para o argumento de que, se os bens garantidores podem ser até mesmo de terceiro, *não faz sentido exigir não possam ser do próprio financiado, embora anteriormente adquiridos* (Cf. fls. 141)." (grifei – *in RT* 622/64 e, também, *Lex* – RJTJSP 109/204)

5. Postos em confronto os dois vereditos, o paradigma mencionado, por meio do destaque transcrito e, notadamente, das expressões grifadas, sem qualquer dificuldade, apura-se que guardam inteira semelhança. Todavia, ao aplicar a lei pertinente, dissentiram no seu entendimento. É o que caracteriza o dissídio pretoriano, a justificar, pelo fundamento da letra *d* do permissivo constitucional, o conhecimento do recurso.

6. No mesmo sentido podem ser indicados os julgados proferidos pelo TJ do RJ, na Ap. 1.281, julgada em 09.12.1975 (*RT* 505/229 – xerox anexo), e pelo de SC na Ap. 18634, julgada em 03.02.1983, *in Jurisprudência catarinense*, 39, p. 196-9 (xerox anexo).

6.1. Do primeiro, proferido, também, em pedido de restituição de bens dados em alienação fiduciária na falência, acentuou o acórdão concluindo, *verbis*: "(...) Logo, admite a lei [referia-se ao art. 66, § 2º, do D.-Lei 911/69] que, à época do contrato, *o devedor já seja proprietário da coisa fiduciariamente alienada*" (grifei).

6.2. Do segundo dos padrões, embora proferido em ação de depósito, oferece igual préstimo, ao afirmar, em sua ementa, extraída do corpo do acórdão, invocando o ensinamento do eminente Ministro Moreira Alves, *verbis*:

"O fiduciante participa do negócio translativo na condição de alienante.

A exigência legal é de *ser ele proprietário do bem sobre o qual tenha poder de disposição*." (grifei)

7. Mas, além da divergência pretoriana, antes deduzida, a qual por si seria suficiente para abrir as portas ao conhecimento do extraordinário, encontra ele seguro apoio no permissivo constitucional da letra *a*.

Com efeito.

Aceitando a tese de que os bens postos em alienação fiduciária em garantia não podem ser aqueles que já integravam o patrimônio do devedor, à época do contrato, o julgado recorrido, sob o pretexto de atender ao disposto no art. 66, § 2º, do D.-Lei 911/69, ainda que conjugado com o § 3º, em verdade, *lhes negou vigência*. Isto é, deixou de aplicá-los, como devia, ignorou seu real sentido e alcance. É o entendimento que, ao preceito constitucional (art. 114, III, *a*, da CF de 1967), desde logo, lhe deu a Eg. Suprema Corte, conduzida pelo exaustivo voto do saudoso Min. Prado Kelly (*RTJ* 43/670-84).

8. Em verdade.

O núcleo da questão repousa, por inteiro, no art. 66, e em seus dez parágrafos, do D.-Lei 911/69.

Disciplinaram tais normas, com detalhes, o direito material e processual pertinentes.

Todavia, por mais que se perquira, neles não se encontra uma palavra sequer que permita inferir da existência do óbice reconhecido pelo acórdão, ou seja, da impossibilidade de oferecer o devedor, em alienação fiduciária, bens que, ao tempo, já integravam o seu patrimônio.

Ao contrário, se o § 2º do citado artigo reconheceu que o alienante não seja, então, proprietário do bem a garantir, admitiu que outrem, terceiro, possa proporcionar a garantia.

8.1. Tal inferência harmoniza-se com o disposto no art. 28 do D.-Lei 413/69, ao estabelecer, com a mesma finalidade do D.-Lei 911/69, o instituto da alienação fiduciária em garantia, por meio de seu art. 19, II.

Diz o precitado dispositivo:

"Art. 28 – Os bens vinculados à cédula de crédito industrial continuam na posse imediata do emitente, ou de *terceiro prestante da garantia real* (...)." (grifei)

8.2. Em tais condições, se terceiro pode ser, também, garante, com os bens que já dispõe, que razão, e que lógica, proibiria ser ela oferecida pelo próprio devedor, com bens que, à época, integravam o seu patrimônio? Nenhuma, é a natural resposta.

8.3. O que é mister não perder jamais de vista para dar acertada exegese, seja à lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65, com as modificações introduzidas pelo D.-Lei 911/69), seja às que a ela sucederam, e com a mesma finalidade, a exemplo da que dispôs sobre títulos de crédito industrial (D.-Lei 413/69), é proporcionarem segura garantia ao credor, prevenindo-se de prejuízos futuros, no caso de inadimplência; e por meio de procedimento simples e rápido. É o que se vê sublinhado na exposição de motivos que acompanhou o projeto do aludido D.-Lei 911, da lavra do então ministro da Fazenda, Prof. Delfim Netto. Cabe transcrever suas observações finais.

Dizem elas, *verbis*:

"A elaboração do projeto, em última análise, visa a *dar maiores garantias às operações feitas pelas financeiras*, assegurando o andamento rápido dos processos, sem prejuízo da defesa, em *ação própria*, dos legítimos interesses dos devedores." (Apud P. Restiffe Neto, *Garantia fiduciária*, RT, 2. ed., 1976, p. 617; os grifos são nossos)

8.4. Tal orientação é que servirá de seguro roteiro ao intérprete da legislação em comentário. Nela, ademais, não há de caber a *interpretação restritiva*, como bem assinala o mestre Moreira Alves (*Da alienação fiduciária em garantia*, For., 3. ed, 1987, p. 100 e seguintes, invocando bem deduzido estudo do juiz e professor Penalva Santos, *in RF* 253/77).

Dita exegese, restrita e limitativa, desvirtuaria o sentido dessa legislação cujo mérito assentou em proporcionar o desenvolvimento mais intenso do mercado de capitais, proporcionando, por meio das

várias linhas de crédito que instituiu, o crescimento econômico-social do país.

A propósito, invoca-se o magistério de Henri de Page, *verbis*:

"Le droit n'est pas une science rationnelle. C'est une science appliquée. Le succès d'une telle science dépend presque exclusivement de l'observation rigoureuse d'un principe de technique élémentaire: la judicieuse élaboration des moyens propres à atteindre les fins proposées, et la saine et précise adaptation de ceux-là à celles-ci. C'est la seule méthode susceptible de faire à la fois oeuvre viable, utile et salutaire."(*In De l'interprétation des lois*, Libr. des Sciences Juridiques, Bruxelles, 1925, Tomo 2º, p. 141-2)

O aplicador, pois, de tais leis há de se orientar pelos princípios da interpretação finalística, racional, construtiva.

9. E por ela (exegese) trilhou a Suprema Corte. Admitiu, assim, quando perduravam sérias dúvidas sobre a viabilidade de recair a garantia em *bens fungíveis*, a começar com o julgamento do RE 86.541 do RJ (*RTJ* 81/306). A ele seguiram-se os RREE 86.329 de SP, do qual fui relator (*RTJ* 93/674); 93.176, SP, relator Min. S. Muñoz; 96.907, SP, relator Min. A. Buzaid; 99.629, MG, relator Min. M. Alves; e, mais recentemente, o RE 101.356, relator Min. C. Madeira (*RTJ* 116/1.098).

9.1. Outrossim, e com a mesma linha de coerência, reconheceu legitimidade aos *consórcios*, situando-os na compreensão ampla de *financeiras*. Nesse sentido me manifestei, acompanhando o alentado voto do eminente Min. Moreira Alves, ao serem apreciados, em julgamento conjunto, os RREE 90.636 e 90.652, ambos de S. Paulo (*RTJ* 93/1274-83 e 97/742-51, respectivamente).

9.2. Tudo conspira, dessarte, para que em dita linha interpretativa da legislação em comentário venha a perseverar o Excelso Pretório, ao apreciar o recurso extraordinário a ser interposto no presente caso. Há de reconhecer, no exame de seu merecimento, que o devedor, nas alienações fiduciárias, reguladas pelo D.-Lei 911/69, pode oferecer em garantia bens que, ao tempo do contrato, já eram de seu domínio e de sua posse.

Assim preleciona o Min. Moreira Alves, ao referir, *verbis*:

"Ainda com relação ao alienante, é de se salientar que tem ele de ser

proprietário da coisa a ser alienada fiduciariamente, e de poder dispor dela, pois, somente assim, poderá transferir – embora sob condição resolutiva – o domínio ao adquirente." (Ob. cit., p. 100, *infra*)

No mesmo sentido o magistério de P. Restiffe Neto (ob. citada, p. 61).

10. Poder-se-ia, a esta altura deste parecer, cuidar de seu encerramento, versadas que foram todas as questões pertinentes ao recurso extraordinário.

Assim, porém, não ocorre, em face das restrições impostas pelo art. 325, e seus incisos, do Regimento Interno do STF, com a redação que lhe atribuiu a Emenda 2/85.

E isso porque o procedimento no qual foi proferido o julgado objeto de futuro recurso (pedido de restituição de bens na falência) não se encontra entre as hipóteses relacionadas nos seus incisos de I a X, inclusive.

Incide, assim, o inciso XI.

Requer ele que a questão federal suscitada no recurso em questão seja, preliminarmente, *reconhecida como relevante*.

É o que impende, agora, considerar.

IV Da arguição de relevância da questão federal

1. Uma vez que está na dependência do reconhecimento da relevância da questão federal, o recurso extraordinário, para obter sucesso, requer que satisfeitos estejam os pressupostos que lhe são inerentes. Em outras palavras, a comprovação de dissídio pretoriano, ou a negativa de vigência de tratado ou lei federal (Constituição, art. 119, III, *a* e *d*; e RISTF, art. 325, inc. XI, e art. 329 e seus parágrafos).

2. Embora instituída a arguição de relevância por meio da Emenda Regimental 3/75, e alterada por outras que lhe seguiram, somente veio ela a ser conceituada, a relevância, pelo § 1º do art. 327 da Emenda Regimental nº 2/85, ao dispor:

"Art. 327 – (*Omissis*)

§ 1º – Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal."

3. Antes, a matéria vinha sendo tratada em vários artigos de doutrina, a maior parte deles referida por Theotônio Negrão, em seu *CPC*, RT, 18. ed., 1988, p. 980 e segs., notas ao art. 325.

O certo, porém, é que a inspiração do tema assentou no *Judiciary Act*, de 1925, com base no qual à Suprema Corte Americana outorgou-se o poder discricionário de somente apreciar as questões por ela consideradas importantes, pelo interesse público que encerrarem. Justificando-o, acentuou William Taft, seu Presidente, que as partes têm os seus direitos assegurados nos julgamentos pelas instâncias ordinárias. A missão da Corte Suprema é examinar os casos que envolvem princípios de *amplo interesse governamental ou público*.

E foi com essa orientação que, desde o advento do sistema, passou a operar a nossa Suprema Corte, mesmo sem definir, em disposição regimental, o seu conceito.

4. No presente caso, considero que ocorre a relevância da questão federal.

A tese sustentada no r. acórdão, em vias de impugnação, e que reflete o pensamento da maioria da ala cível do Tribunal de Justiça, com a vênia devida, interpretando *restritivamente* o instituto da alienação fiduciária em garantia, adotado pela Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65, com as alterações introduzidas pelo D.-Lei 911/69), bem como a que dispõe sobre títulos de crédito industrial (D.-Lei 413/69), e outras do mesmo gênero, se projetaria *negativamente* sobre as instituições financeiras e com o mais comprometedor reflexo sobre o crédito do consumidor; e, consequentemente, afetando gravemente o desenvolvimento econômico do país.

4.1. Por isso, acentuando a importância político-econômica da legislação, observa P. Restiffe Neto:

"A Lei do Mercado de Capitais (Lei n° 4728, de 14.07.1965) constitui-se na pedra de toque do sistema desenvolvimentista programado, impulsionado e controlado pelas autoridades governamentais, como base na captação de recursos advindos da poupança para incrementar o surgimento de novas fontes de produção e consumo, em um ciclo em espiral, dinâmico e progressivo, na circulação de riqueza, formada pelo complexo *poupança-credito-produção-consumo*." (obra referida, p. 52-3)

4.2. Dessarte, toda aplicação da legislação em comentário que possa afetar ou tolher seus propósitos, os mais salutares, há de comprometer a distribuição do crédito pelas instituições nomeadas, matéria de *maior interesse público*, traduzido no desenvolvimento da indústria e do comércio. Matéria, pois, de manifesta relevância.

5. E foi assim que o Eg. STF, em sessão de Conselho, acolheu arguição de relevância, em mais de um caso, provocado em processos de alienação fiduciária em garantia.

Refiro-me às que ensejaram o processamento dos RREE 90.636, 96.907 e 99.629, *in RTJ* 93/1274, 105/385 e 106/883, respectivamente.

E ainda na Arg. de Relevância n° 55 (Theotônio Negrão, ob. cit., p. 984, nota); *idem* em *Arguição de relevância da questão federal*, Ministro Sydney Sanches, *in RT* 627/262, 1ª Col. *supra*.

6. Versadas que foram todas as questões relacionadas com a pretendida interposição do recurso extraordinário contra o acórdão indicado inicialmente e, em parte, transcrito, esclarecidas, por vezes, até com certa insistência, mas com o propósito único de dirimir possíveis dúvidas, resta, apenas, de forma concisa e objetiva, responder às questões propostas pelo consulente.

V Respostas ao questionário proposto

Quanto à 1ª questão: *sim*. O acórdão unânime da C. 3ª Câmara Cível, proferido na Apelação n° 588.029.496, comporta interposição de recurso extraordinário.

Quanto à 2ª questão: *sim*. Encontra dito recurso amparo no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição vigente à época do julgamento, 08.09.1988, uma vez que, além de divergir ele, acórdão, dos julgados de outros tribunais antes indicados, negou vigência ao art. 66, §§ 2º e 3º, do D.-Lei 911/69, como resultou demonstrado, e, ainda, como ficou deduzido, é de aguardar-se seja acolhida a arguição de relevância da questão federal enfocada no recurso, tudo com esteio no RISTF, arts. 325, XI, e 327, § 1º.

Quanto à 3ª questão: *sim*. O recurso é, fora de dúvida, o extraordinário; e deve ser apreciado pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, fundado nos pressupostos definidos na Carta anterior, ante o que dispõe o § 1º do

art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 05 de outubro último.

É o parecer.

Porto Alegre, 04 de novembro de 1988.

Limites à revogação do ato administrativo

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz [*]

"L'exercise de la fonction administrative est dominé par le principe fundamental de la legalité. Ce principe signifie que les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de règles de droit dont beaucoup, mas non point toutes, sont contenues dans des lois formelles.

Ce principe concerne toutes les activités des autorités administratives: d'abord, au premier chef, les décisions administratives individuelles pour lesquelles il signifie que toute mesure particulière doit être conforme aux règles générales préétablies; mais aussi les actes administratifs réglementaires qui doivent eux-mêmes respecter la légalité."

André de Laubadère, in Droit Administratif, 1967, Tomo 1, p. 203

É ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que a mudança de critério na interpretação da norma jurídica não autoriza a anulação ou a revogação do ato administrativo fundado em interpretação anterior.

Com efeito, é reconhecido à administração pública o poder-dever de anular os próprios atos quando editados em contrariedade à Constituição ou à própria lei.

Tais princípios, de há muito, encontram-se consagrados na jurisprudência consolidada do eg. Supremo Tribunal Federal, com a edição das Súmulas nºs 346 e 473, condensando julgamentos seus, amparados na melhor doutrina.

[*] Desembargador Federal, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Contudo, quando se trata de interpretação da lei que não contraria a sua letra ou espírito, o fato de a administração ter adotado interpretação que, posteriormente, considere menos correta ou conveniente não legitima a anulação dos atos anteriores.

É o princípio da continuidade do serviço público, sobre o qual não pode pairar a dúvida da legitimidade.

Ao proferir voto como relator do Recurso *Ex Officio* nº 164.800, disse o saudoso Ministro Rodrigues de Alckmin, quando desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *verbis*:

"Esta pode anular os próprios atos, contrários à lei (v. Súmula nº 346 do colendo Supremo Tribunal Federal). Mas, quando se trata de interpretação da lei que não a ofenda nem destoe dos princípios, o fato de a administração ter adotado interpretação que ulteriormente considere menos correta ou conveniente não justifica a anulação dos atos anteriores. Assim, a anulação somente se legitima se o ato contraria a lei; mas, se se cuida de interpretação que não desatende à letra da lei, a mudança de orientação da administração não legitima a anulação." (*In Revista Forense*, v. 223/184)

Nesse sentido, excelente julgado da Corte de Contas da Itália, do ano de 1945, cuja expressiva ementa dispõe, *verbis*:

"Revocazione. Mutamento di giurisprudenza e cause di revocazione (art. 395 c.p.c.)

Il mutamento della giurisprudenza *non può ammettersi come motivo di revocazione, non rientrando in alcuna delle ipotesi dalle norme in materia."* (*In Rassegna di Diritto Pubblico*, anno I, fascicolo II, aprile-giugno 1946, C.E.M., Napoli, p. 294)

Tal exegese concilia-se com a melhor doutrina, pois, se assim não fosse, a ordem jurídica perderia a estabilidade necessária, e as relações entre a administração pública e os administrados não teriam nenhuma segurança, uma vez que desapareceria a certeza do direito do particular diante das possíveis variações de interpretação de cada funcionário público e de cada nova administração que discordasse da anterior.

Os doutrinadores têm versado o assunto de forma exaustiva, a começar por Francisco Campos, seguindo-se Seabra Fagundes, Miguel Reale, Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para não citar os mestres estrangeiros, em cujos ensinamentos se inspiraram aqueles.

A propósito, leciona Francisco Campos, em conhecido estudo, *verbis*:

"A irrevogabilidade dos atos administrativos que declaram, reconhecem ou geram direi-

tos se funda, na minha opinião, em várias razões, cada qual mais poderosa do que a outra.

1º) É indubitável que, em um sistema jurídico que veda a retroatividade da lei, ou a aplicação da lei posterior a um ato consumado sob o regime legal anterior, será inadmissível o privilégio que se pretende conferir à autoridade administrativa de poder, livremente, anular, mediante ato revocatório, os efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior. Quanto mais que o ato administrativo, cujo conteúdo consiste em aplicar a lei, adquire, por isso mesmo, o caráter geral de norma jurídica para o caso ou os casos que foram objeto da disposição administrativa. O ato administrativo substitui-se, nessa hipótese, à lei ou é a própria lei em relação ao caso ou aos casos a que a autoridade administrativa aplicou o preceito legal. Não se compreende que a administração não se vincule por aquele ato, da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos efeitos produzidos sob a vigência da lei anterior.

2º) No caso em que o ato administrativo se limita à aplicação da lei, a atividade administrativa é obviamente de natureza jurisdicional. É perfeitamente legítimo, portanto, nessa hipótese, atribuir-se ao ato administrativo a força ou eficácia material atribuídas às decisões dos órgãos jurisdicionais, no sentido de a relação jurídica fixada no ato administrativo não poder mais ser alterada ou mudada pela autoridade que editou o ato, senão nos casos expressamente admitidos em lei. Veja-se sobre este aspecto do problema a admirável explanação de *Merkl* (*Allgemeines Verwaltungrsrecht*, § 14, p. 201-213; *Teoría General de Derecho Administrativo*, § 14, p. 263-278). A lição de *Merkl* pode resumir-se no seguinte período: o ato administrativo que aplica a lei a um caso concreto só pode ser revogado ou modificado por outro posterior na hipótese e na medida em que a própria lei atribua a esse ato posterior a força modificadora ou revocatória da mesma maneira que uma sentença judicial só poderá ser revogada ou modificada por outra posterior nos casos admitidos em lei." (*In Revista Forense*, v. 139/57-8)

Sobre a controvérsia, Bennoit Jeanneau ensina, *verbis*:

"Si les autorités administratives pouvaient impunement assortir leurs décisions d'une portée retroactive, les administrés auraient le sentiment d'une insécurité permanente et ne sauraient jamais quelle est la réglementation en vigueur." (*In Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*. Paris: Sirey, 1954. p. 92)

É esse, também, o pensamento do Professor André de Laubadére, *verbis*:

"La théorie des retraits est dominée par un de ces principes généraux du droit qu'applique, on le sait, le juge administratif: le principe de l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs. Ce principe a pour fondement une exigence élémentaire de sécurité juridique; il signifie que lorsqu'une décision d'une autorité publique a produit des effets à l'égard des individus, ce effets individuels doivent être respectés." (*In Traité élémentaire de Droit Administratif.* Paris: L.G.D.J., 1967. Tomo 1º. p. 283-4, n. 508)

Além das obras especializadas, também os tratados e estudos de direito administrativo veiculam a mesma doutrina: Paul Duez e Guy Debeyre, *in Traité de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 215, n.

329, n. IV; Marcel Waline, *in Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Sirey, 1952. p. 436; Louis Delbez, "*La révocation des actes administratifs*", *in Revue du Droit Public*, Paris, 1928, Tomo 45, p. 468; Oswaldo A. Bandeira de Mello, *in Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. I. p. 562-4; Themístocles Brandão Cavalcanti, *in Teoria dos atos administrativos*. Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 192 e seguintes; Miguel Reale, *in Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 81-2; Miguel Seabra Fagundes, *in Pareceres do Consultor-Geral da República*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº, 1947. p. 132-3.

Essa doutrina assenta as suas raízes no célebre "*Arrêt Cachet*", julgado pelo Conselho de Estado da França, em 03 de novembro de 1922, e considerado por Hauriou "*un des exemples les plus nets du pouvoir créateur du Conseil d'Etat*".

Depois de rememorar a jurisprudência do Conselho de Estado, que até então admitia a livre revogação de atos administrativos quando eivados de nulidade, Hauriou anotou, *verbis*:

"Mais le pouvoir de retrait ou d'annulation de l'administration pouvait-il s'exercer indéfiniment et à toute époque? Est-ce que jamais les situations créées par les décisions de ce genre ne deviendraient stables? Combien de dangers pour la sûreté des relations sociales recèlent ces possibilités indéfinies de révocation et, d'autre part, quelle incohérence dans une construction juridique qui n'ouvre aux tiers intéressés les recours contentieux en annulation que pendant un bref délai de deux mois et qui laisserait à l'administration la possibilité de manier l'annulation d'office contre la même décision sans lui imposer aucun délai!"

E, adiante, em significativa passagem, conclui, *verbis*:

"Les réflexions que ces rapprochements et ces considérations ont provoquées au sein du Conseil d'Etat nous sont révélées dans les conclusions de M. Rivet et les travaux d'approche exécutés discrètement pour préparer un revirement nous y sont indiqués. C'est dans l'arrêt Cachet du 3 novembre 1922, qu'éclate la solution et les trois autres arrêts ne font que la confirmer. Cette solution est qu'on enfermera le droit d'annulation d'office de l'administration dans les mêmes délais que le recours contentieux en annulation, c'est-à-dire dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'acte à l'intéressé.

Ainsi, toutes les nullités juridiques des décisions administratives se trouveront rapidement couvertes, soit par rapport au recours contentieux, soit par rapport aux annulations administratives; une atmosphère de stabilité s'étendra sur les situations créées administrativement." (M. Hauriou, *in Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État*. Paris: Sirey, 1929. Tomo 2º. p. 105-6)

Dessa forma, por meio de construção pretoriana, estabeleceu-se um limite temporal à revogabilidade do ato administrativo que, não obstante ilegal, haja produzido efeitos, originando direitos.

Nesse sentido, precedente do Eg. Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o eminente Ministro Bilac Pinto, o RE nº 85.179-RJ, julgado em 04.11.1977, *verbis*:

"Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento de liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício.

Recurso extraordinário não conhecido." (*In RTJ* 83/921)

Ora, como bem acentua o Professor Miguel Reale, na obra citada, p. 71, *verbis*:

"Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela."

Discorrendo acerca dos limites à revogação dos atos administrativos, o Professor Frederico Cammeo, a respeito, escreveu, *verbis*:

"La facoltà dell'amministrazione di far valere l'invalidità per via di revoca od annullamento sembra imprescrittibile. Tuttavia se essa sia esercitata dopo lungo tempo in danno di situazione consolidatasi e senza sufficiente utile pubblico, la revoca o l'annullamento possono essere alla lor volta invalide per eccesso di podere." (*In Corso di Diritto Amministrativo*. Padova: Cedam, 1960. p. 612)

Nesse sentido, ainda, é o pensamento dos seguintes autores: Pierre Delvolvé, *in L'acte administratif*. Paris: Sirey, 1983. p. 256, n. 655; Jean Rivero, *in Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1977. p. 107, n. 103; Gaston Jèze, *in Les principes généraux du Droit Administratif*: la technique juridique du Droit Public français. Paris: Marcel Giard, 1925. p. 102-4; Maurice Hauriou, *in Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1927. p. 363, *c*; Aldo Sandulli, *in Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Dotti Eugenio Jovene, 1952. p. 247; Umberto Fragola, *in Gli atti amministrativi*. 2. ed. Napoli: Dotti Eugenio Jovene, 1964. p. 186 e seguintes; Santi Romano, *in Corso di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Padova: Cedam, 1937. p. 291, n. 2; Arnaldo de Valles, *in La validità degli atti amministrativi*. Padova: Cedam, 1986. p. 435-6, n.

77; Oreste Ranelletti, *in Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1934. p. 139; Norbert Achterberg, *in Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1986. p. 597, § 23; Ludwig von Köhler, *in Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts*. Stuttgart – Berlin: Kohlhammer, 1935. p. 192-3; Adolf Merkl, *in Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: Julius Springer, 1927. p. 201-213, § 14.

Embora se reconheça o poder-dever da administração em anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, porquanto da inteira submissão da atuação administrativa ao princípio da legalidade, o certo é que essa prerrogativa precisa ser compatibilizada com outro princípio próprio do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da segurança jurídica.

Mesmo considerando que "a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos", tal prerrogativa somente pode ser levada a efeito no limite temporal insculpido no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Ultrapassado o prazo decadencial da norma referida sem que o ato impugnado fosse expurgado do universo jurídico, prevalece a segurança jurídica em detrimento da legalidade da atuação administrativa.

Nesse sentido, também o entendimento da doutrina, consoante leciona Fritz Fleiner, *verbis*:

"L'autorité ne doit faire usage de sa faculté de retirer ou de modifier une disposition édictée para elle que lorsque l'intérêt public l'exige. Elle ne doit pas troubler à la légère des situations existantes, qui se sont établies sur la base de ses dispositions; elle ne doit pas davantage, parce que son point de vue juridique aurait changé, déclarer non valables des possessions des citoyens qu'elle a laissées subsister sans contestation pendant des annés, quand il n'y a pas nécessité absolue. La maxime quieta non movere et le principe de la bonne foi (Treu und Glauben) doivent valoir pour les autorités administratives également. Mais évidemment, la possibilité du retrait d'une disposition qui lui est avantageuse est toujours suspendue sur la tête du citoyen comme une épée de Damoclès. Le législateur a par suite dû songer à limiter ce droit de retrait des dispositions pour le cas où la considération de la sécutité juridique l'exige. C'est ainsi qu'il a reconnu l'immutabilité notamment aux dispositions créatrices de droits ou d'obligations que ne peuvent être édictées par l'autorité qu'après une procédure d'opposition ou d'enquête approfondie. Car une telle procédure a précisément pour objet, d'une part d'assurer la possibilité d'un examen des intérêts publics sous toutes les faces, mais d'autre part aussi d'offrir au citoyen la garantie que la disposition édictée de cette façon ne sera plus modifiée." (*In Les principes généraux du droit administratif allemand*. Traduction de Ch. Eisenmann. Paris: Delagrave, 1933. p. 126-7)

Em voto que proferiu quando integrante do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado na Revista do TRF 4ª Região, v. 6, p. 269, disse o então Des. Federal Gilson Dipp, *verbis*:

"(...) a administração pública pode, de modo implícito, pelo silêncio ou pela inação, durante prolongado lapso temporal, ratificar ato administrativo. O poder público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em supostas irregularidades, por ele tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato."

Incide, pois, o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Nesse sentido, recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"MS 24.268/MG, rel. acórdão Min. GlLMAR MENDES, DJ 17.09.2004.

Mandado de segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito Constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)."

Nesse sentido, também, precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI 1.711/52. CUMULAÇÃO DE VANTAGENS. REVISÃO DE APOSENTADORIA. DECADÊNCIA PARA ADMINISTRAÇÃO REVER SEUS ATOS. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É entendimento pacífico desta Corte de se reconhecer a decadência do direito da administração de proceder à revisão de aposentadoria quando transcorridos mais de cinco anos entre o ato concessivo do referido benefício e a instauração do procedimento adminis-

trativo. 2. Agravo regimental desprovido." (STJ, 5ª Turma, AGA 422441, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 24.02.2003)

É oportuno, no caso, o ensinamento do saudoso mestre Miguel Reale em sua obra clássica *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 70-2, *verbis*:

"Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico –, mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de *regularidade normativa, de economia de meios e formas* e de *adequação à tipicidade fática*. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida *atualização do direito*, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei.

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da administração já permitiu que se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso *affaire Cachet*, é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Haurion, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.

Da França, tal doutrina passou para a Itália, granjeando o apoio de seus mais ilustres mestres, como Cino Vitta e D'Alessio, cuja doutrina é oportunamente lembrada por José Frederico Marques ao tratar deste assunto. Consoante ponderação do primeiro dos administrativistas citados, 'uma grande distância de tempo, pode parecer oportuno manter o ato em vida, apesar de ilegítimo, a fim de não subverter estados de fato já consolidados, só por apego formal e abstrato ao princípio de legitimidade. Não se olvide que o ordenamento jurídico é conservador no sentido de respeitar fatos ocorridos há muito tempo, muito embora não conformes à lei'."

Diversa não é a doutrina americana.

Em seu clássico tratado, Albert Constantineau aduz, *verbis*:

"*Salary paid to a facto officer cannot presumably be recovered back*." (*In A treatise on the Facto Doctrine*. New York: The Lawyers Cooperative Publishing Co., 1910. § 240, p. 336)

Nessa linha, Ernest Freund, ao transcrever julgado da Suprema Corte de New York, de 1845, onde se decidiu, *verbis*:

"*But it is equally settled that the acts of an officer de facto, though his title may be bad, are valid so far as they concern the public, or the rights of third persons who have an interest in the thing done. Society could hardly exist without such a rule*." (*In Cases on Administrative Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1911. p. 113)

Essa é a *communis opinio doctorum*.

Realmente, o problema relativo às consequências da revogação de um ato administrativo, importando na nulidade do anterior, exige certa contemporização com as situações de fato criadas, especialmente quanto às vantagens usufruídas pela prática do ato antes de sua revogação e, também, pela sua repercussão na esfera dos direitos de terceiros.

Daí, a teoria do erro comum, a mesma que se ajusta à situação dos funcionários de fato.

Incide, aqui, o magistério de Zachariae, plenamente aplicável ao direito público, *verbis*:

"(...) nous persistons à croire que la bonne foi doit être appréciée en fait e non en droit, et que si elle est moins facilement présumable quand on allègue l'erreur de droit que lorqu'on allègue l'erreur de fait, ce n'est pas une raison pour qu'elle ne puisse pas exister dans un cas comme dans l'autre." (*In Le Droit Civil français*. Traduzido por G. Massé e Ch. Vergé. Paris: Auguste Durand, 1855. Tomo 2º. p. 106, nota 11)

É o que Proper Weil denomina "a vitória do fato sobre o direito", mas que, em realidade, é uma necessidade que visa a assegurar a estabilidade e a segurança da ordem jurídica (*In Les consequences de l'annulation d'un acte administratif par exccès de pouvoir*. Paris, 1952).

Nesse sentido, o erudito voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 89.108-GO, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 28.08.1980, *verbis*:

"Observo, ainda, que a ficção jurídica da retroatividade, concebida em termos absolutos, radicais, insuscetíveis de qualquer temperamento, porque a lei inconstitucional não é lei, nunca foi lei, está em desacordo com a regra, acolhida pela Suprema Corte americana, onde se entende, ou entendeu, consoante mostrou o Ministro Cordeiro Guerra, com base no testemunho de Cheter J. Antieau, que, na hipótese de uma lei ser declarada inconstitucional em um caso e posteriormente constitucional em outro caso, é dispensável a restauração da

lei, uma vez que uma lei inconstitucional é simplesmente inoperante, mas não nula no sentido de que é revogada ou abolida. Desse modo, enquanto perdura a decisão que declarou a inconstitucionalidade, a lei, sobre a qual incidiu o julgamento, dorme, porém não está morta. Donde ser válida desde o seu advento, se, declarada em caso diverso, a constitucionalidade."

E, em outro passo, conclui, *verbis*:

"A hipótese é aventada, exclusivamente, com o objeto de mostrar que, se a lei inconstitucional não é varrida inexoravelmente do mundo jurídico, é lícito admitir, também, que alguns de seus efeitos permanecem íntegros, notadamente quando são representados por situações jurídicas, cujos titulares procederam de boa-fé, na presunção da legitimidade da lei, presunção de que participavam todos os que concorreram à conquista de tais situações." (*In RTJ* 101/222)

É a lição de Oliver Field, amparada na jurisprudência das Cortes americanas, *verbis*:

"*Declaring a statute unconstitutional does not necessarily render it void* ab initio*. It is an axiom of practical wisdom, coeval with the development of the common law, founded upon necessity, that de facto acts of binding force may be performed under presumption of law. There is another rule so uniform in its application that it, too, has become a legal maxim, that 'all acts of the legislature are presumed to be constitutional'."* (*In The effect of an unconstitutional statute*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1935. p. 118)

São inumeráveis – leciona o saudoso mestre Cirne Lima – as reações com que o Direito se sobrepõe ao curso irreversível do tempo, citando, dentre as mais notórias, a prescrição, a nulidade dos atos jurídicos e a condição suspensiva, projetando-se sobre a relação de direito administrativo, a desafiar soluções para as mais intrincadas questões jurídicas, buscando uma solução equitativa, temperando o rigor da lei (Ruy Cirne Lima, *in Preparação à dogmática jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958. p. 227 e seguintes).

A propósito, disse o eminente Ministro Carlos Thompson Flores ao votar no já citado RE nº 89.108-GO, *verbis*:

"Vezes várias, perante esta Suprema Corte, tenho, em meus votos, salientado o fator tempo, como relevante, influindo nas relações dos homens.

Tenho lembrado, em tais oportunidades, memorável voto proferido, nos idos em que vigorava a Constituição de 1937, quando integrava o Conselho Administrativo do Estado do Rio Grande do Sul o saudoso mestre Alberto Pasqualini, no qual, valendo-se de sua vasta cultura geral e especialmente filosófica e jurídica, faz erudita e sábia argumentação sobre o fator tempo, nas relações humanas, criando-as, alterando-as, extinguindo-as." (*In RTJ* 101/224)

A doutrina consagrada afeiçoa-se, integralmente, à jurisprudência

dos Tribunais, inclusive do Pretório Excelso, desde o *leading case* relatado pelo Ministro Bilac Pinto, o RE nº 85.179-RJ, julgado pela Primeira Turma, no já distante ano de 1977.

O problema dos limites à revogação do ato administrativo é da maior importância, uma vez que a sua revogação implica a supressão dos efeitos do anterior, com consequências na estabilidade da ordem jurídica.

São hoje pacíficas a doutrina e a jurisprudência no sentido de que é vedado à administração pública a revogação do ato administrativo em razão da mudança de critério na interpretação da norma jurídica, notadamente em razão de situações de fato criadas pela prática do ato antes de sua revogação e pela sua repercussão em relação aos direitos de terceiros, sob pena de contrariar o princípio da segurança jurídica, hoje alcançado pela proteção constitucional (art. 5º, LV, da CF/88).

Para concluir, seja-me permitido colacionar a lição de Anne-Laure Valembois, em consagrada monografia, *verbis*:

"L'intangibilité des actes créateurs de droit est considérée comme une nécessité sociale immanente au droit public. Elle constitue surtout 'une garantie fondamentale de sécurité juridique'. Dans sa dimension dynamique, l'exigence de sécurité juridique s'oppose donc à ce que les situations puissent être remises en cause indéfiniment par les autorités normatives et implique une cristallisation des situations juridiques subjectives. Elle anime ainsi la théorie de la forclusion et de la prescription et domine celle des droits acquis. Elle explique l'autorité de chose décidée et de chose jugée. Là encore, elle renvoie à l'interdiction de la rétroactivité des normes.

De manière générale, dans sa dimension stabilisatrice, l'exigence de sécurité juridique semble très liée à un principe qui n'est plus inconnu de juristes français tant les études à son sujet se sont également multipliées, à savoir le principe de protection de la confiance légitime ou principe de confiance légitime." (*In La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*. Paris: L.G.D.J., 2005. p. 17, nos 22-3)

A construção do texto na perspectiva do juiz[*]

Cândido Alfredo Silva Leal Júnior[**]

Resumo

Este artigo discute a construção dos textos judiciários no contexto da Justiça Federal, examinando circunstâncias da produção textual (necessidade de trabalho cooperativo entre juiz e seus auxiliares para dar conta da quantidade) e propondo algumas estratégias para que os textos sejam eficientes (planejamento e revisão). Identifica o texto judiciário e suas particularidades. Discute sobre a divisão de trabalho na elaboração dos textos do juiz. Trata da estrutura do texto judiciário (estática textual), a partir da estrutura tripartida tradicional (relatório, fundamentação e dispositivo). Apresenta a construção do texto (dinâmica textual), a partir das estratégias que o juiz e seu gabinete utilizam para dar conta do grande volume de trabalho judiciário. Analisa as personagens que estão envolvidas na elaboração do texto (maluco, arquiteto, carpinteiro e juiz) e as etapas seguidas na construção do texto judiciário (pré-leitura e triagem; leitura cronológica e elaboração do relatório; análise e esquema; estratégias de argumentação e esqueleto; redação, minuta de

[*] As ideias aqui apresentadas foram discutidas em alguns cursos (a distância e presenciais) realizados entre 2012 e 2015 pelo TRF4, pelo TRF1, pelo CJF, pela JFRS e pela Emagis – TRF4. O público desses cursos era composto por juízes e servidores, com os quais muito aprendi e a quem agradeço pela paciência e pela troca de experiências.

[**] Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

decisão e projeto de voto; revisão e detalhes finais). Por fim, apresenta algumas estratégias para guiar quem lida com textos judiciários, sugerindo criação de hábitos de escrita padronização na apresentação dos textos, atenção às finalidades da escrita e planejamento do texto antes de escrevê-lo. Conclui sugerindo três atitudes essenciais para bons hábitos de escrita, que envolvem pensar e planejar antes de escrever, concentrar-se no que está escrevendo e revisar o que escreveu.

Palavras-chave: Português jurídico. Comunicação judiciária. Linguagem judiciária. Texto judiciário. Juiz e linguagem.

Sumário: Introdução. 1 Texto e trabalho judiciário. 2 Algumas reflexões sobre a construção dos textos judiciários. 3 A estrutura do texto judiciário (estática textual). 4 O texto em construção (dinâmica textual). 5 A divisão do trabalho nos textos. 6 O processo de construção do texto. 7 As etapas na construção do texto judiciário. 7.1 Pré-leitura e triagem. 7.2 Leitura cronológica e elaboração do relatório. 7.3 Análise e esquema. 7.4 Estratégias de argumentação e esqueleto. 7.5 Redação, minuta de decisão e projeto de voto. 7.6 Revisão e detalhes finais. 8 Algumas estratégias possíveis. 8.1 É importante criar hábitos de escrita. 8.2 É importante padronizar a apresentação dos textos. 8.3 É importante pensar na finalidade da escrita. 8.4 É importante planejar o texto antes de escrevê-lo. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A redação jurídica é essencial para o juiz porque escrita e palavra são seus principais instrumentos de trabalho. Não é só quando escreve suas decisões que o juiz se utiliza dos textos, mas também faz uso deles quando lê as petições das partes, quando examina a prova dos autos (documentos e depoimentos), quando revisa o trabalho produzido por seus auxiliares. Aliás, não é exagero dizer que uma boa decisão não é apenas aquela que é justa e aplica corretamente o direito, mas também é aquela que é compreendida fácil e univocamente pelos seus destinatários. Afinal, se a decisão não for compreendida ou não tiver sentido único, pode gerar ruídos de comunicação e dificultar a efetivação do que foi decidido (incidentes na execução ou no cumprimento da sentença), retardando a satisfação do direito.

A isso devemos acrescentar a grande mudança que o trabalho ju-

diciário vem sofrendo nas últimas décadas, causada por dois fatores principais. O primeiro deles decorre do aumento e da massificação das demandas. Os juízes não conseguem mais dar conta, sozinhos, de redigirem todas suas decisões. Precisam passar a contar, na produção textual, com o auxílio dos servidores de seu gabinete, deixando de ser apenas quem escreve o texto, mas passando também a atuar como editores e revisores de textos produzidos por outros (gabinete).

O outro fator de mudança decorre da implantação do processo eletrônico, transformando as peças de papel em autos eletrônicos, que devem ser consultados por meio dos vídeos, dos teclados e dos *mouses*, o que exige novas estratégias de produção dos textos, capazes de dar conta da nova forma de visualização dos atos processuais.

Por todos esses motivos, é preciso pensar com novos olhos nossas antigas práticas de produção textual, não mais como fruto do trabalho solitário do juiz, mas como resultado de verdadeira construção do texto judiciário. Por isso, as reflexões que propomos tomam o texto judiciário como uma ferramenta que o juiz utiliza para materializar e documentar seu processo decisório.

O processo decisório deixou de ser um passeio de canoa em uma lagoa calma e virou navegação em alto-mar com navio transatlântico, que exige esforço conjunto e solidário de várias pessoas para que o navio continue em movimento e não naufrague. Somente se consegue quantidade com qualidade quando os tripulantes desse navio trabalham solidariamente, cooperativamente, em conjunto.

Por trás dessa figura do grande navio singrando os mares, queremos reforçar a ideia de que o trabalho judiciário que resulta na decisão judiciária precisa ser enfrentado também em seu aspecto dinâmico, que envolve a distribuição de trabalho entre diversas pessoas (além do juiz, mas sob a orientação e a supervisão do juiz).

Portanto, é esse novo horizonte de trabalho judiciário que nos motiva a apresentar algumas reflexões sobre a escrita judiciária, enfocando não mais um texto estático e produzido artesanalmente pelo magistrado, mas fruto de um trabalho de construção entre vários participantes, inclusive considerando as novas ferramentas do processo eletrônico agora colocadas à disposição de quem escreve e revisa os textos que se transformam, pela assinatura do juiz, em decisões judiciais.

Este artigo pretende discutir a construção dos textos judiciários no contexto da Justiça Federal (sentenças, decisões, despachos, votos, acórdãos). Nosso propósito é simples e prático: sugerir reflexões sobre como esses textos são construídos e estimular a troca de experiências e boas práticas em termos de produção textual judiciária. Não temos a pretensão de ensinar a escrever, nem teríamos competência técnica para tanto. Desejamos apenas compartilhar algumas estratégias de escrita e produção textual que possam simplificar e facilitar o trabalho judiciário cotidiano, mantendo nosso foco na realidade do processo eletrônico e na necessidade de textos claros e planejados para dar conta das novas exigências da escrita judiciária.

Nossos objetivos envolvem: (a) compreender a importância do texto e da palavra para o trabalho judiciário, refletindo criticamente sobre o processo de escrita e sobre as estratégias e os mecanismos envolvidos nessa atividade; (b) compreender a escrita judiciária como processo cooperativo, que envolve habilidades distintas em fases distintas de atividade e é fruto de um processo construtivo, que exige planejamento prévio e revisão posterior; (c) identificar as especificidades dos textos judiciários e ter consciência das etapas de construção desses textos, decompondo a produção textual em suas etapas componentes e enfatizando a necessidade de planejamento e revisão para que o texto comunique adequadamente a decisão judicial aos destinatários; (d) analisar criticamente a construção dos textos judiciários, conseguindo definir estratégias e utilizar ferramentas que possam melhorar a produção textual e contribuir para textos claros, unívocos e legíveis; (e) refletir sobre a aplicação dessas estratégias na atividade judiciária cotidiana, seja quando o juiz escreve suas decisões, seja quando revisa ou orienta as minutas de decisão e os projetos de votos produzidos pelo pessoal de seu gabinete; (f) refletir sobre os processos de escrita e buscar estratégias para otimizar e melhorar o trabalho do pessoal do gabinete do juiz.

1 Texto e trabalho judiciário

Começamos destacando que não estamos interessados em um texto jurídico qualquer, mas naquele texto jurídico produzido pelos juízes como resultado de seu trabalho judiciário (despachos, decisões, sentenças, votos, acórdãos). Esse será nosso material de trabalho, aquilo que

vamos chamar de "texto judiciário".

Esses textos nem sempre são produzidos exclusivamente pelos juízes. Muitas vezes, o juiz atua apenas orientando e revisando a construção desses textos. Eles são produzidos (redigidos, escritos) pelos auxiliares do juiz, que recebem instruções e orientações do juiz sobre como elaborar as minutas e os projetos que serão submetidos à apreciação do juiz e apresentarão a fundamentação do que foi decidido no processo.

Essa dinâmica da produção textual judiciária não recebeu ainda um tratamento doutrinário e teórico adequado no direito brasileiro. Muito pouco se menciona sobre essa organização interna do gabinete e a respectiva divisão do trabalho judiciário, parecendo que é o juiz que faz sozinho todo o trabalho.

Fazemos de conta que o juiz dá conta de todo seu trabalho e que ele, sozinho, faz todo o trabalho textual de fundamentar suas decisões. Exemplo disso é que o Código de Ética Judiciária do Conselho Nacional de Justiça não regula as relações internas ao gabinete, não contém normas específicas de ética judiciária para dar conta dessas condutas e relações internas ao gabinete (juiz, seus assessores, seus auxiliares diretos).

Não estamos falando aqui das relações do juiz com os demais servidores de sua secretaria, os quais desempenham tarefas eminentemente administrativas ou burocráticas (elaboração de mandados; prática de atos cartorários; cumprimento de diligências; registro de audiências e de atos processuais; comunicação de atos processuais; contagem e certificação dos prazos; andamento ordinário do processo, entre outros tantos atos da rotina cartorária). Quanto a esses servidores cartorários, não parece existir necessidade de estatuto que os diferenciasse do regime ético dos demais servidores públicos, porque seu trabalho é auxiliar o juiz "externamente" à decisão (recebem o texto judiciário já produzido, o ato judiciário já praticado, e pouco lhes cabe quanto ao conteúdo do ato judiciário já assinado pelo juiz e por isso tornado imutável).

Entretanto, desses servidores cartorários se diferenciam os que trabalham diretamente com o juiz. Estes integram seu gabinete e gozam da estrita confiança do juiz porque lhe auxiliam de perto na cada vez mais difícil e complexa tarefa de decidir. Esses auxiliares diretos que integram o gabinete do juiz trabalham com a própria produção do texto,

com a construção daquilo que será tornado definitivo pela assinatura do juiz. Esses servidores produzem minutas de decisões e projetos de voto, mas suas funções não se resumem a isso. Também examinam peças do processo, resumem petições e sintetizam os argumentos das partes para que o respectivo juiz possa ponderá-los e decidir a causa. Lidam diretamente com a produção da decisão judiciária, com o exame das peças do processo, com a análise dos argumentos das partes, com a valoração das provas produzidas, com o próprio processo de fundamentação e de construção da decisão. Não se limitam a lidar com atos judiciários já assinados, cuja forma e conteúdo já estão imutáveis porque assinados pelo juiz (tornados documentos públicos).

Esses auxiliares diretos convivem diariamente com o juiz, dele recebem orientações e precisam aprender a conhecer sua forma de pensar e de examinar os casos porque terão de lhe auxiliar na elaboração dos textos judiciários que vão materializar as decisões tomadas por ele no exercício da jurisdição. Conhecem o juiz em sua intimidade, sabem como ele pensa e o que ele considera quando decide a favor desta ou daquela tese jurídica. Sabem o que ele considera relevante e como ele valora os fatos e considera as provas.

Quanto melhor conhecerem o juiz, quanto mais afinidades tiverem com a forma de pensar desse juiz, quanto mais seu estilo de escrita se aproximar da sua forma de escrever, melhores condições terão de auxiliá-lo na elaboração dos textos que vão veicular a prestação jurisdicional, recebendo delegação de tarefas e desempenhando-as de forma a facilitar o trabalho de correção e revisão, pelo juiz, das minutas elaboradas pelo auxiliar.

Por essa proximidade e essa necessária solidariedade na feitura do trabalho judiciário, esses auxiliares diretos do gabinete mereceriam tratamento ético separado e distinto dos demais servidores cartorários, com obrigações éticas adicionais àquelas dos demais servidores. Mas esse tratamento distinto ainda não foi previsto nos códigos brasileiros de ética judiciária nem parece tenha recebido ainda maior atenção da academia e da doutrina quanto ao estudo dessas relações internas ao gabinete e integrantes do processo decisório judiciário. Continuamos tratando todos os que nos auxiliam como se fizessem o mesmo serviço, seja na secretaria, seja no gabinete.

Embora pouco tratado, o tema é instigante, e é imprescindível que seja enfrentado quando se trata de jurisdição e processo decisório. Afinal, é difícil conciliar celeridade (quantidade) com justiça (qualidade). É impossível que um juiz normal, embora seu esforço muitas vezes sobre-humano, com custo à sua vida familiar e à sua própria saúde, consiga na atualidade fazer sozinho todo o trabalho judiciário que dele é exigido: analisar sozinho todos os processos, ler sozinho todas as petições, examinar sozinho todas as provas e escrever sozinho todas as suas decisões.

2 Algumas reflexões sobre a construção dos textos judiciários

Já tentamos abordar essas questões, inicialmente no prisma da legibilidade do texto judiciário.[1] Depois, tentamos resumir algumas ideias e leituras sobre as relações do juiz com seus auxiliares na produção do texto judiciário.[2] As ideias não são novas nem nossas, mas são fruto de algumas leituras e de muita reflexão sobre o cotidiano do trabalho de juiz, com a enorme e sempre crescente carga de trabalho, com as exigências de celeridade e de justiça.

Agora, gostaríamos de prosseguir nessas reflexões, desta vez analisando a construção do texto judiciário enquanto atividade dinâmica que envolve não apenas trabalho de escrita (redação do texto), mas também trabalho prévio de pesquisa e planejamento (exame das peças, análise dos argumentos, definição das estratégias de exposição) e trabalho posterior de revisão (correção, padronização, harmonização).

A construção do texto judiciário, como a imaginamos, envolveria duas perspectivas distintas, mas concomitantes: *(a)* a parte estática, que envolve os conceitos da linguística textual, da coesão, da coerência, das técnicas de redação, da pragmática linguística, onde se almeja a *clareza* (que é arte para os especialistas em redação e produção textual), e *(b)* a parte dinâmica, que envolve a construção propriamente dita do texto judiciário, a escrita judiciária e suas fases anteriores e posteriores, onde

[1] LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Decidindo e escrevendo no novo processo eletrônico. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 49, p. 101-114, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1375/1346>. Acesso em: 27 maio 2016.

[2] LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Edição e revisão de textos na perspectiva do juiz e de seus auxiliares: as relações entre o juiz e seus auxiliares na produção de textos judiciários. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/candido_junior.html>. Acesso em: 27 maio 2016.

se almeja o *planejamento* (que deve ser o chão dos juízes, porque somos nós que sabemos o que é ou não importante em termos de provas e argumentos).

As reflexões deste artigo estarão focadas nessa segunda parte, relacionada à dinâmica da construção do texto pelo juiz e por seus auxiliares. Gostaríamos de ver isso como uma continuidade das reflexões e pesquisas que viemos realizando, buscando amadurecer e evoluir para a compreensão real do que está por trás de uma decisão judiciária (ato processual) e constitui o processo decisório dos juízes (exercício da jurisdição), destinados à produção da coisa julgada (resolver definitivamente uma controvérsia).

Entre as ideias centrais que motivam nossas reflexões, começamos destacando que existe divisão do trabalho judiciário, sendo necessário que os juízes recorram a auxiliares para exame dos processos e elaboração das decisões.

Além disso, essa divisão do trabalho judiciário não é ilícita, nem imoral, nem reprovável. É fruto das exigências da atualidade, da complexidade do trabalho judiciário e dos anseios da sociedade, no cerne da qual a litigiosidade cresceu muito e cada vez mais se cobra dos juízes celeridade (quantidade) e justiça (qualidade).

Entretanto, é imprescindível que o juiz não perca seu papel de responsável pela decisão, ainda que se utilize de auxílio na elaboração dos seus textos e na decisão dos processos. A responsabilidade pela decisão continua sendo do juiz, embora ele divida apenas o trabalho (delegação de algumas tarefas) com seus auxiliares diretos, que geralmente são profissionais da carreira jurídica, altamente especializados, e gozam da confiança do magistrado com quem trabalham.

É importante também destacar que cada um tem seu modo de escrever, não existindo uma forma única que seja correta ou incorreta, nem que seja melhor ou pior. Cada um tem seu estilo, cada um deve se esforçar para encontrar seu estilo e adaptar sua escrita às suas habilidades, ao seu contexto, às suas capacidades e às suas necessidades.

Entretanto, ainda que cada um tenha sua forma de escrever, o objetivo final (resultado) a ser buscado é um só, porque o texto judiciário deve ser claro, unívoco e legível, e, se os juízes devem buscar a verdade e devem buscar a melhor decisão para o caso concreto, é importante que

a forma em que a decisão seja apresentada consiga mostrar as razões de seu convencimento e evitar qualquer dúvida ou ambiguidade que pudesse impedir ou dificultar ou retardar seu cumprimento pelas partes (satisfazer o vencedor, ser cumprida pelo vencido).

Isso porque a legibilidade contribui para evitar erros e retrabalho, permitindo que o esforço utilizado no exame das peças, na análise dos argumentos e na construção textual não seja perdido e possa ser aproveitado pelos próximos leitores daquele texto judiciário, seja o juiz que vai revisar e aprovar a minuta ou o projeto, seja o servidor do cartório/secretaria que vai cumpri-lo, seja o advogado que contra ele irá recorrer, seja a parte que deverá cumprir o que foi decidido. Sempre que o texto se apresenta legível e unívoco, temos um ganho em favor da efetividade da decisão judiciária, evitando que seja necessário esforço posterior para interpretar o que já deveria ter sido resolvido ou, pior, que fique aberto caminho para questionar a higidez do texto, explorando eventuais ambiguidades, vacuidades ou outros defeitos formais no momento de execução ou cumprimento do julgado. A decisão judiciária deve primar por resolver as questões litigiosas, colocando fim às disputas e evitando discussões posteriores sobre seu conteúdo e alcance. A decisão judiciária não pode ser fonte de novas discussões nem deixar caminhos abertos para que o vencido venha suscitar questões que não tenham sido resolvidas como deveriam naquele momento. Sempre que isso acontece, o texto judiciário falhou e demandará retrabalho, exigindo esforço adicional do juiz e dos auxiliares, o qual não seria necessário se a decisão tivesse sido construída como deveria ter sido.

Por fim, cabe destacar que a estratégia que deve nortear a produção do texto judiciário, enquanto dinâmica de trabalho que envolve mais de uma pessoa (não é apenas o juiz que escreve sua decisão, ela é fruto de um trabalho interno do gabinete, a partir da orientação do juiz, com sua fiscalização constante e, principalmente, com sua aprovação quanto à minuta ou ao projeto apresentados), é a ideia de *planejar* e *construir* o texto. Quem escreve um texto judiciário deve ter essa ideia em mente: está construindo um documento, está produzindo um texto, e esse processo de construção deve ser mediado por reflexão e planejamento, que são importantes e essenciais para que o trabalho atinja seus resultados (não apenas produzir coisa julgada, mas também efetivamente resolver

a causa, encerrar a discussão, prestar a jurisdição, permitir a satisfação do credor).

Com a modesta pretensão de sugerir algumas reflexões sobre essa rica temática, este artigo inicia com a apresentação da estrutura do texto judiciário (estática textual). Depois, trata da construção do texto judiciário (dinâmica textual) e examina as etapas nesse trabalho de construir um texto judiciário. Finalmente, apresenta algumas estratégias possíveis para planejar e construir um texto razoável.

Como dissemos, a proposta é simples e a intenção não é apontar soluções, mas apresentar experiências, motivar reflexões e sugerir que cada um busque dentro de si as estratégias e técnicas que funcionam para a construção de textos judiciários eficientes (que permitam justiça com celeridade; consigam quantidade com qualidade).

3 A estrutura do texto judiciário (estática textual)

A estrutura básica de um texto judiciário não oferece dificuldade: relatório, fundamentação e dispositivo. Essa estrutura tripartida é tradicional e está consolidada em nosso direito, permitindo a representação do processo cognitivo do juiz ao tomar a decisão.

Independentemente de como a decisão é tomada pelo juiz (seus processos de cognição e decisão), tal estrutura é utilizada quando o juiz elabora o ato processual para documentar e materializar a decisão tomada (texto judiciário). Por isso, talvez possamos falar dela como "estática textual", no sentido de que essa estrutura tripartida apresenta-se como dada a quem lê o texto: ele já foi construído, e o que aparece ao leitor são aquelas três partes essenciais da decisão.

Primeiro, o processo é examinado e relatado (relatório). O relatório é importante porque permite a ordenação dos fatos e atos do processo em um todo coerente e estruturado. Não basta apenas a enumeração cronológica dos fatos e dos acontecimentos do processo. É preciso que seja feito verdadeiro trabalho de ordenação de tudo que está colocado de forma cronológica (muitas vezes caótica) dentro do processo. Por exemplo, as peças relevantes do processo precisam ser destrinchadas, resumidas, sintetizadas, apresentando-se no relatório a essência do que as partes discutem.

O relatório terá a função de guia para quem examinar a decisão,

como um roteiro do material relevante que estava disponível nos autos (peças processuais, argumentos e requerimentos, atos processuais). Ele deve proporcionar para quem o lê uma noção geral do processo e do que está em discussão naqueles autos judiciais.

Não se espera que o relatório seja parcial ou contenha juízos de valor. Ao contrário, o relatório deve ser neutro, limitando-se a apresentar os fatos e a resumir os argumentos. O máximo que se pode tolerar (porque algumas vezes será necessário para dar ordem ao caos) é que a elaboração do relatório já contenha um trabalho não apenas de síntese dos argumentos e dos requerimentos, mas também de interpretação e sistematização desses argumentos e requerimentos, dando ordem ao material bruto que consta das petições, dos documentos e dos atos dos autos processuais. Nessas situações em que o autor do relatório realiza interpretações de argumentos e pedidos, talvez seja recomendável, em alguns casos, deixar marcado para quem ler o relatório que ali se estão fazendo opções de interpretação quanto a argumentos e a pedidos, deixando claro o que será tratado no restante da decisão. Muitas vezes, quando houver dificuldade de interpretação unívoca de argumentos ou pedidos, será recomendável que esses argumentos ou pedidos sejam literalmente transcritos, permitindo que os juízos de valor e de interpretação não sejam feitos apenas por quem elabora o relatório, mas também pelos que venham revisar ou ler a decisão.

Depois do relatório, as razões da decisão do juiz são apresentadas (fundamentação). Aqui não existe uma estrutura única que seja sempre cabível, devendo-se recorrer ao que cada caso exige. Neste ponto está o verdadeiro núcleo da decisão, onde são apresentadas as razões da decisão. Não é propriamente aqui que a decisão será tomada, porque, regra geral, o processo decisório do juiz já foi realizado e ele já está convencido da decisão que irá tomar. Trata-se de apresentar as razões dessa decisão, geralmente existindo uma estrutura que envolva estes conteúdos: (a) indicação das normas e da legislação vigente; (b) apresentação dos fatos; (c) valoração das provas; (d) ponderação dos argumentos das partes; (e) solução dos requerimentos.

Por fim, a decisão é tomada e apresentada consolidada (dispositivo). Esse dispositivo é importante porque é a ele que deveremos recorrer, quando houver o trânsito em julgado, para saber o que efetivamente

foi decidido. Muitas vezes, não é suficiente o simples recurso ao dispositivo para saber o que foi realmente decidido. Mas é preciso que esse dispositivo seja claro e unívoco, permitindo rápida identificação do que foi resolvido naquele processo. Do contrário, a questão não foi totalmente decidida, e será preciso interpretar o alcance da decisão, abrindo margem para que interesses conflitantes quanto à questão resultem em mais trabalho para o juiz e em demora na satisfação daquele que teve o direito reconhecido pelo Judiciário.

4 O texto em construção (dinâmica textual)

Como nosso interesse aqui não é examinar o texto judiciário já construído ("estática textual"), mas entender como se dá sua construção ("dinâmica textual"), precisamos ir além da simples análise do ato judiciário já materializado no documento (decisão, sentença, voto) e refletir sobre como se dá a produção desse documento. Como é construído o texto judiciário que se tornará, com a assinatura do juiz ou o julgamento pelo colegiado, a decisão proferida pelo Judiciário naquele caso?

As reflexões que propomos tomam o texto judiciário como uma ferramenta que utiliza o juiz para materializar e documentar seu processo decisório. A decisão é tomada na cabeça do juiz, na sua esfera íntima, faz parte de seu pensamento, mas precisa ser levada ao conhecimento das outras pessoas para que ganhe corpo no mundo do fato e possa produzir efeitos no mundo do direito. Isso é feito por meio da prática do ato processual judiciário (decisão, sentença, voto, acórdão), que apresentará as etapas de formação do convencimento do juiz e os elementos que o formaram e conterá a decisão que está sendo tomada pelo Judiciário naquele caso específico, deferindo ou indeferindo o que foi pedido pela parte.

A dúvida é se essa ferramenta é como uma pequena canoa ou se é como um grande navio. Explicamos: uma pequena canoa é operada por apenas uma pessoa, que realiza tarefas simples, sem muita especialização – precisa apenas remar. Já um grande navio precisa de vários tripulantes para que possa navegar pelos mares, cada qual desempenhando atividades distintas, mas todas elas essenciais para que o resultado da navegação seja alcançado: alguns operam as máquinas, outros cuidam da limpeza, alguns cuidam da navegação, outros cuidam da ali-

mentação. Se uma pequena canoa pode ter apenas um tripulante com a singela tarefa de mover seus remos, um grande transatlântico somente consegue navegar com auxílio de muitas pessoas, que realizam tarefas distintas e que estão sob o comando de alguém que lhes dá ordem e os mantém no rumo esperado.

Talvez antigamente os juízes pudessem se dar ao luxo de realizar trabalho artesanal, remando em tardes de sol pequenas canoas em águas tranquilas. Nessa época já distante, o juiz sozinho conseguia realizar seu trabalho, examinando solitariamente seus processos e chegando sozinho às conclusões de procedência ou de improcedência dos pedidos, que materializava em textos datilografados, que iam sendo lentamente construídos, com paciência e de forma quase artesanal.

Entretanto, atualmente essa forma de trabalhar não é mais viável. A litigiosidade aumentou. As barreiras de acesso à justiça estão sendo paulatinamente superadas. O número de processos aumenta vertiginosamente. Consequência disso é que as unidades judiciárias não são mais românticas canoas, mas se transformaram em enormes navios que precisam de trabalho cooperativo para que continuem em movimento. O trabalho que era solitário passou a dever ser solidário. Não basta mais o esforço individual de um juiz para dar conta dos processos, é preciso que esse juiz delegue tarefas e distribua o trabalho judiciário com seus assessores e auxiliares diretos, com seu gabinete.

Portanto, o processo decisório deixou de ser um passeio com canoa em uma lagoa calma e virou navegação em alto-mar com navio transatlântico, que exige esforço conjunto e solidário de várias pessoas para que continue em movimento e não naufrague. Somente se consegue quantidade com qualidade quando os tripulantes desse navio trabalham solidariamente, cooperativamente, em conjunto.

Por trás dessa figura do grande navio singrando os mares, quero reforçar a ideia de que o trabalho que resulta na decisão judiciária precisa ser enfrentado também em seu aspecto dinâmico, que envolve distribuição de tarefas entre diversas pessoas (além do juiz, mas sob a orientação e a supervisão do juiz).

5 A divisão do trabalho nos textos

A divisão do trabalho não é algo que aconteça apenas dentro de cada unidade judiciária (gabinete ou vara), entre o juiz e seus auxiliares diretos. Faz parte da própria estrutura da sociedade que o trabalho seja dividido entre as pessoas, alguns fazendo determinadas tarefas e outros realizando outras. Um exemplo simples disso é quando se compra uma aliança de ouro. Vou até uma joalheria e escolho uma aliança de ouro. O vendedor me mostra algumas delas, dizendo que são de ouro. Nem o comprador, nem o vendedor são especialistas no assunto. Nenhum dos dois tem conhecimento técnico especializado para identificar o que seja ouro e o que não seja ouro. Mas, se o anel agradar ao gosto do comprador e se acomodar no seu orçamento, a compra será feita: alguém será presenteado com uma aliança de ouro, sem que nenhum dos envolvidos diretamente no processo de compra e venda tivesse conhecimento específico para identificar que tipo de material está sendo adquirido e presenteado. As pessoas apenas confiam nas expectativas que a organização da sociedade lhes apresenta, imaginando que uma joalheria de confiança não venderia como ouro aquilo que não fosse de ouro.

Dividimos o trabalho na sociedade. Alguns procuram ouro e trabalham nos garimpos. Outros industrializam esse ouro e o transformam em alianças. Outros atestam a qualidade desse ouro. Outros expõem e negociam esse ouro nas joalherias. Outros compram e presenteiam com esses anéis. Confiamos uns nos outros, nas expectativas que criamos uns nos outros. (Claro que às vezes podemos ser enganados ou nos enganar, mas isso é outra história.)

Com o processo judicial acontece também um pouco disso. O trabalho é dividido entre juízes e advogados. Não são os juízes que vão atrás de todas as provas e fatos do mundo. Eles aguardam o trabalho que está sendo feito pelos advogados, que devem apresentar os argumentos, deduzir as pretensões e as defesas, requerer as provas. Uma vez incorporados aos autos esses materiais e elementos, cabe ao juiz proferir a decisão e resolver a controvérsia. Juízes e advogados, portanto, também dividem o trabalho judiciário, controlando-se reciprocamente e contribuindo cooperativamente para a produção da coisa julgada.

Também em um julgamento colegiado acontece essa divisão de tra-

balho entre os integrantes do órgão judiciário. Um dos desembargadores é o relator do recurso. A ele cabe a tarefa de examinar os autos, analisar os argumentos, valorar as provas e apresentar esse trabalho aos demais julgadores, com relatório e seu voto sobre aquele caso. Os outros julgadores, geralmente sem precisar examinar todas as peças do processo, confiam no relatório que lhes foi apresentado e, a partir disso, formam sua convicção e também decidem, resultando daí a decisão colegiada. Quando surgem dúvidas sobre alguma questão relevante, esses outros julgadores podem também consultar os autos ou apresentar voto-vista, com exame mais detido dos autos ou de alguma questão específica. Mas, regra geral, confia-se no relatório que foi apresentado pelo desembargador relator. Também aqui existe divisão de trabalho judiciário.

Portanto, não é estranho que exista também divisão de trabalho dentro do gabinete, entre o juiz e seus auxiliares diretos. O juiz os orienta, dá as diretrizes e distribui as tarefas. Seus auxiliares passam a ser suas mãos e seus olhos, percorrendo as peças do processo e examinando minuciosamente os autos judiciais em busca das informações necessárias para adequado julgamento. Em algumas situações, o juiz lhes apresenta um roteiro prévio do que procura ou do que deve conter o texto judiciário que lhes compete elaborar. Em outras, os auxiliares partem em busca dos elementos e apresentam uma proposta (projeto de voto), que vai ser analisada e revisada pelo juiz para que, concordando com os elementos ali contidos, seja transformada na decisão.

6 O processo de construção do texto

Admitida a necessidade dessa divisão de trabalho judiciário dentro de cada gabinete, a partir das necessidades e do contexto de cada juiz, é oportuno tentar sistematizar algumas das etapas desse processo interno ao gabinete, que culmina com o texto escrito que contém a decisão ou o voto do juiz e que será tido, quando aceito e assinado pelo juiz, como prestação jurisdicional que deverá resolver a controvérsia entre as partes.

Na advocacia criminal, existe uma disciplina que estuda a "teoria do caso", buscando identificar como deve atuar o advogado na preparação do caso ou da defesa que apresentará em juízo. A escolha do que o advogado selecionará dos fatos do mundo para apresentar em juízo,

com as respectivas estratégias, argumentos e evidências, não é trabalho aleatório. Deve seguir uma técnica que lhe permita escolher, de todas as possibilidades e materiais fáticos disponíveis no mundo dos fatos, apenas aquilo que seja relevante para alcançar sua finalidade (condenação ou absolvição criminal).

Como já foi dito,

> "Em um juízo, sempre litigamos sobre três dimensões. Os fatos, o direito aplicável e os valores que, formal ou informalmente, se utilizam para considerar o caso. A conjunção dessas dimensões reclama uma chave ordenadora e uma narrativa adequada, tanto descritiva como argumentativa. Isso não se consegue sem trabalho prévio, sem análise da informação e sem capacidade técnica."[3]

A partir disso, antes de apresentar seu caso em juízo, o advogado deve prepará-lo, o que pode fazer com base nestas etapas: (a) criação do relato dos fatos; (b) determinação da teoria jurídica aplicável; (c) elaboração de proposições fáticas; (d) seleção das evidências e das provas; (e) identificação das debilidades do caso; (f) classificação das evidências; e (g) determinação da forma de apresentar as evidências.[4]

Sem nos preocuparmos com as minúcias dessas etapas, o que queremos aproveitar é a ideia de que o caso não se apresenta como algo pronto e acabado ao advogado. Pelo contrário, o advogado dispõe de infinidade desordenada de fatos, possibilidades, argumentos e evidências diante de si, elementos esses que estão postos no mundo, na realidade, e sobre os quais ele deverá previamente trabalhar como um misto de garimpeiro e arquiteto, separando o que é relevante e destacando o que é interessante para atingir seus resultados. O advogado prepara o caso e apresenta ao juiz sua versão dos fatos e seus requerimentos quanto ao direito aplicável. Aquele caos do mundo dos fatos ingressa nos autos judiciais de forma minimamente organizada pelo advogado, que preparou suas estratégias e fez suas seleções.

Pois bem, esse trabalho de garimpagem e de arquitetura também deve ser feito pelo juiz quando prepara seus textos. A diferença é que o mundo em que o juiz pode agir não é mais aquele universo de realidade que nos rodeia (o mundo dos fatos, o mundo da vida), mas apenas a realidade que foi trazida para dentro dos autos judiciais e está ali, con-

[3] HOLMAN, Leonardo Moreno. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot, 2012. p. 15.
[4] HOLMAN, Leonardo Moreno. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot, 2012. p. 44.

traditada e discutida pelas partes, à espera da decisão judicial.

Como o juiz deve enfrentar essa realidade dos autos judiciais para decidir o caso e para elaborar o texto judiciário que vai materializar essa decisão é a questão que queremos examinar aqui.

O trabalho é parecido com aquele feito pelo advogado ao construir sua "teoria do caso", envolvendo aqui o exame das peças e dos documentos do processo, a identificação da controvérsia e das pretensões das partes, a valoração das provas produzidas, a formação de convencimento sobre como se passaram os fatos, a interpretação das normas jurídicas aplicáveis àquele caso e, finalmente, a tomada de uma decisão pela procedência ou pela improcedência das pretensões deduzidas em juízo. Feito tudo isso, chegando-se à decisão, ela deve ser apresentada em um texto judiciário, pelo qual o juiz é responsável exclusivo e pelo qual responde na forma da lei.

Nossa proposta é identificar como se dá esse processo de construção do texto judiciário, procurando as melhores alternativas para que seja facilitado o trabalho de quem tenha de operar com esse texto e seja evitado retrabalho quando esse texto venha a ser utilizado.

Antes de refletirmos sobre as etapas que seguimos no processo de construção dos textos judiciários (leitura, análise, minuta e revisão), é interessante refletir sobre as personalidades que o escritor incorpora (ou devia incorporar) ao longo de seu processo de escrita.

Isso porque a escrita é um processo que não acontece em momento único ou instantâneo. Ao contrário, o escritor constrói o texto, passando por diversas etapas e desempenhando diversas atividades, que se contradizem e dialogam entre si em sua cabeça, até que ele tenha a versão final do seu texto.

Para dar conta dessas sucessivas personalidades que o escritor assume ao longo do processo de produção textual, recomendamos a leitura de um texto escrito por uma professora norte-americana que, de forma divertida, propõe um modelo de escrita que exige do escritor exercer o papel de quatro personagens distintas ao longo da construção do seu texto: maluco, arquiteto, carpinteiro e juiz.[5]

Segundo Betty S. Flowers, existem várias energias conflitantes na

[5] FLOWERS, Betty S. *Madman, architect, carpenter, judge*: roles and the writing process. Disponível em: <http://www.ut-ie.com/b/b_flowers.html>. Acesso em: 27 maio 2016.

cabeça do escritor, competindo por sua atenção durante o processo de escrita. Quando se começa a escrever, é preciso deixar o "maluco" comandar. Ele é cheio de ideias, escreve loucamente e talvez até seja bastante desleixado, mas, nesse primeiro momento, é ele quem deve comandar o escritor. Afinal, a realização, no processo de escrita, somente surge quando as energias envolvidas estão fluindo livremente e você não está travado. E o truque para não ficar travado envolve separar as energias envolvidas, deixando que o "maluco" comece, com seu jeito brincalhão, suas energias criativas e suas manifestações subjetivas, que formarão a base de sua escrita. Como a autora recomenda,

> "Comece prometendo ao Juiz que existe dentro de você que você oportunamente ouvirá sua opinião, mas diga que isso não acontecerá agora. E então deixe fluir a energia do Maluco que existe dentro de você. Encontre o que lhe interessa no tópico, as questões ou emoções que o tópico suscita em você, e as responda como responderia a um amigo ou inimigo. Converse sem parar com o papel, página após página, e não pare para julgar ou corrigir as frases. Somente então, após um determinado período de tempo escrevendo livremente, pense em parar, recolher o papel e dar uma pausa por um dia."

Depois que o "maluco" tiver lançado muitas ideias e feito sua criatividade fluir livremente, produzindo um material desordenado e caótico, mas cheio de boas ideias, cabe deixar o seu lado "arquiteto" agir, lendo, no dia seguinte, os rabiscos brutos que o "maluco" produziu, e então selecionando talvez apenas um décimo daquelas anotações como relevantes, interessantes ou promissoras. O trabalho do "arquiteto" será simplesmente selecionar grandes pedaços do material e organizá-lo em um padrão que possa servir para formar um argumento consistente. Ele pensa em nível amplo, na organização dos parágrafos, mas ainda não se preocupa com a estrutura das frases.

Depois que foi montado um esqueleto para o texto, entra em campo o "carpinteiro", que coloca todas as ideias juntas, em uma ordem lógica, construindo as frases e ligando os parágrafos, com coerência e organização. É aqui que se dá a escrita propriamente do texto, preenchendo com frases e conectores aquele esquema que o "arquiteto" tinha proposto, resultando em um rascunho do texto.

Finalmente, uma vez elaborado esse rascunho, chega a vez de o "juiz" trabalhar. Ele inspeciona todo o trabalho feito. Pontuação, ortografia, gramática, coerência, clareza, concisão. Esses detalhes impor-

tantes para um bom texto não tinham sido pensados até agora, já que com eles não tinha que se preocupar o maluco (que sugeriu as ideias), nem o arquiteto (que organizou as ideias), nem o carpinteiro (que colocou as ideias juntas). Os detalhes são trabalho para o "juiz", com seu senso crítico e sua atenção aos detalhes, conferindo e corrigindo o trabalho até então feito.

Essa proposta de compreensão do processo de escrita a partir desses quatro momentos, além de didática e bem-humorada, sempre nos pareceu dar conta de como nossas ações e nossos pensamentos podem ser organizados na elaboração de textos claros e eficientes.

7 As etapas na construção do texto judiciário

Para quem trabalha diariamente com textos judiciários, é interessante parar um pouco e tentar identificar quais são as etapas do processo de construção desses textos. Como uma decisão judiciária é escrita? Como ela é planejada? Como os autos são examinados? Como se seleciona o que é ou não relevante nos autos judiciais? Trabalhando cotidianamente com a produção desses textos, vamos automatizando as rotinas e acabamos não percebendo mais como estamos trabalhando. A pressão da quantidade e do volume nos obriga a agir assim, mas é conveniente parar por uns instantes e tentar olhar como observador externo o que estamos fazendo, principalmente tentando melhorar a forma como estamos produzindo esses textos.

Ao fazê-lo,[6] parece que as etapas da construção do texto judiciário que resultará naquele documento com estrutura tripartite (relatório, fundamentação e dispositivo) são estas: (a) leitura; (b) análise; (c) minuta; (d) revisão.

Sem muita digressão, tentando apenas identificar a forma como procuramos geralmente trabalhar quando nos vemos diante de um processo judicial para ser despachado ou decidido, pareceu que nosso texto judiciário seria construído desta forma:

[6] Aqui nos apropriamos das etapas que foram trabalhadas no PDG – Área Judiciária do TRF4 (edição de 2012), a partir do trabalho realizado pelo Professor Cláudio Muller (Engenharia de Produção – Ufrgs), com realização de oficinas para análise e mapeamento dos subprocessos "Triagem/Localizadores", "Leitura/Análise/Minuta" e "Revisão/Assinatura/Intimação", para intercâmbio de experiências e identificação de boas práticas nos gabinetes judiciários dos desembargadores federais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

7.1 Pré-leitura e triagem

Antes de iniciar, há uma fase preliminar, em que fazemos uma espécie de *pré-leitura* do que temos pela frente (breve e superficial), identificando as informações gerais do processo, o tipo de ação ou de recurso, as partes interessadas, o tipo de ato judiciário a ser praticado (despacho, decisão interlocutória ou sentença, para juízes de primeiro grau; decisão monocrática ou acórdão ou voto, para julgadores de segundo grau). Para tanto, geralmente se recorre à capa ou à folha de rosto do processo ou aos registros de seu assunto e do atual localizador. Essas informações captadas em um rápido passar de olhos sobre o processo identificam marcadores que criam expectativas em quem vai elaborar o texto.

O objetivo dessa pré-leitura breve e superficial é familiarizarmo-nos com o processo, tentando rapidamente identificar o problema e situá-lo em seu contexto: Qual é a controvérsia? Qual é a lide recursal? Que tipo de texto ela exige? Quanto tempo destinar para esse processo? Em um relance, fazem-se cálculos de custo e benefício, estimativas do que se tem pela frente, de recursos necessários e disponíveis para a tarefa.

Por exemplo, se o processo está em um localizador de apelação cível relativo a uma determinada matéria, cria-se imediatamente uma expectativa quanto ao tipo de texto que deverá ser produzido. Se o processo está em um localizador que aponta para extinção do processo ou desistência do recurso, por exemplo, isso vai sugerir decisão de menor complexidade.

Esse primeiro contato com os autos é importante não só para calibrarmos nossas expectativas quanto ao trabalho que temos pela frente, mas também para evitar perda de tempo que ocorre quando se praticam atos que não eram necessários para dar conta de um determinado processo. Por exemplo, no início da minha atividade como juiz, costumava ler e relatar os processos para elaboração da sentença desde a petição inicial. Começava a leitura dos autos pelo início do processo e, à medida que lia, ia relatando. Em uma determinada ocasião, entretanto, o processo era volumoso, e fizemos o relatório de todo ele até que chegamos às últimas páginas dos autos, onde havia uma petição desistindo da ação, com concordância da outra parte. Ou seja, muito tempo foi perdido em um relatório praticamente inútil, porque bastaria um relatório sucinto e a homologação da desistência. Uma passagem rápida de olhos sobre

o processo, iniciando do final dos autos, teria identificado a petição de desistência e evitado perder tempo nesse relatório desnecessário.

7.2 Leitura cronológica e elaboração do relatório

Começamos com a *leitura cronológica* dos autos e a elaboração daquilo que será o *relatório* do texto judiciário. A leitura das peças processuais é relevante porque é a partir dessas petições e documentos incorporados aos autos que a decisão será tomada. "O que não existe nos autos, não existe no mundo", diz a velha máxima forense. Para nós, o mais prático é ir avançando na redação do relatório à medida que vamos lendo e examinando cada uma das peças do processo. Por exemplo, lida a petição inicial, passamos imediatamente à redação do parágrafo do relatório que dará conta do que foi pedido, procurando sintetizar os argumentos e as alegações das partes.

Não é apenas um trabalho de síntese que deve ser feito, mas também de ordenação desses materiais, selecionando os argumentos e agrupando-os de forma a que sejam devidamente abordados na parte relativa à fundamentação da decisão.

Embora a leitura das peças seja cronológica, nem sempre o relatório cronológico é o melhor para retratar a controvérsia que terá de ser enfrentada. É muito melhor um relatório que dê conta logicamente do que está em questão do que apenas a enumeração sequencial e cronológica das petições, dos argumentos e dos requerimentos das partes.

Também não importa para o relatório que toda e qualquer ocorrência no processo seja registrada, mas apenas aquilo que é relevante para o texto judiciário que está sendo produzido ou para o andamento do processo. O relatório deve ser seletivo, isto é, mencionar aquilo que é relevante para o julgamento.

Muitas vezes, isso não é observado: o relatório é elaborado apenas referindo, peça após peça, o que foi produzido e juntado aos autos, o que o torna ineficiente como texto judiciário porque não será produtivo nem eficiente para o juiz que eventualmente irá revisá-lo, seja dentro do próprio gabinete, seja nos gabinetes dos outros integrantes do órgão colegiado que vão julgar aquele recurso. Perde-se tempo com o que é desnecessário, quando esse tempo seria mais bem empregado se fosse feito efetivo trabalho de síntese e de resumo dos acontecimentos do

processo, apontando aquilo que é relevante e que deve ser considerado pelo julgador.

Outras vezes, mais que um trabalho de simples síntese, será exigido trabalho de interpretação de argumentos e de pedidos das partes. O pedido não foi deduzido com clareza na petição ou o requerimento está ambíguo, sendo necessário que no relatório já se faça opção quanto ao que será examinado. Nesses casos em que o material relatado é ambíguo ou incompleto, talvez o melhor seja que o trecho duvidoso ou ambíguo seja transcrito literalmente no relatório, permitindo que o juiz mantenha controle também sobre as opções interpretativas que foram feitas na leitura das peças.

7.3 Análise e esquema

Quando todo o processo foi lido e o relatório está concluído, passamos ao momento de *análise* do caso, que consistirá no verdadeiro momento em que as decisões serão tomadas sobre o deferimento ou o indeferimento das pretensões discutidas. Este é o momento por excelência do processo decisório, em que a decisão é tomada.

Mas, para que a decisão seja tomada (apareça como conclusão do processo decisório), é preciso antes construir um *esquema* que vai ordenar a controvérsia e sistematizar os elementos relevantes para a tomada da decisão. Esses elementos geralmente vão envolver: (a) interpretação das peças do processo; (b) exame das normas jurídicas aplicáveis ou invocadas pelas partes; (c) exame das provas produzidas e das evidências impugnadas; (d) identificação dos fatos que se tiveram por provados e daquilo que não ficou provado, com a distribuição do respectivo ônus probatório; (e) identificação da controvérsia e dos pontos relevantes (questões controvertidas) que deverão ser resolvidos no julgamento.

Todo esse material pode ser sintetizado e ordenado em um esquema ("rascunho corrido" ou "rascunho em flor"), permitindo ao julgador a visualização de todo o material produzido e do respectivo contexto, destacando normas, fatos, alegações, deficiências dos argumentos, provas. A partir disso, o julgador chega a uma conclusão sobre a procedência ou a improcedência do pedido, estando concluída a fase propriamente decisória do procedimento e cabendo então passar àquela fase de fundamentação e construção do texto judiciário que conterá essas conclusões.

A prática, ao longo de mais de duas décadas de jurisdição, ensinou-nos que uma sentença devidamente fundamentada é aquela cuja fundamentação somente começa a ser escrita depois que a decisão foi tomada. Antes de iniciar a redação propriamente dita da fundamentação da sentença, é essencial que o julgador esteja convencido da decisão que tomará. Antes de começar a escrever, ele precisa saber o que decidiu, porque, do contrário, suas dúvidas e incertezas acabarão traduzidas no texto e contaminarão a clareza e a univocidade do conteúdo decisório.

Isso não significa, entretanto, que a fundamentação da sentença não possa conter as dúvidas, as incertezas ou as hesitações do julgador. Pelo contrário, muitas vezes é importante que o julgador se debruce sobre essas questões e apresente fundamentação exaustiva, mostrando as razões pelas quais optou por uma ou por outra decisão, o que envolve que ele enuncie as dúvidas e as incertezas que teve e a forma como optou por solvê-las. Mas isso deve ser feito antes de a decisão começar a ser escrita. Deve ser feito quando a decisão é ainda planejada, dando um tratamento de certeza à incerteza e evitando que o conteúdo da decisão acabe contaminado pela dúvida do juiz. O juiz pode ter dúvidas enquanto decide, mas precisa resolver todas as suas dúvidas a partir dos instrumentos do devido processo legal. A fundamentação da certeza pode apresentar a forma como o juiz resolveu sua dúvida, mas não pode deixar dúvida sobre como ele escolheu a decisão que adotou.

7.4 Estratégias de argumentação e esqueleto

Antes de começar a redação propriamente dita da fundamentação do texto judiciário, convém que o juiz escolha as *estratégias de apresentação* da decisão e da respectiva fundamentação, o que pode fazer a partir da elaboração de um rascunho preliminar ou *esqueleto* do texto que vai elaborar para a fundamentação.

Esse esqueleto muito se aproxima de um índice bem detalhado do que será tratado na fundamentação, que ainda não começou a ser escrita. Este é o momento, antes de começar a escrita, para que seja pensada a estrutura dos tópicos e seja feita a escolha dos pontos que serão tratados na fundamentação. Ele não precisa ser minucioso nem conter explicitados e esmiuçados todos os elementos que vão constar da fundamentação da decisão, mas é importante que contenha a estrutura

específica (títulos e subtítulos, tópicos e argumentos, elementos de convicção e conclusão quanto a cada um dos pontos que devem ser resolvidos) e as respectivas conclusões. A decisão precisa estar tomada antes de se iniciar a redação do texto, fazendo com que o trabalho de escrita não tenha que dar conta de questões relacionadas ao processo decisório propriamente dito (conteúdo da decisão) e possa se focar apenas na apresentação da decisão (forma da decisão).

7.5 Redação, minuta de decisão e projeto de voto

Quando já temos o relatório e a decisão (esquema e esqueleto), resta apenas começar a *redação* da fundamentação. Concluída essa redação, teremos a *minuta da decisão* ou o *projeto de voto*, que nada mais é do que a apresentação das razões que levaram o juiz à tomada daquela decisão específica que é documentada naquele texto judiciário.

Aqui é momento de escrita, a partir das regras de linguística textual, usando técnicas de concisão, coerência e coesão, para que o texto seja claro e legível. Se o trabalho de síntese (relatório) e o de análise (esquema e esqueleto) foram bem feitos, restará apenas o trabalho de escrita e redação. Bastará dar forma e corpo àquele conteúdo que integra a decisão e que explica as opções feitas pelo juiz, no caso concreto, para resolução do caso.

Como o texto judiciário não está assinado, ainda é possível ser corrigido, revisado ou modificado pelo juiz. Por isso, mesmo durante a redação, podem-se testar as estratégias e validar os argumentos, confirmando as conclusões contidas no esqueleto previamente elaborado. Se alguma inconsistência relevante for encontrada, cabe parar a redação e reexaminar a questão, corrigindo ou alterando o esqueleto para somente então retomar o trabalho de redação. Do contrário, pode acontecer que o texto fique contraditório ou ambíguo, apontando fundamentação em determinado sentido, mas acabando por concluir por outra solução.

A ideia de redigir a partir de um esquema ou esqueleto prévio é para assegurar coerência e harmonia a todo o texto, evitando contradições e reduzindo chances de equívocos ao longo da escrita. O esqueleto serve como guia condutor para a redação do restante do texto.

7.6 Revisão e detalhes finais

Concluída a escrita do texto judiciário, a minuta da decisão ou o

projeto do voto devem ser submetidos à *revisão*. A revisão pode ser feita por aquele que redigiu o texto, para uniformizar, corrigir, conferir o texto que foi produzido. Essa revisão é aquela que usualmente conhecemos quando redigimos textos e precisamos nos valer de uma breve pausa entre a escrita e a correção, tomando um ar e assim obtendo certo distanciamento em relação ao que escrevemos, que nos permitirá ter melhor espírito crítico para encontrar as falhas que precisamos corrigir. Quanto maior a pausa – o espaço entre a escrita e a revisão –, mais chances de uma revisão mais efetiva.

Assim também acontece quando outra pessoa, que não quem escreveu, revisa o texto. O ganho aqui é maior, porque quem então revisa o texto não está comprometido com ele, tem mais isenção e condições de encontrar as incorreções que talvez passassem aos olhos de quem o escreveu.

A revisão da minuta de decisão ou do projeto de voto pelo juiz tem essa vantagem, porque, se ele não participou diretamente do processo de escrita, poderá ter melhores condições de encontrar as incorreções e detectar as imperfeições que devem ser corrigidas naquele texto. Entretanto, quanto ao aspecto formal do texto, talvez esse trabalho deva ser mais bem distribuído no gabinete, ficando reservada ao juiz a tarefa de revisar o conteúdo dos textos judiciários que lhe são propostos, inclusive conferindo o relatório e a correspondência do que está proposto com aquilo que efetivamente consta dos autos judiciais.

Muitas vezes, dado o volume de trabalho judiciário, o juiz acaba se tornando mais um consumidor (revisor) dos textos que propriamente um produtor (escritor) desses textos. Como foi dito anteriormente, não há nisso vício nem defeito, porque já vai longe o tempo em que o juiz escrevia solitariamente todas as suas decisões. Hoje, dele se exige muito mais um trabalho solidário e cooperativo com os integrantes do seu gabinete do que pretensão heroica de resistir às novas ferramentas de produção textual (editores de texto) e de andamento do processo (processo eletrônico).

Nesse trabalho de revisão, quanto ao conteúdo, convém destacar a necessidade de que se busque a coerência global de todas as partes do texto entre si, lendo e conferindo o texto como um todo, que deve ser harmônico e coerente. Também é importante que as redundâncias sejam

suprimidas, as partes obscuras sejam esclarecidas e se busque unificar e harmonizar o texto como um todo.

No aspecto formal, destaca-se a importância de que a forma seja harmonizada, unificando-se os critérios de transcrição, padronizando-se os títulos, conferindo-se os marcadores textuais (numerações e enumerações) e unificando as estruturas paralelas utilizadas em enunciações, tudo objetivando que, também quanto ao aspecto gráfico, formal e visual, o texto se mostre com unidade. É o momento de dar os retoques finais ao texto, unificando critérios visuais e tipográficos e assegurando aquilo que na escola chamávamos de "caderno caprichado".

Esse cuidado na apresentação visual do texto não é, posso afirmar, mero capricho ou mania, mas contribui para que ele seja lido com mais facilidade, seja legível para quem vai revisá-lo ou conferi-lo posteriormente. Se o juiz adota esse critério de divisão do trabalho com os integrantes de seu gabinete, com certeza um texto visualmente harmônico e graficamente uniforme vai contribuir para que a revisão seja mais fluente e possa ser feita em menor tempo, já que incrementa a legibilidade do texto.

No julgamento colegiado, não podemos esquecer que não é só o desembargador relator que revisa o texto que seu gabinete elabora como projeto de voto. Também os outros desembargadores que integram o órgão colegiado vão passar os olhos sobre aquele projeto de voto, ainda não tornado definitivo, e vão poder divergir ou aderir àquela fundamentação, em trabalho que não deixa de ser embasado pelos mesmos princípios da revisão textual que estamos aqui tratando. Então, se o gabinete primar por textos bem elaborados visualmente (caprichados), o ganho não é só do juiz desse gabinete, mas também dos demais integrantes do órgão colegiado, que receberão um texto mais legível para revisão.

8 Algumas estratégias possíveis

Cada um tem suas habilidades e necessidades em termos de escrita. Alguns têm talento que lhes permite escrever diretamente seus textos, sem necessidade de planejamento e conseguindo manter ordenação e coerência. Outros, talvez a maioria, conseguem melhores resultados quando pensam e planejam a construção do texto, lidando antes com a leitura das peças do processo e a análise dos argumentos e das provas,

passando pela elaboração de um esquema ou esqueleto com os tópicos e as partes da fundamentação e somente então redigindo a minuta do texto.

Não é nossa intenção apresentar soluções acabadas ou definitivas em termos de escrita. Queremos apenas apresentar algumas estratégias possíveis para que cada um encontre seus próprios caminhos de produção textual, aproveitando aquilo que melhor lhe atende, conforme suas necessidades e suas possibilidades.

8.1 É importante criar hábitos de escrita

Destacamos a importância de criar hábitos mentais no trabalho de escrita. Ao contrário do texto literário, em que a liberdade e a criatividade são partes importantes na inspiração do autor, o texto judiciário tem objetivos distintos e deve ser escrito com técnicas distintas. Seu objetivo é informar e ser unívoco, comunicando como o juiz decidiu aquele caso concreto, apresentando as razões dessa decisão e o comando dessa decisão. Então, como trabalho previamente limitado que é, está submetido a várias regras e condicionantes: normas aplicáveis, regras de valoração das provas, princípios do devido processo, etc. Nada mais apropriado para dar conta do trabalho judiciário então que esse texto também ser produzido de forma metódica, seguindo um modelo mental aplicável aos distintos processos que são examinados. O trabalho é muito semelhante quanto ao aspecto formal: um processo é examinado pelo juiz, e este deve resolver o conflito. No aspecto formal, os processos são semelhantes porque o rito processual é semelhante, observando a sequência tradicional no processo: pedido, resposta, provas e decisão.

O enfrentamento dos processos é feito de forma cotidiana, rotineira. São muitos e muitos processos examinados cotidianamente pelo juiz e pelos auxiliares. Para dar conta dessa quantidade, mantendo um padrão uniforme, nada melhor que criar hábitos de trabalho, que serão metodicamente aplicados aos processos. Isso permite que fiquemos focados exclusivamente no trabalho judiciário propriamente dito, sem precisarmos nos preocupar com as questões relativas à redação. Por exemplo, o gabinete estabelece convenções internas para o trabalho, padroniza os modelos, define uma estrutura única a ser seguida, cria banco de modelos e padrões, estabelece uma linguagem única entre juiz e seus auxi-

liares, o que contribuirá para que a divisão do trabalho seja realizada de forma cooperativa e para que se evite o retrabalho.

8.2 É importante padronizar a apresentação dos textos

Sugerimos a padronização da apresentação gráfica e visual dos textos. Cria-se uma identidade visual para os textos, seguindo regras padronizadas e uniformes quanto aos recursos gráficos utilizados (negritos, itálicos, sublinhados), quanto à apresentação dos recursos não verbais (gráficos e tabelas), quanto à disposição dos textos (parágrafos e citações) e quanto à identificação de marcadores e títulos. A uniformidade no tratamento visual dos textos facilita sua legibilidade, porque o leitor consegue, havendo essa unidade, identificar a estrutura lógica dos títulos, não se dispersa com excessos gráficos e, principalmente, ganha rapidez na leitura, pois é capaz de antecipar os elementos disponíveis no texto.

8.3 É importante pensar na finalidade da escrita

Considere sempre a finalidade do texto judiciário que deve ser elaborado: para que e para quem estamos escrevendo? Isso determina diferentes estratégias de construção textual para atender diferentes necessidades.

Por exemplo, se o texto serve para dar corpo à decisão monocrática, à decisão interlocutória ou à sentença, não é preciso se preocupar com estratégias de sustentação oral do conteúdo do texto. Esses atos judiciários são assinados exclusivamente pelo juiz, sem que os tenha de submeter a debate em órgão colegiado. O documento é essencialmente um texto escrito, que será lido e revisado sempre por escrito, sem necessidade de que seja submetido a outros juízes para que se transforme em ato judiciário. A construção desse texto se esgota na sua própria escrita porque, uma vez revisado e aceito pelo juiz, é assinado e se transforma em ato judiciário. O juiz não precisa convencer ninguém nem precisa explicar oralmente as razões de sua decisão. Não se lhe farão perguntas sobre o texto que está assinado, que fica protegido pela comodidade da palavra escrita. A preocupação na elaboração de projetos e minutas desses textos monocráticos consiste em facilitar o trabalho de leitura e revisão pelo juiz. Quando o auxiliar do juiz elabora um projeto ou uma minuta desses textos monocráticos, não precisa pensar em estratégias

para sua justificação ou sua apresentação oral. Basta preocupar-se com a escrita e considerá-lo um documento escrito, que assim será defendido e tornado definitivo.

Entretanto, aqueles textos judiciários destinados à discussão no colegiado (projetos de votos) precisam ser construídos com estratégia distinta, considerando que esses textos, ainda que tenham natureza escrita e venham a integrar um acórdão escrito, serão apresentados e discutidos em público, durante a sessão de julgamento, na presença das partes, dos advogados, dos outros juízes. E aquele juiz que aparece neles como relator tem tarefa adicional, além do exame do processo, que é sua apresentação aos demais integrantes do colegiado, junto com uma proposta de voto que deve ali defender. Nesses casos, o relatório do texto judiciário é importante porque cumpre aquela função do "relator", que é levar ao conhecimento dos demais integrantes do colegiado o que está contido e está em discussão naquele caso. Além disso, quando apresenta sua proposta de voto, o relator talvez tenha de debater e prestar esclarecimentos aos demais integrantes do colegiado, cujo voto tem igual peso ao do relator na tomada da decisão. Nesses momentos, não se tem mais o conforto do texto escrito: está-se em uma sessão pública de julgamento, debatendo-se e discutindo-se o voto que foi proposto enquanto relator do processo. É importante que, nesses casos, isso seja considerado quando se elabora o texto, porque o relator contará apenas com o texto para resolver as questões que surgirem na sessão de julgamento. Esse texto tem que ser elaborado pensando-se em fornecer ao juiz subsídios para a apresentação oral do voto, permitindo que o relator compreenda, relembre e possa apresentar aquele voto durante a sessão de julgamento. A tarefa pareceria fácil, mas precisamos considerar que o cotidiano de nossos tribunais e o volume dos processos faz com que as sessões de julgamento tenham de tratar de centenas de processos em uma única tarde, reforçando-se assim a importância do trabalho prévio que deve ser feito na análise do processo, na elaboração do relatório e na apresentação das razões da decisão do relator.

8.4 É importante planejar o texto antes de escrevê-lo

Entendemos que o momento de planejamento do texto é importante e deve anteceder a redação do texto. A etapa da "minuta" deve ser antecedida pela de "análise". Entre análise e minuta, deve existir a elabo-

ração de um esquema ou esqueleto do texto que será redigido. Para que se consiga esse planejamento, algumas técnicas podem ser utilizadas.

Por exemplo, quando a questão não é complexa e já temos ideia do que será apresentado, podemos nos contentar com a elaboração de um esquema de rascunho "corrido", que é aquele que geralmente elaboramos quando planejamos o texto: vamos enumerando os tópicos que trataremos em um esquema linear, apenas colocando no papel a estrutura que já conseguimos formar mentalmente.

O problema pode surgir quando a questão é complexa ou quando ainda não temos ideia de quais argumentos ou estrutura vamos apresentar. São aquelas situações em que precisamos de "tempestade de ideias", em que temos de deixar a mente livre para buscar ideias e possibilidades que serão trabalhadas e buriladas durante a redação. Nessas ocasiões, é preciso disciplina para administrar a quantidade de informações com que o escritor deve lidar para resolver a questão (processo decisório) e elaborar um texto legível e eficiente.

Já mencionamos as recomendações de Betty Flowers[7] sobre as quatro personalidades que atuam na escrita, que permitem compreender de forma didática que a escrita é um processo em que funções e habilidades distintas são exigidas em momentos sucessivos do escritor (maluco, arquiteto, carpinteiro, juiz).

Aqui queremos apenas acrescentar outra ferramenta que permite controlar os momentos iniciais do processo criativo (planejamento da escrita), quando as ideias surgem e precisam ser registradas para que não se percam e possam ser posteriormente organizadas com a necessária ordem e a adequada coerência. Trata-se da "técnica do helicóptero", proposta por Bryan Garner[8] para elaboração de rascunhos não lineares, a qual permite ao escritor deixar sua criatividade fluir, aproveitando-se ao máximo da liberdade de preencher a página vazia, sem os riscos de tolher aquela criatividade (se precisasse parar para tomar notas mais detalhadas) nem perder *insights* e ideias que teve nesses momentos de pensamento livre (se esquecesse e não pudesse recuperar o que pensou por não ter tomado notas).

A ideia é simples e parte da distinção entre o pensamento criativo que deve anteceder a escrita (aquela tempestade de ideias, caótica, de-

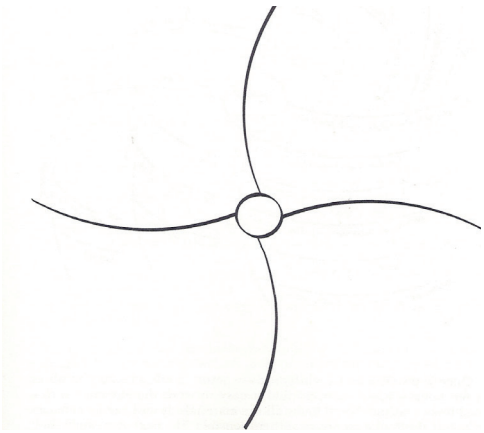
[7] FLOWERS, Betty S. *Madman, architect, carpenter, judge*: roles and the writing process. Disponível em: <http://www.ut-ie.com/b/b_flowers.html>. Acesso em: 27 maio 2016.

[8] GARNER, Bryan A. *Legal writing in plain English*. Chicago: University of Chicago, 2001. p. 5-10.

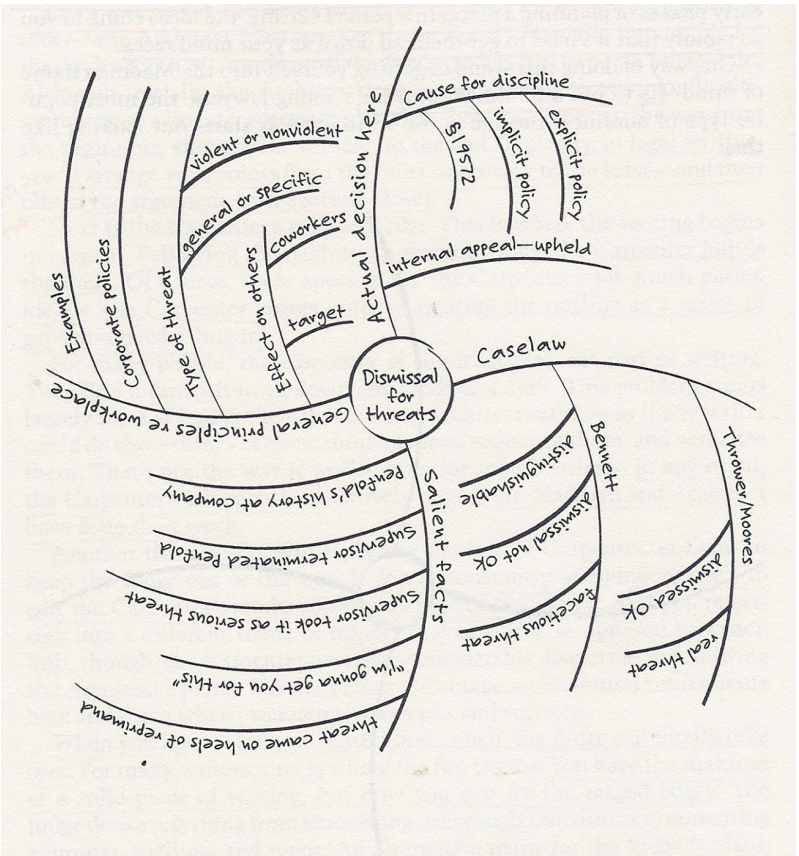
sordenada, mas muito criativa) e a disciplina sequencial que deve integrar o processo de escrita (a redação propriamente dita, a partir de um plano concebido antes).

Bryan Garner, renomado especialista sobre textos jurídicos em língua inglesa, começa considerando que cada escritor tem seu próprio modo de escrever e que geralmente vai experimentar vários métodos antes de se acostumar com uma rotina no processo de escrita. Muitos terão dificuldade em lidar com as ideias brutas, ainda não formadas, naquela ordem linear em que vão aparecer em um texto acabado (de cima para baixo). Por isso, vão precisar de técnicas que permitam trabalhar ideias espontâneas e somente então transformá-las em um texto ordenado. Ou seja, primeiro você para e pensa no assunto sobre o qual vai escrever. Vão surgir muitas ideias brutas, ainda em formação, que depois poderão ser aproveitadas no texto. Mas, enquanto surgem, elas estão aparecendo em uma ordem caótica, não sendo de bom proveito tentar ordená-las de forma linear em uma folha de papel, em um esquema tradicional que vai de cima para baixo, numerado por itens, por exemplo.

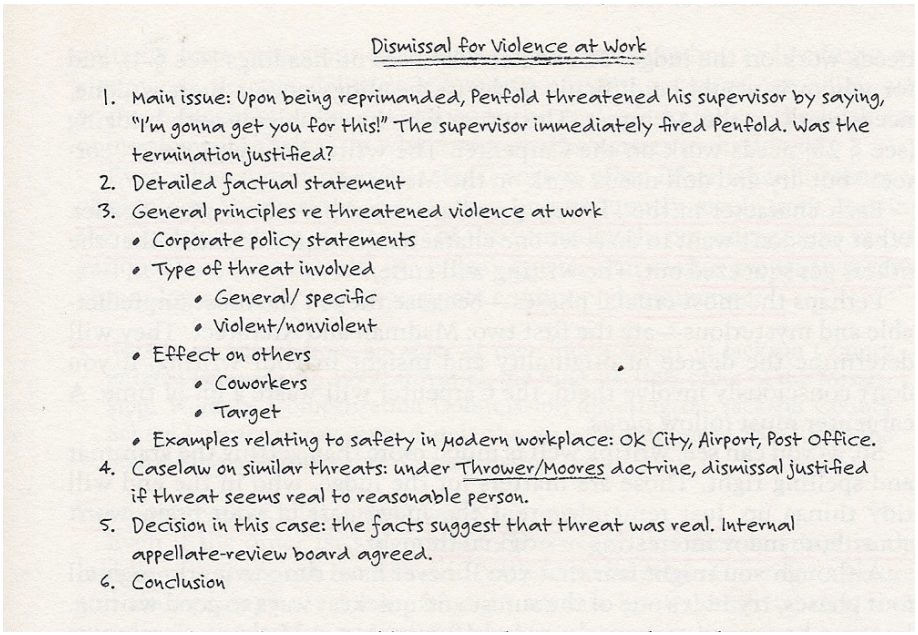
Ao contrário, antes de tentar impor uma ordem linear ou sequencial ao "maluco" que está criando ideias, é melhor deixá-lo voar livremente, sem ordem, sem preconceitos, sem sequência. Em um cenário ideal, as ideias brotam de você tão rapidamente que será difícil segurar todas elas enquanto sua mente voa. Daí o valor de usar um esquema não linear para capturar essas sementes de ideias que o maluco vai jogando ao vento enquanto seu pensamento voa livre. Segundo Bryan Garner, um esquema não linear pode começar com algo parecido com isto:



Um nome resumido para o projeto vai no centro do esquema. Então você começa a acrescentar ideias (quanto mais, melhor). Para cada ideia importante que surja, você usa uma ramificação saindo do centro do círculo. Tudo o que você quiser mencionar vai para as hélices do helicóptero, sem precisar se preocupar se está na parte superior, na parte inferior, atrás, na frente, na direita ou na esquerda. Nenhuma ordem importa. Você está apenas deixando a mente pensar, sem se preocupar com a sequência correta desses pensamentos, obtendo algo parecido com isto:



Concluído o trabalho do maluco, você deixa o arquiteto agir, e ele vai transformar as ideias do esquema não linear em algo semelhante àquele roteiro que elaboramos convencionalmente, como este exemplo que Bryan Garner nos oferece:



Dismissal for Violence at Work

1. Main issue: Upon being reprimanded, Penfold threatened his supervisor by saying, "I'm gonna get you for this!" The supervisor immediately fired Penfold. Was the termination justified?
2. Detailed factual statement
3. General principles re threatened violence at work
   - Corporate policy statements
   - Type of threat involved
     - General/ specific
     - Violent/nonviolent
   - Effect on others
     - Coworkers
     - Target
   - Examples relating to safety in modern workplace: OK City, Airport, Post Office.
4. Caselaw on similar threats: under Thrower/Moores doctrine, dismissal justified if threat seems real to reasonable person.
5. Decision in this case: the facts suggest that threat was real. Internal appellate-review board agreed.
6. Conclusion

Feito isso, é só passar para o carpinteiro, que vai preencher o esqueleto, construindo frases e parágrafos. Será o trabalho de redação propriamente dito, que resultará em um rascunho com o texto escrito. Então é só chamar o juiz, para concluir o trabalho, fazendo a revisão dos detalhes.

Conclusão

O objetivo final da escrita judiciária é um só: devemos buscar textos judiciários claros e legíveis, que sejam eficientes e contribuam para um processo justo. Para tanto, o planejamento é indispensável para a maioria dos escritores. Esse planejamento exige esforço, dedicação, hábitos e paciência. Embora necessário, o esforço é útil: criado o hábito, o esforço se paga, porque evita o retrabalho e permite a escrita cooperativa entre todos os envolvidos no processo de construção e elaboração das decisões judiciais.

De acordo com suas possibilidades e conforme suas necessidades, cada um terá suas receitas e estratégias para uma escrita eficiente. Entretanto, três atitudes nos parecem essenciais para começar a criar bons hábitos de escrita: (a) antes da escrita, pense e planeje o que quer es-

crever; (b) durante a escrita, concentre-se no que está escrevendo; (c) depois da escrita, revise e melhore o que escreveu.

Referências bibliográficas

ABRAMS, Douglas E. Judges and their editors. *Albany Government Law Review*, 3 Alb. Gov't L. Rev. 1, 2010. Disponível em: <http://members.mobar.org/pdfs/precedent/feb10/abrams.pdf>.

ALDISERT, Ruggero J. *Opinion writing*. 2. ed. Bloomington: AuthorHouse, 2009.

ANTUNES, Irandé. *Lutar com palavras*: coesão e coerência. 4. ed. São Paulo: Parábola, 2008.

BAHRYCH, Lynn. *Legal writing in a nutshell*. 4. ed. Saint Paul: West, 2009.

BUTTERICK, Matthew. *Typography for lawyers*. Houston: Jones McClure, 2010.

COELHO NETO, Aristides. *Além da revisão*: critérios para revisão textual. 2. ed. Brasília: Senac, 2008.

DUNCAN, Nigel; WOLFGARTEN, Allison. *Opinion writing and case preparation*. Oxford: Oxford University, 2010.

FLOWERS, Betty S. *Madman, architect, carpenter, judge*: roles and the writing process. Disponível em: <http://www.ut-ie.com/b/b_flowers.html>. Acesso em: 27 maio 2016.

GARCIA, Othon M. *Comunicação em prosa moderna*. 22. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

GARNER, Bryan A. *Garner on language and writing*. Chicago: American Bar Association, 2009.

_____. *Legal writing in plain English*. Chicago: University of Chicago, 2001.

_____. *The winning brief*: 100 tips for persuasive briefing in trial and appellate courts. New York: Oxford University, 1999.

GOLDSTEIN, Norma; LOUZADA, Maria Silvia; IVAMOTO, Regina. *O texto sem mistério*: leitura e escrita na universidade. São Paulo: Ática, 2009.

KLEIMAN, Angela. *Texto & leitor*: aspectos cognitivos da leitura. 10. ed. Campinas, SP: Pontes, 2007.

KOCH, Ingedore V. *A coesão textual*. 22. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

_____; ELIAS, Vanda Maria. *Ler e compreender*: os sentidos do texto. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

_____; _____. *Ler e escrever*: estratégias de produção textual. São Paulo: Contexto, 2009.

_____; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. São Paulo: Contexto, 2011.

KRUG, Steve. *Don't make think*: a common sense approach to web usability. 2. ed. California: New Riders, 2006.

KURY, Adriano da Gama. *Para falar e escrever melhor o português*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. As mudanças no trabalho judiciário e a saúde dos usuários: efeitos da virtualização dos processos judiciários. *Revista do TRF4*, Porto Alegre, a. 25, n. 84, p. 13-104, 2014.

_____. Decidindo e escrevendo no novo processo eletrônico. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 49, p. 101-114, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1375/1346>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Edição e revisão de textos na perspectiva do juiz e de seus auxiliares: as relações entre o juiz e seus auxiliares na produção de textos judiciários. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/candido_junior.html>. Acesso em: 27 maio 2016.

LIBERATO, Yara; FULGÊNCIO, Lúcia. É possível facilitar a leitura: um guia para escrever claro. São Paulo: Contexto, 2007.

MORENO, Cláudio; MARTINS, Túlio. *Português para convencer*: comunicação e persuasão em Direito. São Paulo: Ática, 2006.

PEPPERS, Todd C. *Courtiers of the Marble Palace*: the rise and influence of the Supreme Court law clerk. California: Stanford University, 2006.

RAPOSO, Eduardo Buzaglo Paiva et al. *Gramática do Português*. 2 v. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

SCALIA, Antonin; GARDNER, Bryan A. *Making your case*: the art of persuading judges. St. Paul: Thomson West, 2008.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University, 2012.

THE CHICAGO Manual of Style. 15. ed. Chicago: University of Chicago, 2003.

WARD, Artemus; WEIDEN, David L. *Sorcerers' apprentices*: 100 years of law clerks at the United States Supreme Court. New York: New York University, 2006.

Poder Judiciário e a crise: uma janela de oportunidade[*]

João Pedro Gebran Neto[**]

"Enquanto os homens exercem seus podres poderes
Morrer e matar de fome, de raiva e de sede
São tantas vezes gestos naturais."

Caetano Veloso

1. "Que esta Carta seja luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados." Com estas palavras, o deputado Ulysses Guimarães promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, com vistas a orientar a sociedade brasileira na construção de um novo Estado. A nova Constituição trouxe, sem dúvida, grande avanço na construção de uma sociedade mais justa, solidária e humana, inspirada nos mais elevados propósitos de levar a dignidade a todos os cidadãos.

Passados quase 30 anos dessa nova ordem constitucional, vivemos um período de descrença e de grave crise institucional no Estado brasileiro, com a Presidente da República suspensa de suas funções,

[*] Palestra proferida pelo autor no *Brazil Forum UK – Transcending the dichotomy*, na University of Oxford, em junho de 2016 (http://brazilforum.co.uk/).

[**] Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Mestre em Direito Constitucional pela UFPR, Especialista em Ciências Penais e Processuais Penais pela UFPR.

vários ministros de Estado deixando seus cargos após denúncias de corrupção e outros investigados e processados por atos da mesma natureza. A sensação geral, e não desarrazoada, é de que as entranhas do Estado brasileiro estão tomadas por um tumor maligno que se desenvolveu gravemente ao longo dos anos.

Todavia, em uma perspectiva histórica um pouco mais ampla, em contraste com esse clima de incertezas e insatisfações, não se pode negar a existência de grandes avanços, principalmente sociais. Alguns podem ser destacados:

a) Este é o maior período democrático vivenciado pelo Brasil desde a proclamação da República.

b) Há instituições sólidas no país, todas elas funcionando a despeito da crise vigente. Apesar das dificuldades inerentes ao momento, todos os poderes estão em pleno e democrático funcionamento.

c) Comparando diversos indexadores, é fácil concluir que evoluímos muito nestas três décadas.

d) O Sistema Único de Saúde é melhor que o serviço de saúde prestado anteriormente.

e) A quantidade de pessoas na pobreza ou na miséria diminuiu, a longevidade da população aumentou.

f) O salário mínimo passou a ter maior poder de compra. Recordo-me de quando o sonho era que o salário mínimo alcançasse a cifra de cem dólares; hoje, equivale a quase três vezes isso.

g) A educação, que alguns românticos acreditam ter sido melhor, na verdade atendia, como no sistema de saúde, uma pequena parcela da população. Hoje, apesar de ainda não possuir o nível de qualidade almejado, ela atende a grande maioria de brasileiros em idade escolar.

Mas muito ainda há para melhorar. E todos gostaríamos de que essas melhorias ocorressem em uma velocidade muito maior. Algumas já poderiam e deveriam ter ocorrido, caso houvesse uma cultura mais enraizada de cuidado com a coisa pública. Essas são as mazelas de uma constituição que, se é bem verdade que beira os 30 anos, se comparada, porém, com outras que possuem séculos de instabilidade, é bastante recente.

Não quero traçar um quadro extremamente cor-de-rosa, como uma Alice no Brasil das Maravilhas, para lembrar Lewis Carroll, professor

nesta cidade. Há uma crise severa! Isso é inegável. Mas, como todos os brasileiros, prefiro sempre deixar aprioristicamente a mensagem de certeza de que por ela passaremos rapidamente e dela sairemos melhores, mais fortes e amadurecidos.

Enfim, hoje se vê que o Estado não entregou tudo aquilo que a Constituição propunha e que os cidadãos esperavam.

2. Dentre todos os índices favoráveis, lamentavelmente tem um que só fez piorar ao longo dos anos. A violência.

Em 1988, o número de homicídios, por 100 mil habitantes, era de *16,8*, segundo o IBGE. Em *2010*, esse mesmo número era de *26,2*, equivale dizer, considerando a população brasileira, são aproximadamente *52.400 homicídios por ano* no Brasil, ou *142 por dia*. Esse mesmo relatório do IBGE[1] traz dados comparativos com conflitos armados ocorridos entre os anos de 2004 e 2007, que dão melhor representação:

> "Nos 12 maiores conflitos, que representam 81,4% do total de mortes diretas, nos 4 anos foram vítimas *169.574 pessoas*. Nesses mesmos 4 anos, no total dos 62 conflitos, morrem *208.349 pessoas*. *No Brasil*, país sem disputas territoriais, movimentos emancipatórios, guerras civis, enfrentamentos religiosos, raciais ou étnicos, morreram mais pessoas *(192.804)* vítimas de homicídio que nos 12 maiores conflitos armados no mundo."

E estamos a tratar apenas de homicídios, porque aos números de mortes violentas poderiam ser acrescidos os homicídios não intencionais, destacadamente os praticados no trânsito.

Esses dados são escandalosos.[2] E estão a refletir diversos defeitos da sociedade brasileira, dentre eles a ausência de respeito à vida humana e a falta de valores morais e educacionais.

Parece que a sociedade já não se impacta com isso. A violência já virou parte do cotidiano. Já tivemos criança arrastada por veículo, pessoas mortas por balas perdidas, vítimas queimadas, esqueletos encontrados em cemitérios clandestinos, ônibus incendiados, estupro coletivo, dentre tantos registros de violência.

Essas são apenas algumas das faces da crise social brasileira, que deita raízes também na falência moral do Estado, na sua incapacidade

[1] http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf.

[2] http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-10/brasil-tem-160-mortes-violentas-intencionais-por-dia-mostra.

de garantir direitos mínimos, como saúde e segurança, em qualquer nível, para os brasileiros, em especial os mais humildes.

E, ao lado da criminalidade violenta, há outra igualmente perversa, porque subtrai as possibilidades de o Estado implementar adequadas políticas públicas. Refiro-me aos crimes sofisticados, praticados por pessoas que se utilizam de pessoas jurídicas para concretizar seus objetivos. Refiro-me a criminosos conhecidos como de colarinhos brancos, que têm ampla possibilidade de comportar-se em conformidade com o direito, mas optam pela ilicitude. Refiro-me aos indivíduos que ocupam postos públicos para se locupletarem. E refiro-me a pessoas que se utilizam de fragilidades do sistema processual para se livrarem das raras ações penais ou retardar ao máximo a execução e a eficácia das decisões judiciais. Por vezes, conseguindo até mesmo o reconhecimento da prescrição.

Se, como afirmei acima, a Constituição Federal de 1988 criou um novo e melhor arcabouço jurídico, com o qual conseguimos alguns progressos, certamente não estamos sequer perto do estágio de evolução almejado.

A resposta a essas mazelas tem sido a mudança legislativa.

3. Invariavelmente surgem leis casuísticas para criminalizar de modo mais grave condutas violentas que chocam e comovem a população.

Alguns exemplos isolados dão o contorno desse quadro. As penas para os crimes hediondos foram agravadas. O artigo 273 do Código Penal passou a criminalizar com pena mínima de 10 anos a venda, o fabrico e a importação de medicamentos falsificados, dentre outras condutas. Ou, mais recentemente ainda, a proposta de aumento da pena para estupros coletivos.

Mudar a lei é o modo mais simples de satisfazer o clamor popular. E o menos eficaz para prevenir novos comportamentos odiosos. Mas a criminalidade mais sofisticada passa despercebida, não angariando a mesma atenção e rapidez das instituições.

Além da inércia na instituição de medidas contra a corrupção, o sistema adota medidas de abrandamento, como a lei de leniência, decretos de indulto e até mesmo a tentativa de limitação da atuação do Ministério Público.

Com isso, é possível visualizar um dos principais aspectos das sucessivas crises brasileiras, a dificuldade que temos de realizar ações práticas e concretas para solucionar problemas.

Com essa triste ilustração, desejo demarcar o fato de que a mudança legislativa é a medida mais simples, contudo pouco efetiva. E, como a realidade permanece pouco ou nada alterada, a legitimidade do poder público acaba por se fragilizar, sendo que este é apenas um dos motivos pelos quais seus representantes ostentam tão baixa credibilidade.

Ainda poderiam ser elencados diversos outros aspectos que levam às crises, como a atuação legiferante do Poder Executivo, a falta de transparência, a existência de diversos políticos envolvidos em denúncias de crimes. Todavia, o ponto principal não reside nas causas, mas na consequência: fragilidade dos poderes do Estado, perda de sua legitimidade política, desrespeito às normas que aprova.

Vivemos em um estado de anomia, como sugerido pelo sociólogo Luiz Werneck Vianna,[3] da PUC-Rio, em recente artigo com acurada percepção da realidade.

Aqui reside a crise brasileira. Em uma crise moral. Em uma crise de valores. Em uma crise ética.

Isso é pior que as crises decorrentes de fatores exógenos, como o *crash* da bolsa de 1929 e 1930, a elevação do preço do petróleo nos anos 70, ou a recente crise dos *"subprimes"* norte-americana, que, de comum, têm apenas a influência no cenário econômico nacional e mundial.

Nossa doença é interna e mais grave, porque nos corrói as entranhas, como um carcinoma metastático. Os fatores endógenos estão incrustados na sociedade, nos seus valores, no sistema político, na lógica do "toma lá, dá cá", nos favorecimentos pessoais, em uma sociedade paternalista e patrimonialista, que busca um Estado de bem-estar social, desde que isso ocorra sem sacrifícios do seu bem-estar pessoal. Como se o Estado não fôssemos todos nós.

4. Boa parte desses problemas acaba desaguando no Poder Judiciário, de quem muito é esperado. E esse é um fenômeno que possui

[3] http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-crise-os-tribunais-e-o-parlamento,10000055284, publicado em 05.06.2016.

aspectos positivos e negativos, porquanto a judicialização de todas as questões sociais e políticas retira do cenário político a competência que lhe é apropriada, mediante transferência para local por vezes menos apropriado.

Muitas vezes, as cortes superiores, e, de modo especial, o Supremo Tribunal Federal, têm buscado a adoção de melhores valores. É o que ocorreu com o fim do nepotismo, quando se pôs cobro à indicação de parentes para cargos públicos de livre nomeação, em decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a prática inconstitucional, em fevereiro de 2006. Também na proibição de fumar em aviões, que teve origem no Poder Judiciário. A política pública de concessão do coquetel de antirretrovirais para portadores de Aids. A limitação do troca-troca de partidos por parlamentares. O financiamento empresarial das campanhas políticas.

Esses alguns exemplos positivos de intervenção política do Judiciário.

Como aspecto negativo, realço a excessiva intervenção judicial nas políticas públicas de cobertura constitucional como saúde e educação. Não raras vezes, estados e municípios têm sido obrigados a instalar escolas ou creches, ao arrepio das opções políticas, assim como do acurado exame das consequências financeiras. Os milhares de pequenas bondades promovidas em favor de pessoas que buscam socorro judicial podem resultar em uma grande calamidade. São liminares e sentenças que, sem considerar a política pública de saúde, na maioria das vezes ignorando até mesmo a legislação específica (Lei nº 8.080/90), consomem parcela significativa dos orçamentos em favor de poucos, em detrimento de muitos.

A crise abre a oportunidade para o Poder Judiciário ponderar os limites da judicialização. Aliás, é oportuna a lição de Luís Roberto Barroso[4]:

> "Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui."

5. O combate à corrupção representa um dos focos da atuação jurisdicional, tendo o Conselho Nacional de Justiça o escolhido

[4] http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf.

como uma de suas bandeiras. Essa iniciativa ganhou empuxo a partir do julgamento da Ação Penal 470 ("mensalão"). Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, presidido pelo Ministro Joaquim Barbosa, reverberou os anseios populares, processando e julgando diversos réus que detinham foro privilegiado, condenando-os a severas penas.

E agora, com a Operação Lava-Jato, quero crer que o sistema de justiça brasileiro vem buscando criar um novo *standard* de persecução penal, louvando-se as atuações da Polícia Federal, do Ministério Público Federal, juntamente com a Justiça Federal.

Os fatos investigados e objeto dos processos penais são extremamente complexos, em uma cadeia sucessiva de condutas, com muitos atores e de difícil apuração.

A "Operação Lava-Jato" possui dimensões amazônicas, seja no tocante ao volume de recursos financeiros envolvidos, seja na quantidade de processos judiciais correntes. No seio do TRF4, por exemplo, já foram julgados cerca de 300 *habeas corpus*; incidentes de restituição de coisas apreendidas foram 20 feitos; 15 mandados de segurança; 50 exceções de suspeição e incompetência; e 14 apelações criminais envolvendo 50 réus, sendo que 5 delas foram objeto de início de julgamento. Já foram processados, julgados e condenados 76 réus, pendendo recursos.

Todavia, não é muito difícil sintetizar os fatos de um modo bastante genérico, sem qualquer incursão nos casos específicos.

Alguns partidos políticos e alguns políticos passaram a "apadrinhar" indicações de pessoas, servidores públicos de carreira ou não, para ocupar cargos de elevado escalão junto a órgãos da administração pública direta e indireta. Os indicados, por sua vez, passaram a envidar esforços para verter recursos aos cofres desses partidos e aos bolsos de alguns de seus dirigentes, sem embargo de receberem também uma parcela dos recursos desviados.

O desvio foi perpetrado, em geral, por meio de licitações ou procedimentos administrativos realizados com aparência de lícitos, mas com substrato ilícito. Isso culminou em contratos bilionários superfaturados, firmados entre algumas das maiores empresas nacionais e o órgão da Administração licitante. Um percentual do valor do contrato era transferido, por intermédio de operações de lavagem de dinheiro e/ou evasão de divisas ou mero

pagamento em espécie, para os partidos políticos, para seus dirigentes e para afilhados indicados para ocupar os cargos.

Embora seja possível elaborar esse resumo, quando a questão passa para a prova material, a situação torna-se extremamente complexa, porque são contratos e aditivos, pagamentos sucessivos e transferências bancárias, com aparência de legalidade.

O êxito da Operação Lava-Jato na obtenção de provas e na retirada do véu que encobria a ilegalidade dos atos de corrupção reside em algumas *mudanças de paradigma*, criando um novo marco para a interpretação da prova e para o processo penal como um todo.

A primeira mudança reside na constituição de forças-tarefas, pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, com profissionais que tinham colhido vasta experiência em operações anteriores, destacadamente nos conhecidos casos Banestado, Castelo de Areia, Satiagraha, nas evasões de divisas das contas CC5 e no mensalão. Esses profissionais reuniam conhecimento suficiente para saber exatamente os caminhos que deveriam percorrer para uma adequada investigação.

Outra mudança de comportamento decorreu dos órgãos judiciais, que souberam compreender, em todos os graus de jurisdição, a complexidade dos fatos e a importância de uma resposta sistêmica diversa daquela que ordinariamente se dava para casos tais, destacadamente na compreensão de que os requisitos para a prisão preventiva não se acham preenchidos apenas quando há criminalidade violenta ou para o tráfico de drogas, mas igualmente quando ocorre, na expressão cunhada pelo juiz Sérgio Moro, *criminalidade sistêmica*.

Operou-se, assim, autêntica viragem paradigmática na jurisprudência nacional, muito bem analisada por diversos operadores do direito, como aludem os artigos publicados por Vladimir Passos de Freitas[5] e Joaquim Falcão.[6]

A terceira mudança decorreu da aplicação do instituto da colaboração premiada, criado pela Lei nº 12.850/2013. Isso porque colocou às mãos dos órgãos responsáveis pela persecução penal instrumento fundamental para apuração de infrações penais, principalmente aquelas realizadas por organizações criminosas. Também porque se revelou um

[5] http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/crimes-operacao-lava-jato-mudam-justica-penal-brasil.
[6] http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/07/1662597-lava-jato-muda-a-justica-e-a-advocacia.shtml.

importante e eficaz instrumento de defesa.

Criticada por muitos advogados criminalistas, sob o abjeto apelido de "delação premiada", essa ferramenta fez com que a realidade se impusesse às críticas acadêmicas. Aqueles que outrora empunhavam bandeiras contra o instituto agora passam a orientar seus clientes a firmarem acordos que lhes possibilitem vantagens. O número de réus colaboradores atinge cerca de 50 pessoas, sendo que pouco mais de uma dezena de pessoas estava presa quando firmou o acordo.

A combinação dessas mudanças fez com que alguns dos vícios endógenos e endêmicos do Estado brasileiro começassem a ser desvelados.

É importante repetir que não se está prejulgando qualquer caso específico. Apenas se reafirma aquilo que criminosos confessos declararam em seus depoimentos em relação a si próprios. E, nesse grupo de confessos, há agentes que viabilizaram a lavagem de dinheiro, há corruptos, corruptores, políticos, servidores públicos, doleiros, intermediários, entre tantos personagens.

6. Para além da fase pré-processual, no âmbito do processo penal também está a ocorrer a troca de paradigma.

Uma mudança bastante significativa é a adoção de adequado *standard probatório* a fundamentar a comprovação dos fatos. Em casos complexos e de ação difusa de muitos agentes, a obtenção de prova direta é extremamente difícil. Todavia, o acurado exame dos diversos elementos de prova, seja ela direta ou indireta, permite adotar o modelo da *prova acima de dúvida razoável* como limite a ser provado pelas partes.

Tanto a prova direta quanto os indícios têm valor jurídico, "até porque a prova indiciária não é 'prova menor', no âmbito do livre convencimento (...)", mas com "maiores cautelas deve ser adotada, notadamente no que se refere ao modelo de constatação aplicável", na explicação de Danilo Knijnik.[7]

Assim, "a atividade probatória desenvolvida com vista à verificação dos fatos históricos serve de fundamento para a pretensão; quando for

[7] KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49.

bem-sucedida, permitirá a conclusão de que há um 'altíssimo grau de probabilidade' de ocorrência de tais fatos", na dicção de Gustavo Badaró.[8]

Esse padrão probatório é adotado por diversas legislações, inclusive pela brasileira, a partir do Decreto nº 4.388/2002, incorporando o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que estabelece, no artigo 66, que "3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".

Há precedentes do STF também sobre o tema: AP 521 (rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, p. 06.02.2015) e Inq. 2968 (rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, p. 17.08.2011).

Outra importante modificação de interpretação das normas ocorreu em fevereiro do corrente ano, quando o STF, em elogiável decisão, reviu seu posicionamento sobre o momento em que deve se dar o início da execução penal. Restou restaurada a hermenêutica de que, após o julgamento em segundo grau de jurisdição, deve ser promovida a execução da pena, fechando-se a porta pela qual os condenados escapavam ou retardavam indefinidamente o cumprimento da pena.

Isso, de fato, beneficiava apenas aqueles que tinham condições de recorrer até as instâncias superiores, quase sempre com os melhores, mais qualificados e mais bem pagos advogados. A presunção de inocência servia, em regra, aos mais favorecidos economicamente.

A resistência, da academia e da OAB, em relação a essa decisão é calcada em frágeis e demagógicos argumentos, via de regra tomando como ponto de partida a parcela mais desassistida da população, quando qualquer pessoa minimamente informada sabe que o acesso às jurisdições superiores quase sempre é feito por aqueles que possuem capacidade econômica para contratar os profissionais mais qualificados. E, ainda assim, com baixíssima taxa de revisão das decisões das instâncias inferiores.

Talvez o Brasil seja o único ou um dos raros países que tenham adotado tamanha extensão à presunção de inocência, como bem apontado pelo Min. Teori Zavascki, em seu voto no *Habeas Corpus*

[8] BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 62.

nº 126.292/SP, citando percuciente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman,[9] indicando a adoção de regra semelhante à de Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, França, Espanha, Portugal, Alemanha, Argentina, dentre outros.

Aliás, não vejo ninguém falando sobre os milhares de processos penais cujas condenações transitam em julgado em primeiro grau, sem qualquer recurso em favor de réus defendidos, por vezes, por defensores dativos. Também não se vê fortes brados contra a presunção de inocência nos casos de condenados por crimes violentos ou tráfico de drogas, aos quais não é dado o mesmo direito de aguardar o processo em liberdade até o seu final.

As crises moral, política e financeira em que o Brasil está submerso servirão de oportunidade para uma releitura de alguns temas.

7. Atribui-se a John Kennedy a ideia de que a palavra crise seria simbolizada, em chinês, por um ideograma simbolizando também a palavra oportunidade. Acredito firmemente nessa ilustração, ainda que possa não ser verdadeira sua origem chinesa.

A crise permitirá refletir sobre o sistema político e revisá-lo, seja no tocante ao número de partidos, à cláusula de barreira para criação de novos partidos, ao financiamento das atividades partidárias, seja pelo horário eleitoral gratuito, pelo fundo partidário, pelo sistema eleitoral (voto distrital, distrital misto, entre outros).

Espero, firmemente, que a crise possibilite a adoção de medidas de combate à corrupção e regras adequadas de *compliance* sejam aprovadas no Brasil. Quiçá leis semelhantes ao FCA (False Claim Act), ao FCPA (Foreing Corrupt Practices Act) e ao *whistleblower* norte-americanos ou ao Bribery Act inglês. Essa janela de oportunidade deve ser aproveitada, e a participação da sociedade para que isso ocorra é fundamental.

Também servirá para repensar a relação trabalhista, o regime jurídico dos servidores públicos, a contribuição sindical obrigatória, a lei de

[9] Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 507.

licitações, os gastos públicos com saúde, educação e segurança, isso sem falar em reforma tributária.

8. Algumas advertências finais, para que não nos desviemos do caminho.

Assim como afirmado na terceira lei de Isaac Newton, a toda ação corresponde uma reação de igual força e em sentido contrário. Esta lei da física aplica-se inteiramente em relação às ações humanas e políticas.

Não deve a sociedade brasileira se desmobilizar. Tampouco acreditar que tudo está ou será resolvido.

Se há grande ação sobre um sistema corrompido de contratos públicos, esse sistema tentará se reerguer por meio de acordos de leniência, introduzidos por medida provisória de moralidade no mínimo duvidosa, como advertiu Modesto Carvalhosa[10] em recente artigo.

Se a pressão recai sobre o sistema político, este também reagirá por meio dos mecanismos que tiver em suas mãos.

A história da Operação "Mãos Limpas", muito bem retratada pela excelente reportagem da Revista Piauí,[11] está a indicar que mudanças legislativas serão tentadas. E que o processo penal não é o melhor instrumento para solucionar as mazelas, mas apenas serve para punir quem se desvia.

A opinião pública, a liberdade de imprensa e a transparência dos atos da administração pública são fundamentais para que se chegue a bom termo na nova ordem moral que se busca instalar no Brasil. Esse foi o calcanhar de Aquiles da Operação Mãos Limpas, que perdeu apoio popular, viu ampla campanha contra os magistrados ser orquestrada pelos novos detentores do poder, em especial contra aqueles que eram o símbolo do combate.

Como advertiu Modesto Carvalhosa,[12]

> "No Brasil, a despeito do extraordinário trabalho desenvolvido pela 'Lava-Jato', teremos o mesmo fenômeno que ocorreu na Itália, após a Operação Mãos Limpas. (...) Se houver a anistia ampla e geral das empreiteiras corruptas, os efeitos atuais e futuros da nossa exemplar Operação Lava-Jato serão nulos. A corrupção continuará prevalecendo nas obras e nos serviços prestados ao Estado."

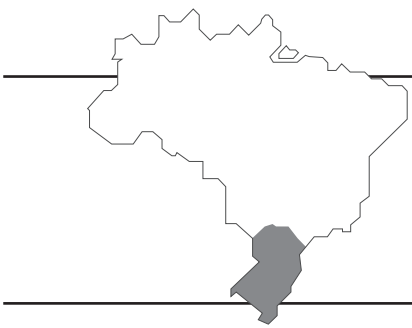
[10] http://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-medida-provisoria-do-escarnio,10000005856.

[11] OS INTOCÁVEIS. *Revista Piauí*, n. 116, maio 2016.

[12] http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,os-acordos-de-leniencia-perpetuam-a-corrupcao,10000055184.

Portanto, teremos fortes e sérias reações. É indispensável que a sociedade brasileira se mantenha vigilante, não repetindo os erros cometidos pelos italianos.

9. Estas reflexões buscam destacar algumas mazelas nacionais, mas, principalmente, dizer que passos rumo à sua superação estão sendo dados. Não se deve ficar "amaldiçoando a escuridão, mas acender uma vela" para alimentar as esperanças na alma de cada brasileiro.



DISCURSOS

Discurso[*]

Marga Inge Barth Tessler[**]

Arquivos do Brasil, memórias do mundo

As imagens e documentos como narrativa e inspiração

É um privilégio estar aqui, por designação do Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que me propiciou cumprir a honrosa tarefa de formalizar a abertura desta exposição em percurso.

A exposição tem a curadoria de Denise de Morais Bastos e a realização local pelas mãos cuidadosas dos servidores do Ministério Público Federal, da Justiça Federal e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.[1] Os documentos e registros fotográficos deixaram pela primeira vez o Arquivo Nacional, na cidade do Rio de Janeiro. Integram o programa

[*] Discurso proferido em 15.08.2016, na abertura oficial da exposição "Arquivos do Brasil, Memória do Mundo", exposição em percurso realizada de 15 de agosto a 27 de outubro de 2016 nos prédios da Procuradoria Regional da República da 4ª Região (onde foi realizada a cerimônia de inauguração), da Justiça Federal do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, todos na Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, em Porto Alegre.

[**] Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Coordenadora da Memória TRF4.

[1] No TRF4, servidora Maria Regina Swytka Goulart, da Seção de Documentação e Memória (Memória TRF4).

"Memória do Mundo", criado em 1992 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (ONU/Unesco), com o escopo de preservar a herança da cultura da humanidade e propiciar o acesso de muito mais pessoas à memória coletiva.

Destaque-se que a contribuição da Justiça Federal e do Ministério Público Federal, dentro dos acervos exibidos, firma-se em dois processos judiciais acolhidos pela Unesco. Esses processos têm como base a igualdade e referem-se à temática dos Direitos Humanos, com avanços no reconhecimento de direitos sociais a casais homoafetivos. Na primeira decisão, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul estendeu a um homem o direito de ser incluído como beneficiário de seu companheiro no plano de saúde (processo nº 96.00.02030-2). Na segunda, com base em ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, a Justiça Federal estendeu o direito à percepção de benefícios previdenciários decorrentes de falecimento ou prisão a parceiros de relações homoafetivas (processo nº 2000.71.00.009347-0).

Entre o material exposto no percurso que se inicia na sede do Ministério Público Federal, podemos ver registros sobre a expansão marítima portuguesa, a administração colonial, os povos indígenas, a escravidão, os movimentos sociais e religiosos. Destaco os Autos da Devassa sobre a Inconfidência em Minas e Tiradentes, a Carta da Abertura dos Portos e a Lei Áurea. Na Justiça Federal do Rio Grande do Sul, as lutas políticas, a censura e a repressão no Brasil. No TRF4, temos a História da Ciência, evolução urbana, arquitetura e urbanismo. Desenhos não arquitetônicos de Oscar Niemeyer, notas de viagens e desenhos feitos pelo Imperador Dom Pedro II, a visita de Albert Einstein a Carlos Chagas na Fundação Oswaldo Cruz.

A imagem captura o tempo e o oferece à nossa contemplação. Tem a capacidade de se fixar em nossa memória. Produz exibição e fixação de formas que constroem sentidos. Tem capacidade evocativa maior do que o texto escrito. A sedução da imagem reside na sua condição de expor-se toda com forma, luz, cor. A imagem desperta os sentidos, comporta ironia e crítica social. Contraria, algumas vezes, o enunciado que a acompanha. Confere prioridade ao ver, põe em xeque discursos e oculta mensagens.

Iniciativa e parceria inédita entre Justiça Federal da 4ª Região e Ministério Público Federal, com exposição singular, a exposição em percurso com certeza contribui para fazer refletir sobre o nosso passado.

Discurso[*]

Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle[**]

Caríssimo Desembargador Federal Thompson Flores,

Solicitou-me o Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, Diretor da nossa Emagis, que o representasse nesta solenidade em que lhe é prestada justa homenagem pela sua exitosa atuação à frente da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, culminando com o descerramento de sua fotografia na Galeria de Ex-Diretores.

Sinto-me muito à vontade em fazê-lo, considerando que tenho tido o privilégio de acompanhar sua brilhante trajetória profissional, ao longo de 27 anos, ou seja, desde que tomamos posse perante o Ministério Público Federal. E, no correr de todos esses anos, trago o testemunho de que Vossa Excelência tem trilhado com exemplar denodo todas as tarefas que a vida lhe tem trazido. Assim foi no desempenho da Chefia do Ministério Público Federal da 4ª Região e, posteriormente, já neste

[*] Discurso proferido em 09.11.2016, na solenidade de descerramento do retrato do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz na Galeria dos Diretores da Escola da Magistratura (Emagis) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

[**] Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Vice-Diretor da Emagis.

Tribunal, perante a atividade judicante junto à 2ª Seção e, atualmente, perante a Vice-Presidência do Tribunal. Logo, não poderia ser diferente no que respeita à honrosa tarefa de dirigir a Emagis no biênio 2013-2015.

Falar de sua gestão nesse período é elencar uma série de obras realizadas com muito sucesso e que contribuíram para elevar ainda mais o reconhecimento nacional pela excelência do trabalho desenvolvido pela Emagis.

Inicio falando das publicações, porque sei do seu apreço pelos livros, e ressalto que foi durante a sua gestão que houve o lançamento da Revista da Emagis, cujo propósito principal é o de veicular e divulgar o pensamento dominante de magistrados, advogados, integrantes do Ministério Público e da Academia, no trato de questões controvertidas ou, mesmo pacíficas, que sofram a projeção das mutações socioculturais que influenciam as decisões judiciais, a qual veio contribuir, junto com as demais publicações da Escola, como a Revista de Jurisprudência do Tribunal, a Revista de Doutrina *online* e o Boletim Jurídico, para maior divulgação da produção intelectual de magistrados e demais operadores do Direito.

Durante o seu biênio, importantes cursos de formação e aperfeiçoamento para nossos magistrados foram realizados, cabendo destacar, entre tantos, o "Curso de Formação de Formadores", realizado nos dias 19 e 20 de agosto de 2013, em Porto Alegre, que foi o primeiro curso realizado na Justiça Federal da 4ª Região no sentido de capacitar os magistrados para a atuação como docentes da Emagis. Foi fruto de uma parceria com a Escola Nacional da Magistratura da França, com a Escola Nacional de Aperfeiçoamento e Formação de Magistrados e com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e contou como ministrantes com as magistradas francesas Sabine Corvasier e Bérangère Raffy.

Merecem igualmente destaque o curso de "Hermenêutica Jurídica", nos dias 19 e 20 de agosto de 2013, que contou com a presença, como conferencistas, dos eminentes Ministro Paulo Brossard, Ministro Carlos Velloso e Professor Doutor Juarez Freitas; o curso "Sequestro Internacional de Crianças", com a participação do Ministro Francisco Rezek e do Doutor Ignácio Goicochea; o curso "Jurisdição

Constitucional: a efetivação dos Direitos Humanos", em que foram ministrantes a Doutora Angelika Nussberger, juíza representante da Alemanha no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Ministro Gilmar Mendes, o Doutor Sérgio Garcia Ramirez e o Juiz Federal Roger Raupp Rios, entre outros.

No período de 21 de outubro de 2013 a 7 de fevereiro de 2014, foi realizado o "Curso de Formação Inicial na Carreira da Magistratura 2013", para magistrados federais aprovados no XV Concurso Público para o provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto.

Igualmente, merece destaque o curso "Análise Econômica do Direito", com a participação da Professora Doutora Paula Vaz Freire, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, do Professor Doutor Luciano Timm, do Professor Doutor Alexandre Ditzel Faraco e do Professor Doutor Cristiano Carvalho.

Durante o biênio 2013-2015, foram firmados convênios e acordos de cooperação técnica com importantes instituições de ensino nacionais e internacionais, além da criação de duas comissões para a discussão das temáticas de sequestro internacional de crianças e de combate à corrupção e às fraudes públicas.

Ressalto igualmente a visita realizada por Vossa Excelência ao Centro de Estudos Jurídicos de Portugal, oportunidade em que se reuniu com o Diretor daquele Centro, Professor António Pedro Nina Barbas Homem, oportunizando assim a celebração de convênio de cooperação técnica científica da Emagis com aquele instituto. Da mesma forma, foi grande incentivador da participação da magistrada Taís Schilling Ferraz e da assessora da Emagis Isabel Cristina Lima Selau em curso de formação de formadores promovido pela prestigiada Escola Nacional da França e realizado em Paris e Bordeaux, em 2015.

Por fim, promoveu a mudança da sede da Escola, do 7º andar do prédio judicial para o 6º andar do prédio administrativo, em março de 2014, propiciando um espaço bem mais amplo para o desenvolvimento das atividades da Emagis.

Finalizo lendo a mensagem do Desembargador Otávio Roberto Pamplona, redigida em homenagem ao Excelentíssimo Desembargador Thompson Flores:

"Infelizmente, não pude comparecer nessa solenidade de descerramento do seu retrato no quadro de ex-diretores da Emagis.

No entanto, sinto-me presente em face da fraterna convivência que tivemos no biênio de sua Administração.

Nesse período, pude reforçar a admiração que já nutria pelo ilustre colega, que fez uma gestão compartilhada e aberta às ponderações dos conselheiros da Emagis, demonstrando sempre a lhaneza no trato com todos que convivem com Sua Excelência, sejam juízes, sejam servidores ou jurisdicionados.

Fica, sem dúvida, enriquecida a galeria desta Escola com essa solenidade.

Um forte abraço,

Otávio Roberto Pamplona, 09.11.2016"

Queira, pois, Desembargador Thompson Flores, receber esta singela homenagem como sinal de reconhecimento e gratidão pelo excelente trabalho desempenhado frente à Emagis.

Muito obrigado.

Discurso[*]

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz[**]

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Eminente Desembargador Luís Alberto Aurvalle, Vice-Diretor da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

Senhoras e Senhores:

A inauguração do retrato na galeria dos ex-diretores da Escola da Magistratura permite a reconstituição da própria história da instituição, hoje reconhecida em todo o país pela sua seriedade e pela sua competência.

Não é hoje, contudo, o momento de se rememorar o que foi feito, mas sim de agradecer a prestimosa colaboração recebida nesse período dos magistrados e dos servidores desta Corte, o que permitiu atingirmos todas essas realizações, lembradas pelo estimado Desembargador Luís Alberto Aurvalle.

Para isso, repito, muito contribuíram, no último biênio, a cooperação

[*] Discurso proferido em 09.11.2016, na solenidade de descerramento do retrato do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz na Galeria dos Diretores da Escola da Magistratura (Emagis) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

[**] Desembargador Federal, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Diretor da Emagis na Gestão 2013-2015.

e o empenho dos magistrados e dos servidores da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo esforço e pela dedicação sempre demonstrados no fiel cumprimento de suas obrigações.

Há muito, os autores clássicos nos ensinam que o modelo do juiz feito por Euclides, todo geometria e inspirado na lógica abstrata, torna-se cada vez mais raro. O bom juiz não se define em uma fórmula matemática. O célebre painel de Mabuse, de que nos fala Anatole France, assemelha-se mais a um quadro de Rembrandt, nele se revelando as duas almas de juízes: primeiro, o magistrado que moldou sua alma com os textos da lei, para quem, não obstante as circunstâncias, a letra morta serve de espírito e coração; e, segundo, o casuísta bondoso e humano, como personificado pelo juiz Magnaud, cujas decisões inspiraram-se na equidade e no bom senso, em face das relatividades da realidade concreta, da evolução da vida em sociedade.

Ademais, a realidade social, que sempre se projeta sobre a atividade dos juízes, como acentuava João Monteiro, é mais artística e mais sensata, criando médias humanas em todas as classes e profissões.

O Direito, ao disciplinar as relações jurídicas, abomina e rejeita os tipos extremos.

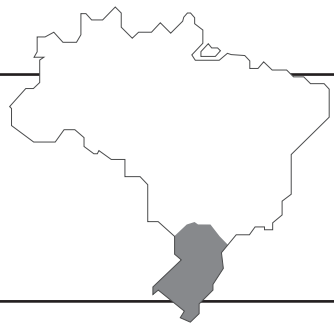
Aliás, no ordenamento jurídico, que organiza a vida em sociedade, e cuja observância e preservação incumbe ao Judiciário, predomina o velho brocardo latino *in medio stat virtus*.

E, para que se distribua a verdadeira Justiça, para que prevaleça sempre esse meio-termo superior, fruto de um instinto seguro do bom e do equitativo, impõe-se o aprimoramento cada vez mais cuidadoso do processo de seleção e formação dos magistrados.

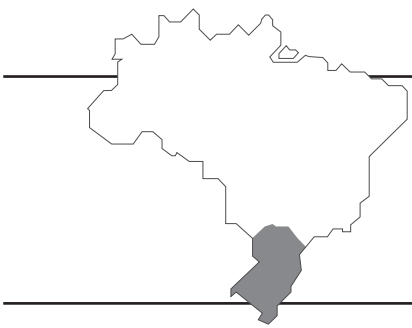
É essa a missão primordial confiada pela Constituição da República à Escola da Magistratura, que tive a honra de dirigir no biênio 2013-2015.

Ao finalizar, quero reiterar e deixar consignado o meu sincero agradecimento pela colaboração por mim recebida no biênio em que tive a honra de dirigir a Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Faço votos para que essa notável instituição continue a auxiliar na formação e no aperfeiçoamento de todos aqueles que contribuem na sublime atividade de distribuir a Justiça no Brasil.

Muito obrigado.



ACÓRDÃOS



DIREITO ADMINISTRATIVO E
DIREITO CIVIL

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
Nº 5002236-48.2012.4.04.7216/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva

Apelante: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio
Apelante: Instituto Sea Shepherd Brasil (Instituto Guardiões do Mar)
Advogada: Dra. Renata de Mattos Fortes
Apelados: Os mesmos
Estado de Santa Catarina
Apelado: Turismo Vida, Sol e Mar Ltda. – ME
Advogado: Dr. André Luiz Mendes Meditsch
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Direito Ambiental. Ação civil pública. ICMBio. Instituto Sea Shepherd Brasil – ISSB (Instituto Guardiões do Mar). APA Baleia Franca. Atividade turística de observação de baleias francas com o uso de embarcações. Fiscalização. Estudos de impacto ambiental e licenciamento ambiental.

1. Ação civil pública objetivando a proteção da espécie *Eubalaena australis*, popularmente conhecida como baleia franca, nos limites da

APA da Baleia Franca, administrada pelo ICMBio, nos municípios catarinenses de Garopaba, Imbituba e Laguna, em face da exploração da atividade de turismo de observação com o uso de embarcações.

2. Hipótese em que comprovados nos autos os malefícios da atividade turística de observação das baleias francas, assim como a falta de proteção ambiental da espécie, em razão da ausência de plano de manejo e de condições de a autarquia exercer a fiscalização adequada.

3. Determinação de suspensão imediata da atividade de turismo de observação de baleias com embarcação, com ou sem motor, na região da APA Baleia Franca, bem como de realização de estudos de impacto ambiental, implementação de medidas de controle de riscos, identificação da atividade antrópica e exigência do licenciamento da atividade, mantida apenas a atividade de observação de baleias por terra, a qual se dá de forma sustentável.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações do Instituto Sea Shepherd Brasil – ISSB e do ICMBio e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 30 de agosto de 2016.

Des. Federal *Fernando Quadros da Silva*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva: O Instituto Sea Shepherd Brasil (Instituto Guardiões do Mar) – ISSB ajuizou ação civil pública contra o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, objetivando que a parte-demandada seja condenada a adotar, de forma permanente, medidas voltadas à proteção das baleias francas, mediante fiscalização das empresas que exploram a atividade turística de observação com uso de embarcações, com ou sem motor.

O magistrado *a quo*, ratificando em parte a decisão que deferiu a tutela antecipatória, julgou procedente o pedido, com fundamento no

art. 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar o ICMBio a adotar, de forma permanente, medidas para efetiva fiscalização do estrito cumprimento dos atos normativos que regulamentam a atividade de observação de baleias francas com uso de embarcações nos limites e na zona de amortecimento da APA da Baleia Franca, nos municípios catarinenses de Garopaba, Imbituba e Laguna, mediante a elaboração e a implementação de plano de fiscalização que contemple a inspeção *in loco* e ostensiva das atividades nas embarcações durante as saídas da atividade. Manteve a suspensão da atividade de turismo de observação até que o ICMBio comprove a adoção de tais medidas. O ICMBio e os assistentes litisconsorciais foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte-autora fixados em R$ 6.000,00 (seis mil reais), *pro rata*. A empresa Turismo Vida, Sol e Mar foi condenada também ao pagamento das custas processuais. O ICMBio e o Estado de Santa Catarina foram declarados isentos de custas (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96). A sentença foi submetida ao reexame necessário (evento 152 – SENT1).

Opostos embargos declaratórios (evento 166), estes foram acolhidos (evento 168) com a finalidade de corrigir erro material, para fazer constar no dispositivo sentencial que a condenação imposta ao ICMBio na sentença do evento 152 é adstrita aos limites da APA da Baleia Franca nos Municípios de Garopaba, Imbituba e Laguna, sem referência à zona de amortecimento.

Apelou o Instituto Sea Shepherd Brasil (Instituto Guardiões do Mar) – ISSB, reiterando a ilegalidade da atividade desenvolvida pelas duas operadoras de turismo, consistente no turismo de observação de baleias francas com o uso de embarcações (ou *whale watching*), porque desconsiderada a distância mínima de 100 metros, sendo que em alguns vídeos divulgados na Internet é possível ver turistas tocando e barcos abalroando baleias adultas e filhotes. Aduz que é inadmissível o ICMBio e as demais organizações (Instituto Baleia Franca e Projeto Baleia Franca) não possuírem plano de manejo e afirmarem ausência de condições de cumprir a Portaria Ibama 117/96.

Refere que, ao considerar inovação, errou a sentença, não conhecendo dos pedidos relativos ao licenciamento ambiental da atividade ou à sua suspensão definitiva, uma vez que o próprio ICMBio reconheceu,

nos eventos 77 e 131, a necessidade de regras mais restritivas ao desenvolvimento da atividade no interior da APA Baleia Franca, enquanto realizados os estudos de impacto ambiental. Refere ainda que o ora apelante requereu esclarecimentos quanto a essas propostas, o que não foi considerado pelo juiz *a quo*, que julgou antecipadamente o feito, infringindo o art. 462 do CPC. O apelante transcreve trecho do parecer técnico emitido pelo Prof. Dr. Antônio Libório Philomena, oceanógrafo e docente-pesquisador aposentado pela Furg, no qual conclui sobre os perigos do molestamento acústico das baleias em SC, em especial por meio da referida atividade, causando estresse crônico nesses mamíferos marinhos, o que é capaz de impactar toda a vida nos oceanos. O apelante também transcreve trecho do parecer ministerial, da lavra do Procurador Regional da República Paulo Cogo Leivas, no sentido de que é necessária a suspensão da atividade de turismo de observação de baleias com embarcação na região da APA Baleia Franca. Postula, ainda, com base na Lei nº 7.643/87, na Portaria 117/96, no Decreto 6.698/08 e na Instrução Normativa ICMBio 04/09, a suspensão da sentença até o pronunciamento definitivo deste Tribunal, a suspensão definitiva do turismo de observação de baleias embarcado, com ou sem motor, e a sua proibição na região da APA Baleia Franca, diante da prova inequívoca de inobservância à legislação regulatória da atividade e protetiva da espécie *Eubalaena australis*, em perigo de extinção. Alternativamente, propugna pela suspensão imediata da atividade até que os estudos de viabilidade e de impacto ambiental, bem como de licenciamento ambiental, sejam concluídos (evento 177).

Também apelou o ICMBio, alegando que há tempos a autarquia vem tomando as medidas de fiscalização do turismo de observação de baleias embarcado, tanto que foi criada a APA Baleia Franca. Refere que, em cumprimento à Portaria 117/96, desde 2005, a referida APA vem estabelecendo cadastramento obrigatório e anual que monitora as embarcações, como o cadastramento para a temporada de 2012, objeto da presente demanda, bem como cursos com as operadoras de turismo. Refere que muitas baleias se aproximam de embarcações com motores desligados e que o toque nas baleias não é vedado expressamente pela legislação atual, o que impede que sejam tomadas medidas de proibição e sanção pela autarquia, concluindo que o turismo embarcado é atividade

lícita e socialmente importante dentro dos limites legais, não havendo fundamento para a condenação imposta pela sentença. Aduz que a decisão, ao determinar as medidas de fiscalização, contraria o princípio de independência e harmonia entre os poderes, razão pela qual requer a reforma da sentença, com a inversão dos ônus sucumbenciais (evento 182).

Com as contrarrazões e o parecer do representante do MPF, Procurador Regional da República Paulo Cogo Leivas, opinando pelo desprovimento da apelação do ICMBio e pelo parcial provimento da apelação do ISSB (evento 19), vieram os autos a este Tribunal por força, inclusive, da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva: A controvérsia da presente lide refere-se à suspensão da atividade de turismo de observação de baleias francas até que o ICMBio comprove nos autos a adoção das medidas administrativas necessárias para a sua efetiva fiscalização, com a apresentação de plano de fiscalização que contemple a inspeção *in loco* e ostensiva das atividades nas embarcações, bem como o estrito cumprimento dos atos normativos que regulamentam o turismo embarcado de observação de baleias francas nos limites da APA da Baleia Franca, nos municípios catarinenses de Garopaba, Imbituba e Laguna.

O magistrado *a quo*, após realizada audiência de conciliação na qual restou inexitoso o acordo proposto, condenou a autarquia a elaborar plano de fiscalização permanente, nos termos do art. 6º, § 1º, da Portaria nº 44/2008 do ICMBio, que contemple a fiscalização *in loco* de forma periódica nas épocas de avistamento das baleias francas, entre outras medidas fiscalizatórias consideradas pertinentes e eficientes, já adotadas ou não, mantendo a suspensão da atividade de observação com o uso de embarcações, com ou sem motor, até que as obrigações sejam cumpridas.

Assevera o apelante Instituto Sea Shepherd Brasil – ISSB, em síntese, que tais medidas não são suficientes para proteger as baleias francas, principalmente após a juntada aos autos de provas de molestamento

da espécie durante a observação embarcada, razão pela qual pleiteia a suspensão em definitivo do turismo de observação ou a suspensão imediata até que os estudos de viabilidade ambiental e de impactos da atividade nos cetáceos sejam concluídos, bem como até que o licenciamento ambiental da atividade seja realizado.

Ao seu turno, o ICMBio, órgão gestor da APA Baleia Franca, defende a suficiência da fiscalização exercida, aduzindo que a Portaria 44/2008 foi revogada pela Portaria 95/2012, a qual é usada pela autarquia para o monitoramento da atividade, o manejo e a conservação dessa espécie de cetáceo, em conjunto com a Portaria Ibama 117/96. Aduz que está aplicando o disposto na Lei 7.643/87, que veda o molestamento intencional de todas as espécies de cetáceos e trata como conduta delituosa quem o pratica.

O bem lançado parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador Regional da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, foi bastante elucidativo, razão pela qual peço vênia para adotar, como razões de decidir, excerto dos seus fundamentos, a seguir reproduzido:

"2.1 DA APELAÇÃO DO ICMBIO

2.1.1 PROTEÇÃO AMBIENTAL DE ESPÉCIE AMEAÇADA DE EXTINÇÃO DA FAUNA BRASILEIRA: BALEIA FRANCA AUSTRAL

A Constituição Federal confere proteção à fauna ao vedar as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e provoquem a extinção de espécies:

'Art. 225. (...) § 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.'

O Brasil também é signatário da Convenção da Diversidade Biológica, que tem por objetivo, entre outros, a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.

Em seu artigo 8º, alínea *f*, a CDB estabelece que os Estados-partes devem 'recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas por meio da elaboração e da implementação de planos e outras estratégias de gestão'.

Especificamente em relação aos cetáceos, entre os quais se incluem as baleias francas, a Lei 7.643/87 define como crime qualquer forma de molestamento intencional de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras:

'Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Art. 2º A infração ao disposto nesta lei será punida com a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional –

OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.'

A espécie baleia franca (*Eubalaena australis*) consta na lista de espécies da fauna brasileira ameaçadas de extinção, que ficam protegidas de modo integral, de acordo com a Instrução Normativa nº 3, de 26 de maio de 2003, do Ministério do Meio Ambiente:

'Art. 1º Reconhecer como 'Espécies da Fauna Brasileira Ameaçadas de Extinção' aquelas constantes da lista anexa à presente portaria.

Art. 2º As espécies constantes da presente lista ficam protegidas de modo integral, de acordo com o estabelecido na legislação vigente.

Art. 3º A não observância desta portaria constitui infração sujeita às penalidades previstas nas citadas Leis nºs 5.197, de 1967, e 9.605, de 1998, sem prejuízo dos dispositivos previstos no Código Penal e nas demais leis vigentes, com as penalidades nelas consideradas.'

O Decreto 6.698/2008 declara as águas jurisdicionais marinhas brasileiras santuário de baleias e golfinhos do Brasil, com a finalidade de reafirmar o interesse nacional no campo da preservação e da proteção de cetáceos e promover o uso não letal das suas espécies (art. 1º).

2.1.2 PRINCIPAIS AMEAÇAS À ESPÉCIE BALEIA FRANCA E ESTRATÉGIAS DE CONSERVAÇÃO

A baleia franca (*Eubalaena australis*) apresenta padrão de migração sazonal característico entre as áreas de reprodução, durante o inverno, e de alimentação, durante o verão. É encontrada em águas abertas na maior parte de suas áreas de alimentação e possui hábitos costeiros durante o período reprodutivo. No Brasil, uma de suas áreas de reprodução, a espécie ocorre durante os meses de maio a dezembro, com pico de avistagem de agosto a outubro. Durante esse período, os indivíduos procuram águas calmas e quentes para acasalamento, parição e cuidados com os filhotes, permanecendo nas proximidades da arrebentação das ondas.

Essas informações gerais constam no Livro Vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção, do Ministério do Meio Ambiente:

'*Eubalaena australis* apresenta um padrão de migração sazonal característico entre as áreas de reprodução, durante o inverno, e de alimentação, durante o verão. Alimenta-se em águas frias por meio da filtração, na superfície ou logo abaixo, e sua dieta é constituída basicamente de copépodos e krill. É encontrada em águas abertas na maior parte de suas áreas de alimentação e possui hábitos costeiros durante o período reprodutivo. No Brasil, uma de suas áreas de reprodução, a espécie ocorre durante os meses de maio a dezembro, com pico de avistagem de agosto a outubro. Durante esse período, os indivíduos procuram águas calmas e quentes para acasalamento, parição e cuidados com os filhotes, permanecendo nas proximidades da arrebentação das ondas (Lodi et al., 1996; Groch, 2000). As fêmeas com filhotes permanecem nas áreas de reprodução durante mais tempo que os machos e realizam, em geral, deslocamentos menores ao longo da costa. Estudos de fotoidentificação demonstraram haver uma certa fidelidade às áreas de reprodução, principalmente pelas fêmeas, que tendem a retornar aos mesmos locais para concepção de um novo filhote (IWC, 2001). Parece haver, ainda, preferência por determinadas áreas de agregação dentro das áreas reprodutivas, bem como uma separação entre áreas de concentração de fêmeas com filhotes e grupos de acasalamento.'

Especificamente a região da Área de Proteção Ambiental Baleia Franca, no litoral

catarinense, é considerada berçário natural da espécie, que procura as águas calmas e com temperaturas amenas da região não apenas para ter seus filhotes e amamentá-los como também para a reprodução.

As principais ameaças enfrentadas pela baleia franca atualmente são colisões com embarcações e emalhamento em artefatos de pesca. A atividade de turismo de observação embarcado representa outra ameaça, especialmente pelo fato de áreas mais costeiras serem utilizadas pelos pares de mãe e filhote. Essas também são informações que constam no Livro Vermelho elaborado pelo Ministério do Meio Ambiente:

'PRINCIPAIS AMEAÇAS

A baleia franca foi intensamente caçada no Hemisfério Sul entre os séculos XVII e XX, especialmente por apresentar um hábito costeiro nas áreas de reprodução, por ser relativamente lenta e apresentar uma espessa camada de gordura (IWC, 2001). Apesar de estar protegida internacionalmente desde 1935, capturas ilegais de baleias francas foram realizadas até o início da década de 1970, inclusive em águas brasileiras. As estimativas mais recentes de tamanho populacional da espécie sugerem que existam cerca de 7.000 indivíduos no Hemisfério Sul, dos quais aproximadamente 3.000 no Atlântico Sul ocidental. Acredita-se que esses números correspondam a 5 a 10% da população existente no período anterior à caça comercial (IWC, 2001). Atualmente, as principais ameaças enfrentadas pelas baleias francas são colisões com embarcações e emalhamento em artefatos de pesca (IWC, 2001). Na costa brasileira, registros desses eventos têm ocorrido principalmente no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina, embora sejam também documentados em outras regiões (Lodi et al., 1996; Greig et al., 2001; Santos et al., 2001). Além desses fatores, a destruição e a alteração do hábitat, a poluição e a expansão desordenada da ocupação costeira também constituem ameaças potenciais à espécie. A atividade de turismo de observação embarcado representa outra ameaça, especialmente pelo fato de áreas mais costeiras serem utilizadas pelos pares de mãe e filhote.'

No próprio *site* do ICMBio constam como fatores de ameaça 'caça, colisões com embarcações e emalhamento em artefatos de pesca, alteração do hábitat, poluição, turismo'.

Entre as estratégias de conservação dessa espécie para a costa brasileira, constam no Livro Vermelho o ordenamento e a fiscalização do turismo de observação de baleias e o incentivo do turismo para a sua observação a partir da terra. No âmbito das pesquisas, recomenda-se, prioritariamente, quantificação do impacto do turismo de observação de baleias.

'ESTRATÉGIAS DE CONSERVAÇÃO

A conservação dessa espécie migratória e de ampla distribuição depende de esforços de proteção nacionais e internacionais. Para a costa brasileira, recomenda-se: a) introdução, nas cartas náuticas, de um alerta informando a ocorrência da espécie na região costeira, durante o período de inverno; b) ordenamento e fiscalização do turismo de observação de baleias; c) incentivo do turismo para a observação de baleias a partir da terra. No âmbito das pesquisas, recomenda-se, prioritariamente: a) estimativas de abundância e tendências populacionais; b) avaliação do impacto das capturas acidentais e das colisões com embarcações; c) determinação da estrutura populacional, das rotas migratórias e das áreas de concentração; d) quantificação do impacto do turismo de observação de baleias; e) determinação dos atuais

níveis de contaminantes.'

A proteção dessa espécie ameaçada de extinção é a principal finalidade da criação da Área de Proteção Ambiental Baleia Franca.

2.1.3 FINALIDADE DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL APA BALEIA FRANCA E USO SUSTENTÁVEL DA BIODIVERSIDADE: ORDENAMENTO DO USO TURÍSTICO DA REGIÃO

Entende-se por espécies ameaçadas de extinção, entre as quais se encontra a baleia franca, aquelas com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo (definição de acordo com a Instrução Normativa nº 5, de 21 de maio de 2004, do Ministério do Meio Ambiente); aquelas cujas populações e hábitats estão desaparecendo rapidamente, de forma a colocá-las em risco de se tornarem extintas.

O Decreto s/n, de 14 de setembro de 2000, dispõe sobre a criação da Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, no Estado de Santa Catarina. A APA Baleia Franca foi criada com a finalidade de proteger, em águas brasileiras, a baleia franca austral e ordenar o uso turístico e recreativo da região, entre outras, conforme o art. 1º:

'Art. 1º Fica criada, na região costeira do Estado de Santa Catarina, a Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, com a finalidade de proteger, em águas brasileiras, a baleia franca austral *Eubalaena australis*, ordenar e garantir o uso racional dos recursos naturais da região, ordenar a ocupação e a utilização do solo e das águas, ordenar o uso turístico e recreativo, as atividades de pesquisa e o tráfego local de embarcações e aeronaves.'

Já o seu art. 3º, inc. IV, determina que na Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca a atividade de exploração de serviços turísticos voltados à observação das baleias francas e das demais espécies de cetáceos fica sujeita à regulamentação específica:

'Art. 3º Na Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, ficam sujeitas à regulamentação específica dos órgãos competentes as seguintes atividades, dentre outras: (...) IV – a exploração de serviços turísticos voltados à observação de baleias francas e demais espécies de cetáceos, bem como o acesso às ilhas públicas englobadas em seu perímetro;'

O Decreto nº 4.339/2002 institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Entre os seus princípios e diretrizes, consta a necessidade de ações voltadas à recuperação de espécies ameaçadas de extinção.

Consta também como diretriz a utilização sustentável dos componentes da biodiversidade, que tem por objetivo específico, entre outros, '12.2.7. Promover instrumentos para assegurar que atividades turísticas sejam compatíveis com a conservação e a utilização sustentável da biodiversidade'.

O Decreto 6.698/2008, por sua vez, que declara as águas jurisdicionais marinhas brasileiras santuário de baleias e golfinhos do Brasil, dispõe, no art. 2º, que estão permitidos a pesquisa científica e o aproveitamento turístico ordenado, nos termos da legislação em vigor. Já o art. 3º estabelece que 'a União promoverá, por meio dos canais diplomáticos e de cooperação competentes, a atuação do País nos foros internacionais, a articulação regional e internacional necessária a promover a integração em pesquisa e outros usos não letais dos cetáceos no Santuário de Baleias e Golfinhos do Brasil, bem como buscará a conservação dessas espécies no âmbito da bacia oceânica do Atlântico Sul'.

A Portaria Ibama nº 117, de 26.12.96, estabelece importantes vedações no que se refere

à prevenção de molestamento de cetáceos encontrados em águas jurisdicionais brasileiras.

Dispõe o art. 2º da referida portaria algumas dessas vedações, relativas, por exemplo, à distância permitida de aproximação das embarcações, bem como à produção de ruídos excessivos:

'Art. 2º É vedado a embarcações que operem em águas jurisdicionais brasileiras:

a) aproximar-se de qualquer espécie de baleia (cetáceos da Ordem *Mysticeti*; cachalote, *Physeter macrocephalus*, e orca, *Orcinus orca*) com motor ligado a menos de 100 m (cem metros) de distância do animal mais próximo;

b) religar o motor antes de avistar claramente a(s) baleia(s) na superfície ou a uma distância de, no mínimo, 50 m (cinquenta metros) da embarcação;

c) perseguir, com motor ligado, qualquer baleia por mais de 30 (trinta) minutos, ainda que respeitadas as distâncias supraestipuladas;

d) interromper o curso de deslocamento de cetáceo(s) de qualquer espécie ou tentar alterar ou dirigir esse curso;

e) penetrar intencionalmente em grupos de cetáceos de qualquer espécie, dividindo-o ou dispersando-o;

f) produzir ruídos excessivos, tais como música, percussão de qualquer tipo, ou outros, além daqueles gerados pela operação normal da embarcação, a menos de 300 m (trezentos metros) de qualquer cetáceo;

g) despejar qualquer tipo de detrito, substância ou material a menos de 500 m (quinhentos metros) de qualquer cetáceo, observadas as demais proibições de despejos de poluentes em lei.'

Já o art. 4º estabelece que caberão à unidade de conservação na qual ocorra regularmente a presença de cetáceos as seguintes determinações em relação à operação de embarcações de turismo comercial em seu interior, como o seu cadastramento, a quantidade limite de embarcações que possam operar simultaneamente em seu interior, além de determinação de suas rotas e velocidades:

'Art. 4º Quando da operação de embarcações de turismo comercial no interior de unidades de conservação nas quais ocorra regularmente a presença de cetáceos, caberá à unidade em questão determinar:

a) o cadastramento das embarcações que operem regularmente na unidade de conservação, devendo constar seu registro competente junto ao Ministério da Marinha, nome, tamanho, tipo de propulsão e lotação de passageiros da embarcação, bem como qualificação e endereço de seu responsável ou responsáveis;

b) o número máximo de embarcações cuja operação simultânea seja permitida no interior da unidade de conservação;

c) quando da existência de áreas de concentração ou uso regular por cetáceos, a(s) rota(s) e a(s) velocidade(s) para trânsito de tais embarcações no interior e/ou na proximidade de tais áreas.'

Além disso, de acordo com o art. 5º da Portaria Ibama nº 117/96, para a operação de embarcações de turismo comercial no interior de unidades de conservação nas quais ocorre regularmente a presença de cetáceos, é obrigatória a provisão, em caráter permanente, de

informações interpretativas sobre tais animais e suas necessidades de conservação aos turistas transportados até aquelas unidades.

Considerando o consenso expresso no relatório final do *workshop* sobre Ciência para a Sustentabilidade no Turismo de Observação de Baleias, realizado na Cidade do Cabo, África do Sul, em março de 2004, sob o patrocínio do Comitê Científico da Comissão Baleeira Internacional, da qual o Brasil faz parte, que ressalta a importância, tanto do ponto de vista do manejo como da avaliação científica, da existência de áreas de refúgio onde o turismo de observação de baleias não ocorre e recomenda a adoção de áreas fechadas como ferramenta de gestão precautória e cientificamente embasada, entre outros motivos, foram estabelecidas restrições às atividades náuticas específicas em determinados setores da Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca durante os meses de junho a novembro, mediante a Instrução Normativa do Ibama nº 102, de 19 de junho de 2006.

Nos setores definidos na referida instrução normativa, ficam vedadas as seguintes atividades náuticas por embarcações motorizadas: I – o transporte de passageiros com finalidade turística, mediante pagamento ou não; II – a prática e o apoio a qualquer forma de esporte náutico; e III – atividades recreativas em geral.

Contudo, não está sendo efetivada a garantia da adequada proteção das baleias francas no litoral catarinense. Conforme se depreende do que consta nos autos, sequer há avaliação segura dos impactos aos cetáceos gerados pela prática de turismo de observação com embarcações no litoral catarinense, em enseadas pequenas e fechadas.

2.1.4 CONSERVAÇÃO E USO SUSTENTÁVEL DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA: IMPACTOS DO TURISMO DESORDENADO À BIODIVERSIDADE, EM ESPECIAL EM ENSEADAS FECHADAS

De várias formas o turismo de observação pode afetar os mamíferos marinhos, causando efeitos adversos no seu comportamento e na sua fisiologia ou afetando seu hábitat.

O turismo de observação de mamíferos marinhos, particularmente de baleias, é uma indústria em crescimento. (...)

O turismo de observação pode afetar as populações selvagens de três principais formas, causando efeitos adversos no seu comportamento e na sua fisiologia ou afetando seu hábitat. Indivíduos que estão sujeitos a perturbações permanecerão menos tempo alimentando-se ou descansando e gastarão mais energia na partida desses locais, podendo mudar para áreas menos produtivas ou mais distantes.

Nessas áreas, eles podem estar sujeitos também à competição com outras espécies ou à predação em locais menos favoráveis. Durante períodos reprodutivos, interferências no comportamento da corte ou do acasalamento e, mais tarde, no cuidado parental reduzem o sucesso reprodutivo, sendo, dessa forma, uma séria ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie. Estudos recentes demonstraram mudanças fisiológicas e alterações da bioquímica do sangue, como o aumento nos níveis de hormônios de estresse em animais sujeitos a perturbações (Unep, 2006).

(...) Na medida em que o turismo de observação, principalmente de cetáceos, cresce no Brasil, possíveis colisões com os animais observados passam a ser uma ameaça a se considerar (Camargo & Bellini, 2007).

Conforme exposto na inicial desta ação civil pública, 'a aproximação dos barcos, além do risco de abalroamento com as baleias, também provoca interrupção e perturbação no sistema de ecolocalização ou biossonar, que garante às baleias a percepção de posição e distância dos elementos à sua volta. Assim, a interferência de outras ondas sonoras é extremamente prejudicial para esses animais'.

A parte-autora apresentou nos autos uma série de imagens e notícias veiculadas na Internet – inclusive nos *sites* de operadoras de turismo de observação de baleias –, além de indicar vídeos postados no YouTube, nos quais se percebe aproximação de barcos a baleias francas. Em algumas imagens, até mesmo aparecem as baleias sendo tocadas pelos turistas.

Essa aproximação das embarcações às baleias foi mencionada por uma das empresas de turismo que operam na APA Baleia Franca (evento 16 – PROCADM6):

'A Operadora Base Cangulo respeita a aproximação de cetáceos conforme a legislação, de 100 m. No entanto, ocorrem manobras realizadas pelo capitão da embarcação durante o avistamento, que são feitas de forma eventual, para segurança e salvaguarda do barco e dos passageiros. Isso se deve à deriva da embarcação, em função dos ventos predominantes na região. Em uma área de arrebentação, onde as baleias francas costumam estar, é fato que as embarcações utilizem esse recurso sem qualquer desrespeito à lei.

As distâncias de aproximação de até 100 m dos cetáceos são estabelecidas em função da sensibilidade do condutor, que, em ambiente terrestre, já tem definida essa distância comparativa entre dois pontos em um mesmo plano. (...)

1 – Grupos de baleias se movimentam normalmente em uma área bastante próxima da arrebentação das ondas na costa. A presença de ventos dos quadrantes sul e norte e as correntes marítimas associadas conduzem as embarcações à deriva nos momentos das avistagens. Em dados momentos, as manobras visando à segurança do barco e dos passageiros são obrigatórias, mesmo que os cetáceos estejam a uma distância inferior ao estabelecido pela legislação.

2 – Mesmo respeitando a aproximação de 100 metros dos cetáceos, ocorrem casos em que a embarcação, estando em busca das baleias, muitas vezes se depara com um grupo que emerge subitamente próximo ao barco a uma distância inferior à da legislação.

3 – Em muitos procedimentos de avistamento ocorrem situações em que os cetáceos se movimentam em direção ao barco, motivados pela curiosidade, quando os motores são ligados.

(...) Sabemos que houve um desrespeito a uma das normas, mas sempre procuramos realizar os corretos procedimentos de avistagem, atendendo à legislação. No entanto, é fato também que, às vezes, a embarcação de avistamento é posta em situações de difícil manobra devido à posição da baleia, que não se afasta da embarcação.

Conciliar esses aspectos com o respeito aos limites da área de refúgio e também com os efeitos de ventos e correntes marítimas que empurram o barco para a praia pode gerar situações imprevisíveis como essa que gerou a notificação de nossa empresa.

Diante do exposto, saliento que as manobras realizadas pelo capitão da embarcação durante o avistamento próximo às áreas de refúgio e de arrebentação são feitas ou não de forma eventual para garantir a segurança e a salvaguarda do barco/passageiros e do próprio

cetáceo.

(...)'

Infelizmente, não é a primeira vez que situações como essa geram este desconforto. De qualquer forma, é pertinente que o fato seja averiguado em sua essência para o bom funcionamento das atividades de *whale watching*.

Como relatado pela operadora de turismo de observação de baleias embarcado, às vezes é feita manobra brusca pela embarcação visando à segurança dos passageiros, mesmo que os cetáceos estejam a uma distância inferior ao estabelecido pela legislação.

Conforme se constata do referido relato, assiste razão à parte-autora quando sustenta que há regiões que não comportam esse tipo de atividade, como é o caso da observação de baleias com uso de barcos em enseadas fechadas, causando danos aos cetáceos e risco à segurança dos turistas. Segundo a parte-autora, haveria uma tendência mundial em proibir-se o Tobe em enseadas fechadas, como é o caso da região da APABF.

Dessa forma, ainda que de forma involuntária, há perturbação (intencional e/ou acidental) das baleias durante o turismo de observação com embarcações. Cabe ressaltar que esses cetáceos visitam a costa brasileira para darem à luz e alimentarem seus filhotes; contudo, estariam sofrendo perturbações em face principalmente de não estarem sendo observados os limites legais de aproximação.

2.1.5 INSUFICIÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DA ATIVIDADE DE TURISMO DE OBSERVAÇÃO DE BALEIAS EMBARCADO NA APA BALEIA FRANCA

Da análise do que consta nos autos, verifica-se que não há uma efetiva fiscalização, por parte do ICMBio, das embarcações que realizam o turismo de observação de baleias na região da APA Baleia Franca, pois o atual sistema adotado – de cadastramento de embarcações e exigência de relatórios de viagens – não permite o controle das rotas, tampouco se as embarcações respeitam os limites de aproximação previstos no art. 2º da Portaria nº 117/96 do Ibama.

Outros critérios estabelecidos na Portaria nº 117/96 do Ibama, como o número máximo de embarcações cuja operação simultânea é permitida no seu interior, bem como as rotas e as velocidades para trânsito de tais embarcações no interior e/ou na proximidade das áreas de concentração ou de uso regular por cetáceos, ainda não foram implementados pelo ICMBio. Essa informação foi prestada pelo próprio ICMBio, que afirmou, ainda, que 'a unidade está em construção do seu plano de manejo, e essas normativas serão construídas na elaboração deste', conforme Informação Técnica nº 024/2012 (evento 16 – PROCADM6).

Essa análise já foi efetuada pelo Ministério Público Federal, em parecer exarado no processo originário, parte dos fundamentos aos quais me reporto (evento 22):

'O INSTITUTO GUARDIÕES DO MAR, autor desta ação civil pública, veicula, por meio desta demanda, sua preocupação com a proteção da baleia franca. Por sua vez, o ICMBio aduz que, embora não tenha condições de empreender uma fiscalização *in loco* da atividade por falta de pessoal, vem adotando as necessárias medidas de proteção, por meio de cadastramento, fiscalização das embarcações e relatórios de bordo confeccionados e apresentados pelas empresas de turismo.

Na verdade, pelo que consta nos autos (inclusive pelas informações trazidas pelo próprio réu), apesar do reconhecido esforço empreendido pela administração da APA da Baleia Franca (ICMBio) nas ações de preservação da baleia franca, no que tange ao turismo de observação há deficiências na fiscalização.

A partir da contestação apresentada, nota-se que a APA da Baleia Franca adota um sistema de cadastramento das embarcações que efetuarão o turismo de observação e exige relatórios das viagens. Há inclusive um código de conduta para esses operadores de turismo (documento PROCADM5 – anexo à contestação), estabelecido em 2011.

Entretanto, carece de uma efetiva fiscalização (ativa ou de algum outro mecanismo efetivo) das embarcações que praticam o turismo de avistamento, pois o atual sistema, a princípio, é limitado, pois não permite o controle das rotas, tampouco se as embarcações respeitam os limites de aproximação previstos no art. 2º da Portaria nº 117/96 do Ibama. Tal conclusão pode ser extraída dos documentos anexados à contestação (evento 16).

Além desses limites de aproximação (*v.g*., 100 m com motor engrenado; 50 m para religar) previstos no artigo 2º, essa portaria prevê algumas restrições para os casos de operação de embarcações de turismo no interior de UC. Eis o que estabelece o art. 4º, *in verbis*:

'Art. 4º – Quando da operação de embarcações de turismo comercial no interior de unidades de conservação nas quais ocorra regularmente a presença de cetáceos, caberá à unidade em questão determinar:

a) o cadastramento das embarcações que operem regularmente na unidade de conservação, devendo constar seu registro competente junto ao Ministério da Marinha, nome, tamanho, tipo de propulsão e lotação de passageiros da embarcação, bem como qualificação e endereço de seu responsável ou responsáveis;

b) o número máximo de embarcações cuja operação simultânea seja permitida no interior da unidade de conservação;

c) quando da existência de áreas de concentração ou uso regular por cetáceos, a(s) rota(s) e a(s) velocidade(s) para trânsito de tais embarcações no interior e/ou na proximidade de tais áreas.'

Nessa toada, para subsidiar a defesa nesta ação civil pública, o ICMBio emitiu a Informação Técnica nº 024/2012 (evento 16 – PROCADM6), de onde se extrai:

'A unidade ainda não possui normativas quanto ao número máximo de embarcações cuja operação simultânea é permitida no seu interior, bem como quanto às rotas e às velocidades para trânsito de tais embarcações no interior e/ou na proximidade das áreas de concentração ou de uso regular por cetáceos. Informamos que a unidade está em construção do seu plano de manejo, e essas normativas serão construídas na elaboração deste.'

Nota-se, então, que os critérios estabelecidos na Portaria nº 117/96 Ibama ainda não foram completamente implementados na APA da Baleia Franca.'

No mesmo sentido, este e. TRF4, ao julgar agravo de instrumento interposto em face de decisão liminar proferida nos autos originários:

'Por certo, a aplicação da legislação protetiva dos cetáceos e a fiscalização e o monitoramento realizados pelo ICMBio não estão sendo suficientes para garantir a segurança de baleias francas, turistas e embarcações envolvidos na atividade, até mesmo em razão das

características do litoral em que é realizada e de fatores como a movimentação das marés, os ventos e o próprio deslocamento das baleias francas. Tais fatores acabam por colocar em risco não só as baleias francas como também turistas e exploradores da atividade.'

Como já referido, essas razões – insuficiência da fiscalização e ausência de implementação de critérios previstos na legislação protetiva de cetáceos para a prática de turismo de observação de baleias com embarcações – são suficientes para a suspensão dessa atividade na APA Baleia Franca.

Destaca-se, ainda, que o ICMBio chega a sustentar que 'o toque manual nas baleias não é vedado expressamente pela legislação atual, impedindo que se tomem medidas de proibição e sanção pela autarquia'.

Porém, como referido na sentença, a norma existente veda, ainda que não expressamente, o toque humano nos cetáceos:

'Ora, se o art. 2º da Portaria nº 117/96 do Ibama prevê distâncias mínimas a serem mantidas entre embarcações e baleias, principalmente em razão do ruído dos motores, e o art. 3º da mesma portaria veda a prática de mergulho ou natação a uma distância inferior a cinquenta metros de baleia de qualquer espécie, observa-se que a norma não se preocupa só com o ruído dos motores, mas também busca evitar a própria aproximação humana.'

Portanto, o ICMBio sequer observa as diretrizes já definidas acerca do desenvolvimento da atividade.

Além disso, é reconhecido pelo ICMBio que seria preferível a fiscalização com inspeção *in loco*, porém procura se eximir da responsabilidade ao sustentar não ter condições operacionais para implementá-la.

Também sustenta que os critérios técnicos de sua atividade fiscalizatória são de competência do Poder Executivo, sob pena de contrariedade ao princípio da independência e da harmonia entre os poderes.

Os argumentos do ICMBio devem ser afastados. Com efeito, a determinação ao ICMBio de adoção, de forma permanente, das medidas administrativas necessárias para efetiva fiscalização do estrito cumprimento dos atos normativos que regulamentam a atividade de observação de baleias francas com uso de embarcações nos limites da APA da Baleia Franca, nos Municípios de Garopaba, Imbituba e Laguna, mediante a elaboração e a implementação de plano de fiscalização que contemple a inspeção *in loco* e ostensiva das atividades nas embarcações durante as saídas, pode (e deve) ser executada pela autarquia, em razão de estar compreendida no âmbito de sua atribuição e por sua atuação nesse sentido ter se demonstrado deficiente.

Correta a sentença nesse ponto, pois cabe ao ICMBio fiscalizar a referida atividade, o que está compreendido nas suas funções institucionais, não sendo concebível a sua completa omissão e/ou atuação deficiente em proteger, em águas brasileiras, a baleia franca austral e ordenar o uso turístico e recreativo da região, conforme o Decreto s/n, de 14 de setembro de 2000, que dispõe sobre a criação da Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, no Estado de Santa Catarina.

2.2 DA APELAÇÃO DO INSTITUTO SEA SHEPHERD BRASIL

2.2.1 DA NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO, PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DE

IMPACTOS GERADOS PELA ATIVIDADE DE TURISMO DE OBSERVAÇÃO DE BALEIAS EMBARCADO

O Instituto Sea Shepherd Brasil, nas razões de apelação, pediu o seguinte:

'b) a suspensão definitiva do turismo de observação de baleias embarcado, com ou sem motor, com a sua PROIBIÇÃO nos Municípios de Garopaba, Imbituba e Laguna, na região da APA da Baleia Franca/SC, diante da prova inequívoca do necessário descumprimento da legislação regulatória da atividade e protetiva da espécie *Eubalaena australis* (em perigo de extinção), para a garantia da segurança de navegação e salvaguarda da vida humana (tripulação e turistas), ditadas pelos fatores ambientais locais imutáveis: formação geográfica (enseadas fechadas e semifechadas), ventos e correntes marítimas, levando-se em conta o documento trazido pelo apelado ICMBio, evento 16, PROCADM 6, p. 20, e os laudos juntados aos autos pelo apelante, no evento 39, que comprovam a inviabilidade da prática do Tobe na região da Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, conforme o art. 462 do Código de Processo Civil; ou, alternativamente,

c) a suspensão imediata da observação de baleias francas com o uso de embarcações, com ou sem motor, nos limites da APA da Baleia Franca, nos Município de Garopaba, Imbituba e Laguna, até que os estudos de viabilidade ambiental da atividade e dos impactos da atividade nos cetáceos sejam concluídos, bem como seja determinado o licenciamento ambiental da atividade;'

Em relação aos pedidos relacionados à proibição definitiva da atividade, embora os relevantes argumentos da recorrente, correta a sentença ao decidir pelo seu não conhecimento, considerando se tratar de inovação do pedido após a contestação, sem o consentimento do ICMBio.

Resta examinar o pedido de que a atividade esteja condicionada a estudos de viabilidade ambiental e ao licenciamento, se se trata de medidas que devem ser consideradas necessárias para a proteção da baleia franca.

Esse e. TRF4, ao julgar agravo de instrumento interposto em face de decisão liminar proferida nos autos originários, considerou 'não só a preocupação em estimular a educação ambiental, como menciona o ICMBio, e em proteger a atividade econômica dos trabalhadores que dela dependem, mas, principalmente, a necessidade de se preservar a espécie em unidade de conservação em que é imprescindível o devido licenciamento ambiental'.

Por outro lado, sequer são observados os procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 04/2009 sobre a autorização direta da atividade, como sustenta o Instituto Sea Shepherd Brasil nas razões de apelação: 'Nos documentos acostados aos autos pelo apelado ICMBio, não se verifica a observação a essa instrução normativa para a expedição da autorização direta, visto que em momento algum são apresentadas as informações previstas no art. 6º pelas operadoras, conforme se verifica no evento 14, em que o apelado apresenta o procedimento adotado para a autorização do Tobe'.

De acordo com a referida Instrução Normativa nº 04/2009, uma das etapas do procedimento para autorização direta consiste na análise técnica, na qual devem ser considerados os impactos ambientais potenciais e efetivos na unidade de conservação e as propostas para mitigação dos potenciais impactos à unidade de conservação apresentadas pelo interessado:

‘CAPÍTULO II – DO PROCEDIMENTO PARA AUTORIZAÇÃO DIRETA

Art. 3º O procedimento de Autorização Direta obedecerá às seguintes etapas:

I – requerimento do interessado diretamente à unidade de conservação afetada, conforme Anexo I;

II – análise técnica;

III – deferimento ou indeferimento da Autorização; e

IV – encaminhamento da decisão ao interessado.

Parágrafo único. O procedimento de concessão de Autorização Direta não depende da abertura imediata do processo administrativo, cabendo ao chefe da unidade de conservação formalizá-lo junto à unidade protocolizadora.

Art. 4º Na análise técnica serão considerados:

I – os impactos ambientais potenciais e efetivos na unidade de conservação e na sua zona de amortecimento ou área circundante;

II – as restrições para a implantação e a operação da atividade, de acordo com o decreto de criação, as características ambientais e a zona de amortecimento ou área circundante da unidade de conservação;

III – a compatibilidade entre a atividade e as disposições contidas no plano de manejo, quando houver.

Parágrafo único. Caso os elementos apresentados para subsidiar a análise e a manifestação sejam insuficientes, serão solicitadas informações e documentos complementares.

Art. 5º A Autorização Direta será concedida pela unidade de conservação afetada pela atividade.

Parágrafo único. Nos casos em que a atividade solicitada afetar Reserva Particular do Patrimônio Natural, a competência para emissão de autorização será da Coordenação Regional à qual a unidade de conservação estiver vinculada.

Art. 6º A análise técnica para concessão de Autorização Direta será baseada nas informações da atividade apresentadas pelo interessado, incluindo:

I – descrição detalhada, com mapas ou croquis;

II – localização ou trajeto;

III – cronograma de atividades;

IV – expectativa de duração;

V – dimensionamento do projeto ou da atividade;

VI – propostas para mitigação dos potenciais impactos à unidade de conservação;

VII – apresentação de documentação que se fizer necessária visando atender legislação específica; e

VIII – demais informações pertinentes.

Parágrafo único. Em caso de propriedade particular, deverá ser apresentado documento comprobatório de propriedade ou posse da área.

Art. 7º O prazo para manifestação do Instituto Chico Mendes frente ao requerimento de que trata esta instrução normativa será de até 30 dias, contados a partir da data de protocolo.

Art. 8º A Autorização Direta de que trata esta instrução normativa deverá ser emitida em formulário próprio, conforme Anexo II.’

Dessa forma, não se mostra suficiente para liberar a atividade somente a apresentação, por parte do ICMBio, de um plano de fiscalização, sem condicioná-la ao menos a estudos de sua viabilidade ambiental, ou até que seja assegurado que esse tipo de turismo se desenvolva com um mínimo de riscos de danos à espécie baleia franca e à segurança dos turistas.

A Lei nº 9.985/2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no art. 27, determina que as unidades de conservação devem dispor de um plano de manejo e, no art. 28, estabelece que são proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu plano de manejo e os seus regulamentos.

É ainda definido pela Lei nº 9.985/2000 o plano de manejo como um documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais (art. 2º, inc. XVII).

O plano de manejo deve disciplinar de forma expressa as condutas proibidas e admitidas na unidade de conservação, fixando regras de uso e ocupação; consiste, pois, em verdadeiro regulamento destinado a disciplinar as atividades a serem incentivadas, controladas, limitadas e proibidas em cada uma das áreas delimitadas pelo zoneamento:

'A respeito do caráter normativo do plano de manejo, é possível extrair da definição da Lei do SNUC que se trata de norma jurídica preordenada a disciplinar de forma expressa as condutas proibidas e admitidas em cada uma das áreas da unidade de conservação. Deveras, para cumprir sua finalidade, o plano de manejo deve fixar regras de uso e ocupação da unidade de conservação e de sua zona de amortecimento. Assim, o plano de manejo consiste em verdadeiro regulamento destinado a disciplinar as atividades a serem incentivadas, controladas, limitadas e proibidas em cada uma das áreas delimitadas pelo zoneamento.'

Apesar do estabelecimento do prazo de cinco anos a partir da data de criação das unidades de conservação para a elaboração do plano de manejo (art. 27, § 3º, da Lei nº 9.985/2000) – no caso da APA Baleia Franca, a partir de 2000 – e de decisão transitada em julgado em que o Ibama/Instituto Chico Mendes foi condenado a elaborá-lo para a APABF (ACP nº 200572000103279/SC), o plano de manejo ainda se encontra na fase de elaboração.

O art. 225 da Constituição Federal estabelece que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas; e IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

A Lei 6.938/81, por sua vez, estabelece como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente a avaliação de impactos ambientais (art. 9º, inc. III).

Como uma das diretrizes estabelecidas no Decreto 4.339/2002 para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade tem-se o monitoramento, a avaliação, a prevenção e a mitigação de impactos sobre a biodiversidade.

Já o objetivo geral é 'estabelecer formas para o desenvolvimento de sistemas e procedimentos de monitoramento e de avaliação do estado da biodiversidade brasileira e das pressões antrópicas sobre a biodiversidade, para a prevenção e a mitigação de impactos

sobre a biodiversidade'.

Contudo, não há ainda estudo sobre o impacto ambiental da observação de baleias francas com uso de embarcações nos limites e na zona de amortecimento da APA da Baleia Franca, razão suficiente para justificar, com fundamento no princípio da precaução, a suspensão da atividade, até que tais estudos sejam realizados e a eventual viabilidade da atividade seja verificada.

O Ministério Público Federal, com base na obra intitulada *Projeto Baleia Franca*: 25 anos de pesquisa e conservação, 1982-2007, na manifestação do evento 22 do processo originário, considerou que, embora os estudos iniciais realizados pelo Projeto Baleia Franca indicassem que não há evidências claras sobre os distúrbios a curto prazo nas baleias francas decorrentes da observação embarcada, eles apontam a dificuldade de se avaliar os potenciais prejuízos desse tipo de turismo sobre os cetáceos, além de não serem conhecidos os impactos que podem ser causados a longo prazo.

Transcrevo parte do referido estudo, especificamente quanto ao capítulo denominado 'Observando as baleias francas' (grifou-se):

'Para assegurar a sustentabilidade do turismo e ao mesmo tempo prevenir o molestamento indevido das baleias, o projeto desenvolve um monitoramento de longo prazo, voltado para avaliar as reações das baleias à aproximação dos barcos de turismo e analisar os possíveis impactos resultantes dessa interação.

Esses impactos não são necessariamente prejudiciais às baleias, contudo a principal preocupação consiste na dificuldade de se avaliar os potenciais prejuízos do turismo embarcado sobre os cetáceos. É fato que vários parâmetros podem ser utilizados para este tipo de avaliação. Parâmetros comportamentais, fisiológicos e acústicos podem ser medidos a curto prazo, e parâmetros como produtividade, condição física dos indivíduos, distribuição, habituação e tolerância podem ser avaliados a longo prazo. Contudo, *as reações das baleias a atividades humanas, tais como o turismo embarcado, variam de acordo com a espécie e ao longo do tempo, e podem variar também de acordo com o tipo de embarcação, bem como o modo de aproximação realizado por ela. No Hemisfério Sul, tem-se observado que aproximações bruscas e ofensivas podem resultar em respostas evasivas, enquanto aproximações mais cautelosas podem resultar na aproximação dos animais à embarcação.*

Estudos dos impactos antropogênicos sobre os cetáceos têm sido desenvolvidos em diversos lugares no mundo todo.

Enquanto a maioria tem relatado alterações significantes no comportamento dos cetáceos, tem sido mencionado, quase sem exceção, que o significado biológico a longo prazo dessas alterações ainda não está claro. Ademais, o pouco que se sabe provém de observações relativas a determinadas espécies em algumas regiões, e geralmente as informações obtidas não podem ser diretamente comparadas com outras espécies e outros lugares.'

Dessa forma, o ICMBio não vem garantindo a proteção aos cetáceos, que enseja desenvolver estudos de impacto ambiental, implementar medidas de controle de riscos associados, identificar e minimizar a atividade antrópica e exigir o licenciamento ambiental de atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental, considerando o turismo desordenado desenvolvido na região da APA Baleia Franca.

2.2.2 AVALIAÇÃO DOS RISCOS EM MATÉRIA AMBIENTAL: PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO

Conforme visto, a questão fundamenta-se na necessidade de proteção de espécie ameaçada de extinção: até o presente momento, não há evidências quanto à ausência de impactos significativos ocasionados pela atividade de turismo de observação de baleias embarcado em enseadas no litoral catarinense.

Pelo contrário, tudo indica que a forma como está sendo conduzida a referida atividade na APA Baleia Franca, região onde ocorre a reprodução das baleias e onde está localizado seu berçário, constitui séria ameaça aos cetáceos, seja por não ser observada a distância limite de aproximação às baleias, seja pela poluição sonora ou pela possibilidade de colisão com as embarcações, entre outros fatores.

Incide, no caso, o princípio da precaução: como não há avaliação segura sobre os impactos do turismo de observação de baleias embarcado no litoral catarinense, há a necessidade de serem adotadas medidas de segurança e de precaução em relação aos cetáceos.

Sobre a definição do princípio da precaução, Paulo Affonso Leme Machado se manifesta da seguinte forma:

‘ ‘A invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta e há indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido’. O princípio da precaução aconselha um posicionamento – ação ou omissão – quando haja sinais de risco significativo para as pessoas, os animais e os vegetais, mesmo que esses sinais não estejam perfeitamente demonstrados. O princípio ‘significa que medidas podem e, algumas vezes, devem ser tomadas equitativamente, se ainda não há prova, mas, mais exatamente, suspeita de efeitos riscosos’.’

Havendo dúvida ou controvérsia quanto à viabilidade ambiental da atividade, ela não deve ser retomada, em virtude dos riscos ambientais daí decorrentes, tomando-se medidas de forma a impedir a ocorrência de atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente.

Se houver uma carga de argumentação em benefício da proteção do meio ambiente, deve ser dada a ela a preferência (*in dubio pro ambiente*), precedência fundamentada no princípio da precaução e no princípio da solidariedade entre gerações (art. 225 da Constituição Federal).

Além disso, ainda temos de ponderar que o malefício ocasionado pela retomada das atividades representa um maior peso, por estar em jogo a possibilidade da irreversibilidade dos danos ambientais, que eventuais prejuízos causados pela manutenção da sua paralisação.

Dessa forma, a mera probabilidade de serem ocasionados danos ao cetáceos, considerando o princípio da precaução, impõe a necessidade de adoção de medidas acautelatórias para a sua proteção.

Em relação à necessidade de prevenção e/ou precaução devido à existência de riscos de danos ao meio ambiente, o seguinte posicionamento doutrinário:

‘Agir debaixo de risco (*Handeln unter Risiko*), reflectindo antes de agir e atendo aos efeitos directos e efeitos laterais (*Nebenfolge*) desconhecidos da acção, pode parecer não

ser uma questão de direito. Na verdade, se os riscos da acção não são, por natureza, determináveis, como posso apelar ao domínio kantiano dos fins? Mas a resposta impõe-se: se os recursos são escassos e certas situações irreversíveis, a convicção de que o futuro pode ser afectado pela acção presente mostra que, no horizonte da decisão de agir e, logo, do seu 'dever ser', tem de estar a previsibilidade possível dos efeitos desse agir, bem como a inerente responsabilidade.'

Os valores defendidos por meio da proteção ao meio ambiente, como uma 'responsabilidade de longa duração', inserida em uma ideia de proteção ecológico-ambiental dirigida à posteridade, não podem ser olvidados enquanto não houver um juízo de certeza em relação à não configuração de danos potenciais ao meio ambiente.

Com efeito, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta.

Assim, considerando a necessidade de uso sustentável da biodiversidade e o princípio da precaução, a atividade de turismo de observação de baleias com embarcações deve ser antecedida de estudo sobre a sua viabilidade ambiental.

A solução para o caso dos autos, portanto, conduz à manutenção da paralisação da atividade de turismo de observação de baleias com embarcação na região da APA Baleia Franca.

2.2.3 PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO E A ALTERNATIVA REPRESENTADA PELO TURISMO DE OBSERVAÇÃO DE BALEIAS EM TERRA: TURISMO DE OBSERVAÇÃO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL

A existência de prejuízo econômico decorrente de suspensão da atividade de turismo de observação de baleias embarcado (Tobe) não deve ser razão para obstar a suspensão da atividade.

Sobre a necessidade de ponderação de princípios da liberdade empresarial, do desenvolvimento econômico e da defesa ambiental, Andreas J. Krell afirma o seguinte:

'Somente nos últimos anos progrediu no Brasil a discussão sobre os valores constitucionais colidentes da liberdade empresarial, do desenvolvimento econômico e da defesa ambiental (art. 170, CF). Em geral, seria necessário o exercício de uma ponderação mais equilibrada dos valores jurídicos e dos interesses sociais envolvidos por parte dos operadores de Direito, para podermos chegar a soluções que correspondem às metas axiologicamente fixadas na legislação constitucional e ordinária. Infelizmente, pode-se observar ainda um tipo de ponderação deformada, na qual os tribunais costumam dar ampla preferência aos interesses públicos 'tradicionais', como a criação e a manutenção de empregos, a produção de bens, a geração de tributos etc.

Comparados com esses interesses econômicos, os julgadores costumam relegar ao segundo plano os interesses difusos. Nesse processo de decisão, no entanto, não é permissível 'jogar' uma geração (ou dimensão) de direitos contra a outra, nesse caso: a segunda (direitos sociais, *v.g.*: emprego) contra a terceira (*v.g.*: meio ambiente).

(...)

No entanto, a ordem jurídica brasileira estabelece uma nítida preferência para a proteção dos valores que expressam os interesses difusos (...).'

Não se pode, ponderando os interesses em conflito, privilegiar o interesse particular,

meramente patrimonial, em detrimento não apenas de toda a coletividade como também das gerações futuras. Ademais, a liberdade econômica e a livre-iniciativa não possuem caráter absoluto, em face inclusive da necessidade de atendimento da proteção ao meio ambiente.

Dessa forma, a defesa do meio ambiente, ainda que não represente proibição ao desenvolvimento de atividades econômicas, deve representar a observância às suas normas protetivas.

Afinal, 'a Constituição Federal diz também que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 170)'.

Conforme sustentado pelo ora apelante, mesmo que o Tobe gere renda pelos turistas que visitam a região da APA da Baleia Franca para avistar os cetáceos, esse mesmo turismo pode ser feito por terra, diante dos mirantes naturais e da proximidade que as baleias francas ficam dos costões, a menos de 20 metros. Inclusive há relato de que as operadoras já iniciaram a oferta de passeios por terra, que não apresentariam riscos para as baleias nem para os turistas.

Como enfatizado pelo Projeto Baleia Franca (evento 22, PROCADM2, processo originário), 'as baleias francas se prestam maravilhosamente à observação em terra', e 'a costa da APA da Baleia Franca oferece excelentes oportunidades para observar as baleias a partir de terra':

'Além do turismo de observação embarcado, entretanto, graças ao seu hábito costeiro na época da reprodução, as baleias francas se prestam maravilhosamente à observação em terra. É assim que a imensa maioria dos visitantes da costa catarinense no inverno e na primavera se dedica a ver as baleias, percorrendo trilhas nos promontórios e nos costões rochosos, ou simplesmente subindo à duna mais próxima para apreciar os tranquilos gigantes passeando com seus filhotes logo após a arrebentação. A costa da APA da Baleia Franca oferece excelentes oportunidades para observar as baleias a partir de terra, em locais como a Ilha do Papagaio, em Palhoça; os costões que limitam a praia do Rosa, o morro da Ribanceira, o mirante do Silvestre Praia Hotel e o morro de Itapirubá (além do *deck* de observação do Projeto Baleia Franca, na mesma praia), em Imbituba; o mirante do Laguna Tourist Hotel e o Cabo de Santa Marta Grande, em Laguna; e o mirante da Prefeitura construído na Praia do Arroio Corrente, em Jaguaruna.'

Dessa forma, é possível o desenvolvimento de atividade de turismo de observação de baleias – em terra – de forma ambientalmente sustentável.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da apelação do ICMBio e pelo parcial provimento da apelação do Instituto Sea Shepherd Brasil." (destaques no original) (evento 19 – PARECER1)

Conforme bem enfatizado na promoção do *Parquet*, restou demonstrado que o ICMBio não vem garantindo a proteção dos referidos cetáceos.

Como é fato notório, as baleias francas (no caso em tela, a espécie *Eubalaena australis*), assim como todos os cetáceos, são mamíferos que sofreram adaptações para a vida aquática, mas possuem sangue

quente, realizam fecundação interna e respiram por meio de pulmões, sendo necessário vir à superfície para respirar. Esses mamíferos visitam a costa brasileira para se reproduzir e alimentar os seus filhotes, no período de julho a novembro.

Assim, é natural que os animais se aproximem com facilidade das embarcações que os buscam observar. Contudo, verifica-se do exame dos autos, pelos documentos e vídeos anexados, que a atividade de observação, ao invés de manter a distância determinada pelo Ibama, representa verdadeiro molestamento intencional e usual, não se tratando de mera situação ocasional em que o cetáceo se aproxima das embarcações.

Em consulta aos sítios do Centro de Estudos Costeiros Limnológicos e Marinhos – Ceclimar da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Ufrgs (http://www.ufrgs.br/ceclimar/ceram/fauna-marinha-e-costeira/baleia-franca-austral) e da Associação Catarinense de Proteção aos Animais – Acapra (http://acaprasc.wix.com/baleiafranca), podem-se ver as características desse cetáceo, como a sua biologia populacional e comportamental, desde a forma como se reproduzem até o porquê de a região ser considerada berçário da espécie, assim como que as principais ameaças à espécie são as colisões com embarcações, pelo crescente desenvolvimento do turismo de observação, e o emalhamento em artefatos de pesca.

Além disso, relata o Instituto Sea Shepherd que a atividade, com a aproximação dos barcos com motores e o toque, ainda perturba o sistema biossonar das baleias francas, o que também afetaria a sua sobrevivência e a sua reprodução.

O estado de risco para os referidos cetáceos, bem como para os turistas, diante da falta de estudos acerca dos impactos e da viabilidade da atividade de avistamento embarcado e da falta de recursos para proceder à fiscalização pela APA Baleia Franca e pelo ICMBio, revelada em sede de contestação (evento 16 – PET1), ensejou novo pedido de antecipação da tutela pelo ISSB para que houvesse a suspensão imediata da atividade e a proteção total dos animais, para além do período de reprodução da temporada de 2013, a par do cumprimento da Portaria 117/96 do Ibama e do plano de manejo da unidade de conservação (evento 24 – PET1), a qual foi deferida parcialmente (evento 25 – DECLIMTUTELA1).

Interposto o Agravo de Instrumento nº 5012653-43.2013.4.04.0000/SC contra essa decisão, este Tribunal entendeu que o ICMBio não vem tomando as devidas medidas para fiscalizar e proteger os animais, uma vez que

"[...] colhe-se das alegações apresentadas na contestação e dos documentos trazidos aos autos pelo autor e pelo ICMBio que inexiste qualquer estudo sobre o impacto ambiental da observação de baleias francas com uso de embarcações nos limites e na zona de amortecimento da APA da Baleia Franca, de modo que a atividade é realizada sem o conhecimento dos eventuais riscos e malefícios que possa causar às baleias francas."

Julgado por esta turma o referido agravo de instrumento, restou assim ementada a decisão:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TURISMO DE OBSERVAÇÃO DE BALEIAS FRANCAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.

Merece ser mantida a decisão que determinou a suspensão imediata da observação de baleias francas com o uso de embarcações, com ou sem motor, nos limites e na zona de amortecimento da APA da Baleia Franca, nos Municípios de Garopaba, Imbituba e Laguna, bem como a adoção das medidas administrativas cabíveis para fiscalizar e coibir a atividade de observação, excetuada a observação em terra, até que haja o competente estudo acerca da viabilidade ambiental da atividade na região, bem como o licenciamento ambiental da atividade, comprovando-se a adoção de tais medidas no prazo de 15 dias." (TRF/4ª Região, 3ª Turma, AI nº 5012653-43.2013.404.0000/SC, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, DJe 25.10.2013) (eventos 58 e 62)

Ao longo de todo o processamento do feito, ficou demonstrado o estado de risco às baleias francas e à comunidade, mormente diante das informações da falta de estudos de viabilidade, de plano de manejo e de estrutura técnica para a fiscalização convencional da atividade de turismo de observação de baleias por meio do cumprimento da Portaria Ibama 117/96.

Por outro lado, conforme bem observado pela sentença,

"a APA da Baleia Franca recebeu recentemente ou está em vias de receber reforço em sua equipe de fiscalização, conforme noticiado pelo ICMBio nos autos da Ação Civil Pública nº 5009764-79.2015.404.7200 (evento 6 – OFIC2), em tramitação na 6ª Vara Federal de Florianópolis, cujo objeto envolve a elaboração de plano de manejo e o reforço de pessoal para a APA. Desse modo, é de ser afastada a alegação de que a unidade de conservação não possui, em seus quadros, pessoal suficiente para a realização de fiscalização *in loco*." (evento 152 – SENT1)

Contudo, ainda assim há a necessidade de sua proteção irrestrita, com medidas efetivas para a fiscalização, com estudos de viabilidade,

plano de manejo e licenciamento da atividade pelo órgão competente, e com a restrição da atividade turística à observação por terra, dentro dos limites da APA Baleia Franca e na zona de amortecimento, nos termos determinados pela bem prolatada sentença.

Assim, a solução para o caso dos autos passa pela suspensão da atividade de turismo de observação de baleias com embarcação, com ou sem motor, na região da APA Baleia Franca, qual seja, nos municípios catarinenses de Garopaba, Imbituba e Laguna, uma vez que restou demonstrado que o ICMBio não vem garantindo a proteção dos referidos cetáceos, devendo, além da fiscalização, desenvolver estudos de impacto ambiental, implementar medidas de controle de riscos, identificar e minimizar a atividade antrópica e exigir o licenciamento da atividade de turismo de observação, potencialmente causadora de impacto, excetuada a atividade de observação de baleias por terra, a qual se realiza de forma sustentável.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento às apelações do Instituto Sea Shepherd Brasil – ISSB e do ICMBio e à remessa oficial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5025347-07.2015.4.04.7200/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Apelantes: Fábio Andrades Gameiro
Maria da Graça Streisky
Advogado: Dr. Pedro Mauricio Pita da Silva Machado
Apelante: União – Advocacia-Geral da União
Apelados: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Processual Civil. Embargos à

execução de sentença condenatória contra a Fazenda Pública. Verbas devidas a servidores públicos. Título judicial formado em ação coletiva ajuizada por sindicato. Verbas devidas a servidores públicos. Exequente que não pertencia mais à categoria à época do ajuizamento da ação coletiva. Legitimidade ativa para a execução do julgado. Extinção da execução afastada. Critérios para apuração de correção monetária. Lei 11.960/09. Honorários advocatícios.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e os interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e nas execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos *(STF, Repercussão Geral do RE 883.642, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ de 26.06.2015)*.

– Decisão judicial de procedência no que toca a direitos individuais homogêneos proferida em ação coletiva promovida por sindicato alcança todos os servidores qualificáveis como integrantes da categoria substituída, independentemente de estarem eles residindo, ou não, na área de abrangência da entidade sindical, independentemente de serem, ou não, sindicalizados e independentemente de, no momento da propositura, serem ainda servidores.

– Todos aqueles que ostentem, ou tenham ostentado, a condição de servidores no período em que ocorridos os fatos jurídicos que constituíram objeto de discussão na ação coletiva são beneficiados pela coisa julgada que venha a se formar, sendo irrelevante a situação funcional na data da propositura da ação, observados, obviamente, os limites objetivos da lide e, por consequência, do título.

– A ação coletiva destina-se à formação de um preceito, que, uma vez estabelecido, vai ser aplicável a todos os que possam ser abrangidos no conceito de categoria beneficiária, de acordo com os limites objetivos específicos do título judicial formado. As únicas balizas subjetivas e temporais que devem ser observadas são aquelas inerentes ao próprio preceito genérico, ou seja, as relacionadas aos "limites da questão principal expressamente decidida" (art. 503 do CPC), ressalvada, obviamente, a eventual incidência de prescrição, que deverá ser respeitada, se for o caso, no momento da execução.

– Demonstrado o pertencimento à categoria durante o período em relação ao qual o título produziu eficácias declaratória e condenatória quanto ao direito hipotético vindicado, a legitimidade para a execução exsurge como consequência lógica da substituição exercida pela entidade sindical.

– No novo CPC, as disposições constantes no artigo 1.013, §§ 2º e 3º, inciso I, autorizam expressamente o Tribunal a adentrar na análise do mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, quando a sentença tiver decretado a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa, hipótese configurada nos autos.

– A correção monetária nas sentenças condenatórias da Justiça Federal referentes a créditos de servidores públicos, quando o devedor se enquadra no conceito de Fazenda Pública, deve ser apurada considerando-se: – de 1964 a fevereiro/1986, a variação da ORTN; – de março/1986 a janeiro/1989, a variação da OTN; – em janeiro/1989, o IPC/IBGE de 42,72%; – em fevereiro/1989, o IPC/IBGE de 10,14%; – de março/1989 a março/1990, a variação do BTN; – de março/1990 a fevereiro/1991, a variação do IPC/IBGE; – de março/1991 a novembro/1991, a variação do INPC; – em dezembro/1991, o IPCA série especial; – de janeiro/1992 a dezembro/2000, a variação da Ufir; – a partir de janeiro/2001, o IPCA-E IBGE (o percentual a ser utilizado em janeiro de 2001 deverá ser o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000, e, a partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o índice mensal – IPCA-15/IBGE); – a partir de 30.06.2009, o índice oficial de remuneração básica aplicável à caderneta de poupança (Lei 11.960/2009); – a partir de 25.03.2015, tendo em vista os efeitos prospectivos determinados pelo STF, o índice mensal – IPCA-15/IBGE.

– Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, a cargo da parte embargante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte embargada para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e, avançando

no mérito, extinguir os embargos à execução quanto à aplicação da TR no período anterior a março de 2015 (índice já observado na conta exequenda) e, quanto ao período posterior, julgar improcedentes os embargos à execução, prejudicado o exame da apelação da União, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 21 de junho de 2016.

Des. Federal *Ricardo Teixeira do Valle Pereira*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira: Trata-se de embargos opostos pela União à execução que lhe é movida por *Maria da Graça Streisky* e *Fábio Andrades Gameiro*, com fundamento no título judicial emanado da Ação Ordinária Coletiva nº 94.00.08019-0, alegando, em síntese, que os exequentes não detêm legitimidade para a cobrança, uma vez que não mais eram servidores ao tempo do ajuizamento da ação coletiva. No mérito, defendeu a existência de erro na conta apresentada, haja vista ter a parte exequente aplicado a correção monetária pelo índice IPCA-E, sem considerar a Lei nº 11.960/09.

O dispositivo da sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa dos exequentes para julgar extinto o processo, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, tem o seguinte teor:

"À vista do exposto, acolho a preliminar arguida e *JULGO PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO* e, via de consequência, *em razão da inexistência de título judicial*, declaro a insubsistência da Execução de Sentença nº 5018578-80.2015.4.04.7200 e decreto a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte embargada ao pagamento de honorários de advogado, os quais arbitro em R$ 1.000,00 (um mil reais), com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

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

Irresignadas, ambas as partes apelaram.

A União postula a majoração dos honorários advocatícios, os quais, alega, devem ser fixados em 20% sobre o valor da causa ou, quando menos, em 10% sobre o valor da causa, haja vista o que dispõe o artigo 20 do CPC/73.

A parte embargada, por sua vez, alega que a substituição processual,

no caso da Ação Coletiva nº 94.0008019-0 (numeração única 0008019-87.1994.404.7200), abrange "todos os servidores da Justiça do Trabalho da 12ª Região", em atividade ou inativos, "desde a supressão da vantagem" denominada Gratificação Judiciária (ocorrida em 01.01.1990 até 31.12.1996). Postula, assim, a anulação da sentença, com o retorno dos autos à origem para apreciação das demais questões suscitadas nos embargos.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte para apreciação.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira: Os exequentes pretendem a reforma da sentença que acolheu os embargos, extinguindo a execução por ausência de título executivo, ao entendimento de que, "na data da propositura da ação principal, já não era mais possível a substituição processual dos exequentes, que não mais ocupavam os cargos de Atendente Judiciário (Maria da Graça Streisky) e Auxiliar Judiciário (Fábio Andrades Gameiro)".

A decisão questionada analisou a controvérsia nos seguintes termos:

"*Preliminar: ilegitimidade ativa* ad causam

Conforme mencionado acima, o título judicial em execução é originário da Ação Ordinária Coletiva nº 94.00.08019-0, que foi distribuída a este juízo no dia 19 de dezembro de 1994, como se vê da consulta aos dados que apontam a tramitação do processo no *site* da Justiça Federal.

A União, na inicial destes embargos, colacionou certidões emitidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região informando que os exequentes Maria da Graça Streisky e Fábio Andrades Gameiro ocuparam, respectivamente, o cargo de Atendente Judiciário, no período de 13 de março de 1992 a 30 de novembro de 1994 (evento 1, OUT3), e o cargo de Auxiliar Judiciário, no período compreendido entre 04 de fevereiro de 1993 e 13 de setembro de 1994 (evento 1, OUT2).

É de se concluir, portanto, que, por ocasião da propositura da ação ordinária, em 19 de dezembro de 1994, Maria da Graça Streisky e Fábio Andrades Gameiro não poderiam figurar no polo ativo da referida ação *como substituídos*, pelo simples motivo de terem deixado os respectivos cargos anteriormente, e, portanto, *não possuíam legitimidade processual*, fato que não foi constatado a tempo e modo.

Daí decorre que a ação proposta (em regime de substituição) e a própria sentença proferida não produziram qualquer efeito jurídico, não sendo possível reconhecer a validade do título judicial ou da execução no que diz respeito a tais interessados.

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. SERVIDOR CIVIL. FALECIMENTO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. – Como é cediço, nos termos do art. 5º, XVII, da CF/88, o direito fundamental de associação finda com o óbito, sendo inviável ao espólio, universalidade com natureza essencialmente patrimonial, fazer parte de instituição congênere, haja vista os termos do art. 53 do CC: 'Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos'. – Por via de consequência, o extinto servidor não restou abarcado pela coisa julgada plasmada na demanda aforada pelo sindicato, tendo em conta que já não era associado da recorrente no momento de seu ajuizamento. Entrementes, nada obsta que seus sucessores venham a almejar as respectivas prestações por intermédio de autônoma lide de conhecimento.' (TRF4, AC 5091023-42.2014.4.04.7100, Terceira Turma, relator Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. em 04.11.2015)

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE AÇÃO COLETIVA. AJUIZAMENTO POR HERDEIROS. SERVIDOR FALECIDO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. EXTINÇÃO SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO. A substituição processual do sindicato não ocorre quando os ex-servidores até então filiados ao sindicato falecem, uma vez que a entidade não pode atuar na defesa de interesses de pessoas que, ao falecerem, deixaram de ser titulares de direitos. Tampouco lhe é dado pleitear direito dos eventuais herdeiros dos falecidos, que não integram a categoria representada. Ocorrendo o óbito antes do ajuizamento da ação de conhecimento, impõe-se reconhecer a inexistência de título executivo a amparar a execução, devendo ser esta extinta sem apreciação do mérito, fulcro no art. 267, IV, do CPC. [...]' (TRF4, AI 5015329-90.2015.4.04.0000, Quarta Turma, relator Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, j. em 23.06.2015)

Logo, mostra-se necessário reconhecer que, na data da propositura da ação principal, já não era mais possível a substituição processual dos exequentes, que não mais ocupavam os cargos de Atendente Judiciário (Maria da Graça Streisky) e Auxiliar Judiciário (Fábio Andrades Gameiro)."

Melhor refletindo sobre o tema, tenho que o recurso merece prosperar.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso em diversos precedentes e ratificado sob regime de repercussão geral na apreciação do RE 883.642, as entidades sindicais ostentam ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e os interesses coletivos ou individuais da *categoria* que representam, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e os interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que

representam, inclusive nas liquidações e nas execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos." (STF, Repercussão Geral do RE 883.642, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ de 26.06.2015)

Essa legitimidade extraordinária, que se dá mediante substituição processual, decorre do que dispõe o artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.

Como a legitimidade para defender direitos e interesses da categoria conferida às entidades sindicais é ampla, não encontra a substituição limites ordinários, seja sob o aspecto territorial, seja sob o aspecto subjetivo, seja sob o aspecto temporal.

Assim, eventual decisão judicial de procedência no que toca a direitos individuais homogêneos proferida em ação coletiva promovida por sindicato alcança todos os servidores qualificáveis como integrantes da categoria substituída, independentemente de estarem eles residindo, ou não, na área de abrangência da entidade sindical, independentemente de serem, ou não, sindicalizados e independentemente de, no momento da propositura, serem ainda servidores. Todos aqueles que ostentem, ou tenham ostentado, a condição de servidores no período em que ocorridos os fatos jurídicos que constituíram objeto de discussão na ação coletiva são beneficiados pela coisa julgada que venha a se formar, sendo irrelevante a situação funcional na data da propositura da ação, observados, obviamente, os limites objetivos da lide e, por consequência, do título.

De fato, a substituição operada pelo sindicato ao residir em juízo se dá em relação à categoria, pois o regime, no caso, não é de mera representação. O que o sindicato defende em juízo não é o direito concreto de cada servidor individualmente, mas, sim, direito genérico da categoria, observada a moldura fático-jurídica das questões debatidas. A ação coletiva destina-se à formação de um preceito, que, uma vez estabelecido, vai ser aplicável a todos os que possam ser abrangidos no conceito de categoria beneficiária, de acordo com os limites objetivos específicos do título judicial formado. As únicas balizas subjetivas e temporais que devem ser observadas são aquelas inerentes ao próprio preceito genérico, ou seja, as relacionadas aos "limites da questão principal expressamente decidida" (art. 503 do CPC), ressalvada, obviamente, a eventual incidência de prescrição, que deverá ser

respeitada, se for o caso, no momento da execução. Demonstrado o pertencimento à categoria durante o período em relação ao qual o título produziu eficácias declaratória e condenatória quanto ao direito hipotético vindicado, a legitimidade para a execução exsurge como consequência lógica da substituição exercida pela entidade sindical.

O que pode eventualmente dar margem a dúvidas é a legitimidade do sindicato para executar a obrigação de dar contida no título, em nome daquele que não mais integra a categoria, pois, neste caso, o liame entre a entidade e o substituído não mais existe, e a pretensão não é mais de obtenção do preceito declaratório e condenatório, mas sim de efetiva entrega do bem da vida. De todo modo, no caso em apreço, a execução está sendo movida por quem era servidor, estando em discussão apenas os limites do título obtido pela entidade sindical.

Assim, é de ser provido o recurso da parte embargada, para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa.

Relativamente ao mérito, sendo a controvérsia exclusivamente de direito e estando o processo pronto para julgamento, passo ao exame do pedido formulado pela União na peça inicial dos embargos à execução, conforme a regra do art. 1.013, §§ 2º e 3º, do NCPC.

A questão a ser dirimida cinge-se à aplicação da atual redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/2009, ou seja, à utilização do índice de atualização da caderneta de poupança como parâmetro para a correção monetária, inclusive após março de 2015.

Inicialmente, não conheço dos embargos quanto ao pedido de aplicação da TR no período anterior a março de 2015, por este ter sido o índice observado na conta exequenda, carecendo a União de interesse processual, devendo os embargos à execução ser extintos sem resolução do mérito quanto ao referido período, restringindo-se a controvérsia à aplicação da TR a partir de março de 2015, para fins de correção monetária.

A *correção monetária* aplicável às sentenças condenatórias da Justiça Federal referentes a créditos de *servidores públicos*, quando o devedor se enquadra no conceito de Fazenda Pública, consoante inclusive determinado no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (aprovado pela Resolução 134, de 21 de dezembro de 2010), deve observar os seguintes critérios:

Período	*Indexador*	*Obs.*
De 1964 a fevereiro/1986	ORTN	
De março/1986 a janeiro/1989	OTN	Os débitos anteriores a jan/89 deverão ser multiplicados, neste mês, por 6,17
Janeiro/1989	IPC/IBGE de 42,72%	Expurgo, em substituição ao BTN
Fevereiro/1989	IPC/IBGE de 10,14%	Expurgo, em substituição ao BTN
De março/1989 a março/1990	BTN	
De março/1990 a fevereiro/1991	IPC/IBGE	Expurgo, em substituição ao BTN e ao INPC de fev/91
De março/1991 a novembro/1991	INPC	
Em dezembro/1991	IPCA série especial	Art. 2º, § 2º, da Lei 8.383/91
De janeiro/1992 a dezembro/2000	Ufir	Lei 8.383/91
A partir de janeiro/2001	IPCA-E IBGE (em razão da extinção da Ufir como indexador pela MP 1.973-67/2000 – art. 29, § 3º)	O percentual a ser utilizado em janeiro de 2001 deverá ser o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE)

Com o advento da Lei 11.960, de 2009, foi alterado o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, o qual passou a determinar que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, deve haver a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, apreciou a constitucionalidade do artigo 100 da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC 62/2006. A Corte Constitucional, além de declarar a inconstitucionalidade da expressão "na data de expedição do precatório", constante no § 2º, dos §§ 9º e 10º e das expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza", constantes no § 12, todos do art. 100 da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 62/2009, também declarou inconstitucional, por

arrastamento, no particular, o art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960, de 29.07.2009.

Por outro lado, ao disciplinar, em questão de ordem, os efeitos temporais das decisões tomadas nas ADIs 4.425 e 4.357, resolveu o Supremo Tribunal Federal, dentre outras coisas:

"(...)

1) – modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016;

2) – *conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015*, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários;

(...)" (destaquei)

A *eficácia prospectiva* reconhecida no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, pelo que se depreende do contexto da decisão do Supremo Tribunal Federal, *se estende à declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960, de 29.07.2009*.

Como conclusão, pode-se afirmar que, ressalvadas hipóteses específicas (como ações de desapropriação e previdenciárias, por exemplo), a correção monetária nas sentenças condenatórias da Justiça Federal nas quais o devedor se enquadra na categoria de Fazenda Pública deve ser apurada considerando-se:

– de 1964 a fevereiro/1986, a variação da ORTN;
– de março/1986 a janeiro/1989, a variação da OTN;
– em janeiro/1989, o IPC/IBGE de 42,72%;
– em fevereiro/1989, o IPC/IBGE de 10,14%;
– de março/1989 a março/1990, a variação do BTN;
– de março/1990 a fevereiro/1991, a variação do IPC/IBGE;
– de março/1991 a novembro/1991, a variação do INPC;
– em dezembro/1991, o IPCA série especial;
– de janeiro/1992 a dezembro/2000, a variação da Ufir;

– a partir de janeiro/2001, o IPCA-E IBGE (o percentual a ser utilizado em janeiro de 2001 deverá ser o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000, e, a partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o índice mensal – IPCA-15/IBGE);

– a partir de 30.06.2009, o índice oficial de remuneração básica aplicável à caderneta de poupança (Lei 11.960/2009);

– a partir de 25.03.2015, tendo em vista os efeitos prospectivos determinados pelo STF, o índice mensal – IPCA-15/IBGE.

Em apoio ao que foi exposto, o seguinte precedente da 2ª Seção desta Corte, julgado na sessão realizada em 10.09.2015:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS FIXADOS EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 5º DA LEI 11.960/2009.

Aplicáveis os critérios de remuneração e juros das cadernetas de poupança a partir de 01.07.2009, conforme previsto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009. 2 – Com a modulação dos efeitos da ADIN 4.357, restou mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)." (Embargos à Execução nº 0003145-27.2014.4.04.0000/PR, rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior)

Para fins de prequestionamento, esclareço que esta decisão não caracteriza ofensa ao disposto nos arts. 128, 460, 503 e 515, todos do CPC, e 27 da Lei nº 9.868/99, ou mesmo contraria a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça, e que eventual alegação de desconformidade desta decisão com precedentes de outra Corte deve ser solvida pela via processual adequada.

Por conseguinte, não procede o pedido de aplicação da TR, a partir de 24.03.2015, formulado nos embargos à execução opostos pela União.

Com isso, restam invertidos os ônus sucumbenciais, pois, totalmente sucumbente em seus embargos, deve a União arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa dos embargos.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação da parte embargada para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e, avançando no mérito, extinguir os embargos à execução quanto à aplicação da TR no período anterior a março de 2015 (índice já

observado na conta exequenda) e, quanto ao período posterior, julgar improcedentes os embargos à execução, prejudicado o exame da apelação da União, nos termos da fundamentação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5069597-08.2013.4.04.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle

Apelante: P.R.P.P.
Advogado: Dr. Marcos Laguna Pereira
Apelada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

EMENTA

Administrativo. Processo disciplinar. Pena de demissão. Improbidade administrativa. Desnecessidade de trânsito em julgado. Razoabilidade e proporcionalidade da pena. Possibilidade de análise pelo Poder Judiciário.

1. A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas no instante do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração do processo administrativo.

2. A competência do presidente da República para a aplicação da pena de demissão é delegável ao ministro de Estado da Educação, o qual, por sua vez, pode subdelegá-la aos dirigentes das instituições federais de ensino.

3. A Lei nº 8.429/92 não revogou o art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, de sorte que, no processo administrativo disciplinar, não vinga a necessidade de trânsito em julgado da decisão para que ocorra a demissão do servidor faltante.

4. Ao Poder Judiciário não é vedado o exame da proporcionalidade e

da razoabilidade quanto à aplicação de penalidade oriunda de processo administrativo disciplinar.

5. Não tendo havido ilegalidade, mas mera desproporcionalidade quanto à aplicação da pena de demissão, não faz jus o servidor reintegrado às vantagens relativas ao período em que teve curso o processo judicial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de maio de 2016.

Des. Federal *Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle: P.R.P.P. ajuizou ação ordinária contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Ufrgs. Almeja a anulação do processo administrativo e do respectivo ato de exoneração da instituição, bem como a reintegração em seu cargo. Relatou que ingressou nos quadros da universidade ré em 21 de agosto de 1978 e que é ocupante do cargo de assistente em administração. Narrou que figurou como acusado em processo administrativo disciplinar instaurado pelo reitor da Ufrgs mediante a Portaria nº 2.926, de 10.09.2007, sendo que em 19.01.2009 a comissão recomendou a aplicação da pena de demissão, cujo relatório foi acatado pelo reitor, sendo expedida a Portaria nº 1.834/2009, que formalizou o desligamento do servidor.

A sentença dispôs:

"Ante o exposto, nos termos da fundamentação, julgo improcedente a ação, extinguindo o feito com base no art. 269, I, do CPC.

Condeno a parte-autora ao pagamento de honorários em favor da Ufrgs de 10% sobre o valor da causa, com base nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC, ficando suspensa a exigibilidade em face de o sucumbente gozar do benefício da assistência judiciária gratuita.

Considerando que a antecipação de tutela foi deferida na instância superior, este juízo não tem competência para desconstituí-la."

O autor apela. Refere:

"a) a circunstância de a comissão processante haver, de forma indevida e injustificada, ampliado o raio de apuração do processo administrativo disciplinar, a ponto de este servidor haver sido indiciado e penalizado por fatos e condutas não indicados no relatório que embasou a portaria de instauração.

b) a ocorrência de impropriedades na condução do processo administrativo disciplinar, importando em cerceamento do direito de defesa deste servidor e na nulidade dos atos nele e com base nele praticados, inclusa a Portaria n° 1.834/2009. Dentre tais impropriedades, destacam-se: o indeferimento imotivado de diligências indispensáveis requeridas; a limitação injustificada do rol de testemunhas de defesa; a não realização de diligência requerida e deferida pela própria comissão processante (que visava, justamente, complementar dados juntados aos autos); o indeferimento de requerimento que visava permitir que o servidor acompanhasse o interrogatório dos demais acusados no processo disciplinar; e, por fim, a juntada de novas provas (em quantidade vultosa) após o encerramento da instrução e os interrogatórios, impedindo a análise adequada e a eventual produção de contraprovas.

c) a circunstância de a comissão processante e o magnífico reitor da Ufrgs haverem aplicado a penalidade de demissão ao servidor, desconsiderando o seu retrospecto funcional em mais de 30 anos na universidade. A toda evidência, trata-se de medida desproporcional, por ter sido aplicada a penalidade mais grave, no âmbito administrativo, a servidor que, durante mais de três décadas, não respondeu a nenhuma outra sindicância, jamais foi nem mesmo advertido, conta com aprovação e bom conceito de colegas e superiores e, ainda, não causou qualquer prejuízo ao erário com as condutas que lhe são imputadas. Medida, também, anti-isonômica, na medida em que, em relação a outros acusados (ambos defendidos por 'defensores dativos'), foram consideradas as atenuantes e o retrospecto funcional.

d) a circunstância de a comissão processante e o magnífico reitor da Ufrgs haverem imputado ao servidor a prática de 'improbidade administrativa' e, exclusivamente com base nisso, aplicado a penalidade de demissão, desconsiderando o princípio da reserva de jurisdição e a necessidade de prévia decisão judicial transitada em julgado, conforme o art. 10 da Lei n° 8.429/92, para a caracterização da 'improbidade administrativa' e a consequente perda da função pública. Circunstância essa que se soma à constatação de que, dentre todas as demais infrações imputadas ao servidor (essencialmente, violação a deveres do art. 116 e a uma vedação de menor gravidade do art. 117 da Lei nº 8.112/90), nenhuma delas, isolada ou em conjunto, levaria à mesma penalidade.

e) por fim, a circunstância de o ato de demissão do servidor haver sido expedido pelo magnífico reitor da Ufrgs, a partir de subdelegação do exmo. sr. ministro da Educação. Todavia, o poder de demitir, tal como já decidido pelo STF, cabe ao presidente da República e pode ser delegado apenas aos ministros de Estado. A subdelegação, *in casu*, ao magnífico reitor da Ufrgs afronta as disposições da Lei nº 9.784/99 (arts. 13 e 14) e importa em nulidade da Portaria n° 1.834/2009.

Impõe-se e espera-se que seja conhecido e provido o presente recurso de apelação cível, para o fim de reformar integralmente a r. sentença e, em o fazendo, julgar procedente a ação, para declarar-se a nulidade de atos e da decisão havida no processo disciplinar n° 23078.029319/05-24, no âmbito da Ufrgs, e em especial da Portaria n° 1.834, de 09 de abril de 2009, do magnífico reitor (que demite o autor do cargo público ocupado), em razão dos vícios e das impropriedades aqui apresentadas. E, como consequência, para que seja deter-

minado à administração que refaça os atos nulos do processo, atentando para as garantias previstas na Constituição da República, na Lei n° 8.112/90 e na Lei n° 9.784/99; e que promova a reintegração do autor ao cargo público de provimento efetivo de assistente em administração do Quadro de Pessoal da Ufrgs, editando os atos administrativos necessários à efetivação dessa medida.

Cabível, ainda, a condenação da Ufrgs ao pagamento, em caráter indenizatório, da remuneração correspondente ao cargo de assistente em administração impaga ao autor, a contar de 09 de abril de 2009 e até sua efetiva reintegração, incluídas todas as vantagens percebidas à época da demissão, em parcelas vencidas e vincendas, corrigidas (INPC) e acrescidas de juros de mora."

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.
É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle:
Consta da sentença:

"A preliminar de ausência de interesse de agir será examinada juntamente com o mérito, pois com ele confunde-se.

O objeto desta demanda é o pedido de anulação do ato de exoneração do autor, ocorrido em face da penalidade de demissão a ele aplicada no processo administrativo n° 23078.029319/05-24.

É desnecessário dizer que o vínculo entre os servidores e as autarquias federais é regido pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Público. Mas ressalte-se que o Direito Administrativo, por regular as atividades públicas com o fim precípuo de atender o interesse público, submete-se a alguns princípios diferenciados daqueles que norteiam o Direito Privado. Exemplo disso é que foram conferidas à administração pública certas prerrogativas que possibilitam essa realização do bem comum.

A primeira delas, e, talvez, a mais relevante, é a supremacia da administração pública. Segundo esse princípio, quando conflitarem interesses coletivos e individuais, os primeiros prevalecerão.

Daí decorrem inúmeras consequências nas mais variadas relações jurídicas existentes entre a administração e particulares, o que não ocorre quando a relação é de Direito Privado. Esse princípio aplica-se não apenas aos administrados, mas, também, aos próprios agentes da administração.

Assim, a relação que liga os servidores públicos à administração possui características próprias distintas dos princípios aplicáveis aos trabalhadores em geral, via de regra, regidos pela CLT. Nesse sentido, cito o mestre Celso Bandeira de Mello:

'A relação que interliga o poder público e os titulares de cargo público, como já foi dito – e ao contrário do que se passa com os empregados –, não é de índole contratual, mas estatutária, institucional.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de

imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes no momento de seu ingresso.'

Por outro lado, não se pode olvidar o princípio da legalidade, que impõe ao administrador o atendimento absoluto da lei. Aliás, essa é uma das características que particularizam o agir da administração pública em comparação com o particular. Enquanto este pode fazer o que a lei não proíbe, aquela somente pode fazer o que a lei permite.

Dessa forma, a legalidade delimita e define a atuação da administração pública (bem como os atos administrativos), já que toda a eficácia da atividade por ela exercida está condicionada à observância da lei.

O reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tem competência para aplicar a pena de demissão, em face da delegação de competência conferida pelo ministro da Educação por meio da Portaria Normativa nº 21/2007, lastreada no Decreto nº 3.035/99. Fica afastada, portanto, a alegação do autor em sentido contrário.

Outrossim, considerando a gravidade da penalidade aplicada, qual seja, a demissão do servidor, a observância do regular processo administrativo é fundamental, tal como a investigação dos fatos e da situação em que ocorreram.

Em análise ao extenso rol de documentos anexados aos autos (8 volumes), constata-se que a investigação em torno do desaparecimento de dois mil litros de óleo diesel foi bastante minuciosa, contando inclusive com acareação entre os envolvidos, e, talvez por isso tenha se alongado em demasia, fato que não significa, por si só, prejuízo às partes, mas sim denota o empenho da administração em descobrir a verdade a fim de embasar a sua decisão em fatos, e não em meras suposições.

Quanto ao excesso de prazo para conclusão do processo administrativo, colaciono a seguinte decisão:

'RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONCLUSÃO. PRAZO. EXTRAPOLAÇÃO. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. FALTA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. DIREITO DE DEFESA. EXERCÍCIO. DELONGA. PRORROGAÇÃO. LEGALIDADE. I – A extrapolação do prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não acarreta a sua nulidade, se, em razão disso, não houver qualquer prejuízo para a defesa do acusado. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes. II – Também não enseja a nulidade do processo administrativo disciplinar a extrapolação do prazo de afastamento preventivo do indiciado, considerando-se, ademais, que o art. 6º, parágrafo único, da Resolução nº 30/2007 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ autoriza a prorrogação nas hipóteses de delonga decorrente do exercício do direito de defesa. Recurso ordinário desprovido.' (ROMS 200900399848, Felix Fischer, STJ – Quinta Turma, DJe data: 03.08.2009)

Da análise do rol documental, tem-se que, no dia 05 de julho de 2005, foram entregues no Restaurante Universitário 3 – Campus do Vale da Ufrgs, dois mil litros de óleo diesel, quantia suficiente para dar partida nas caldeiras pelo prazo de um ano, ou mais, já que a média de consumo era de 100l a 150l /mês. A entrega foi feita pelo turno da tarde, próximo às 17 horas, quando não se encontrava nenhum dos operadores de caldeira, e o produto

foi recebido por V. G., caixa do RU, que, após ser contatado pelo funcionário O., foi autorizado pelo autor, Sr. P.R.P.P., a receber o produto. No dia seguinte, o servidor I. C. O., operador de caldeira, constatando que não havia óleo diesel para dar a partida no motor das caldeiras, avisou seu superior, P. R. P. P, que providenciou a reposição do produto. Somente após denúncia anônima comunicando o desaparecimento do óleo o autor e o Sr. I. G., seu subordinado, comunicaram que existiria um vazamento que impedia o abastecimento pelo reservatório, de forma que teriam retirado os dois mil litros de combustível do reservatório, acondicionado a metade em tonéis de 200 litros e devolvido o restante à fornecedora, ficando a universidade com crédito de mil litros junto àquela. Para subsidiar essa versão, ambos os servidores solicitaram à empresa Querodiesel um documento (fl. 386, anexo 1, vol. 1) no sentido de confirmar sua alegação, o qual, por afirmação do próprio funcionário da empresa, P. F. F., foi solicitado e ditado pelo Sr. I. G., que recebera orientação do autor nesse sentido, sendo que o conteúdo era falso. O funcionário da empresa (fl. 1.018 do anexo, vol. 3) comunicou que a Querodiesel não procedeu à retirada do óleo do reservatório e fez uma segunda entrega de óleo na universidade a pedido do Sr. P.R.P.P., produto esse que nunca foi pago. Posteriormente à acareação, o Sr. I. G. confirmou que a versão era falsa, que nunca esvaziaram o reservatório por conta do suposto vazamento e que, constatado o desaparecimento do óleo diesel, o Sr. P.R.P.P. o orientou a pedir mais mil litros à empresa Querodiesel. Esclarecido o ocorrido, o autor, em depoimento à comissão processante, disse que não comunicara à sua chefia acerca do desaparecimento do produto a fim de não prejudicar o servidor que fez o recebimento, Sr. V. G., autorizado a receber sem que fosse essa a sua função, e que resolvera pagar a carga com seus próprios recursos, mas que não sabia o que realmente ocorrera com o óleo diesel desaparecido.

O autor passou a ser representado por advogado devidamente constituído (fl. 1.113, anexo, vol. 4) tão logo restou instaurado o processo administrativo disciplinar, sendo-lhe oportunizado o requerimento de diligências, o arrolamento de testemunhas e a apresentação de defesa escrita. O indeferimento do pedido de diligências ou de oitiva de testemunhas não contamina o processo, sobremodo quando vem bem fundamentado pela comissão processante, na medida em que não foram identificados fatos novos na extensa investigação que pudessem justificar tais pedidos.

Todas as previsões legais concernentes ao rito do processo administrativo foram obedecidas, sendo que o impedimento de o demandante acompanhar o interrogatório dos demais processados não veio em seu prejuízo, porquanto o seu procurador tinha acesso aos depoimentos após a sua redução a termo.

O autor entende que a juntada ao PAD dos relatórios de empenhos do período de 2003 a 2006 posteriormente ao seu interrogatório (fls. 1590-1942) caracteriza cerceamento de defesa; no entanto, razão não lhe assiste, uma vez que lhe foi oportunizada a apresentação de defesa escrita, sendo esse o último ato antes do relatório final do PAD (fl. 2141 e ss – anexo vol. 7). Ademais, tais documentos foram entregues à comissão em outubro de 2007 por meio do Ofício nº 179/07 (fl. 1.152), sendo apenas juntados em 2008, todavia, quaisquer dos interessados poderiam ter tido acesso à eles, bastando requerê-lo.

Aduz o demandante que o seu indiciamento deu-se pela suposta prática de condutas previstas ou vedadas na Lei 8.112/90, sem que fossem delimitados precisamente os fatos e os dispositivos, deixando a comissão processante de proceder à correspondência dos fatos que teriam afrontado um ou outro dispositivo legal.

A ausência de estrita delimitação e correspondência entre fatos e dispositivos legais por ocasião do indiciamento, culminando com a aplicação da pena de demissão por improbidade administrativa, não anula o processo, uma vez que o acusado se defende dos fatos, e não dos dispositivos; a aplicação da pena de demissão prescinde de sentença transitada em julgado, porquanto a previsão contida no artigo 20 da Lei nº 8.429/92 colide frontalmente com o disposto no art. 41, § 1º, II, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de perda do cargo de servidor público estável 'mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa', como é o caso dos autos.

Diz-se, ainda, que há a possibilidade de se utilizar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92) em interpretação sistemática, para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, no qual foi enquadrado o autor. Nesse sentido:

'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLÍCIA RODOVIÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ABASTECIMENTO IRREGULAR DE VIATURA BAIXADA. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.492/92. PUNIÇÃO FUNDADA NOS ARTS. 117, IX, E 132, IV, AMBOS DA LEI Nº 8.112/90. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS APURADOS E A PENALIDADE APLICADA. AUSÊNCIA DE MALFERIMENTO À PROPORCIONALIDADE, À RAZOABILIDADE OU AO ART. 128 DA LEI Nº 8.112/90. TIPIFICAÇÃO RELACIONADA COM A CONDUTA DO AGENTE INDEPENDE DOS RESULTADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de *writ* impetrado por servidor público federal contra ato de demissão, fundado nos arts. 117, IX, e 132, IV, ambos da Lei nº 8.112/90. No caso concreto, ficou comprovado que foram realizados diversos abastecimentos fictícios em viatura baixada, ou seja, não operacional, com prejuízo ao erário, já que não se revestiram na aquisição de insumo para a prestação dos serviços públicos. 2. O impetrante traz, em síntese, três argumentos: o primeiro argumento reveste-se na ausência de comprovação de comportamento ímprobo ou irregular, com inaplicabilidade da Lei nº 8.492/92 ao caso concreto; o segundo, constituiria a desproporção e a falta de razoabilidade da punição aplicada, com inobservância ao art. 128 do RJU; e o terceiro, por fim, seria a inobservância dos bons antecedentes e da sua alegação de ausência de prejuízo ao erário. 3. O efetivo enquadramento no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90 já seria suficiente para definir a aplicação da penalidade de demissão, uma vez que amplamente comprovado que os recursos foram gastos e o abastecimento não foi realizado. Todavia, pode-se entender que há a possibilidade de se utilizar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92) em interpretação sistemática, para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90. Precedente: MS 12.262/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 06.08.2007, p. 461. 4. Da apreciação dos fatos e do resultado do processo administrativo disciplinar, observa-se que não havia outra opção senão a aplicação da penalidade de demissão, não visualizado malferimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco ao art. 128 da Lei nº 8.112/90, nos termos da jurisprudência da Primeira Seção: MS 17.515/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 03.04.2012. 5. O prejuízo ao erário é evidente e ficou comprovado. No entanto, na jurisprudência do STJ, 'o ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei 8.112/90, é de natureza formal, de sorte que é desinfluente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos, após a

indiciação do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados' (MS 14.621/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.06.2010). Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.' (MS 201001948038, Humberto Martins, STJ - Primeira Seção, DJe data: 02.08.2012)

A alegação de que teria sido desconsiderada a vida funcional do servidor até então, uma vez que este gozaria de ótimo conceito com a chefia, com os colegas e com os subordinados, não tem a relevância que o autor pretende lhe seja dada, haja vista que o agir do demandante deve ser permeado sempre pelos princípios que regem aqueles que gerem a coisa pública.

Ademais, ao contrário do que afirma o autor à inicial, este foi alvo de investigação da administração em outros três expedientes administrativos, sendo um deles por ameaça, e, em que pese o relato das testemunhas descrevendo a eficiência do autor no comando dos restaurantes universitários, sua conduta demonstrou falta de lealdade com a instituição e descaso com o interesse público, especialmente no episódio em que, em conluio com o operador de caldeira I. G., forjou uma versão para o desaparecimento do combustível.

Assim, entendo que as razões vertidas pelo autor à inicial não são suficientemente hábeis a desconstituir a decisão administrativa."

Abordarei os tópicos lançados em apelação. Primeiramente analisarei os itens *a*, *b*, *d* e *e* e, após, o item *c*, para facilitar a compreensão:

a) Indiciamento e penalização por fatos e condutas não indicados no relatório que embasou a portaria de instauração

O momento adequado para a descrição minuciosa dos fatos é o indiciamento dos servidores, na forma do disposto no artigo 161 da Lei nº 8.112/1990. Ademais, é a partir do indiciamento que os servidores são citados para apresentar resposta escrita, não havendo que falar, portanto, em violação da ampla defesa e do contraditório:

"Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

§ 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

§ 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.

§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de (2) duas testemunhas."

Nesse sentido, reporto-me ao seguinte precedente:

"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SECRETÁRIO NOMEADO PELA COMISSÃO PROCESSAN-

TE. TERMO DE COMPROMISSO. DESNECESSIDADE. IMPEDIMENTO DA COORDENADORA-GERAL DE RECURSOS HUMANOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SIGILO. CARÁTER INERENTE AO PROCEDIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS FORNECIDAS PELO JUÍZO CRIMINAL. ADMISSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. DECISÃO TOMADA, TAMBÉM, COM BASE EM DEPOIMENTOS E DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS. RECONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA FUNDAMENTADO. PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE DE SE ESMIUÇAR OS FATOS A SEREM APURADOS. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Não implica nulidade a ausência de termo de compromisso do secretário da comissão do PAD, porquanto tal designação recai necessariamente em servidor público, cujos atos funcionais gozam de presunção de legitimidade e veracidade. 2. Não há impedimento para a coordenadora geral de Recursos Humanos atuar no feito como secretária. 3. O caráter sigiloso do processo administrativo disciplinar decorre do artigo 150 da Lei 8.112/90. 4. Não há impedimento da utilização da interceptação telefônica produzida no ação penal no processo administrativo disciplinar, desde que observadas as diretrizes da Lei nº 9.296/96. 5. Da detida análise da documentação colacionada, não se observa ter sido obstado o acesso dos investigados aos documentos encaminhados pelo Poder Judiciário, razão pela qual não há que se falar em cerceamento de defesa. 6. Colhe-se dos autos não ter a decisão que demitiu os impetrantes se baseado tão somente nas escutas telefônicas emprestadas da ação penal, mas também nos depoimentos prestados na Polícia Federal e em dados fornecidos pela Superintendência da Zona Franca de Manaus. 7. Não caracteriza nulidade o indeferimento devidamente motivado de produção de prova testemunhal. *8. A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas no instante do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial do processo administrativo*. 9. Mandado de segurança a que se denega a ordem." (destaquei) (STJ – MS: 14374 DF 2009/0101013-4, relator: Ministro Jorge Mussi, data de julgamento: 14.08.2013, S3 – Terceira Seção, data de publicação: DJe 05.09.2013)

b) Cerceamento de defesa em face do indeferimento de diligências requeridas; da limitação do rol de testemunhas de defesa; da não realização de diligência requerida e deferida pela própria comissão processante (que visava, justamente, a complementar dados juntados aos autos); do indeferimento de requerimento que visava propiciar ao servidor acompanhar o interrogatório dos demais acusados no processo disciplinar; e, por fim, da juntada de novas provas após o encerramento da instrução e os interrogatórios

O autor, desde a instauração do processo administrativo disciplinar, contou com advogado constituído, sendo-lhe oportunizado o requerimento de diligências, o arrolamento de testemunhas e a apresentação de defesa escrita. O eventual indeferimento do pedido de diligências ou de oitiva de testemunhas não contamina o processo,

ainda mais quando vem bem fundamentado pela comissão processante, na medida em que não foram identificados fatos novos na extensa investigação que pudessem justificar tais pedidos.

O PAD seguiu as previsões legais referentes ao rito do processo administrativo. O fato de não ter sido oportunizado ao demandante acompanhar o interrogatório dos demais processados não lhe causou prejuízo, porquanto o seu procurador tinha acesso aos depoimentos após a sua redução a termo.

Quanto à afirmação de juntada de quantidade vultosa de provas após o encerramento da instrução e o interrogatório, impossibilitando análise adequada, consta na sua apelação o seguinte:

> "Finda a instrução, este servidor recebe o 'termo de instrução e indiciamento' e é citado para apresentar sua defesa escrita. Qual sua surpresa, contudo, ao verificar que agora, ao final do PAD, imputam-lhe condutas e infrações jamais consideradas no processo. O objeto original é absolutamente desvirtuado. De um exame da conduta deste servidor no episodio da ocultação do desaparecimento do óleo diesel, a comissão processante passou a averiguar rotinas e práticas administrativas, notas de empenho e o ordenamento de despesas, a realização ou não de processos licitatórios, enfim, aspectos alheios ao objeto do PAD,aspectos alheios incluso às competências deste servidor e, mais grave, aspectos que não haviam orientado a produção de provas no curso de todo o processo (documentos, diligências, testemunhas arroladas e mesmo as perguntas que foram feitas às testemunhas). Enfim, uma surpresa!
>
> *Este servidor defendeu-se*. Sobreveio, contudo, 'relatório conclusivo'(...)." (destaquei)

Como visto, o autor admite que apresentou defesa a respeito dos documentos juntados.

d) Necessidade de prévia decisão judicial transitada em julgado para a perda da função pública

Referentemente à alegação de ter sido imputada ao servidor a prática de "improbidade administrativa" e, exclusivamente com base nisso, aplicada a penalidade de demissão, desconsiderando o princípio da reserva de jurisdição e a necessidade de prévia decisão judicial transitada em julgado, conforme o art. 10 da Lei n° 8.429/92, para a caracterização da "improbidade administrativa" e a consequente perda da função pública, refiro que o apelante não se submeteu a ação judicial de improbidade administrativa, mas, ao revés, a processo administrativo disciplinar, com base na Lei nº 8.112/90, a qual igualmente prevê a pena de demissão da função pública. Assim, foi demitido com fundamento

no art. 132, IV, daquela lei, que, coincidentemente, censura a prática de ato de improbidade administrativa, no caso tipificada no art. 11, I e II, da LIA. Ao contrário do previsto no âmbito da ação de improbidade administrativa *stricto sensu*, o Estatuto do Funcionalismo Público não abriga disposição do teor do art. 20 da LIA (necessidade de trânsito em julgado). Ademais, acima do art. 20 da LIA está o art. 41, § 1º, II, da Carta da República, segundo o qual o servidor estável perderá o cargo não apenas em virtude de decisão judicial transitada em julgado (inciso I), mas também "mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa", como ocorreu no caso concreto.

A esse respeito, já decidiu o col. STJ:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A Lei nº 8.429/92 não revogou o art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, que prevê a demissão de servidor público flagrado em falta funcional assimilada à improbidade administrativa.

A punição, mesmo que implique a demissão, se dá no âmbito do processo disciplinar, ainda que se trate de improbidade administrativa. O poder disciplinar não se confunde com as medidas judiciais, previstas na Lei nº 8.429/92, que também visam penalizar a improbidade administrativa, mas com alcance mais amplo.

Ordem denegada." (MS 16.183, rel. Min. Ari Pargendler, DJE-STJ 21-1013 apud DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2014. p. 275)

Em reforço da tese, gize-se que a improbidade administrativa imputada ao autor é a do artigo 11, incisos I e II, da Lei 8.429/92:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;"

Ou seja, não houve prova de enriquecimento ilícito (artigo 9º), tampouco de desvio patrimonial (artigo 10), da Lei de Improbidade:

"Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)"

Consoante doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos, quanto ao disposto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, deve ser interpretado com temperamentos, "pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por essa razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições (O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 365-6).

e) Competência para aplicar a pena de demissão

No que concerne à alegada incompetência da autoridade que aplicou a pena ao autor, não procede o entendimento expresso pelo demandante, uma vez que há vasta jurisprudência no sentido de ser possível a subdelegação do ministro da Educação aos dirigentes das instituições federais de ensino vinculadas àquele ministério. Nesse sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13.787 – DF (2008/0191040-5)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO IMPETRANTE: ADRIANE THEREZA LISIEUX GOMES DE QUEIROZ MONTEIRO

ADVOGADO: MARCOS POLO BRASIL DOS SANTOS E OUTRO(S)

IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA CULTURA

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Adriane Thereza Lisieux Gomes de Queiroz Monteiro em face de ato do sr. ministro de Estado da Cultura, consubstanciado na expedição da Portaria/MEC nº 29, de 10 de junho de 2008, publicada no DOU de 12.06.2008, que determinou sua demissão com base nos fatos apurados nos processos administrativos nºs 01516.000069/2004-28 e 0145.000053/2003-18. Informa a impetrante que esses processos administrativos resultaram na propositura de duas ações judiciais de improbidade administrativa, e que, após prestar depoimento nos referidos processos administrativos, passou a impetrante a defender-se nos processos judiciais que, ao seu sentir, foram resultantes das apurações preliminares da comissão processante, visto que JAMAIS foi convocada para tomar ciência de qualquer conclusão (fl. 05). Noticia que, (...) como não recebeu qualquer informação formal sobre o relatório final da comissão processante, bem assim dos pareceres posteriores, foi surpreendida com a publicação, no dia 12 (doze) de junho de 2008, no Diário Oficial da União, da Portaria 29 do exmo. ministro de Estado da

Cultura – interino, aqui apresentado como autoridade coatora (fl. 5). Nesse contexto, alega a existência de cerceamento de defesa no curso dos processos administrativos, pois, após o seu depoimento, jamais foi novamente convocada ou intimada sobre qualquer conclusão administrativa. Afirma que, após a publicação das portarias que iniciaram os processos administrativos, nenhum ato foi publicado, sendo certo que somente foi convocada na fase de sindicância (fl. 6). Assevera que este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que é necessária a presença de advogado constituído ou defensor dativo para acompanhar o processo administrativo disciplinar de servidor público, sob pena de nulidade. Suscita, outrossim, que o ministro de Estado não é a autoridade competente para aplicar sanção disciplinar de demissão. Aduz que o art. 141, I, da Lei nº 8.112/90 dispõe que cabe ao presidente da República aplicar a penalidade de demissão, de modo que o ministro da Cultura é autoridade incompetente para a prática de tal ato, notadamente em razão de o Decreto nº 3.035/99 – diploma que delegou as atribuições do presidente da República a ministros de Estado – ser norma hierarquicamente inferior à lei, não podendo dispor, consequentemente, em sentido contrário do que preceitua o art. 141, I, da Lei 8.112/90. O ministro da Cultura e a Advocacia-Geral da União prestaram informações às fls. 61-78. O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 82-85 pela denegação da ordem. É o relatório. DECIDO. No tocante à alegação de cerceamento de defesa, aduz a impetrante que não foi comunicada da existência de relatório final, muito menos dos pareceres posteriores, somente tomando conhecimento da conclusão final e da penalidade aplicada por ocasião da publicação do edital em referência, causando-lhe espanto os autos ESTAREM EM BRASÍLIA (fl. 6). Como sabido, o mandado de segurança se presta à análise de matéria cuja prova esteja pré-constituída e cabalmente demonstrada, evidenciando-se, assim, a violação ao pretenso direito líquido e certo pleiteado. A impetrante, contudo, não se desincumbiu do ônus de apontar especificamente os atos em que teria ocorrido eventual cerceamento de defesa em face da ausência de notificação para tanto. O único ato efetivamente apontado pela impetrante como nulo de pleno direito, em decorrência da ausência de intimação, foi o relatório final. A jurisprudência desta Corte, no entanto, possui o sedimentado entendimento no sentido de que a Lei nº 8.112/90 não traz qualquer determinação de intimação do acusado após a apresentação de relatório final da comissão processante, nem a possibilidade de impugnação de seus termos, razão pela qual a ausência de previsão legal é suficiente para afastar a necessidade de intimação. Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AGENTE ADMINISTRATIVO DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. ARTS. 117, IX E XVI, E 132, IV E XI, DA LEI 8.112/1990. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTIMAÇÃO DO TEOR DO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ENQUANTO PENDENTE AÇÃO PENAL EM CURSO. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do ministro de Estado da Justiça que implicou a demissão do impetrante do cargo de agente administrativo do quadro de pessoal do Departamento da Polícia Federal pela prática de infração disciplinar prevista nos arts. 117, IX e XVI, e 132, IX e XI, da Lei 8.112/1990. 2. Sustenta o impetrante a nulidade do ato coator frente à ausência

de intimação acerca do relatório final do PAD, a violar o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como frente à necessidade de sobrestamento do PAD até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, em prestígio do princípio da presunção de inocência. 3. É firme o entendimento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'não ocorre a nulidade do processo administrativo disciplinar que resultou na imposição de pena de demissão a policial civil na hipótese de falta de intimação do acusado acerca do relatório final da comissão processante, tendo em vista que o rito procedimental previsto pela Lei 8.112/1990 não traz qualquer determinação de intimação do acusado após a apresentação do relatório final pela comissão nem a possibilidade de impugnação de seus termos, devendo o processo ser imediatamente remetido à autoridade competente para julgamento' (RMS 32.641/DF, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08.11.2011, DJe 11.11.2011). 4. Da mesma forma, o STJ perfilha entendimento no sentido de que, 'considerada a independência entre as esferas criminal e administrativa, é desnecessário o sobrestamento do procedimento administrativo disciplinar até o trânsito em julgado da ação penal. Assim, a imposição de sanção disciplinar pela administração pública, quando comprovado que o servidor praticou ilícito administrativo, prescinde de anterior julgamento na esfera criminal' (AgRg no RMS 33.949/PE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.08.2013, DJe 16.08.2013). 5. Segurança denegada.' (MS 20.685/DF, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11.02.2015, DJe 24.02.2015)

Relativamente ao argumento de que é necessária a presença de advogado constituído ou defensor dativo para acompanhar o processo administrativo disciplinar de servidor público, sob pena de nulidade, este Tribunal Superior e a Suprema Corte possuem o firme entendimento de que a ausência de advogado não importa em nulidade do PAD se ao acusado foi oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Veja-se:

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUSPENSÃO POR TRINTA DIAS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 4. A ausência de advogado constituído não importa em nulidade de processo administrativo disciplinar, desde que seja dada ao acusado a oportunidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Aplicação da Súmula Vinculante nº 5 do STF. (...) 7. Segurança denegada.' (MS 13.362/DF, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 08.04.2015, DJe 14.04.2015)

No que tange à alegação de que o ministro de Estado da Cultura é incompetente para a aplicação de penalidade disciplinar, não assiste razão à impetrante, visto que a jurisprudência desta Corte é sedimentada no sentido de que o Decreto nº 3.035/99 é plenamente legal e constitucional, porquanto editado em consonância com a Lei nº 8.112/90 e com o art. 84, IV e VI, da Constituição Federal. A propósito:

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). COMISSÃO PERMANENTE. MEMBROS DESIGNADOS PELO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA DELEGADA. 1. Discute-se no presente *mandamus* a suposta incompetência do ministro de Estado da Educação para constituir comissão de processo administrativo disciplinar contra servidor de universidade pública federal. 2. A Lei nº 8.112, de 1990, em seu art. 141, inciso I, declara ser da competência do presidente da República a aplicação da pena-

lidade de demissão de servidor; competência essa, contudo, delegável, como previsto no art. 84, incisos IV e VI e parágrafo único, da Constituição da República e nos arts. 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200/67. Para essa finalidade foi editado o Decreto nº 3.035/1999. 3. Nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores, a competência para julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades poderá ser subdelegada pelo ministro de Estado da Educação aos dirigentes das instituições federais de ensino vinculadas àquele ministério (art. 1º, § 3º, do Decreto nº 3.035/1999). (...) 5. A competência do ministro de Estado da Educação para a instauração de PAD resulta não só do Decreto nº 3.669/2000, mas também do Decreto nº 3.035/1999, uma vez que são dois regramentos normativos que não se colidem, pois o art. 1º daquele decreto determina a delegação de competência do ministro de Estado da Educação, mas sem prejuízo do disposto no Decreto nº 3.035/1999. 6. Desse modo, considerando que, por delegação de competência, cabe ao ministro de Estado da Educação julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades contra servidores públicos, há que se concluir que também possui competência para instaurar o próprio PAD, não havendo, portanto, qualquer vício de incompetência na portaria ora atacada. 7. Não há nulidade por incompetência da autoridade para aplicar a penalidade, tendo em vista que o ato foi praticado no exercício de poder delegado expressamente pelo presidente da República, nos termos do Decreto nº 3.035/99. Precedentes: MS 8.834/DF, rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 28.04.2003; MS 8.374/DF, rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 11.11.2002. 8. Ademais, no caso dos autos, a determinação para apuração da responsabilidade pelo ministro de Estado da Educação se deu em razão do relatório de demandas especiais da Secretaria de Controle Interno (processo 00190.014992/2008-28). Assim, nos termos do art. 143, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, cabe à autoridade que tiver ciência de irregularidade a apuração imediata dos fatos, que 'poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo presidente da República [...]'. (...) Segurança denegada.' (MS 15.165/DF, rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.02.2012, DJe 05.03.2012)

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AGENTE PENITENCIÁRIO. DEMISSÃO. PRECEDENTE – MS 17.053/DF. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO E PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE. AUSENTES. REGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO. ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. NÃO LOCALIZAÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. ATOS MOTIVADOS. POSSIBILIDADE. DEVIDA MOTIVAÇÃO DO ATO DEMISSIONAL. FUNDAMENTO LEGAL. CORRETO ENQUADRAMENTO. ALEGAÇÕES DE PROVAS FORJADAS E DE PERSEGUIÇÃO. NÃO PASSÍVEIS DE APRECIAÇÃO NO RITO MANDAMENTAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...) 5. É evidente a competência do ministro de Estado da Justiça para aplicar a penalidade de demissão, por força do art. 1º, I, do Decreto nº 3.035/99. (...) Segurança denegada.' (MS 17.330/DF, rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25.03.2015, DJe 06.04.2015)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XIX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, denego a segurança. Sem honorários, a teor da Súmula nº 105/STJ, e custas

ex lege. Publique-se. Intimem-se." Brasília, 11 de junho de 2015. Ministro Nefi Cordeiro, relator." (Documento: 48858873 Despacho/Decisão – DJe: 22.06.2015)

Das sucessivas prorrogações do processo administrativo, resulta nítida a desobediência aos prazos legais fixados pela Lei nº 8.112/90 – a qual estatui que os trabalhos da espécie devem se encerrar em 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período, com julgamento em 20 (vinte) dias (art. 152, *caput*, e 167 da referida lei).

Não obstante, é inviável se desconsiderar a complexidade do caso.

Em que pese ser inevitável o dissabor experimentado pelo autor ao aguardar há "longa" data "pelo" término do processo administrativo disciplinar, não se pode desconsiderar que a demora no trâmite se justifica pela própria observância do regular direito de defesa. Não há nos autos, outrossim, qualquer demonstração inequívoca de que a administração, por desídia, tenha dado causa a eventual paralisação indevida do feito.

Não havendo concreto prejuízo à defesa em razão do extrapolamento dos prazos não peremptórios previstos em lei, descabe reconhecer a nulidade do processo administrativo. Nesse sentido, corroborando que os prazos para o término de processos disciplinares devem ser lidos *cum granum salis*, na ótica da necessidade de concreta causação de prejuízo para gerar nulidade:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ADEQUADA OBSERVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 1. A prorrogação dos trabalhos da comissão processante encontrou amparo no art. 220 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco (Lei nº 6.123/1968), que, embora disponha quanto à dissolução da comissão, não impõe nulidade aos atos já praticados. Ademais, a dilação temporal que o impetrante questiona se deu em seu próprio benefício, não sendo razoável – nem moralmente lícito – que queira obter proveito, inquinando de nulidade uma decisão que buscou apenas preservar suas garantias constitucionais. 2. O recorrente não cuidou de demonstrar, como seria de rigor, algum prejuízo que a prorrogação dos trabalhos tenha causado à sua defesa. Daí incidir sobre a espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*. Ademais, esta Corte tem reiteradamente afirmado que o excesso de prazo no processo administrativo disciplinar não é, só por si, causa de nulidade. 3. Ao contrário de outras ações, que admitem a dilação probatória, a concessão da ordem no mandado de segurança reclama prévia e inequívoca demonstração do direito que a parte diz ter. 4. No caso ora apreciado, a argumentação do impetrante não foi corroborada pelas provas documentais carreadas aos autos. Ausente, assim, a certeza quanto aos fatos alegados nas razões recursais, não se revelou o direito

líquido e certo, apto a justificar a concessão da ordem. Recurso ordinário a que se nega provimento." (ROMS 201000552680, Ministro Sérgio Kukina, STJ – Primeira Turma, DJe data: 12.09.2013)

"MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES AFASTADAS. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESCRIÇÃO DOS FATOS A SEREM INVESTIGADOS NA PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE. DETALHAMENTO REALIZADO NA INDICIAÇÃO. INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ATUAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO PARA SOLICITAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE RESPEITADO. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO TOMADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DOS ATOS PRATICADOS. VERIFICAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 5. Deferida a oitiva de todas as testemunhas arroladas pela defesa, não há que se falar em cerceamento de defesa. 6. Não demonstrado o prejuízo causado em razão do excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar, inexiste nulidade a ser declarada. 7. Tendo a comissão processante atuado de forma impessoal e na busca da verdade real, não há se falar em violação ao princípio da impessoalidade. 8. É admitida, no processo administrativo disciplinar, a utilização de prova emprestada de ação penal na qual se apura o mesmo fato praticado pelo servidor público. 9. Baseada a decisão administrativa também em documentos fornecidos por órgãos da administração pública e nos depoimentos de testemunhas, não há se falar que ela foi tomada exclusivamente com base nas interceptações telefônicas franqueadas pelo Poder Judiciário. 10. Verificado ter o patrono do investigado sido intimado dos atos praticados no processo administrativo disciplinar e por não se ter demonstrado qualquer prejuízo à defesa, inexiste nulidade a ser declarada. 11. Além da conhecida independência das esferas administrativa, cível e penal, o atual entendimento jurisprudencial é de que a aplicação da pena de demissão, em casos de improbidade administrativa, não é exclusividade do Judiciário. 12. Mandado de segurança a que se denega a ordem." (MS 14.504/DF, rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 14.08.2013, DJe 20.08.2013)

c) Aplicação de pena de demissão, sem levar em conta a retrospectiva funcional de mais de 30 anos na universidade

Quanto à alegação de que nunca teve sua conduta funcional questionada, valho-me da fundamentação constante na sentença:

"Ademais, ao contrário do que afirma o autor à inicial, este foi alvo de investigação da administração em outros três expedientes administrativos, sendo que um deles por ameaça."

No entanto, é insofismável que as circunstâncias atenuantes deveriam

ter sido consideradas na aplicação da pena:

1. O autor, ao constatar o "sumiço" dos 2.000 litros de óleo entregues no dia anterior, providenciou, às suas próprias expensas, óleo para que a caldeira do restaurante universitário (RU) funcionasse e, consequentemente, evitar que os alunos ficassem sem refeição.

2. Além de ter providenciado o óleo para que não houvesse prejuízo aos alunos, o apelante, antes do julgamento, repôs às suas expensas os 2.000 litros de óleo, não causando prejuízo à universidade.

3. O apelante igualmente confessou perante as autoridades o seu equívoco de não ter comunicado à Reitoria os fatos ocorridos.

Verifica-se, pelos depoimentos no processo administrativo, que o autor goza de boa reputação com seus colegas e superiores, em mais de trinta anos de trabalho na universidade.

Consta no artigo 128 da Lei 8.112/90:

"Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)"

Insta referir que o autor foi reconduzido ao cargo, em face de decisão desta Corte no AI 2009.04.00.0l9429-6/RS, que restou assim fundamentada:

"A decisão agravada foi proferida pelo mm. Juiz Federal Dr. Altair Antonio Gregorio, nos seguintes termos:

'O instituto da tutela antecipada é um instrumento destinado a harmonizar dois direitos, ambos com matriz constitucional, quais sejam, a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, preservando-lhes, ao máximo, a essência. Todavia, antecipar os efeitos executivos da tutela continua a significar prestação de natureza provisória e, portanto, excepcional. Por essa razão, só poderá ser deferida em casos especialíssimos, devendo estar presente, além dos requisitos de prova inequívoca e verossimilhança, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

De posse dos dados trazidos em contestação, verifico que o deslinde da controvérsia passa por dilação probatória, não se verificando de pronto o preenchimento dos requisitos necessários para o adiantamento da prestação jurisdicional, mormente porque o demandado instaurou procedimento administrativo que culminou com a demissão do autor.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por não identificar, de pronto, a presença do requisito da verossimilhança da alegação.'

Conforme se vê dos termos da portaria do Magnífico Reitor Carlos Alexandre Netto, o autor foi demitido 'por improbidade administrativa, conforme previsto no inciso IV do art.

132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, combinado com o art. 11, 1 e 11, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992' (fl. 128).

Os dispositivos citados estabelecem:

'Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

IV - improbidade administrativa;'

'Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;'

Ocorre que o enquadramento do ato como improbidade administrativa, para fins de perda da função pública, submete-se à apreciação judicial, ante a incidência do princípio da reserva de jurisdição, nos termos do art. 20 da citada Lei n° 8.429/92, *verbis*:

'Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, do emprego ou da função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.'

Dessarte, ante o vício de forma do ato administrativo que impôs a pena de demissão ao autor, entendo cabível o deferimento da antecipação da tutela, para determinar a sua reintegração ao cargo público, até o julgamento final da lide.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento."

A orientação jurisprudencial dominante é no sentido de que, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão a servidor público, devem ser observados pela administração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/90.

A partir dessa premissa, considero que, *in casu*, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de demissão imposta ao apelante, à vista de sua folha funcional.

In verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PROCESSO DISCIPLINAR. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO -PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que en-

frentou, motivadamente, os temas abordados no recurso de apelação, ora tidos por omitidos.

2. Observa-se que a corte de origem não analisou, nem sequer implicitamente, o art. 11 da Lei 8.429/92. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Assim, incide no caso o enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Em relação ao argumento de que ao Poder Judiciário é vedado adentrar no mérito administrativo, esse entendimento não encontra guarida em termos absolutos, uma vez que, constatada qualquer irregularidade ou abusividade, é plenamente possível afastar a penalidade aplicada, ao verificar que esta fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. A corte de origem, ao afastar a pena de demissão, entendeu que havia manifesta ausência de proporcionalidade e razoabilidade entre a infração apurada e a pena aplicada. Dessa forma, a revisão desse entendimento, a fim de reconhecer a razoabilidade da sanção imposta, exige o necessário reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ." (AgRg no REsp 1.549.118, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe de 10.02.2016)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CORRUPÇÃO. DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS. AUTORIDADE COMPETENTE. FORMALIDADES ESSENCIAIS. PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em face dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.

2. A infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida (propina) e, de resto, todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão devem ser respaldadas em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: MS 12.429/DF, rel. Min. Felix Fischer (DJU 29.06.2007).

3. O acervo probatório não se mostra suficiente para revelar, de maneira ampla e indubitável, a corrupção supostamente cometida pelo policial rodoviário federal, visto que se resume só e apenas aos depoimentos, de mesmo conteúdo, prestados pela própria vítima e por seu patrão, que descreveram o ato de corrupção sofrido.

4. A proporcionalidade da sanção aplicada resta comprometida quando não se vislumbram, no conjunto de provas colacionado aos autos, elementos de convicção que desafiem a persistência de dúvidas ou incertezas quanto ao fato típico imputado ao agente.

5. Segurança concedida para anular a Portaria 513, de 07.03.2007, que demitiu o impetrante do cargo de policial rodoviário federal, promovendo-se a sua reintegração no cargo." (MS 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26.09.2008)

Ademais, o fato de o apelante ter ficado sem remuneração nesse período em que ficou afastado já se pode considerar como punição suficiente.

Assim, é de ser dado parcial provimento à apelação do autor para

afastar a aplicação da pena de demissão.

No entanto, conforme acima salientado, o apelante não faz jus ao pagamento do período em que ficou afastado, sem remuneração (desde a demissão, em 04/2009, até a reintegração pelo AI em 09/2009), a um, porque não houve prestação de serviço e, a dois, porque o ato foi desproporcional, mas não ilegal.

Nesse sentido:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO PELOS VENCIMENTOS NÃO RECEBIDOS ENTRE A DATA DA PRETERIÇÃO E A POSSE TARDIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida.

Não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

2. O recurso especial, voltado para a uniformização de matéria legal infraconstitucional, não se presta ao exame de suposta afronta a dispositivo constitucional, por se tratar de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

3. *'Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação essa, inclusive, reconhecida judicialmente, não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo'* (REsp 508.477/PR, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 06.08.07).

4. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula 83/STJ).

5. Recurso especial conhecido e improvido." (REsp 956055/RS, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Julgado em 14.10.2008, DJE 03.11.2008) (Destaque meu)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

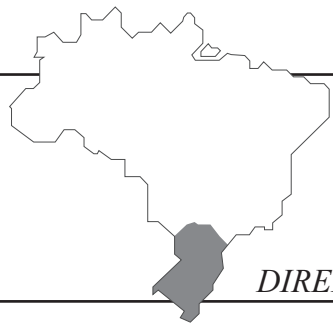
1. À luz do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que, 'nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público' (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18.04.2011).

Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da administração pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as turmas do STF (*v.g*., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 24.03.06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 30.04.99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Correia, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 05.05.06; AI-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Cármen Lúcia, DJ de 29.06.07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 25.11.10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, DJe de 04.03.11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, DJe de 10.08.11).

2. No STJ, a Corte Especial, ao julgar os EREsp 825.037, Min. Eliana Calmon (DJe de 22.02.2011), também assentou entendimento de que, em casos tais, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito à indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

3. Não obstante esse precedente, é de se considerar que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, cuja adoção se impõe no caso concreto." (EREsp 1.117.974/RS, Corte Especial, rel. Ministra Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21.09.2011, DJe 19.12.2011)

Ante o exposto, na forma da fundamentação, voto por dar parcial provimento à apelação.



DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
Nº 0019925-72.2006.4.04.7000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha

Embargante: J.J.T.J.
Advogados: Dr. Luiz Alberto Machado e outro
Dr. José Luiz Borges Germano da Silva e outros
Dr. Luiz Alberto Machado Filho
Dr. Pietro Miorim e outros
Embargantes: L.H.T.B.
W.J.S.
P.D.
G.P.L.
Advogados: Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e outros
Dr. Eduardo Ferreira da Silva e outro
Dr. André Szesz
Embargado: Ministério Público Federal
Interessado: L.R.C.
Advogados: Dr. Luiz Alberto Machado e outro
Dr. Luiz Alberto Machado Filho
Dr. José Luiz Borges Germano da Silva e outros
Interessado: J.H.A.S.

Advogados: Dra. Simone Camargo
Dr. Rogério Nicolau
Dr. Eliseu Lemos Padilha
Dr. Daniel Gerber
Dr. Robinson Eliseu Reck Padilha

EMENTA

Penal. Embargos infringentes. Artigo 89 da Lei 8.666/93. Dispensa/inexigência de licitação. Concessão. Serviços públicos. Art. 175 da Constituição Federal. Dolo específico. Inexigibilidade. Efetivo prejuízo aos cofres públicos. Desnecessidade. Serviços sujeitos a concessão e permissão.

1. O artigo 175 da Constituição Federal estabelece que a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão será feita sempre por meio de licitação.

2. O prejuízo ao erário não constitui elemento essencial do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, quando decorrente de dispensa indevida de licitação para a concessão de serviços públicos prestados à sociedade, hipótese que difere essencialmente dos casos em que a licitação é feita para a aquisição de bens ou serviços pelo ente público.

3. Evidenciado dano aos consumidores afetados pela concessão de rodovia, sem a devida licitação, aos quais se impôs o pagamento a maior de valores de pedágio, para compor rentabilidade de trechos de rodovia os quais não lhes dizem respeito.

4. O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 não exige dolo específico, sendo suficiente à sua caracterização que o agente tenha, livre e conscientemente, atuado no intuito de frustrar o procedimento licitatório (dispensando-o ou deixando de exigi-lo) fora das hipóteses legalmente previstas, ou, ainda, deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa e/ou à inexigibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade, vencido o Des. Federal Leandro Paulsen, nos termos do relatório, votos

e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 2 de junho de 2016.

Des. Federal *Márcio Antônio Rocha*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha: Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos em favor de J.J.T.J. (fls. 1305-1315) e de L.H.T.B., W.J.S., P.D. e G.P.L. (fls. 1349-1377), contra acórdão da Oitava Turma desta Corte, na parte em que aquele colegiado, por maioria, negou provimento à apelação de J.J.T.J. e G.P.L. e, nos termos do voto médio do Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, deu parcial provimento aos apelos de L.H.T.B., P.D. e W.J.S. e concedeu, de ofício, ordem de *habeas corpus* para reduzir as penas aplicadas na sentença. O acórdão foi assim ementado (fls. 1339-1340):

"DIREITO PENAL. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL: MORALIDADE PÚBLICA. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. ARTIGO 24 DA LEI DE LICITAÇÕES. ROL TAXATIVO. DOLO GENÉRICO. AUTORIA. DOMÍNIO DO FATO COMPROVADO EM RELAÇÃO A PARCELA DOS ACUSADOS. BENEFÍCIO DA DÚVIDA QUANTO AOS REMANESCENTES. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS NEUTRAS. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS IMPOSTAS NA SENTENÇA.

1. Tutelando o delito inscrito no artigo 89 da Lei 8.666/93 a própria moralidade pública, faz-se desnecessária a comprovação de dano patrimonial ao erário para sua perfectibilização, desde que reste, ao fim e ao cabo, demonstrado o ferimento às regras que disciplinam a contratação administrativa. Precedentes.

2. O artigo 24 da Lei 8.666/93 traz um rol taxativo das hipóteses em que a licitação pode ser dispensada, não sendo possível, por analogia ou vontade do administrador, a criação de outras.

3. Em se tratando de alteração do contrato de concessão, o ordenamento jurídico permite a ampliação do próprio objeto licitado cuja previsibilidade já fora antevista, mas não a inclusão de um novo objeto não abrangido pelo procedimento licitatório.

4. A realização de um aditivo contratual que, na prática, excluiu o devido procedimento licitatório de duas novas rodovias não é medida autorizada pela lei para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão. Assim, ante a inexistência de previsão normativa ou contratual que respaldasse a opção elegida por parte dos acusados, restou configurada a imputação articulada pela denúncia, tendo em vista a dispensa de

licitação procedida fora dos limites da lei.

5. O dolo não se reveste de especificidade, qual seja a de causar danos ao erário público ou obter vantagem financeira indevida, mas se faz genérico, consistente na vontade, livre e consciente, de 'dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade'.

6. Hipótese em que o contexto fático-probatório deixou clara a atitude consciente e deliberada de parte dos agentes, públicos e privados, de dispensar o certame licitatório às margens do ordenamento jurídico.

7. Em relação a dois dos réus, ao contrário dos demais, não ficou evidenciado, acima de qualquer dúvida, que tiveram participação nas tratativas que culminaram no acordo entre o poder público e a empresa concessionária, no bojo das quais se chegou à deliberação de dispensa de licitação. A propósito, foram denunciados unicamente em razão de as suas assinaturas constarem do Termo Aditivo 86/2002. Hipótese de absolvição, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

8. A alegada influência e o poder de decisão sobre o desenvolvimento e a concretização do ilícito – o denominado domínio dos fatos – são condição para atribuição da autoria, enquanto a exigibilidade de conduta diversa é pressuposto para a culpabilidade, não podendo tais circunstâncias servir de supedâneo para a exasperação da pena. Culpabilidade reputada neutra.

9. As consequências do crime devem ser consideradas favoráveis, uma vez que, além de o termo aditivo que autorizava a exploração ilegal de serviços públicos ter sido anulado pelo Ministério dos Transportes, deixando de gerar efeitos, tem-se que, ainda que considerado o período de cobrança indevida do pedágio, não há elementos nos autos aptos a mensurar supostos danos causados aos consumidores.

10. Tendo em vista o redimensionamento da sanção corporal e a fim de manter a simetria, deve também a pena de multa ser reduzida para o patamar mínimo legal."

A defesa do réu J.J.T.J. (fls. 1305-1377) pretende, em síntese, a prevalência do entendimento explicitado no voto vencido, que dava provimento aos apelos defensivos para o fim de absolver os réus, na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Para tanto, refere que, se a solução adotada pelo embargante e por todas as autoridades que a aprovaram estava fundada em laudos técnicos que reconheciam o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, é forçoso reconhecer a total ausência de dolo. Assevera que o acusado tinha a convicção de estar agindo na forma da lei. Afirma ser indispensável, para que se tenha configurado o delito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário, além da caracterização de efetivo prejuízo à administração pública.

Por sua vez, a defesa de L.H.T.B., W.J.S., P.D. e G.P.L. (fls. 1349-1377) também almeja a prevalência do voto vencido já referido, a fim de que os réus sejam absolvidos. Para tanto, refere que o conjunto probatório

produzido permite a conclusão de que não houve crime. Afirma que o procedimento adotado alinhou-se com os valores tutelados pela norma penal. Assevera que não restou comprovada qualquer vantagem financeira indevida que houvesse sido recebida por qualquer um dos réus, tampouco qualquer dano ao erário, não tendo sido configurado, ademais, o dolo específico de causar dano ao patrimônio público.

Os embargos foram admitidos (fl. 1379).

Em contrarrazões, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento dos embargos (fls. 1383-1405).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha:

1. Delimitação da divergência

Como se vê do relatório, cuida-se de embargos infringentes contra acórdão da Oitava Turma desta Corte, na parte em que aquele colegiado, por maioria, negou provimento à apelação de J.J.T.J. e G.P.L. e, nos termos do voto médio do Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, deu parcial provimento aos apelos de L.H.T.B., P.D. e W.J.S. e concedeu, de ofício, ordem de *habeas corpus* para reduzir as penas aplicadas na sentença.

A controvérsia cinge-se à (des)necessidade de dolo específico de causar dano ao erário, bem como de efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, para fins de configuração do tipo penal descrito no artigo 89 da Lei 8.666/93.

Inicialmente, transcrevo o excerto pertinente do voto vencido, da lavra do eminente Desembargador Federal Leandro Paulsen, que assim tratou da questão (fls. 1268v.-1271):

"8. Do crime de dispensa de licitação

A Lei 8.666/93 traz diversos tipos penais envolvendo fraudes atinentes às licitações. O crime imputado pelo Ministério Público Federal aos réus está previsto no art. 89 do normativo:

'Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.'

Percebe-se que o bem jurídico tutelado pela norma é, especialmente, a moralidade

administrativa e a isonomia, a competitividade e o próprio patrimônio público. O procedimento licitatório evita que contratos administrativos, inclusive os de concessão, sejam celebrados por força de interesses pessoais dos governantes e dos agentes econômicos em detrimento dos cofres públicos. Busca-se construir método isento de contratação, de modo que a proposta mais vantajosa para a administração pública seja sempre a vencedora e que não haja malversação do patrimônio público.

Entendo que, diferentemente do que pretende fazer crer a defesa, não é necessário ato comissivo para configuração do tipo. A simples ausência de licitação, quando exigida pela Lei 8.666/93, é capaz sim de configurar o crime do art. 89, sob pena de tornarmos praticamente inócua a regra produzida pelo legislador penal e afastarmos seu conteúdo da esmagadora maioria das situações ilícitas que ocorrem no dia a dia.

Questão diversa reside na identificação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo. O Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que a configuração do crime descrito na denúncia em análise exige dolo específico de causar dano ao erário por parte do sujeito ativo, bem como efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Nesse sentido:

'RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA ÉPOCA DOS FATOS. *IN DUBIO PRO REO*. APLICAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn nº 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

2. Hipótese em que os recorrentes foram condenados como incursos no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, por terem contratado serviços advocatícios prestados por uma mesma profissional, com breve intervalo de tempo entre as contratações, entre os anos de 1999 e 2000, sem licitação ou concurso público.

3. Em momento algum as instâncias ordinárias afirmaram ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, porém reconheceram expressamente que foram prestados os serviços contratados.

4. Se, no âmbito da comunidade jurídica, à época das contratações, era controvertida a própria necessidade de licitação para a contratação de advogado, em razão do disposto no art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993, não há como condenar-se pela sua dispensa, sendo necessário fazer valer o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Recursos especiais providos para absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.' (REsp 1.185.582/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 11.12.2013)

Consoante análise empreendida nos tópicos anteriores, estou convencido de que, no caso dos autos, não houve crime, e, por conseguinte, foi inadequada a resposta penal decretada na sentença de primeiro grau.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, notadamente a existência de um dolo específico de lesar o erário, tenho que há sobradas provas no sentido frontalmente contrário.

Primeiramente, embora seja inequívoca a existência de comando constitucional no sentido de que todo e qualquer contrato de concessão deve ser precedido de licitação, tam-

bém é indubitável que nosso ordenamento jurídico assegura a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro desta espécie de avença. *In casu*, restou cabalmente demonstrado que o Contrato de Concessão nº 74/97 celebrado entre o Estado do Paraná e a empresa Caminhos do Paraná S/A tornou-se extremamente oneroso para a concessionária no curso de sua execução (modificações tributárias, menor índice de tráfego do que o previsto e reduções governamentais no preço das tarifas de pedágio geraram tal situação). Frente a esse quadro, as Leis 8.666/93 e 8.987/95 exigem do administrador público medidas aptas a restaurar a equação financeira inicial, sob pena de descontinuidade do serviço público e, por conseguinte, violação a diversos comandos constitucionais (eficiência, economicidade, direito de ir e vir, etc.).

Paralelamente, o trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), além de adjacentes ao objeto da concessão originária, configuravam transtorno a todos os usuários da via, porquanto, em péssimo estado de conservação, geravam incontáveis acidentes e mortes na localidade.

Estudos empreendidos pela concessionária e pelo próprio poder público demonstraram que a concessão do trecho à empresa que já geria as rodovias lindeiras, desde que mais uma praça de pedágio fosse incluída, seria capaz de promover a recomposição financeira necessária no âmbito do Contrato de Concessão nº 74/97. Ademais, a medida possibilitaria a restauração da pavimentação, que, de outro modo, continuaria nas mesmas condições, em razão da falta de capacidade estatal de investimento. Saliente-se que a realização de um aditivo contratual que implique extensão do serviço prestado pela concessionária, especialmente para fins de restabelecimento da equação econômico-financeira, é medida prevista expressamente na legislação (art. 23 da Lei 8.987/95).

Os administradores públicos que ora são processados firmaram tais aditivos contratuais com base em inúmeros pareceres, técnicos e jurídicos, no sentido da juridicidade e da eficácia econômica da medida. Ao longo de toda a instrução, as provas testemunhais produzidas pela acusação e pela defesa foram uníssonas no sentido de inexistência de qualquer ordem, pedido, solicitação ou interferência dos réus no sentido de condicionar as conclusões dos pareceres neste ou naquele sentido. Todas as pessoas que foram ouvidas afirmaram que suas considerações técnico-jurídicas foram cristalizadas com base em convicção pessoal no sentido de correção e adequação da medida.

Sozinho, o trecho de aproximadamente 80 quilômetros que foi incorporado à concessão originária, de acordo com os engenheiros do DER e estudo realizado a pedido da empresa Caminhos do Paraná S/A, era economicamente inviável para fins de realização de licitação autônoma. No mesmo sentido se pronunciou a testemunha da acusação C.A.S.D., que à época trabalhava no Ministério dos Transportes, mas hoje integra os quadros da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Explica-se: A empresa Caminhos do Paraná S/A já possuía mão de obra contratada, maquinário de conservação de rodovias, ambulâncias e todas as demais estruturas necessárias para intervir na rodovia adjacente ao lote que administrava. De outro lado, caso uma nova empresa fosse contratada para a mesma finalidade, os custos de mobilização tornariam absolutamente inviável a amortização atrativa do investimento dentro do prazo da concessão.

Embora tal afirmação careça de prova pericial absolutamente imparcial para que seja chancelada de forma definitiva, o fato é que existem tais elementos nos autos dando conta de

que sequer seria possível promover certame licitatório autônomo para restauração daquele trecho rodoviário. Para fins penais, a meu ver, incumbia ao Ministério Público Federal fazer prova da plena possibilidade de que a administração pública tivesse agido de forma diversa no caso concreto.

Pois bem, todos os elementos em questão dão conta de que inexiste qualquer prova ou indício de que o agir dos réus orientou-se no sentido de causar qualquer dano ao patrimônio público. Pelo contrário, os documentos indicam que os administradores públicos ora processados cercaram-se de todas as medidas jurídicas e técnicas com o intuito de assegurar que o aditivo contratual tivesse como única consequência a realização do interesse público. Não há indícios de vantagem econômica indevida a quem quer que seja, assim como houve efetiva prestação do serviço concedido, com a recuperação do trecho rodoviário *sub judice*. O dolo de causar dano ao patrimônio público não restou configurado.

Na mesma toada, o elemento objetivo do tipo exigido pelo Superior Tribunal de Justiça para configuração do crime, notadamente o dano ao erário, não está presente.

A empresa Caminhos do Paraná S/A empreendeu melhorias no trecho rodoviário acrescido ao objeto originário da concessão. Embora não haja documentação precisa acerca do ponto nos autos, há indicativos de que o investimento na rodovia já tenha superado a marca dos R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), reduzindo substancialmente a precariedade da via pública. Em contrapartida, dada a inviabilidade de realização de licitação do trecho de forma autônoma, não houve qualquer prejuízo aos interesses da coletividade. Em verdade, a medida adotada pelos gestores públicos ganha contornos de única alternativa viável para resolução do complexo problema que se apresentou à época. Entendo que também quanto ao ponto a denúncia mostra-se improcedente.

Chama a atenção, ainda, a Nota Técnica nº 27 elaborada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no ano de 2008 (fl. 178 do APENSO IV), ou seja, sob a égide de novo governo e muito depois da ocorrência dos fatos. De acordo com tal documento, o aditamento contratual em análise restaurou de forma plenamente adequada o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão originário. Os novos encargos assumidos pela concessionária mostram-se equivalentes ao benefício por ela amealhado com a instalação de nova praça de pedágio. Do mesmo modo, o acréscimo contratual integral foi de 21 a 22% (fl. 521 dos autos), índice que se encontra abaixo dos 25% de alteração contratual permitidos pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93). Sob qualquer perspectiva que se analise a questão, não se encontram espaços para atuação do direito penal.

9. Conclusões

(1) Serviço público é a satisfação de necessidades concretas da sociedade, atreladas a direitos fundamentais, sejam elas individuais, sejam elas transindividuais, materiais ou imateriais. Tal serviço é prestado mediante o exercício regular da atividade administrativa pública, sob regime de direito público.

(2) Há serviços públicos que ostentam caráter econômico e, por conseguinte, podem atrair investimentos privados voltados à satisfação da necessidade social com o devido retorno financeiro pretendido pelo agente.

(3) O art. 175 da Constituição Federal assegura a moralidade administrativa, a imparcialidade e, especialmente, a isonomia no trato com todos os administrados mediante exigência de licitação para delegação de serviços públicos aos agentes privados.

(4) A delegação de um serviço público jamais transfere sua titularidade, que sempre

será do Estado/sociedade, pois envolve o mero repasse da prestação concreta da tarefa, com seus ônus e vantagens.

(5) A titularidade dos serviços públicos, pertencente ao Estado, outorga à administração pública uma série de prerrogativas extraordinárias, dentre as quais está a de alterar unilateralmente a avença nas hipóteses previstas na legislação.

(6) A existência de prerrogativas extraordinárias em favor do poder concedente traz, como contrapartida, o direito intangível do concessionário de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do pacto, ou seja, eventual majoração de seus encargos gerará direito subjetivo à ampliação de seus benefícios.

(7) A empresa Caminhos do Paraná S/A foi legitimamente contratada (Contrato nº 74/97), no ano de 1997, após procedimento regular de licitação, para administrar a rodovia BR-277, Km 140,5 a Km 344,0; e a rodovia BR-373, Km 183,0 a Km 284,5.

(8) No curso da execução da avença, houve severo desequilíbrio econômico-financeiro em razão da instituição de ISSQN por diversos municípios, da majoração da alíquota de Cofins e CSLL e de atos unilaterais da administração pública tendentes a reduzir o valor da tarifa cobrada a título de pedágio pela concessionária.

(9) A partir do ano de 2001, por intermédio de estudo realizado pela concessionária Caminhos do Paraná S/A, passou a ser estudada a possibilidade de aditamento da concessão mediante inclusão de trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), com mais uma única praça de pedágio, para realização da recomposição financeira necessária.

(10) Os trechos em questão constituíam rodovia cuja alcunha era 'estrada da morte', em razão de seu péssimo estado de conservação e de constantes acidentes veiculares ocorridos. Os prefeitos dos municípios adjacentes à rodovia solicitavam, desde então, a restauração da rodovia, ainda que isso implicasse instituição de nova praça de pedágio.

(11) Com lastro em pareceres jurídicos de diversos órgãos da administração pública federal e estadual, foram celebrados o Primeiro Termo Aditivo ao Convênio de Delegação nº 5/96 (20.09.2002) – União e PR – e o Termo Aditivo nº 86/2002 ao Contrato de Concessão nº 74/97 (25.10.2002) – Paraná e Caminhos do Paraná –, instrumentos jurídicos que implicaram repasse da administração das rodovias *sub judice* à concessionária Caminhos do Paraná S/A, tendo como contrapartida a instalação de uma nova praça de pedágio na localidade.

(12) A medida restabeleceu de forma plena o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 74/97.

(13) O trecho que serviu de aditamento à concessão era economicamente inviável para fins de realização de licitação autônoma, haja vista os altos custos de mobilização de empresa que não estivesse já em atuação nas proximidades.

(14) A configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige dolo específico e dano ao erário, elementos que não restaram configurados no caso dos autos.

10. Dispositivo

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS, para o fim de absolver os réus, forte no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita na denúncia acerca do crime do art. 89 da Lei 8.666/93."

De outro lado, o voto vencedor, da lavra do eminente Desembargador

Federal Victor Luiz dos Santos Laus, foi lançado nos seguintes termos (fls. 1281-1291, destaques do original):

"O delito imputado aos acusados está assim tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/93:

'Art. 89. *Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei*, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. (...)' (destaquei)

Assim, para a caracterização da primeira conduta descrita no tipo penal em comento, é necessário que a dispensa de licitação tenha ocorrido fora das hipóteses previstas no artigo 24 do referido diploma legal.

As hipóteses de dispensa de licitação, em nosso ordenamento jurídico, são *medidas excepcionais*, admitidas apenas em situações taxativamente previstas pelo legislador, nas quais a adoção daquele procedimento implicaria sacrifício de princípios norteadores da atuação administrativa.

A exigência de licitação é constitucional, prevendo o artigo 175 da Carta Magna que 'Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos'.

Impende assinalar, ainda, que, tutelando o delito inscrito no artigo 89 da Lei 8.666/93 a própria moralidade pública, faz-se desnecessária a comprovação de dano patrimonial ao erário para sua perfectibilização, desde que reste, ao fim e ao cabo, demonstrado o ferimento às regras que disciplinam a contratação administrativa.

Assim já decidiu esta 4ª Seção:

'AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.

(...) 4. No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do STJ, 'a simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária'. '*Ainda, o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente)*'.' (APN 2004.04.01.005062-5, rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, D.E. 18.02.2010 – destaquei)

'QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. ART. 89 DA LEI 8.666. CRIME FORMAL. ART. 28 DO CPP. ART. 1º, INCISO XI, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. HOMOLOGAÇÃO DO PEDIDO. ART. 3º, INCISO I, DA LEI Nº 8.038/90.

No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento do STJ, 'a simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que, para a configuração do tipo penal ali previsto, exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo'. *O crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige resultado naturalístico para a sua consumação*.

Quanto ao delito do art. 1º, inciso XI, do Decreto-Lei nº 201/67, nos termos do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, acolhida a promoção ministerial para determinar o arquivamento do feito, em face da atipicidade.' (Inquérito Policial 2010.04.00.018301-0, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, D.E. 20.01.2011 – destaquei)

'DIREITO PENAL E PROCESSUAL. INQUÉRITO POLICIAL. INSTAURAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DENÚNCIA PRECEDIDA DE IPL. RÉU NÃO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ART. 514 DO CPP. INCIDÊNCIA AFASTADA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO FUNDAMENTADA. LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. NOTA FISCAL COM INFORMAÇÕES FALSAS. DÚVIDA ACERCA DA EFETIVA REALIZAÇÃO DO SERVIÇO. DADOS INVERÍDICOS NÃO MENCIONADOS NA DENÚNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE BEM PERTENCENTE AO INMETRO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMETIDO POR PARTICULAR. *DISPENSA DE LICITAÇÃO SEM O DEVIDO PROCEDIMENTO. ART. 89 DA LEI 8.666/93*. LOCAÇÃO DE IMÓVEL PERTENCENTE A SERVIDOR. *PREJUÍZO AO INMETRO. PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO*. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFISSÃO NÃO RECONHECIDA.

1. O Ministério Público Federal procedeu às devidas diligências antes de encaminhar o procedimento administrativo à Polícia Federal, a fim de apurar a veracidade das informações trazidas ao seu conhecimento. Não há nenhum óbice, portanto, à comunicação anônima de suposto cometimento de delitos à autoridade competente, que, uma vez noticiada, inicia as investigações pertinentes.

2. A possibilidade de instauração de inquérito com base em denúncia anônima é pacífica na jurisprudência dos tribunais superiores. Precedentes.

3. Está pacificado o entendimento de ser desnecessária a resposta preliminar de que trata o referido dispositivo quando a ação penal for instruída por inquérito. A síntese desse pensamento encontra-se na Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça.

4. O fato de o réu não ser funcionário público afasta a incidência do art. 514 do CPP. Ainda, na fase policial, não são garantidos ao investigado o contraditório e a ampla defesa, de modo que não houve qualquer violação aos princípios acima mencionados, pois foram plenamente assegurados durante a fase judicial do processo, quando teve pleno acesso aos autos.

5. A nulidade das interceptações telefônicas resta afastada, porquanto o juízo que autorizou as escutas e as respectivas prorrogações apresentou a devida fundamentação para tanto. Ademais, a matéria já foi objeto de apreciação nos julgamentos dos *habeas corpus* impetrados pelos réus, sendo repetidamente indeferidos os pleitos das defesas.

6. É desnecessária a elaboração de laudo pericial nas interceptações telefônicas quando

nos autos existem elementos suficientes para embasar a condenação. Ademais, perícia é circunstância subsidiária, não vinculativa ao juízo de convicção formado pelo julgador.

7. O recurso ministerial não merece prosperar, já que, com base nas provas dos autos, não é possível concluir se o serviço foi efetivamente prestado ou não. Logo, a acusação não obteve êxito em demonstrar que as informações contidas na nota fiscal sejam, de fato, falsas.

8. Não pode o órgão ministerial, diante das evidências colhidas ao longo da instrução, requerer a condenação dos réus por entender que o serviço foi prestado, porém, por empresa que não aquela constante da nota fiscal e/ou em outra data, pelo simples fato de não ser essa a narrativa da peça acusatória. O *Parquet* relatou a prática do crime previsto no art. 299 do CP por existir um documento atestando a prestação de serviço jamais realizado, e de tal imputação os réus se defenderam no curso do processo. Não houve qualquer menção, na exordial, à falsidade das declarações, por ter sido prestado o serviço por outra empresa e em data diversa.

9. Restou clara a autoria do crime de peculato, pois os réus se apropriaram dos pesos-padrão pertencentes ao Inmetro, valendo-se da suposta doação de caminhão, o qual continha os referidos objetos (embora fossem bens distintos), à Associação de Senhoras de Rotarianos de Chapecó.

10. É improcedente a alegação de que os pesos integravam o caminhão, já que, sendo bens de valor comercial relevante, deveriam constar expressamente do instrumento de doação.

11. Conforme disposto no art. 30 do Código Penal, as circunstâncias e as condições de caráter pessoal se comunicam, quando elementares do crime, sendo possível, portanto, que particulares sejam coautores ou partícipes de crimes contra a administração pública.

12. Ante a ausência de fundamentação no procedimento de dispensa de licitação, os réus, exercendo funções de chefia, não poderiam ter chancelado transação flagrantemente ilegal, pois, além de não se poder celebrar contrato de locação entre o servidor e a autarquia, por disposição do art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93, ainda que fosse o imóvel passível de ser alugado com dispensa de licitação, o devido rito não foi observado. Configurado, portanto, o crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações.

13. A culpabilidade dos acusados proprietários do imóvel locado pela autarquia é óbvia, pois se beneficiaram diretamente da transação ilegal. Além disso, o réu e proprietário era coordenador da regional do Inmetro de Chapecó/SC e, portanto, tinha o dever de realizar o procedimento de locação dentro dos trâmites da lei, enquanto sua esposa e coproprietária estava ciente de que participava de contrato relativo a bem do qual não era a única dona, embora somente seu nome constasse no extrato de dispensa de licitação e no contrato de locação.

14. Para configurar o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, não há que se comprovar o objetivo de prejudicar a autarquia, e sim a intenção de 'dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade'. No caso, os réus deliberadamente desrespeitaram a parte final do referido artigo, na medida em que não obedeceram às formalidades exigidas para a dispensa de licitação para locação de imóvel para funcionamento do Inmetro.

15. Na primeira etapa, a magistrada *a quo* corretamente aumentou a pena-base pelo fato de o réu possuir maus antecedentes, o que impede a fixação no mínimo legal. Ainda, não há falar em confissão, pois o acusado sequer confirmou em interrogatório judicial o depoimento prestado no inquérito. Tampouco a condenação está fundamentada nas informações

fornecidas pelo acusado, já que não admitiu a prática criminosa, valendo-se o juízo do farto conjunto probatório carreado aos autos.' (ACR 0009251-11.2006.404.7202, 7ª Turma, rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 08.11.2011)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes da Corte Superior de Justiça:

'*HABEAS CORPUS*. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. *Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à administração. Precedentes*.

2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de vice-prefeito, teria firmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação.

3. É de se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial.

4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também por meio de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita.

5. Ordem denegada.' (STJ, HC 171.152, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, DJe 11.10.2010)

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA Nº 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DELITO DE MERA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 83 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A arguida ofensa ao art. 24, inciso I, da Lei nº 8.666/93 não foi apreciada pelo tribunal *a quo*, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à tese defensiva relativa à inexistência de dolo, verifica-se que o tribunal de origem, soberano na análise fático-probatória, concluiu, de forma clara, que a conduta do agente foi dolosa, tendo o réu plena consciência e vontade de perpetrar o delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, a revisão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do Enunciado nº 07 da Súmula desta Corte.

3. No tocante à alínea *c* do permissivo constitucional, *a decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é crime de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à administração pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Aplicação da Súmula nº 83 desta Corte*.

4. Não tendo o agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.' (STJ, AgRg no Ag 1.367.169, rel. Ministra Laurita

Vaz, 5ª Turma, DJe 03.04.2012)

'(...) DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 1º, INCISO XI, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO NO ATO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA. LAPSO TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DOS FATOS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O delito tipificado no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, assim como o de dispensa ou inexigibilidade de licitação, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, consuma-se no exato momento em que é celebrado o contrato sem que lhe tenha precedido o procedimento licitatório, quando exigido por lei, sendo certo que eventual entrega do bem ou conclusão da obra contratada se constitui em mero exaurimento da conduta. Precedentes do STJ.

2. Na hipótese, constata-se a prescrição da pretensão punitiva com base na pena máxima cominada ao delito em questão, porquanto transcorrido período superior a 8 (oito) anos entre a data dos fatos narrados na denúncia (02.07.2001) e a do recebimento da exordial acusatória (04.11.2010).

3. Não se aplicam ao caso em apreço as disposições dadas ao artigo 110, § 1º, do Código Penal pela Lei nº 12.234/2010, por meio da qual foi suprimida a possibilidade de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia. Ultratividade do art. 110, § 2º, do Estatuto Repressor.

4. Tendo em vista que os corréus L.C.C. e S.M.F.M.C. se encontram na mesma situação processual do paciente, os efeitos desta decisão devem lhes ser estendidos, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, nos autos da Ação Penal nº 0006482-74.2010.4.05.8200, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, estendendo-se os efeitos desta decisão aos corréus L.C.C. e S.M.F.M.C. (STJ, HC 240.144, rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 29.04.2014)

É desnecessária, ademais, a verificação de um ato comissivo, bastando a ausência de licitação fora das hipóteses legais para que se configure o tipo penal em comento.

Sobre o tema, são relevantes as lições de Guilherme de Souza Nucci:

'Análise do núcleo do tipo: dispensar (prescindir de algo, desobrigar-se em relação a alguma coisa) ou inexigir (não reclamar ou demandar algo) são as condutas mistas alternativas, cujo objeto é a licitação. A outra forma, também alternativa, é deixar de observar (não cumprir ou desrespeitar) as formalidades legais pertinentes à dispensa e à inexigibilidade (condutas supramencionadas). Portanto, o agente pode, por exemplo, realizar uma aquisição de bens para ente estatal prescindindo da licitação, quando estiver no contexto do preceituado pelo art. 24 da Lei 8.666/93. Por outro lado, pode realizar a referida aquisição de bens, sem demandar a licitação, quando esta for considerada inexigível, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93. Nota-se, pois, que os verbos são equivalentes, mas foram inseridos como método de referência aos citados arts. 24 e 25 dessa lei. A dispensa vincula-se ao art. 24; a inexigência, ao art. 25 (...).

Como já mencionamos na análise do núcleo do tipo, dispensar e inexigir são verbos correlatos, que implicam desobrigar-se de algo. Na essência, pois, o que acontece é a realização de algum tipo de contrato administrativo (compra, venda, realização de obra,

serviço, etc.) sem o respeito ao procedimento legal de escolha da proposta mais vantajosa à administração de modo imparcial. Logo, há ação tanto quando se dispensa como quando se inexige a licitação. Somente na forma de deixar de observar configura-se o lado omissivo da infração penal, pois envolve abrir mão de seguir um procedimento qualquer ligado à dispensa e à inexigibilidade; instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); de perigo abstrato (independe de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubsistente (cometido por intermédio de vários atos); conforme o meio eleito pelo agente, admite tentativa na forma plurissubsistente.' (*in Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 891 e 897)

Segundo consta, a empresa Caminhos do Paraná S/A, após vencer regular processo licitatório, foi contratada (Contrato nº 74/97), no ano de 1997, para realizar a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração dos trechos rodoviários do 'lote 04' indicados no 'Convênio de Delegação nº 5/96' entabulado entre União e Estado do Paraná.

Em 2000, conforme restou assentado nos autos, modificações supervenientes e imprevistas na carga tributária, o ato unilateral da administração estadual que reduziu as tarifas de pedágio em 50%, bem como outros fatores desequilibraram as condições econômico-financeiras instituídas no contrato de concessão.

Os réus, com fundamento nesse desequilíbrio, firmaram o Termo Aditivo ao Convênio de Delegação nº 5/96 e o Termo Aditivo nº 86/2002 ao Contrato de Concessão nº 74/97, que atribuíram à empresa referida a administração de trechos de *outras duas rodovias paranaenses*.

Ao contrário do quanto sustentado pelo e. relator, no entanto, a realização de um aditivo contratual que, *na prática, exclui o devido procedimento licitatório desses novos trechos concedidos* não é medida prevista para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão.

Conforme já referido, o artigo 24 da Lei 8.666 traz um rol taxativo das hipóteses em que a licitação pode ser dispensada, não sendo possível, por analogia ou vontade do administrador, a criação de outras.

Destaca-se que a legislação vincula o objeto contratual ao instrumento convocatório, dispondo o artigo 41 da Lei 8.666/93 que a 'administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada', concluindo-se que o edital do certame licitatório delimita rigorosamente o objeto e as condições da concessão, não se aceitando posteriores contrariedades e inovações às cláusulas estipuladas inicialmente.

As hipóteses de alteração contratual estão especificadas no artigo 65 da Lei 8.666, do qual destaco a alínea *d* e o § 1º, que, em mais de uma ocasião, foram apontados pela defesa:

'Art. 65. *Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados*, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento, objetivando a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro* inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda,

em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, *os acréscimos ou as supressões que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato*, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.'

A tese defensiva lança mão, ainda, dos termos do artigo 23, V, da Lei 8.987/95, para sustentar a possibilidade de ampliação do objeto licitado, uma vez que o referido dispositivo legal determina que:

'Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

V – aos direitos, às garantias e às obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;'

De acordo com a norma, extrai-se, primeiramente, que *o ato convocatório já deve dispor* sobre *previsíveis* e futuras alterações significativas no objeto e/ou nas condições do contrato. No que toca à mencionada alteração, contudo, alerta Marçal Justen Filho ser imperioso '*que essas modificações sejam caracterizáveis como acessório ou derivação do objeto licitado*. Assim, por exemplo, a licitação para a conservação de estradas de rodagem pode prever a eventual ampliação da rodovia. Mas *não é possível incluir na licitação a operação de rodovia outra, sem vínculo material com aquela licitada*' (*in Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 258 – destaquei).

Ou seja, poderá ocorrer a ampliação do próprio objeto licitado cuja previsibilidade já fora antevista, mas não a inclusão de um novo objeto não abrangido pelo procedimento licitatório, como ocorreu no caso em apreço.

Ressalta-se que, embora não seja a única alternativa possível, a lei prevê a revisão de tarifas como medida para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro (artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei 8.987 e artigo 65, § 5º, da Lei 8.666), podendo as partes do negócio jurídico, ademais, estabelecer no instrumento contratual outros procedimentos dirigidos a essa finalidade, desde que respeitadas as normas da legislação atinente.

E, consoante se vê dos autos, o contrato de concessão em comento possuía cláusula referente à manutenção do equilíbrio, para a qual foram estabelecidas as seguintes alternativas: '(a) alteração do prazo da concessão; (b) atribuição de compensação direta à concessionária; (c) adequação do programa de exploração; (d) combinação das alternativas anteriores' (laudo pericial, fl. 1200).

Observa-se, portanto, a inexistência de previsão normativa ou contratual que respaldasse a opção elegida por parte dos acusados, restando configurado o tipo penal do artigo 89 da Lei 8.666/93, tendo em vista a dispensa de licitação procedida fora dos limites da lei.

Quanto ao dolo do crime em comento, ele não se reveste de especificidade, qual seja a de causar danos ao erário público ou obter vantagem financeira indevida, mas se faz genérico, consistente na vontade, livre e consciente, de 'dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade'.

Nessa direção, restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 94.720, que a

'simples leitura do *caput* da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que, para a configuração do tipo penal ali previsto, exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária.' (5ª Turma, rel. Ministro Felix Fisher, DJe 18.08.2008)

Para que haja a responsabilização penal, portanto, deve o agente, mesmo *consciente da ilegalidade da dispensa de licitação*, realizar a conduta descrita do tipo.

In casu, o contexto dos fatos deixa clara a atitude consciente e deliberada de parte dos agentes, públicos e privados, de dispensar o certame licitatório às margens do ordenamento jurídico.

Isso porque, conforme explanado alhures, o contrato original previa a forma pela qual eventual desequilíbrio financeiro imprevisível seria equacionado, ao passo que a legislação que autorizaria a entrega direta das duas rodovias remetia a uma situação previsível, porque ligada à ampliação do respectivo trecho contratado, não diverso, tendo os acusados, diante desse cenário, buscado uma alternativa jurídica ao impasse.

Em geral, observa-se que os agentes públicos que assinaram o Termo Aditivo 86/02 e contribuíram, pois, para a alteração ilegal do contrato de concessão justificaram sua atuação no conteúdo dos pareceres jurídicos emitidos pela assessoria dos órgãos públicos pelos quais o processo administrativo correspondente tramitou.

W.J.S., à época Secretário dos Transportes do Estado do Paraná, declarou ser um dos responsáveis por buscar alternativas ao desequilíbrio econômico-financeiro que surgiu com os contratos de concessão da mesma espécie que a dos presentes autos. Segundo o próprio interrogado, este participou do estudo de alternativas para o caso em exame. Da mesma forma que os demais réus, alega ter agido com respaldo nos pareceres jurídicos juntados aos autos:

'R: (...) Neste caso, nós tínhamos um contrato extremamente desequilibrado, com simulações da ordem de 42% de correção para reequilibrá-lo, e ao lado nós tínhamos mais uma vez uma rodovia federal, o anel todo é federal, em situação precária, e a população, representada pelos prefeitos de quatro ou cinco prefeituras e pela própria Federação dos Transportes, solicitando a viabilidade de fazer pedagiamento, conceder a rodovia, nem que pague eu quero a rodovia em ordem. Bem, e a pergunta é: nós não podemos ampliar os serviços desta concessionária que está aqui ao lado? Ampliação de serviço porque não trata-se de obra, trata-se de uma prestação de serviços, então vamos ampliar a prestação de serviço, será que isso tem base...

J: Tá. Mas a coisa não é tão simples assim, existe um princípio constitucional da licitação, o poder público não pode conceder o serviço a torto e a direito, né.

R: Sim, por isso mesmo os estudos técnicos para ver se isso era possível, tecnicamente,

se isso era solução tecnicamente, e se a solução, e se juridicamente, e amparo, passou por, eu lembro muito bem, pela procuradora do DER, essa autarquia subordinada não à Secretaria, mas ao DER, examinou isso juridicamente, a própria consultoria da Secretaria que prestava serviço para mim, pedi se isto é possível, que é uma ampliação de serviço. Isto é um aditivo de prestação de serviço, isso é possível, passou pela consultoria jurídica do senhor governador e também submetido ao já DNIT na época, também examinou técnica e juridicamente em Brasília, além de se manifestar aqui em Curitiba, e também examinou a consultoria do senhor ministro dos Transportes em Brasília. E todos afirmaram que, tanto no processo técnico quanto no aspecto jurídico, estava suportável e seria possível fazer isso (...).'

De fato, os setores jurídicos do DER/PR, da Secretaria do Estado do Paraná e do Ministério dos Transportes emitiram opinião a favor da realização dos termos aditivos. No entanto, é de se notar que tais pareceres focalizavam seus argumentos na adequação da medida ao restabelecimento do equilíbrio financeiro-econômico do contrato, deixando de colocar a hipótese sob a perspectiva de dispensa à licitação, observando-se que em alguns deles sequer foram mencionados os dispositivos legais que regem a matéria.

No parecer da Secretaria dos Transportes do Estado do Paraná, por exemplo, restou consignado que o 'restabelecimento do equilíbrio econômico rompido, no entanto, além da revisão da tarifa, pode se dar por meio da alteração do prazo de concessão ou de algum tipo de compensação financeira, como o do caso em exame' (fls. 325-337).

Tanto os acusados sabiam que os fatos não se amoldavam a qualquer hipótese de dispensa de licitação que, alguns meses depois da proposta feita pela empresa concessionária, foram oficiados os municípios pelos quais passavam os trechos pretendidos a fim de documentar a situação precária destes e embasar o aditamento do contrato na forma pretendida pelas partes.

No entanto, e ainda que a exploração daqueles trechos fosse, de fato, de interesse público, não se demonstrou o enquadramento à hipótese prevista no artigo 24, IV, da Lei 8.666, que dispõe que:

'Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou da calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;'

Nesse ínterim, cumpre observar que, embora não caracterizada tal hipótese legal, o clamor popular e o apelo do Poder Executivo municipal indicam o potencial econômico dos trechos incluídos no contrato de concessão, inexistindo elementos para se afirmar, como fizeram os acusados, que, caso promovido o certame, não haveria outras empresas interessadas em concorrê-lo. Outrossim, a vantagem econômica e financeira da exploração do pedágio instituído em um desses novos trechos pode ser inferida da própria iniciativa da empresa concessionária em requerer a sua inclusão no contrato a fim de equilibrar a relação negocial a seu favor.

É que, em verdade, a medida elegida contemplava os mais diversos interesses – eleitoral, comunitário, contratual –, conforme restou evidenciado, em especial, pelos testemunhos coligidos.

J.J.T.J., que à época era diretor da empresa concessionária e participou diretamente de todas as tratativas para a celebração dos termos aditivos em questão, narrou, em juízo, as circunstâncias que culminaram no desequilíbrio econômico-financeiro. Em relação ao ato unilateral do governo do Estado, referiu que

'houve uma decisão judicial determinando o retorno das tarifas aos valores anteriores, mas houve um acordo com o governo do Estado para que as tarifas se mantivessem em um patamar um pouco abaixo das anteriores, tendo sido negociadas algumas reduções de investimentos e postergação de algumas obras; QUE nessa ocasião ficaram ressalvadas algumas pendências para que fossem corrigidas em um momento posterior; QUE essas pendências interferiam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e diziam respeito, principalmente, a questões tributárias.'

Declarou, ainda, que 'chegou a ser cogitado com o DER o aumento das tarifas, mas chegou-se à conclusão de que isso não seria viável no momento' (fl. 106 do IPL).

É dizer, havia outras alternativas ao restabelecimento econômico-financeiro, as quais, embora não fossem tão vantajosas às partes contratantes, observavam as normas instituídas pelo ordenamento jurídico.

Quanto a G.P.L. e P.D., estes também participaram ativamente e desde o início das tratativas para a realização do termo aditivo contratual em questão.

Segundo consta dos documentos encartados às fls. 114-118, G.P.L., representando a Diretoria de Operações do DER, antes mesmo da opinião de um especialista da área jurídica, enviou a proposta da concessionária à Diretoria-Geral do DER, consignando a sua concordância com os termos sugeridos.

Em seguida, a partir da Deliberação 293/2002, o Diretor-Geral do DER/PR, P.D., igualmente com base na opinião favorável da Diretoria de Operações do DER, homologou o parecer do DER favorável à aprovação da proposta, encaminhando-a à Secretaria dos Transportes do Estado.

P.D., em seu interrogatório, afirmou que o contrato de concessão em comento 'não se mostrava com possibilidade de se reequilibrar por ele, por si só', declarando que, então, 'se buscou uma solução em que aparecia uma rodovia federal', de modo que foram buscar 'no Governo Federal um aditivo ao convênio de delegação também para inserir dentro' (fl. 533).

J.L., governador do Estado do Paraná à época dos fatos, justificou a sua concordância com a dispensa da licitação com os pareceres técnicos e jurídicos constantes dos autos, declarando, em síntese, o seguinte (fls. 519-520):

'R: Minha versão é o seguinte: o meu despacho autorizando a dispensa de licitação, ele se deu baseado em duas condições que eu coloquei. Primeiro, obedecidas as exigências legais. Segundo, era de que esse assunto deveria também ter a concordância do Ministério dos Transportes. Bom, anterior a isso, ao despacho, esse despacho foi baseado em pareceres de vários órgãos do Estado, várias secretarias que colocaram a necessidade de fazer esse veto. Então, consultando esses pareceres, consultando todas as razões que levaram a, e garantidas as exigências legais, nós também, além disso, fizemos essa exigência de que fosse ouvido o Ministério. Aí é que nós demos então a autorização.

J: Mas eu indago ao senhor o seguinte: essa hipótese de dispensa de licitação não estava prevista em lei, né? O senhor, como governador do Estado, não parou para pensar assim: 'mesmo que haja um parecer dizendo o contrário, eu, como governador, posso assinar a

dispensa de licitação se não está prevista em lei?'.

R: Eu acho que a necessidade de o poder público, às vezes fazer, concluir uma obra, ou executar uma obra, em função das necessidades que a população do Estado tem, nós temos a responsabilidade de analisar os fatos que pesam, ao mesmo tempo a necessidade, o tempo e a possibilidade de execução em função de exigências legais e todos os procedimentos legais. Mas há casos que houve... que a urgência, que a necessidade leva a isso. Então, não é um fato corriqueiro, mas são decisões que o poder público, às vezes, é obrigado a tomar. (...)'

Acerca do depoimento supratranscrito, cumpre observar, inicialmente, que a concordância do ministro dos Transportes não foi uma 'condição' excepcionalmente cumprida para a aprovação da alteração contratual *sub examine*, pois era, antes, uma condição exigida pelo próprio Convênio de Delegação 5/96, o qual dispunha, em sua Cláusula Quarta, que incumbia ao Ministério dos Transportes, na qualidade de delegante, 'aprovar ou desaprovar propostas de alteração do programa inicial, consoante § 3º do art. 4º da Portaria nº 368/GM, de 11 de setembro de 1996'.

Acerca da atuação dos agentes públicos, observa Odete Medauar que o 'ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e as condições, canalizando-o a uma só direção' (*in Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 123).

Nessa mirada, ainda que os fatos noticiados tenham sido praticados, alegadamente, com a melhor das intenções e visando superar toda sorte de pendências existentes aos olhos dos envolvidos, não se poderia ter tangenciado a legalidade e a moralidade dos atos administrativos por meio de um discurso utilitarista, sob pena de deixar o interesse público primário, que não se identifica, necessariamente, com o do governo de ocasião, à mercê de outros interesses.

Dessarte, comprovadas a materialidade e a autoria e evidenciada a presença do dolo, deve ser mantida a *condenação* de J.J.T.J., W.J.S., L.H.T.B., P.D. e G.P.L. às penas do artigo 89 da Lei 8.666/93.

(...)

Passo à revisão da dosimetria dos réus condenados pelo crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93: J.J.T.J., L.H.T.B., W.J.S., P.D., e G.P.L.

Compulsando os termos da sentença de primeiro grau, verifico que, na fixação da pena-base, foi reputada negativa a vetorial da culpabilidade em relação aos réus L.H.T.B., W.J.S. e P.D., tendo em vista os cargos de mando que os réus exerciam à época dos fatos. A fundamentação foi a mesma para todos, sendo alterada apenas a parte em que descrito o cargo de cada acusado. Veja-se, por exemplo, os argumentos expendidos na dosimetria de L.H.T.B.:

'*Culpabilidade*. Verifico que a culpabilidade é acentuada.

Efetivamente, sendo a culpabilidade o 'poder-agir-de-modo-diverso', devem-se analisar as condições pessoais (ao tempo do fato) e as circunstâncias concomitantes, conforme lição de FRANK, para se avaliar o esforço que deveria ter empreendido o agente para atuar de acordo com o norma.

Trata-se de avaliar normativamente a conduta do autor com todos os seus conhecimentos, capacidades, carências e experiências.

Pois bem, a partir de uma perspectiva de um sujeito com uma disposição ou motivação a favor do Direito, é possível concluir que a conduta do acusado é de igual forma altamente

censurável, afinal exercia, ao tempo dos fatos, o cargo de secretário de Transportes Terrestres, o que lhe impunha um dever especial em relação à norma transgredida. Como dito anteriormente, o dever que recai sobre determinados mandatários não é o mesmo que se atribui à maioria dos agentes públicos. Quem exerce cargo de alto escalão tem o especial dever de fazer valer os princípios constitucionais, dentre os quais os da moralidade e da licitação pública.

Ademais, bastava-lhe uma disposição jurídica mínima para evitar o cometimento dos fatos. Porém, o que se denota dos autos é que o acusado aderiu amplamente aos propósitos ilícitos dos demais envolvidos. Teve, além disso, devido ao tempo decorrido, inúmeras oportunidades para refletir e desistir da empreitada criminosa.

Tinha, portanto, em termos finalistas, totais condições de agir de modo diverso, dado que não existia qualquer causa extraordinária que justificasse o comportamento delituoso.'

No entanto, analisando as circunstâncias do caso concreto, conclui-se que a censurabilidade e a reprovabilidade do comportamento delitivo, sob a ótica das condições pessoais dos réus, são normais.

Frise-se, no ponto, que a mencionada influência e o poder de decisão sobre o desenvolvimento e a concretização do ilícito – o denominado domínio dos fatos – são condição para atribuição da autoria, enquanto a exigibilidade de conduta diversa, também utilizada como argumento no *decisum* de primeiro grau, é pressuposto para a culpabilidade, não podendo tais circunstâncias servir de supedâneo para a exasperação da pena.

Portanto, afasto o desvalor da vetorial da culpabilidade.

Ainda na primeira etapa dosimétrica, o juiz sentenciante considerou desfavoráveis as consequências do delito, elevando a sanção basilar em relação a todos os condenados, ante os seguintes fundamentos:

'As consequências prejudicam o acusado. O alto valor econômico relacionado à concessão de novo trecho de rodovias, por um prazo aproximado de 20 anos (prazo remanescente do contrato original em 25.10.2002), evidencia graves consequências ao bem jurídico tutelado – moralidade administrativa –, sem falar do prejuízo econômico à população, que ficou privada de ter valores mais acessíveis de pedágio.'

Contudo, é necessário observar que o termo aditivo que autorizava a exploração ilegal de serviços públicos foi anulado pelo Ministério dos Transportes, por meio da Portaria 649 de 2003, deixando de gerar efeitos.

Outrossim, ainda que considerado o período de cobrança indevida do pedágio, não há elementos nos autos aptos a mensurar supostos danos causados aos consumidores.

Dessarte, devem ser consideradas neutras as consequências delitivas.

Inexistem agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição a considerar.

Dessa forma, reduzo a pena definitiva de todos os condenados ao patamar mínimo previsto para o tipo, ou seja, *03 (três) anos de detenção*, a ser cumprida em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Tendo em vista o redimensionamento da sanção corporal e a fim de manter a simetria, reduzo as penas de multa aplicadas também para o patamar mínimo legal, ou seja, 10 (dez) dias-multa, mantidos os valores unitários fixados na sentença.

Por fim, quanto à substituição das penas privativas de liberdade, mantenho a decisão de primeiro grau, pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto no sentido de *não conhecer* da apelação de J.L., *dar provimento* às

apelações de L.R.C. e J.H.A.S., para absolvê-los, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, *dar parcial provimento* aos apelos de L.H.T.B., P.D. e W.J.S., negar provimento à apelação de J.J.T.J. e G.P.L. e *conceder*, de ofício, ordem de *habeas corpus* para reduzir as penas aplicadas na sentença."

Esses, portanto, os limites da divergência.

2. Mérito

2.1 Dolo genérico x dolo específico

Quanto a esse particular, conquanto não desconheça os precedentes em sentido contrário, entendo que o delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 não exige dolo específico, sendo suficiente à sua caracterização que o agente tenha, livre e conscientemente, atuado no intuito de frustrar o procedimento licitatório (dispensando-o ou deixando de exigi-lo) fora das hipóteses legalmente previstas, ou, ainda, deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa e/ou à inexigibilidade.

A simples leitura do tipo penal em questão permite concluir que, para sua configuração, não é necessária a demonstração de qualquer finalidade específica, pois não traz o artigo 89 da Lei de Licitações, em sua redação, qualquer expressão como "com o fim de", "com o intuito de" ou algo equivalente, não cabendo ao julgador delimitar as hipóteses de incidência da norma incriminadora com base em critérios que não tenham sido expressos na própria lei penal.

Não há falar, portanto, no tocante a este delito, na necessidade de comprovação quanto ao dolo específico.

2.2 Da (des)necessidade de prejuízo ao erário

Na mesma linha do quanto referido no item precedente, o "prejuízo aos cofres públicos" não constitui elemento essencial do tipo do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, cuja redação incrimina a conduta de "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade".

Trata-se, *in casu*, de crime formal e de perigo abstrato, sendo que sua consumação se dá com a mera dispensa ou não exigência da licitação – em hipótese na qual a lei não tenha autorizado tal proceder –, sendo irrelevante, portanto, para efeito da configuração do referido delito, a efetiva ocorrência de prejuízo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASOS EM QUE A LEI EXIGE O PROCESSO. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. MATERIALIDADE. AUTORIA E DOLO. COMPROVAÇÃO. No delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93, o bem jurídico protegido é a moralidade administrativa, a lisura das licitações. (...) *O delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93 se consuma com o mero ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de demonstração de prejuízo concreto para a administração, cuidando-se de crime formal e de perigo abstrato* (...)." (TRF4, Apelação Criminal nº 0002206-33.2009.404.7110, 7ª Turma, Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, D.E. 12.07.2013, *destaquei*)

"PENAL. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. DISPENSA/INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. DESNECESSIDADE. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGIBILIDADE. (...) *1. O efetivo prejuízo aos cofres públicos não constitui elemento essencial do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, o qual tipifica delito formal e de perigo abstrato, de modo que sua consumação se dá com a mera dispensa ou não exigência da licitação – em hipótese na qual a lei não tenha autorizado tal proceder*. 2. O delito previsto no artigo 89 da Lei de Licitações não exige dolo específico, bastando, para sua caracterização, que o agente tenha, livre e conscientemente, atuado no intuito de burlar o procedimento licitatório nos casos em que a lei não o tenha dispensado e/ou autorizado sua dispensa/inexigência; tal conclusão decorre não apenas da simples leitura do citado dispositivo legal (que não traz em si qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', etc.), mas também porque, em casos tais, o desvalor da conduta se esgota no dolo, sendo desnecessário – ao menos para efeito de sindicar-se a configuração típica – o exame da finalidade almejada pelo agente no momento da dispensa/não exigência da licitação. 3. Sentença reformada para o efeito de condenar três dos sete denunciados, porquanto comprovados em relação a eles a autoria, a materialidade e o dolo (genérico) em suas condutas. 4. Mantidas as demais absolvições; todas elas, entretanto, com fulcro no artigo 386, V, do Código de Processo Penal." (TRF4, Apelação Criminal nº 0004136-18.2006.404.7102, 7ª Turma, Des. Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 25.09.2014, *destaquei*)

Na minha visão, o chamado aditivo contratual, de que se cuida, configurou explícita violação ao princípio da obrigatoriedade da licitação. A Constituição Federal diz claramente, no inciso XXI do seu artigo 37, que:

"(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, *as obras, os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação pública* que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (*destaquei*)

Por sua vez, o artigo 175, *caput*, também da CF/88, tratando da prestação de serviços públicos sob o regime de concessão, diz o seguinte:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou *sob* regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos." (*destaquei*)

A redação de tais dispositivos torna fundamental que se dê a devida valoração à distinção feita pelo voto vencedor no âmbito da Turma, no sentido de que, aqui, tratou-se da concessão de um serviço público de pedágio.

Nesse sentido, é notoriamente insuficiente a mera alegação de ausência de prejuízo ao erário, pois, tratando-se da concessão de exploração de rodovia pelo sistema de pedágio, o maior dano a ser cogitado é em relação aos consumidores do trecho concedido irregularmente, porque ausente a necessária licitação. Não há dano econômico direto ao poder público, e, portanto, não se aplica a jurisprudência trazida pela defesa em licitações decorrentes de processos *aquisitivos* de bens e serviços. Ao contrário, quando se trata da concessão ou da permissão de serviços públicos, sempre mediante licitação, de acordo com a Constituição, são os usuários das duas rodovias, cuja exploração fora irregularmente concedida, aqueles que, em tese, sofreram com tal irregularidade, e com o sobrepreço aplicado ao trecho.

A regra, em casos desse tipo, é clara: quando se trata de licitação que não esteja direcionada à compra de um bem ou à contratação de um serviço, que são as modalidades mais repetidas no cotidiano da administração pública, ou seja, tratando-se da permissão de *prestação de um serviço público*, é claro que o custo de tal serviço será arcado, de forma imediata, pelos usuários desse serviço, de modo que não haverá um prejuízo ao erário de forma direta.

Portanto, os precedentes que afirmam não haver ilícito quando não se tenha configurado prejuízo ao erário precisam ser interpretados, ao menos neste caso concreto, a partir de um olhar diferente, justamente porque, conforme os debates havidos inclusive no âmbito da Turma, trata-se da concessão irregular de um serviço público, cujo prejuízo, conquanto não tenha atingido de forma imediata o erário, foi repassado aos usuários do serviço, que, independentemente de licitação, acabaram tendo de arcar com valores de pedágio que poderiam ser inferiores, caso os administradores tivessem observado o procedimento licitatório regular.

Dispondo referida norma constitucional acerca da imprescindibilidade, da inafastabilidade da licitação para fins de prestação de serviços públicos sob o regime de concessão e permissão, é inviável a aplicação, na espécie, do disposto no artigo 24 da Lei 8.666/93, que faculta ao administrador a dispensa da licitação. Nã há de se exigir, portanto, comprovação de prejuízo ao erário, mas sim há prejuízos, primeiro, em desfavor das empresas que eventualmente poderiam ter concorrido no certame licitatório e, segundo, aos usuários da rodovia, que, indevidamente, tiveram de pagar pedágio para transitarem por trecho objeto de concessão irregular.

Com efeito, a se admitir a tese dos réus e da defesa, tem-se que um possível déficit de *42% nos valores de pedágio, havidos em 305 quilômetros* (BR-277 e BR-373 – Convênio 5/96), *passaram a ser reajustados por meio de uma rentabilidade cruzada, gerada por apenas 83,8 quilômetros* (BR-476 e PR-427, cf. quesito de fl. 1134). É notório que o preço do quilômetro nos trechos irregularmente concedidos, não houvesse a busca de se atribuir rentabilidade cruzada para outros trechos, poderia ser fixado em valor muito menor, caso existente a concorrência.

Aliás, no aspecto, o laudo pericial tergiversa, deixando de esclarecer os fatos quando responde ao quesito "d" de fl. 1140, que indagava justamente sobre a possibilidade de tais trechos terem valores menores, caso existente a concorrência, dando por prejudicado referido quesito.

Ocorre que a lógica, do pouco respondido no quesito, indica a qualquer olhar isento e razoável que, sob a ótica dos consumidores afetados pela concessão irregular, houve nítido prejuízo. Assim, o quesito indica dois possíveis cenários: 1) a empresa vencedora poderia ser a própria "concessionária-ré" (*sic*), pois esta mantinha nas proximidades a estrutura operacional; 2) uma terceira empresa haveria de construir toda a nova estrutura, sugerindo que esta, portanto, teria custos maiores, de modo que perderia a licitação. Analisando-se tais argumentos, pode-se, com razoabilidade, deixar de analisar o cenário 2, para não se trabalhar com incerteza. Todavia, o cenário 1 apresenta análise objetiva, qual seja, se a "concessionária-ré" (*sic*), apresentando condições operacionais favoráveis, embutiu no valor do quilômetro *um preço que lhe proporcionaria rentabilidade no trecho e, ainda, garantiria* ***rentabilidade cruzada*** *para restabelecer o equilíbrio econômico*

de outros 305 km, fica evidente a conclusão de que, submetida a um ambiente de concorrência plena no trecho, ela teria amplas condições de, desejando realmente adquirir o trecho, praticar preço de pedágio muito aquém do exigido dos consumidores daquele serviço público específico e mensurável. *Houve, portanto, no trecho, um sobrepreço evidente, suportado por consumidores que utilizavam apenas 83,8 km, para os fins de remunerar outros 305 km*.

Daí por que é nítida a lesão ao interesse público e aos consumidores, por força da dispensa ilegal de licitação. Nesse ponto, sobressai com força a sabedoria da legislação, que não deixa margem ao administrador para, com seus raciocínios imperfeitos, decidir livremente quando pode dispensar as licitações.

Nesse ponto, o voto do eminente relator fez expressa referência ao artigo 25 da Lei 8.666/93, como sendo as únicas hipóteses legais de dispensa de licitação. De outro turno, a mesma lei prevê quando pode haver restabelecimento dos encargos (art. 65, *d*, da Lei 8.666/93), sendo que o contrato previa as formas em que se dariam essas alterações, a saber: "(a) alteração do prazo da concessão; (b) atribuição de compensação direta à concessionária; (c) adequação do programa de exploração; (d) combinação das alternativas anteriores" (laudo pericial, fl. 1200).

Tem-se, portanto, no caso, o completo afastamento das diretrizes da Lei 8.666/93 e das regras do próprio contrato. A opção do administrador por afastar-se dos ditames da lei é risco que assume pessoalmente, pois a ninguém é dado ignorá-la. Raciocínios imperfeitos e análise parcial das questões administrativas – priorizando a atividade privada em detrimento de consumidores aleatoriamente escolhidos – não rendem justificativa aceitável, de modo razoável, para o afastamento de regras expressas na legislação.

Tutelando o crime de dispensa ilegal de licitação não apenas o patrimônio público, mas também a própria moralidade, a legalidade e a impessoalidade que devem pautar a conduta do administrador público, além do próprio respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei, é certo que o eventual prejuízo aos cofres públicos, quando puder ser mensurado, constituirá mero exaurimento do delito em questão, bastando, no caso, a lesão aos

consumidores afetados pela concessão irregular de dois novos trechos, sem a devida licitação.

A verdade, pois, é que quase 90 km de extensão tiveram sua exploração via praça de pedágio concedida sem a devida licitação e com rentabilidade cruzada suficiente para corrigir um prejuízo, cobrindo um déficit contratual de 42% relativo a outro trecho de 305 km de extensão, de modo que a população usuária daquele primeiro trecho, evidentemente, arcou, e talvez arque até hoje, com um valor de pedágio que não lhe seria exigível caso houvesse a solução acertada da administração no sentido de, cumprindo a legislação aplicável e a Constituição Federal, submeter essa concessão a regular procedimento licitatório.

3. Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen:

1. Divirjo do relator, reafirmando entendimento já manifestado no julgamento da apelação criminal, a teor do voto proferido, nos seguintes termos:

"O Senhor Desembargador Leandro Paulsen:

1. Preliminar. Não conhecimento da segunda apelação de J.J.T.J. e L.R.C. Conforme fiz constar no relatório, os advogados dos réus mencionados neste tópico outorgaram substabelecimento, com reserva de poderes, a causídicos oriundos de escritório diverso. Dessarte, houve mero acréscimo ao número de defensores originariamente constituídos, e não sua substituição, razão pela qual tenho que o apelo das fls. 965-975 (segundo recurso aviado pelos réus por meio dos procuradores substabelecidos) não deve ser conhecido, em razão da ocorrência de preclusão consumativa.

2. Preliminar. Inépcia da denúncia. A questão relativa à inépcia da denúncia já foi solvida de forma definitiva por esta 8ª Turma e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça no âmbito do HC 27.114. Restou cristalizada coisa julgada material no sentido de que a peça inicial apresentada pelo Ministério Público Federal cumpre rigorosamente os requisitos do art. 41 do CPP para que seu processamento seja considerado regular.

3. Prefacial de mérito. Alegação de extinção da punibilidade do réu J.H.A.S. em razão da prescrição pela pena em concreto. O réu J.H.A.S. afirmou que, entre a data do fato e a prolação da sentença condenatória, já transcorreram mais de oito anos, o que denotaria a

absoluta impossibilidade de manutenção do decreto condenatório, por força da prescrição pela pena em concreto.

O argumento pode ser afastado sem maiores digressões, haja vista que o apelante olvidou-se por completo de que o recebimento da denúncia constitui marco interruptivo da prescrição. Não houve, entre os marcos temporais do art. 117 do Código Penal, o transcurso do prazo de oito anos.

4. Premissas relativas à concessão de serviço público. A sociedade reclama a satisfação de uma série de necessidades concretas, sejam elas individuais, sejam elas transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a direitos fundamentais (direito de ir e vir, segurança, liberdade, etc.). De regra, as medidas necessárias à concretização dessas necessidades e desses direitos não são adequadamente desempenhadas pelo mecanismo da livre-iniciativa privada, pois costumeiramente não ostentam o apelo econômico necessário. Assim, a satisfação dessas demandas mediante o exercício regular da atividade administrativa pública, sob regime de direito público, consiste no denominado 'serviço público'.

Perceba-se que estamos tratando da satisfação dos interesses mais caros à sociedade, diretamente vinculados ao exercício e à fruição de direitos fundamentais, fato que torna o tema extremamente relevante. Não por outra razão, a Constituição Federal faz inúmeras referências, em seu texto, acerca da prestação dos serviços públicos. A disposição mais relevante sobre esse aspecto da vida pública, fundamental para desenlace da presente demanda, repousa no art. 175 da Constituição Federal:

'Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.'

A norma permite verificar que à iniciativa privada também é franqueado o acesso à prestação de serviços públicos, desde que devidamente delegados pelo Estado por meio de licitação. Como já referi, embora não seja a regra geral, há serviços públicos que ostentam caráter econômico e, por conseguinte, podem atrair investimentos privados voltados à satisfação da necessidade social com o devido retorno financeiro pretendido. Dentre os instrumentos de delegação colocados à disposição da administração pública está o contrato de concessão, cujo arcabouço jurídico é encontrado nas Leis 8.666/93 e 8.987/95.

Perceba-se que, em qualquer modalidade de delegação de serviço público, jamais haverá a transferência de sua titularidade; o que ocorre é a sua prestação concreta por um particular. O concessionário atua em nome próprio e assume inúmeros direitos e deveres, mas é interesse do concedente e da sociedade (verdadeiros titulares do serviço) manter economicamente viável o empreendimento, uma vez que sua frustração prejudicará a todos e colocará em risco a continuidade do próprio serviço.

Pois bem, mas qual o critério a ser utilizado pela administração pública para escolha do particular interessado em prestar determinado serviço público?

A resposta para tal indagação é dada pelo próprio art. 175 da Constituição Federal, o

qual preconiza que a concessão ou a permissão sempre serão precedidas de procedimento licitatório. Ou seja, abre-se concorrência pública para que todo e qualquer interessado em realizar aquela determinada atividade estatal delegada tenha a possibilidade de apresentar sua proposta. Assegura-se, assim, a manutenção da moralidade administrativa, a impar-cialidade e, especialmente, a isonomia no trato com todos os súditos do Estado (art. 37 da Constituição Federal).

Estabelecidas tais premissas fundamentais acerca da delegação dos serviços públicos, passo a analisar questão ínsita ao próprio contrato de concessão.

5. A intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão. Sabendo que a titularidade do serviço público jamais deixa de pertencer ao Estado, bem como que há estreita vinculação entre tal atividade e a concretização de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico estabelece diversas prerrogativas extraordinárias em favor do poder concedente, *v.g.*: (a) possibilidade de regulamentar e alterar as condições da prestação do serviço de forma unilateral; (b) potencial de fiscalizar de forma próxima e direta o cumprimento do liame; (c) capacidade de extinguir o contrato por ato volitivo unilateral; (d) aptidão de impor sanções ao particular por ato próprio e unilateral; e (e) capacidade de intervir extraordinária e temporariamente na administração do concessionário.

Do mesmo modo, uma série de deveres são impostos ao concessionário, os quais se encontram arrolados, em essência, no art. 31 da Lei 8.987/95, *in verbis*: prestar serviço adequado, na forma prevista nessa lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Especialmente quanto a este último aspecto, notadamente a gestão de recursos financeiros, toca ao concessionário o direito intangível à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dessarte, o exercício das competências anômalas da administração não pode alterar a equação econômico-financeira original, também denominada equilíbrio econômico-financeiro. A alteração das condições contratuais obriga à modificação concomitante das cláusulas atinentes à remuneração do contratado. Não por outra razão o art. 23 da Lei das Concessões (8.987/95) dispõe:

'Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V – aos direitos, às garantias e às obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;'

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja

escolha depende das circunstâncias concretas. A legislação brasileira não impõe alternativa determinada como solução obrigatória a ser seguida. Dessarte, o reequilíbrio do contrato de concessão realiza-se por meio de providências que 'compensem' ou 'contrabalancem' a redução das vantagens ou (e) a ampliação das desvantagens. A simples revisão ou reajuste de tarifas, embora seja a solução costumeiramente adotada, não configura a única alternativa viável. O que importa deixar claro, para desenlace da presente demanda, é que, havendo desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, é dever da administração pública achar alternativa legítima para restaurar sua comutatividade.

6. A concessão no caso concreto e seu desequilíbrio econômico-financeiro. A empresa Caminhos do Paraná S/A foi contratada (Contrato nº 74/97), em 14.11.1997, após vencer licitação promovida pelo Estado do Paraná sob o nº 4/96, para o fim de realizar a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração dos trechos rodoviários do 'lote 04' indicados no 'Convênio de Delegação nº 5/96' entabulado entre União e Estado do Paraná. Os trechos em questão foram concedidos pelo prazo de 24 (vinte e quatro) anos e foram assim especificados: (a) Rodovia BR-277, Km 140,5 a Km 344,0, de São Luiz do Purunã em direção a Guarapuava, com extensão de 203,50 km; (b) Rodovia BR-373, Km 183,0 a Km 284,5, entre Caetano e Relógio, com extensão de 101,50 km.

Debrucei-me sobre as centenas de documentos que instruíram a presente ação criminal, e a primeira conclusão que pode ser retirada dos autos é a improcedência da afirmação feita pelo MPF acerca da existência de um procedimento administrativo em tempo 'recorde' para aditamento do contrato de concessão entabulado entre as partes. O primeiro contato entre concessionária e poder concedente, devidamente comprovado nos autos, ocorreu por meio de ofício encaminhado pela empresa Caminhos do Paraná S/A ao governo do Estado, em 01 de novembro de 2001, solicitando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença (Ofício DG 1777/2001 – fl. 02 do Apenso IV). Saliente-se, outrossim, que o referido ofício inicia com a seguinte assertiva: 'em prosseguimento aos nossos entendimentos anteriores (...)'. Conclui-se, por consectário lógico, que, antes mesmo de novembro de 2001, a empresa já estava comunicando ao poder público a necessidade de revisão da avença.

Fiz constar no relatório deste voto a acusação feita pelo Ministério Público Federal no sentido de que o aditivo contratual foi desencadeado por meio de proposta apresentada pela Caminhos do Paraná S/A em 19 de setembro de 2002, menos de 1 mês antes da celebração definitiva do novo acordo. As testemunhas de acusação e defesa, bem como todos os documentos que vieram aos autos, indicam que em 19 de setembro de 2002 apenas houve a unificação em protocolo único dos diversos procedimentos administrativos que já haviam sido instaurados pela concessionária, todos com o intuito de buscar a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por ela celebrado para gerenciamento do denominado 'lote 4' das rodovias localizadas no Estado do Paraná.

Superada a alegação de que o 'tempo recorde' de tramitação do procedimento de revisão levantaria suspeitas acerca da lisura do negócio jurídico, faz-se necessário avaliar qual era exatamente a pretensão da concessionária no caso concreto, bem como sua legalidade.

Os procedimentos administrativos demonstravam a ocorrência de severo desequilíbrio na equação econômico-financeira da concessão em virtude de modificações supervenientes e imprevistas na carga tributária, bem como por força de ato unilateral da administração. No que tange aos tributos, o ISSQN restou regulamentado somente três anos após o início da vigência do contrato de concessão *sub judice*, fato que ensejou a cobrança de tributo

na alíquota de 5% por parte de diversos municípios através dos quais a rodovia passava. Além disso, há demonstrativos indicando sensível majoração da alíquota de Cofins e CSLL no mesmo período. De outro lado, no ano 2000, o governo do Estado, por intermédio de ato unilateral, determinou a redução das tarifas de pedágio em 50% de seu valor, as quais somente foram restauradas ao patamar originário mediante ordem judicial concedida após o transcurso de certo tempo.

Além dos estudos empreendidos pela própria concessionária, o Parecer nº 808/2002 (fl. 159 e seguintes do inquérito) elaborado pelo Departamento de Estradas e Rodagens do Estado do Paraná também indica a existência de outros fatores que conduziram ao desequilíbrio da avença originária, como as perdas de receita devido à mudança da data do reajuste da tarifa e variações no quantitativo de tráfego esperado das rodovias. O Parecer nº 784/2002 (fl. 176 e seguintes do inquérito), elaborado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes do Paraná, também identifica a necessidade de restaurar o equilíbrio econômico do contrato de concessão entabulado com a Caminhos do Paraná S/A, argumentando, especialmente, a ocorrência de 'fato do príncipe' que causou situação de dificuldades para a empresa que presta o serviço público.

Além dos estudos documentados acerca da quebra da comutatividade financeira da concessão, a testemunha M.L.O.F., então engenheiro do DER/PR e coordenador das concessões, afirmou que efetivamente o Estado identificou a ocorrência de substancial majoração nos encargos atribuídos ao concessionário em detrimento de qualquer incremento de receita. Afirmou que os investimentos já feitos pela empresa, somados à carga tributária que lhe era imposta, estavam superando amplamente a entrada de valores em seus cofres por meio das tarifas de pedágio praticadas. Os próprios interrogados, dentre os quais se encontram os diretores da concessionária e do DER e representantes dos governos estadual e federal, foram uníssonos no sentido de que o Contrato de Concessão nº 74/97 estava substancialmente desajustado quando comparado com sua equação econômica inicial.

7. A alternativa adotada para resolução do problema. O réu W.J.S., então secretário dos Transportes do Estado do Paraná, afirmou que o restabelecimento da equação financeira na avença *sub judice* perpassaria pelo reajuste da tarifa de pedágio no índice de 42%, o que inviabilizaria o tráfego de veículos pelo local, violando, ainda, o princípio da modicidade tarifária. Os estudos e laudos que foram produzidos à época, devidamente juntados nos APENSOS deste processo, dão suporte ao alegado pelo interrogado no sentido de que o reajustamento da tarifa necessário para reequilibrar o pacto seria na percentagem indicada.

Os estudos técnicos elaborados pela própria concessionária Caminhos do Paraná S/A, ainda nos idos do ano de 2001, trouxeram alternativa com o intuito de sanar o contrato de concessão sem a necessidade de modificação tarifária. Concluiu-se que o aditamento da concessão original, mediante inclusão de trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), com mais uma única praça de pedágio, geraria a recomposição financeira necessária. Os 83,8 km em questão eram utilizados pelos motoristas como 'rota de fuga' do pedágio existente no trecho concedido e, portanto, gerariam incremento de receita suficiente para cobrir os investimentos necessários no trecho, bem como suprir os valores necessários ao restabelecimento da equação econômica da concessão originária.

Os autos dão conta de que o governo do Estado do Paraná passou a receber sucessivos

ofícios encaminhados pelas prefeituras dos municípios adjacentes aos trechos da BR-476 e da PR-427. No documento da fl. 142 do IPL, o prefeito do Município de Lapa solicita a inclusão do trecho no anel de integração rodoviário para fins de melhoria da rodovia cuja alcunha era 'estrada da morte'. Na fl. 143, há ofício assinado pelo prefeito de Araucária requerendo soluções para melhoria da BR-476, que se encontrava em situação precária. Na fl. 144 do mesmo IPL, há ofício oriundo do Município de Contenda apoiando a colocação de pedágio no trecho rodoviário em questão para fins de restauração da rodovia. Por fim, na fl. 145 do IPL, há ofício do Município de Porto Amazonas mostrando-se favorável à colocação de praça de pedágio na rodovia, haja vista a necessidade imediata de reformas no trecho. Saliento que os prefeitos signatários dos ofícios, à época dos fatos, pertenciam a siglas partidárias diversas, dentre as quais pude identificar PMDB, PSDB e PTB. Embora tal fato seja meramente político, e não jurídico, tenho que ele serve como indicativo de que agentes de ideologias distintas apontavam a efetiva existência do problema de conservação na rodovia e admitiam a necessidade de uma solução para o caso concreto, ainda que isso implicasse impopular medida de cobrança de pedágio.

Dentre as testemunhas arroladas pela defesa, encontra-se o Sr. P.C.F., que à época era prefeito da cidade de Lapa. Em seu depoimento, o administrador público afirma que a estrada estava em situação lamentável, razão pela qual iniciou uma série de contatos com os órgãos do governo do Estado por força do risco de vida a que eram submetidos os cidadãos e até crianças em veículos escolares. Ponderou, ainda, ter realizado consulta popular acerca da possibilidade de inclusão de um pedágio no local com o intuito de melhorar as questões de trafegabilidade pela via. De acordo com a testemunha, os delegados encaminhados às comunidades para realização da pesquisa de opinião foram praticamente unânimes no sentido de que a população preferia suportar o custo da tarifa, tendo a contrapartida da reforma da rodovia. Relatou ter encaminhado o pleito e o resultado da consulta ao governo do Estado e não ter obtido mais notícias acerca do desenrolar jurídico da situação.

O quadro ora delineado estabeleceu ao governo do Estado do Paraná tríplice situação: (a) desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão nº 74/97; (b) clamor popular, cristalizado por meio da manifestação das prefeituras dos municípios adjacentes à estrada, pela imediata restauração das rodovias BR-476 e PR-427; e (c) existência de estudos técnicos, apoiados pela própria concessionária, indicando que a inclusão de trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), com mais uma única praça de pedágio, geraria a recomposição financeira necessária ao Contrato de Concessão nº 74/97.

A composição da questão, mediante aditamento da concessão originária, demandava, em primeiro lugar, a inclusão do trecho rodoviário de competência da União (BR-476) no 'lote 4' do anel rodoviário de integração paranaense. Nessa toada, conforme fl. 146 do IPL, o Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná, por intermédio do Parecer nº 616/2002, firmado por M.E.S.F., assessor jurídico do DER, afirmou a necessidade de que o governo do Estado negociasse com o governo federal a delegação da administração da rodovia. O parecer em questão traz detalhes acerca da situação precária da rodovia, bem como da necessidade de empreender medidas que satisfizessem o interesse público de restaurar o trecho. Conclui-se, no documento em questão, acerca da legalidade de realização de aditamento no contrato de concessão original celebrado com a empresa Caminhos do Paraná S/A.

A partir de então, os autos dão conta de que o réu J.L., governador do Estado à época dos fatos, deu início às tratativas com o governo federal para que o trecho da BR-476 fosse delegado, de forma a integrar o anel rodoviário estadual (ofício fl. 152 do IPL). A iniciativa em questão teve início após a apresentação de sucessivos pareceres acerca da legalidade e da juridicidade do aditamento do Contrato de Concessão nº 74/97, o qual deveria ser imediatamente reequilibrado mediante ampliação de seu objeto e inclusão de uma praça de pedágio. Verifiquei a existência de pareceres oriundos de diferentes órgãos do DER, da Secretaria de Transportes do Estado do Paraná, da assessoria jurídica do governador, da Secretaria de Transportes Terrestres do Ministério dos Transportes e da própria assessoria do ministro dos Transportes (réu J.H.A.S.).

Como resultado das negociações, União e Estado do Paraná celebraram, em 20.09.2002, o Primeiro Termo Aditivo ao Convênio de Delegação nº 5/96, instrumento que repassou à administração pública estadual o trecho da BR-476 *sub judice*. O pacto já previa, em sua cláusula terceira, que o trecho em questão seria incluído como aditamento ao Contrato de Concessão nº 74/96, *in verbis* (fl. 81 do APENSO I):

'CLÁUSULA TERCEIRA
DA DESTINAÇÃO DO TRECHO INCLUÍDO

Para os fins previstos neste Termo Aditivo, o DELEGATÁRIO exercerá a administração e a exploração da rodovia e do trecho rodoviário ora inserido no Convênio de Delegação nº 5/96, mediante celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 74/96, observado o previsto nos itens 1, II, V, VII, IX, 2.IV, 3.I e 4.III da Cláusula Quarta, bem assim o disposto na Cláusula Décima Terceira do referido Convênio.'

Após a celebração desse aditivo, o Ministério dos Transportes, por intermédio de seu setor competente, emitiu NOTA TÉCNICA Nº 5/DTR/STT/MT salientando que a medida implicaria incremento de investimento pela concessionária na ordem de R$ 95.203.410,00 (noventa e cinco milhões, duzentos e três mil, quatrocentos e dez reais) para restauração da rodovia. A mesma nota indica que a delegação manteria a modicidade tarifária e atingiria o interesse público.

Em 25.10.2002, o Estado do Paraná celebrou o Termo Aditivo nº 86/2002 ao Contrato de Concessão nº 74/97 com a empresa Caminhos do Paraná S/A, a qual passou a administrar os trechos já mencionados da BR-476 e da PR-427. O contrato administrativo foi embasado pelo PARECER Nº 5.316.566-4, elaborado pela Coordenadoria Técnica do Governo do Estado do Paraná, o qual afirmava sua legalidade, bem como salientava a existência de expressa previsão no contrato de aditamento da delegação nº 5/96.

No curso do ano de 2003, já sob a égide de novo governo federal e estadual, o Ministério dos Transportes expediu a Portaria nº 649, reconhecendo a nulidade do aditamento da concessão sem a realização de licitação. Assim, estabelecidas as premissas de direito administrativo e as circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, entendo ser possível adentrar nas últimas etapas deste voto para fins de análise da possível configuração do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93.

8. Do crime de dispensa de licitação. A Lei 8.666/93 traz diversos tipos penais envolvendo fraudes atinentes às licitações. O crime imputado pelo Ministério Público Federal aos réus está previsto no art. 89 do normativo:

'Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar

de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.'

Percebe-se que o bem jurídico tutelado pela norma é, especialmente, a moralidade administrativa e a isonomia, a competitividade e o próprio patrimônio público. O procedimento licitatório evita que contratos administrativos, inclusive os de concessão, sejam celebrados por força de interesses pessoais dos governantes e dos agentes econômicos em detrimento dos cofres públicos. Busca-se construir método isento de contratação, de modo que a proposta mais vantajosa para a administração pública seja sempre a vencedora e que não haja malversação do patrimônio público.

Entendo que, diferentemente do que pretende fazer crer a defesa, não é necessário ato comissivo para configuração do tipo. A simples ausência de licitação, quando exigida pela Lei 8.666/93, é capaz sim de configurar o crime do art. 89, sob pena de tornarmos praticamente inócua a regra produzida pelo legislador penal e afastarmos seu conteúdo da esmagadora maioria das situações ilícitas que ocorrem no dia a dia.

Questão diversa reside na identificação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo. O Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que a configuração do crime descrito na denúncia em análise exige dolo específico de causar dano ao erário por parte do sujeito ativo, bem como efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Nesse sentido:

'RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. QUESTÃO CONTROVERTIDA NA ÉPOCA DOS FATOS. *IN DUBIO PRO REO*. APLICAÇÃO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn nº 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.

2. Hipótese em que os recorrentes foram condenados como incursos no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, por terem contratado serviços advocatícios prestados por uma mesma profissional, com breve intervalo de tempo entre as contratações, entre os anos de 1999 e 2000, sem licitação ou concurso público.

3. Em momento algum as instâncias ordinárias afirmaram ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, porém reconheceram expressamente que foram prestados os serviços contratados.

4. Se, no âmbito da comunidade jurídica, à época das contratações, era controvertida a própria necessidade de licitação para a contratação de advogado, em razão do disposto no art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993, não há como condenar-se pela sua dispensa, sendo necessário fazer valer o princípio do *in dubio pro reo*.

5. Recursos especiais providos para absolver os recorrentes, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.' (REsp 1.185.582/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21.11.2013, DJe 11.12.2013)

Consoante análise empreendida nos tópicos anteriores, estou convencido de que, no caso dos autos, não houve crime, e, por conseguinte, foi inadequada a resposta penal decretada na sentença de primeiro grau.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, notadamente a existência de um dolo específico

de lesar o erário, tenho que há sobradas provas no sentido frontalmente contrário.

Primeiramente, embora seja inequívoca a existência de comando constitucional no sentido de que todo e qualquer contrato de concessão deve ser precedido de licitação, também é indubitável que nosso ordenamento jurídico assegura a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro desta espécie de avença. *In casu*, restou cabalmente demonstrado que o Contrato de Concessão nº 74/97 celebrado entre o Estado do Paraná e a empresa Caminhos do Paraná S/A tornou-se extremamente oneroso para a concessionária no curso de sua execução (modificações tributárias, menor índice de tráfego do que o previsto e reduções governamentais no preço das tarifas de pedágio geraram tal situação). Frente a esse quadro, as Leis 8.666/93 e 8.987/95 exigem do administrador público medidas aptas a restaurar a equação financeira inicial, sob pena de descontinuidade do serviço público e, por conseguinte, violação a diversos comandos constitucionais (eficiência, economicidade, direito de ir e vir, etc.).

Paralelamente, o trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), além de adjacentes ao objeto da concessão originária, configuravam transtorno a todos os usuários da via, porquanto, em péssimo estado de conservação, geravam incontáveis acidentes e mortes na localidade.

Estudos empreendidos pela concessionária e pelo próprio poder público demonstraram que a concessão do trecho à empresa que já geria as rodovias lindeiras, desde que mais uma praça de pedágio fosse incluída, seria capaz de promover a recomposição financeira necessária no âmbito do Contrato de Concessão nº 74/97. Ademais, a medida possibilitaria a restauração da pavimentação, que, de outro modo, continuaria nas mesmas condições, em razão da falta de capacidade estatal de investimento. Saliente-se que a realização de um aditivo contratual que implique extensão do serviço prestado pela concessionária, especialmente para fins de restabelecimento da equação econômico-financeira, é medida prevista expressamente na legislação (art. 23 da Lei 8.987/95).

Os administradores públicos que ora são processados firmaram tais aditivos contratuais com base em inúmeros pareceres, técnicos e jurídicos, no sentido da juridicidade e da eficácia econômica da medida. Ao longo de toda a instrução, as provas testemunhais produzidas pela acusação e pela defesa foram uníssonas no sentido de inexistência de qualquer ordem, pedido, solicitação ou interferência dos réus no sentido de condicionar as conclusões dos pareceres neste ou naquele sentido. Todas as pessoas que foram ouvidas afirmaram que suas considerações técnico-jurídicas foram cristalizadas com base em convicção pessoal no sentido de correção e adequação da medida.

Sozinho, o trecho de aproximadamente 80 quilômetros que foi incorporado à concessão originária, de acordo com os engenheiros do DER e estudo realizado a pedido da empresa Caminhos do Paraná S/A, era economicamente inviável para fins de realização de licitação autônoma. No mesmo sentido se pronunciou a testemunha da acusação C.A.S.D., que à época trabalhava no Ministério dos Transportes, mas hoje integra os quadros da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Explica-se: A empresa Caminhos do Paraná S/A já possuía mão de obra contratada, maquinário de conservação de rodovias, ambulâncias e todas as demais estruturas necessárias para intervir na rodovia adjacente ao lote que administrava. De outro lado, caso uma nova empresa fosse contratada para a mesma finalidade, os custos de mobilização tornariam absolutamente inviável a amortização atrativa do investimento

dentro do prazo da concessão.

Embora tal afirmação careça de prova pericial absolutamente imparcial para que seja chancelada de forma definitiva, o fato é que existem tais elementos nos autos dando conta de que sequer seria possível promover certame licitatório autônomo para restauração daquele trecho rodoviário. Para fins penais, a meu ver, incumbia ao Ministério Público Federal fazer prova da plena possibilidade de que a administração pública tivesse agido de forma diversa no caso concreto.

Pois bem, todos os elementos em questão dão conta de que inexiste qualquer prova ou indício de que o agir dos réus orientou-se no sentido de causar qualquer dano ao patrimônio público. Pelo contrário, os documentos indicam que os administradores públicos ora processados cercaram-se de todas as medidas jurídicas e técnicas com o intuito de assegurar que o aditivo contratual tivesse como única consequência a realização do interesse público. Não há indícios de vantagem econômica indevida a quem quer que seja, assim como houve efetiva prestação do serviço concedido, com a recuperação do trecho rodoviário *sub judice*. O dolo de causar dano ao patrimônio público não restou configurado.

Na mesma toada, o elemento objetivo do tipo exigido pelo Superior Tribunal de Justiça para configuração do crime, notadamente o dano ao erário, não está presente.

A empresa Caminhos do Paraná S/A empreendeu melhorias no trecho rodoviário acrescido ao objeto originário da concessão. Embora não haja documentação precisa acerca do ponto nos autos, há indicativos de que o investimento na rodovia já tenha superado a marca dos R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), reduzindo substancialmente a precariedade da via pública. Em contrapartida, dada a inviabilidade de realização de licitação do trecho de forma autônoma, não houve qualquer prejuízo aos interesses da coletividade. Em verdade, a medida adotada pelos gestores públicos ganha contornos de única alternativa viável para resolução do complexo problema que se apresentou à época. Entendo que também quanto ao ponto a denúncia mostra-se improcedente.

Chama a atenção, ainda, a Nota Técnica nº 27 elaborada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no ano de 2008 (fl. 178 do APENSO IV), ou seja, sob a égide de novo governo e muito depois da ocorrência dos fatos. De acordo com tal documento, o aditamento contratual em análise restaurou de forma plenamente adequada o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão originário. Os novos encargos assumidos pela concessionária mostram-se equivalentes ao benefício por ela amealhado com a instalação de nova praça de pedágio. Do mesmo modo, o acréscimo contratual integral foi de 21 a 22% (fl. 521 dos autos), índice que se encontra abaixo dos 25% de alteração contratual permitidos pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93). Sob qualquer perspectiva que se analise a questão, não se encontram espaços para atuação do direito penal.

9. Conclusões

(1) Serviço público é a satisfação de necessidades concretas da sociedade, atreladas a direitos fundamentais, sejam elas individuais, sejam elas transindividuais, materiais ou imateriais. Tal serviço é prestado mediante o exercício regular da atividade administrativa pública, sob regime de direito público.

(2) Há serviços públicos que ostentam caráter econômico e, por conseguinte, podem atrair investimentos privados voltados à satisfação da necessidade social com o devido retorno financeiro pretendido pelo agente.

(3) O art. 175 da Constituição Federal assegura a moralidade administrativa, a imparcia-

lidade e, especialmente, a isonomia no trato com todos os administrados mediante exigência de licitação para delegação de serviços públicos aos agentes privados.

(4) A delegação de um serviço público jamais transfere sua titularidade, que sempre será do Estado/sociedade, pois envolve o mero repasse da prestação concreta da tarefa, com seus ônus e vantagens.

(5) A titularidade dos serviços públicos, pertencente ao Estado, outorga à administração pública uma série de prerrogativas extraordinárias, dentre as quais está a de alterar unilateralmente a avença nas hipóteses previstas na legislação.

(6) A existência de prerrogativas extraordinárias em favor do poder concedente traz, como contrapartida, o direito intangível do concessionário de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do pacto, ou seja, eventual majoração de seus encargos gerará direito subjetivo à ampliação de seus benefícios.

(7) A empresa Caminhos do Paraná S/A foi legitimamente contratada (Contrato nº 74/97), no ano de 1997, após procedimento regular de licitação, para administrar a rodovia BR-277, Km 140,5 a Km 344,0; e a rodovia BR-373, Km 183,0 a Km 284,5.

(8) No curso da execução da avença, houve severo desequilíbrio econômico-financeiro em razão da instituição de ISSQN por diversos municípios, da majoração da alíquota de Cofins e CSLL e de atos unilaterais da administração pública tendentes a reduzir o valor da tarifa cobrada a título de pedágio pela concessionária.

(9) A partir do ano de 2001, por intermédio de estudo realizado pela concessionária Caminhos do Paraná S/A, passou a ser estudada a possibilidade de aditamento da concessão mediante inclusão de trecho de 43 quilômetros da rodovia BR-476 (ligando os municípios de Araucária e Lapa) e outro de 40,8 quilômetros da PR-427 (ligando os municípios de Lapa e Porto Amazonas), com mais uma única praça de pedágio, para realização da recomposição financeira necessária.

(10) Os trechos em questão constituíam rodovia cuja alcunha era 'estrada da morte', em razão de seu péssimo estado de conservação e de constantes acidentes veiculares ocorridos. Os prefeitos dos municípios adjacentes à rodovia solicitavam, desde então, a restauração da rodovia, ainda que isso implicasse instituição de nova praça de pedágio.

(11) Com lastro em pareceres jurídicos de diversos órgãos da administração pública federal e estadual, foram celebrados o Primeiro Termo Aditivo ao Convênio de Delegação nº 5/96 (20.09.2002) – União e PR – e o Termo Aditivo nº 86/2002 ao Contrato de Concessão nº 74/97 (25.10.2002) – Paraná e Caminhos do Paraná –, instrumentos jurídicos que implicaram repasse da administração das rodovias *sub judice* à concessionária Caminhos do Paraná S/A, tendo como contrapartida a instalação de uma nova praça de pedágio na localidade.

(12) A medida restabeleceu de forma plena o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 74/97.

(13) O trecho que serviu de aditamento à concessão era economicamente inviável para fins de realização de licitação autônoma, haja vista os altos custos de mobilização de empresa que não estivesse já em atuação nas proximidades.

(14) A configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige dolo específico e dano ao erário, elementos que não restaram configurados no caso dos autos.

10. Dispositivo. Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS, para o fim de absolver os réus, forte no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita na denúncia acerca do crime do art. 89 da Lei 8.666/93."

2. Ainda que se entenda que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 é um crime formal, ou mesmo um crime de mera conduta, impende que se tenha algum modo de distinguir a irregularidade administrativa da conduta merecedora de resposta penal.

E, nesse ponto, não se deve confundir a natureza do crime com a exigência ou não de dolo. O tipo do art. 69 da Lei 8.666/93 é doloso, como são todos os tipos penais, ressalvada disposição legal expressa em sentido diverso. Assim, exige a ação deliberada de dispensar ou inexigir, ou de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, quando se sabe que se deveria agir de modo diverso e, ainda assim, se decide agir em desconformidade com a lei, ou, ao menos, quando presente o dolo eventual.

Há precedentes da 7ª Turma do TRF4 considerando necessário distinguir o administrador ímprobo do inepto:

"EMENTA: ART. 1º, III, DL 201/67. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. ART. 89 DA LEI 8.666/93. NATUREZA JURÍDICA DO DELITO. CONTROVÉRSIA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO E DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. REPRIMENDAS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS E PERSONALIDADE NEGATIVAS. CULPABILIDADE NEUTRA. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. PROPORCIONALIDADE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. Restando comprovado que o réu, prefeito municipal, conscientemente aplicou verbas do convênio realizado com o Incra para fins diversos do ajustado, deixando de realizar o objeto do contrato, impõe-se a manutenção da sentença condenatória, por ofensa ao art. 1º, III, do DL 201/67. 2. O crime do art. 89 da Lei de Licitações é formal, não se exigindo o efetivo prejuízo ao erário para a sua configuração, porque o tipo penal em tela não visa a tutelar apenas o patrimônio público, mas também os princípios norteadores da administração pública, e, ainda, busca oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o poder público. 3. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o disposto no art. 90 da Lei 8.666/90, pelas mesmas razões invocáveis em relação ao delito do art. 89, por mais de uma vez, afirmou tratar-se aquele crime de delito formal, que não demanda, portanto, ocorrência de prejuízo concreto ao erário. 4. O Superior Tribunal de Justiça entende tratar-se o crime do art. 89 da Lei de Licitações de crime material. A despeito disso, no caso concreto, tal entendimento não socorre o apelante, pois restou configurado o prejuízo ao erário. 5. Diante da necessidade de distinguir o administrador ímprobo do administrador inepto, a existência de dolo específico de lesar o erário mostra-se imprescindível para caracterizar o crime de dispensa irregular de licitação. Precedentes. 6. No presente caso, dada a gritante ilegalidade das condutas perpetradas, restou

demonstrada não só a intenção de subtrair à licitação a contratação de empresas pagas com recursos do convênio descritos na denúncia como também a específica intenção de lesar o erário. 7. Manutenção do decreto condenatório do réu pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações." (TRF4, ACR 5000477-98.2011.404.7211, Sétima Turma, relator p/ acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 07.01.2015)

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5006661-52.2015.4.04.7107/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Apelantes: A.M.
F.A.V.
Advogado: Dr. Alan Silva Faria
Apelado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processual Penal. Questão prejudicial. Discussão na seara cível. Suspensão do processo. Descabimento. Artigo 183 da Lei 9.472/97. Atividade clandestina de telecomunicações. Provedor de Internet. Serviço de valor adicionado. Tipicidade. Potência dos equipamentos. Irrelevância. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Efetiva prestação de serviço de comunicação multimídia por empresa parceira à pessoa jurídica autorizada para esse fim, em total desconformidade com a legislação. Materialidade, autoria e dolo comprovados.

1. A existência de ação cível, em tramitação em primeiro grau de jurisdição, questionando o processo administrativo que dá suporte à denúncia, e no bojo da qual a tutela antecipatória foi parcialmente deferida apenas para permitir, em face do *periculum in mora*, o prosseguimento das atividades de telecomunicações prestadas pelas

empresas dos réus, não caracteriza situação excepcional hábil a autorizar a suspensão da ação penal, ausente o risco de contradição entre uma eventual procedência daquela lide e a demanda criminal, restando incólume a compreensão de que as irregularidades apontadas estão sujeitas à sanção em três esferas, independentes entre si (administrativa, cível e penal).

2. O provedor de Internet realiza uma atividade com natureza de serviço de valor adicionado, o qual não consiste em serviço de telecomunicações, consoante especificado na Lei 9.472/1997 e nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nada obstante, o fornecimento dos meios necessários para que o usuário/assinante acesse o provedor, isto é, a conexão do computador do usuário ao computador do provedor de acesso, via, por exemplo, sinal de rádio ou linha telefônica, é uma típica atividade de exploração de serviço de comunicação multimídia, a teor da Lei 9.472/97, especialmente os artigos 60, § 1º, e 61, § 1º, e da Resolução Anatel 272/2001, com destaque ao seu artigo 3º.

3. É irrelevante para a hipótese dos autos a ausência de comprovação da potência dos equipamentos utilizados ou a alegação de que a Bitcom operava equipamentos de radiofrequência na modalidade "radiação restrita", de baixíssima potência, em faixa de frequência livre, sem proteção contra interferências prejudiciais, não havendo se falar na incidência do princípio da insignificância.

4. Devidamente comprovado que os réus, valendo-se de parceria fraudulenta entre as empresas Visão, administrada por F.A.V., e Bitcom, administrada por A.M., desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicações, de forma a propiciar que a primeira, valendo-se da autorização concedida à segunda e apresentando-se formalmente como prestadora de serviço de valor adicionado (SVA), prestasse serviço de comunicação multimídia (SCM), em burla à legislação aplicável e à outorga titularizada pela Bitcom.

5. Condenação mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de julho de 2016.

Des. Federal *Victor Luiz dos Santos Laus*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de F.A.V. (nascido em 25.09.1971), na condição de sócio administrador da empresa Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda., e A.M. (nascida em 15.01.1973), na condição de sócia administradora da empresa Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados, imputando-lhes a prática do delito previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, assim narrando os fatos (evento 01 do processo originário):

"Em data não precisamente apurada, mas certamente até 25 de julho de 2011, no Município de Caxias do Sul, os denunciados *F.A.V.*, na condição de sócio administrador da empresa *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.*, e *A.M.*, na condição de sócia administradora da empresa *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME*, em unidade de desígnios e comunhão de esforços, desenvolveram, de forma clandestina, atividades de telecomunicação, por meio da empresa *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.*, CNPJ nº 00413707/0001-20, localizada na Rua Bento Gonçalves, nº 1.012, 1º andar, neste município, consistentes na exploração não autorizada de serviço de comunicação multimídia (SCM).

A empresa *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda*. foi instituída pelo denunciado *F.A.V.* para a concretização do seguinte objeto social (evento 04 – OUT4, p. 04):

'A sociedade tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia fixa comutada – STFC (CNAE 6110-801), os serviços de comunicação multimídia – SCM (CNAE 6110-8/03), operadoras de televisão por assinatura por cabo (CNAE 6141-8/00), o comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática (CNAE 4751-2/01), atividade de consultoria em gestão empresarial (CNAE 7020-4/00), a prestação de serviços de valor adicionado em provedor de serviços de Internet (CNAE 6190-6/01), o desenvolvimento de sistemas e a locação de equipamentos de comunicação, de transmissão de dados, de informática e de quaisquer outros bens móveis próprios (CNAE 7733-1/00), a representação comercial no ramo de telecomunicações (4619-2/00), o comércio varejista especializado de equipamentos de telefonia e comunicações (CNAE 4752-1/00), a assessoria e prestação de serviços em cobrança extrajudicial (CNAE 8291-1/00) e a franquia e o licenciamento de marcas, serviços e processos (CNAE 7740-3/00).'

Não obstante a abrangência do objeto social elencado no momento da formação da empresa, a *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.* não possuía autorização para a prestação de serviços de comunicação multimídia (SCM), atuando, em tese, apenas como prestadora de serviços de valor adicionado (SVA), em parceria com a empresa *Bitcom*

Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME, que possui autorização para explorar serviços de comunicação multimídia (SCM).

Entretanto, chegou ao conhecimento da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que a parceria firmada entre as duas empresas seria *fraudulenta*, traduzindo-se em mera *associação formal* para o fim de burlar a legislação tributária dos serviços de telecomunicação.

O procedimento e as vantagens obtidas por ambas as participantes no ilícito restou exposto no informe elaborado pela coordenadora de Apuração do Descumprimento de Obrigações – GR05CO, acolhido na íntegra no despacho decisório proferido nos autos de nº 53528.006513/2013 (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 16-17):

'*V – Da falsa parceria*

5.25. A *Bitcom (autorizada)* não tem relação com o serviço prestado ou com seus usuários. Ela apenas simula prestar o serviço de telecomunicação que daria suporte a um suposto SBA prestado pela *Visão* (*parceira*). Na prática, é a *Visão (parceira)* quem presta o SCM aos usuários, sem interferência da *Bitcom* (*autorizada*). O benefício mútuo se estabelece na medida em que a simulação desonera a *Visão (parceira)* de seus encargos legais e a *Bitcom (autorizada)* lucra sem contrapartida em serviço. 5.26. A 'parceria' tem como objetivo fraudar a legislação de telecomunicações e as regras tributárias vigentes. Historicamente, a situação pode ser assim resumida: 5.26.1. A *autorizada* possui outorga para prestação do SCM. 5.26.2. A *parceira* já explora ou quer explorar comercialmente o SCM, mas sem arcar com o custo burocrático e tributário da prestação de um serviço de telecomunicação, evitando recolher os tributos federais e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). 5.26.3. A *autorizada* simula um contrato com a *parceira*, no qual esta seria uma delegada daquela, como se a *autorizada* precisasse da intermediação da *parceira* para prestar o SCM para o usuário que quer acessar a Internet. 5.26.4. A *parceira* é a responsável pela gestão de toda a estrutura técnica necessária para o fornecimento de conexão aos usuários, que a remuneram pela capacidade de transmissão de dados. Entretanto, ela se apresenta formalmente como prestadora de SVA na modalidade de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI). 5.26.5. A *autorizada* licencia as estações de telecomunicações em seu nome e se apresenta formalmente como prestadora do SCM, mas não mantém qualquer relação com seus supostos usuários. 5.27. A simulação se formaliza pela realização de contratos e outros documentos, que buscam tão somente dar uma aparência de legalidade à prestação não outorgada do SCM. Todavia, o cuidado formal não afasta a situação fática de prestação clandestina do serviço pela *parceira*, pois o fiscal avalia a situação de fato, ou seja, a responsabilidade real pelo conjunto de ações que permite que o serviço seja prestado ao usuário que o remunera. 5.28. Para avaliar a situação de fato, o fiscal localiza os usuários conectados à estação licenciada pela *autorizada*. Nesse sentido, é importante salientar que o exame das cláusulas dos contratos de parceria recolhidos deixa evidente que a *autorizada* não é a responsável pela prestação do SCM. 5.29. Em suma, ao averiguar quem recebe pelo serviço e gere a infraestrutura que torna possível a sua prestação, torna-se indiscutível que a relação comercial entre as empresas tem como finalidade essencial burlar a fiscalização da Anatel e a da receita estadual. A *parceira* é de fato a responsável pela exploração do SCM, e a *autorizada* é um mero fornecedor do 'contrato de parceria' que supostamente livraria a *parceira* dos custos e encargos relacionados à prestação regular de um serviço de telecomunicações.' (grifos no original e nossos)

A prestação do serviço de comunicação multimídia (SCM) pela *Visão Provedor de*

Serviços de Internet Ltda., com ajuda da *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME*, restou demonstrada por uma série de fatores, dentre os quais se destacam:

a) ser a *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda*., e não a *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME*, a empresa responsável 'pela contratação e remuneração do *link* de telecomunicações, isto é, a capacidade de emissão e recepção de informações que permite a conexão dos usuários do SCM com a Internet' (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 17), sendo que, 'nas fiscalizações realizadas, nunca se constatou que a *Bitcom (autorizada)* possuísse capacidade de transmissão contratada ou disponível, tornando impossível que gerenciasse qualquer infraestrutura ou processo de telecomunicação em operação' (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 17). Isso porque, consoante esclarecido pelos agentes da Anatel, o *link* é um nó essencial para que o prestador do SCM escoe o tráfego de seus usuários para a Internet, o que exige um contrato do prestador do SCM com outra empresa de telecomunicações que tenha grande capacidade de transporte de dados ao *backbone* da rede (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 17).

Destaca-se, por oportuno, que a contratação do *link* não reflete uma situação formal, mas realidade acerca do processamento de dados que permite a telecomunicação, podendo-se afirmar que é a empresa contratante da capacidade que possui condições de prestar e revender o serviço de comunicação multimídia (SCM).

b) as empresas *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.* e *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME* firmaram entre si um contrato de compartilhamento de recursos corporativos não oneroso (evento 04 – OUT8), instrumento, contudo, incompatível com a realidade de ambas as empresas, consoante constatado pelos agentes da Anatel (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 18-19):

'5.34. No caso em comento, toda a capacidade de telecomunicações contratada está sob a titularidade da *Visão (parceira)*, conforme documentos às fls. 395, 405-407 e 417-418, buscando as empresas parceiras conferir aparente legalidade à sua operação com a apresentação de Contrato de Compartilhamento de Recursos Corporativos, *não oneroso e gratuito*, datado de 7 de outubro de 2010 (fls. 408-411), e do seu termo aditivo (fls. 412 e 515) *referente à liberação de acesso ao* link *da Visão (parceira), sem menção a qualquer contrapartida financeira pela* Bitcom (autorizada)*, datado de 1º de setembro de 2010, ou seja, em data anterior à existência do próprio contrato de compartilhamento*. 5.35. Ressalta-se que o contrato de compartilhamento só foi apresentado à agência depois que ela solicitou cópias das faturas dos *links* contratados e que, *apesar de as faturas apresentarem valores pela contratação da capacidade de R$ 19.699,04, R$ 36.766,67 e R$ 1.650,76 (fls. 405-407), o Contrato de Compartilhamento de Recursos Corporativos e seu termo aditivo são não onerosos e gratuitos*, assim como o Contrato de Prestação de Serviços firmado entre a *Visão (parceira)* e a *Bitcom (autorizada)* – fls. 380-383. Ainda que as operações empresariais não sejam obviamente reguladas pela agência, *foge a qualquer racionalidade crer que uma empresa que supostamente só presta SVA recebe do usuário valor mais de 3 vezes superior ao pago pelo usuário pelo serviço de telecomunicações – SCM, 'empresta' o seu* link *com valores acima citados gratuitamente, sem qualquer contrapartida financeira*. A única explicação é que as empresas pretendem conferir aparente legalidade à sua operação e, assim, burlar a fiscalização e o fisco. [...] 5.36. *Os contratos apresentados sequer respeitam a ordem cronológica, visto que o termo aditivo do contrato de compartilhamento é anterior ao próprio contrato, sem assinatura de testemunhas e sem reconhecimento de*

firma.' (grifos no original e nossos)

Como se vê, o contrato firmado entre as empresas é absolutamente desproporcional e põe a empresa *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME* em evidente desvantagem, circunstância que aponta para um conluio entre ambas as empresas, porquanto é absolutamente irrazoável que a empresa autorizada a prestar o serviço de comunicação multimídia (SCM) se submeta a condições que violam de forma tão evidente o bom senso negocial.

Tal circunstância também aponta para a simulação dos preços praticados pela empresa, na medida em que 'tornar disponível uma infraestrutura de telecomunicação é evidentemente um processo muito mais oneroso do que estabelecer equipamentos que acrescentem facilidades ao acesso à Internet' (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 21).

Com efeito,

'5.48. O preço dos serviços é a última evidência de que a 'parceria' apresentada é um conluio para dissimular a realidade da prestação do serviço de telecomunicações. *Nos boletos coletados com os usuários, verifica-se que o SCM tem um valor irrisório em relação ao suposto SVA. É economicamente ilógico que o serviço de valor adicionado tenha um preço superior ao serviço de telecomunicações, como apresentado no caso averiguado, o qual é agravado pelo fato de que o* link *está sob a titularidade da* Visão (parceira)*, que arca com os custos financeiros, sem qualquer contrapartida financeira prevista contratualmente, pois o contrato é não oneroso e gratuito, não apresentando qualquer racionalidade comercial na sua existência*. 5.49. As provas juntadas aos autos, cópias de contratos de SVA e SCM às fls. 25-26 e 29-34, *demonstram que a autuada cobrava diretamente de seus clientes a quantia de R$ 37,42 a título de SVA. Ao SCM, supostamente prestado pela empresa Bitcom (autorizada), atribuía-se o valor de R$ 12,48 (valores já com desconto para clientes fidelidade). Assim, do valor total cobrado dos clientes, verifica-se que quase 75% eram destinados ao suposto SVA*. Soma-se a isso o fato de que, por precisão do Contrato de Prestação de Serviço de Cobrança (fls. 384-387), a Visão (parceira) ainda receberia R$ 1,00 por boleto emitido, fazendo com que o percentual recebido pela Bitcom (autorizada) seja ainda inferior, pois a entidade outorgada receberia apenas R$ 11,48 para os contratos supracitados. [...] 5.51. Com o custo mensal da banca contratada, conforme faturas já mencionadas e que logicamente deveria ser suportado pela empresa que presta o SCM, pois precisa de capacidade para poder prover o serviço de telecomunicações, e o suposto valor arrecadado dos clientes (partindo de R$ 11,48), *a entidade não obteria lucro, pois, além do* link*, do suporte e das obrigações tributárias, a entidade ainda precisa arcar com os custos de licenciamento anual e diluir os custos de outorga e licenciamento inicial. Ou seja, o modelo de negócio defendido pelas empresas aponta para uma realidade sem qualquer verossimilhança*. 5.52. É evidente que a estrutura de remuneração apresentada demonstra que a *Visão (parceira)* é a única pessoa responsável pelo SCM. 5.53. *A 'parceria' das empresas* Visão (parceira) *e* Bitcom (autorizada) *visa também diminuir o impacto dos tributos incidentes, pois a prestação de SCM é hipótese de incidência de ICMS, cuja alíquota é de 25% (vinte e cinco por cento) para os serviços de telecomunicações, enquanto o SVA está isento de tributação, tornando a parceria extremamente vantajosa, diante da vasta clientela das entidades* (lista de clientes às fls. 48-301). [...] 5.54. Além do ICMS, comprovada a prestação de serviço de telecomunicações pela parceira a seus assinantes, haveria a existência de prévia autorização para executar o serviço *e o dever de recolher os tributos específicos de telecomunicações:*

Fistel, Fust e Funttel.' (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 21-22 – grifos no original e nossos)

A esse respeito, apontam-se, ainda, as notas fiscais constantes do evento 04, OUT9 e OUT10, que demonstram as irregularidades apontadas pelos agentes da Anatel acerca dos valores cobrados a título de serviço de comunicação multimídia (SCM) e serviços de valor adicionado (SVA).

c) Toda a infraestrutura utilizada para o fornecimento do serviço de Internet aos destinatários finais pertence à empresa *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.*, valendo destacar, inclusive, que ambas possuem sede no mesmo endereço, compartilham o mesmo número de telefone e o sítio eletrônico da empresa comandada pelo denunciado dá a entender a seus clientes que a prestadora de serviços é efetivamente a *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda*. Transcrevem-se, nesse sentido, algumas considerações traçadas pelos agentes da Anatel (evento 01 – NOT_CRIME2, p. 20-21):

'5.45. Em suma, *em nenhum momento ficou demonstrada a existência de um sistema ou infraestrutura da empresa* Bitcom (autorizada) *que liberaria o fluxo de informações para o usuário final, muito menos a contratação de um* link *IP que daria suporte ao SVA*, supostamente prestado pela *Visão (parceira)*. No caso em tela, a *Visão (parceira)* sequer poderia 'liberar' (termo utilizado no termo aditivo ao contrato de compartilhamento – verso fl. 515) acesso ao *link* que contratou da GVT e da Commcorp, pois essa 'liberação' para a *Bitcom (autorizada)* 'buscar o *link* de Internet junto à Visão no endereço da sua sede', nos termos do item 1.1 do termo (verso fl. 515), *constitui revenda do serviço de telecomunicações, o que é vedado pela legislação*. 5.46. A alegação de que as informações do *site* da autuada deixam claro que ela presta somente SVA também não está respaldada, uma vez que, apesar de mencionar efetivamente alguns serviços de SVA prestados, *os textos impressos e acostados às fls. 305-309 também destacam que a empresa oferece acesso à Internet, inclusive com* link *dedicado*, e, apesar de aparecer o *banner* da *Bitcom (autorizada)* como parceira, *em nenhum momento a* Visão (parceira) *esclarece que quem prestaria esse serviço seria a* Bitcom (autorizada)*, informação essa essencial para o consumidor*.' (grifos no original e nossos)

Sendo assim, resta plenamente demonstrado que a parceria firmada pelas empresas *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.* e *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME* tem como único propósito permitir que a primeira, apesar de não possuir autorização para tanto, preste serviço de comunicação multimídia (SCM), fraudando, desse modo, a legislação de telecomunicações e as obrigações tributárias dela decorrentes.

Por fim, destaca-se que a autoria delitiva recai indubitavelmente sobre os denunciados, na medida em que são os únicos responsáveis pela administração das empresas *Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.* e *Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Eireli-ME*.

Assim agindo, os denunciados *F.A.V. e A.M.* incorreram nas sanções previstas no artigo 183, *caput*, da Lei 9.472/97, c/c art. 29 do CP, pelo que requer o *Ministério Público* seja a presente denúncia recebida e autuada, citando-se os denunciados para apresentarem resposta à acusação, bem como sejam ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, em audiência, na forma dos artigos 400 e seguintes do Código de Processo Penal, e, ao final do processo, sejam os acusados condenados pela prática dos crimes a eles imputados." (grifos originais)

A denúncia foi recebida em 05.08.2015 (evento 03, *idem*).

Instruído o feito, sobreveio sentença (evento 56, *idem*), disponibilizada na plataforma eletrônica em 12.02.2016, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar F.A.V. e A.M., pela prática do crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, cada um, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, nos valores unitários de 01 (um) salário mínimo para o primeiro e de 1/2 (meio) salário mínimo para a segunda, tendo por referencial o valor vigente à época do fato (julho de 2011). As penas privativas de liberdade foram substituídas, cada uma, por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária, nos valores de 10 (dez) salários mínimos para F.A.V. e de 05 (cinco) salários mínimos para A.M.

A defesa opôs embargos de declaração (evento 64, *idem*), visando a suprir suposta omissão e contradição existentes na sentença, os quais foram improvidos (evento 69, *idem*).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, requerendo, em suas razões recursais (evento 85, "RAZAPELA1", *idem*), preliminarmente, a suspensão da ação penal, alegando a existência de questão prejudicial, qual seja, a existência de ação civil que questiona a lavratura do auto de infração que originou a presente ação.

No mérito, aponta que, em fiscalização realizada no ano de 2011, a Anatel apontou a inexistência de quaisquer irregularidades e que, mais de dois anos após, a autarquia concluiu pela prestação clandestina de telecomunicações, com base em suposta proibição de contratação de *link* para acesso à Internet pela Visão, conclusão que estaria em contrariedade com suas próprias orientações (ofícios).

Afirma que a sentença condenatória incorreu em contradição acerca da diferenciação entre Serviço de Valor Adicionado (SVA), prestado pela Visão, e Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), prestado pela Bitcom, bem assim em omissão no que diz respeito à tese de insignificância da conduta imputada sob o enfoque da Resolução Anatel 506/2008 e da própria desregulação do SCM pela agência, o que não restou suprido em sede de embargos de declaração.

Alega que a conduta é atípica, porque o serviço de provimento de acesso à Internet, assim considerado como Serviço de Valor Adicionado,

oferecido pela Visão, não constitui serviço de telecomunicações, uma vez que este propicia o meio físico que permite a comunicação, ao passo que aquele apenas acrescenta novas utilidades à infraestrutura pré-existente, que, no caso, era prestada pela Bitcom; não havia qualquer ilegalidade na contratação da Bitcom para prestação dos Serviços de Comunicação Multimídia; a empresa Bitcom já era autorizada pela Anatel para a prestação dessa modalidade de serviço, não tendo sido estabelecido modelo de prestação de serviços em parceria ou repasse da autorização, ao contrário do que sustenta a acusação; o *link* de acesso à Internet poderia ser contratado pela Visão, conforme ofícios expedidos pela Anatel, que taxativamente apontariam para tal possibilidade; não houve a alegada burla à tributação, não tendo a autoridade administrativa logrado êxito em comprovar a inviabilidade do valor cobrado dos usuários em face dos serviços da Bitcom; a inspeção presencial realizada em 2011 não constatou qualquer irregularidade; não houve conluio entre os réus para contornar a legislação, sendo que as empresas fiscalizadas pertencem ao mesmo grupo familiar.

Em relação à ré A.M., sustenta a ausência de elementar do tipo penal, pois a empresa por ela administrada possuía outorga de autorização para prestar serviços de telecomunicações.

Alega a incidência do princípio da insignificância, pois a Bitcom, à época dos fatos, utilizava apenas equipamentos de radiação restrita, de faixa de frequência livre, sem proteção contra interferências prejudiciais, e cuja potência máxima (0,176 watts) dispensaria a avaliação de profissional habilitado, nos termos do artigo 66 da Resolução 303/2002, de sorte que sua utilização era incapaz de lesar a segurança das telecomunicações, até mesmo porque a Anatel colocou em consulta pública proposta de desregulação do Serviço de Comunicação Multimídia, justamente em face da operação de equipamentos de radiação restrita em caráter comercial.

Aduz, ainda, que o fato de não ter havido nova fiscalização presencial em 2013-2014 infirma a prova de materialidade e autoria; que não há prova da potencialidade lesiva dos equipamentos operados, uma vez que não houve medição de potência; e que não há prova do dolo, uma vez que, ao adotarem o modelo de negócios entre suas empresas, os réus nunca tiveram a intenção de prestar serviços de forma clandestina.

Com contrarrazões (evento 95, *idem*), os autos ascenderam a este Regional.

O órgão ministerial atuante nesta instância ofereceu parecer, manifestando-se pelo desprovimento do recurso (evento 09).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: A controvérsia devolvida a este Regional cinge-se à condenação dos réus pela prática do crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97.

1. Síntese dos fatos

A fim de melhor contextualizar a controvérsia, cumpre esclarecer alguns eventos que se sucederam no âmbito administrativo.

A partir de uma denúncia anônima, formulada por um usuário do serviço em julho de 2011, foi instaurado na Anatel um procedimento de averiguação de denúncia (PAVD), tendo havido a fiscalização *in loco* em outubro de 2011, que resultou no Relatório 0665/2011/ER05FT, baseado apenas na análise presencial, sem exame de quaisquer contratos, no bojo do qual restou concluído que "não foram identificadas irregularidades nas entidades investigadas: Visão Tecnologia em Transmissão de Dados Ltda. e Bitcomnet Tecnologia em Transmissão de Dados Ltda." (evento 04, OUT7, do IPL originário). O referido relatório havia sido encaminhado, à época, à Gerência de Acompanhamento da Superintendência de Serviços Privados (PVSTP).

Tendo em vista a edição de normas administrativas de reestruturação da agência reguladora, com redefinição das competências internas, especialmente no que diz respeito à análise documental (contratos), os autos foram encaminhados à Coordenação de Fiscalização da Gerência Regional da Anatel, que decidiu pela instauração de processo administrativo de descumprimento de obrigações (Pado 53528.006513/2013), em novembro de 2013, considerando, sobretudo, o tempo decorrido desde a data da fiscalização.

Assim é que se procedeu à nova fiscalização, em novembro de 2013, que gerou o Relatório de Fiscalização 0483/2013/GR05 (evento 01, NOTCRIME2, fls. 04-11, do IPL originário), em que constatadas

as irregularidades que ensejaram a aplicação de multa, em agosto de 2014, pelo descumprimento do artigo 131 da Lei 9.472/97, nos termos do informe relativo ao Pado 53528.006513/2013 (*idem*, fls. 12-23), cujas conclusões ("falsa parceria"; "capacidade de transmissão"; "pretensa classificação como SVA"; "evidência de simulação no preço praticado") embasaram o oferecimento da presente denúncia, a qual, como se viu de seu teor (reproduzido no relatório deste voto), abrange o período até *25.07.2011* (data em que houve a denúncia de irregularidades).

A imputação, em síntese, é de que os réus desenvolveram atividade clandestina de telecomunicações (artigo 183 da Lei 9.472/97), valendo-se de parceria fraudulenta entre as empresas Visão, administrada por F.A.V., e Bitcom, administrada por A.M., de forma a propiciar que a primeira, valendo-se da autorização concedida à segunda e apresentando-se formalmente como prestadora de serviço de valor adicionado (SVA), prestasse serviço de comunicação multimídia (SCM), em burla à legislação aplicável e à outorga titularizada pela Bitcom.

Desenhado o arcabouço fático, passo ao exame das questões controvertidas.

2. Preliminar de suspensão da ação penal

A defesa diz haver questão prejudicial ao julgamento, consistente no trâmite de ação civil (autos 5008623-34.2015.4.04.7100) perante o juízo substituto da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, em que é questionada a lavratura do auto de infração que deu causa à denúncia.

Verifica-se, da visualização da plataforma eletrônica, que a indigitada demanda visa à suspensão dos processos administrativos instaurados pela Anatel, no bojo dos quais foram impostas sanções administrativas pela referida agência reguladora. O feito encontra-se, ainda, em instrução, tendo sido indeferida a tutela antecipatória (evento 13 daquele feito) em decisão da qual realço o seguinte fragmento:

"A controvérsia estabelecida na presente demanda, que em princípio se cingia ao reconhecimento do direito da primeira autora (Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda.) de prestar, como provedor de acesso à Internet, serviço de valor adicionado (SVA), nos termos do art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97, sem a necessidade de autorização da Anatel para funcionamento, tomou outros contornos na medida em que demonstrado pela ré que, em realidade, a indigitada empresa prestava serviços de comunicação multimídia, de forma

irregular. Com efeito, demonstrou a parte-ré que a referida empresa, e não a segunda autora (Serra Internet Eireli ME, nome fantasia Bitcom e nova denominação social de Bitcom Tecnologia em Transmissão de Dados Ltda.), é que prestava os serviços de comunicação multimídia, seja pelas características do contrato estabelecido entre as empresas autoras, seu caráter não oneroso cotejado com os preços efetivamente cobrados nas faturas pelos serviços de valor adicionado e serviços de comunicação multimídia, seja pelas demais evidências que restaram constatadas pelos agentes de fiscalização da autarquia."

Observo que, interposto agravo de instrumento desse pronunciamento, a Quarta Turma deste Regional, considerando a complexidade da causa em debate, entendeu ser prematuro determinar a suspensão dos processos administrativos, dando parcial provimento ao recurso, em nome do *periculum in mora*, apenas para determinar que a Anatel abstenha-se de promover a interrupção e o desligamento dos serviços disponibilizados pelas agravantes, bem como a lacração e a apreensão dos equipamentos utilizados na sua atividade comercial (evento 18 do AI 5020751-46.2015.4.04.0000).

Portanto, considerando-se, de um lado, a excepcionalidade da providência almejada, e, de outro, que não há risco de contradição entre uma eventual procedência daquela lide sobre o caso penal em exame, remanesce incólume a compreensão de que a prática delitiva está sujeita à sanção em três esferas, independentes entre si: a cível, a penal e a administrativa.

Logo, se o pleito de revisão das sanções administrativas não repercute sobre a imputação em si, não há razão para o sobrestamento da persecução penal.

Rejeito a prefacial.

3. Princípio da insignificância

A defesa alega a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que não houve prova de que a conduta praticada ocasionou lesão ao bem jurídico tutelado pelo artigo 183 da Lei 9.472/97, considerando, de um lado, que sequer se procedeu à medição da potência dos equipamentos operados e, de outro, que eram empregados aparelhos de radiação restrita, de frequência livre e baixa potência.

As teses defensivas serão examinadas oportunamente, após análise da materialidade e da autoria delitivas, porque imbricadas com o mérito da causa.

4. Materialidade e autoria

O delito imputado aos réus encontra-se assim previsto na Lei 9.472/97:

"Art. 183. *Desenvolver clandestinamente* atividades de telecomunicação:

Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais)." (grifei)

A acusação sustentou ser nítido o desenvolvimento de atividade de telecomunicação clandestina.

Os apelantes postularam a reforma da sentença, alegando fragilidade probatória da materialidade delitiva, no sentido de comprovar o desenvolvimento de prestação de serviços de comunicação multimídia de forma irregular por parte da Visão, na condição de provedora de acesso à Internet.

É preciso distinguir entre os dois tipos de serviços relacionados à Internet: a prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM), sem autorização da Anatel, e o serviço de provedor de acesso à Internet – comumente chamado de serviço de valor adicionado, previsto no artigo 61 da Lei 9.472/97.

A Lei 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, contém as seguintes diretrizes esclarecendo a distinção:

"*Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, a emissão ou a recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para

prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A agência definirá os casos que independerão de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União." (grifei)

A Resolução Anatel nº 272/2001 regulamenta a matéria, *verbis*:

"Art. 1º Este regulamento tem por objetivo disciplinar as condições de prestação e fruição do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

Art. 2º A prestação do Serviço de Comunicação Multimídia é regida pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, por outros regulamentos, normas e planos aplicáveis ao serviço, pelos termos de autorização celebrados entre as prestadoras e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e, particularmente, por este regulamento.

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Art. 4º Para os fins deste regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

I – Informações Multimídia: sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza;

II – Área de Prestação de Serviço: área geográfica de âmbito nacional, regional ou local, onde o SCM pode ser explorado conforme condições preestabelecidas pela Anatel;

III – Área de Uso de Radiofrequência: área geográfica, compreendida pela área de prestação do serviço, para a qual a prestadora detém autorização de uso de radiofrequência.

IV – Assinante: pessoa natural ou jurídica que possui vínculo contratual com a prestadora para fruição do SCM;

V – Interconexão: ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam se comunicar com usuários de serviço de outra ou acessar serviços nelas disponíveis;

VI – Prestadora: pessoa jurídica que, mediante autorização, presta o SCM;

Art. 7º É assegurado aos interessados o uso das redes de suporte do SCM para provimento de serviços de valor adicionado (SVA), de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. A Anatel deverá estabelecer regras que assegurem a utilização das redes de SCM para suporte ao provimento de SVA, dispondo também sobre o relacionamento entre provedores destes serviços e prestadoras do SCM, conforme previsto no § 2º do art.

61 da Lei nº 9.472, de 1997." (grifei)

Depreende-se que o SCM é especialidade das companhias telefônicas, de energia elétrica ou de televisão a cabo que têm autorização da Anatel para transmitir o sinal ao usuário final ou disponibilizá-lo a outras empresas.

Em contrapartida, o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, aprovado pela Resolução Anatel 259/2001, traz a seguinte redação:

"Art. 17. O uso de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da agência, mediante autorização, salvo o disposto no art. 23.

§ 1º O disposto no *caput* não se aplica às estações exclusivamente receptoras, pois, independentemente do serviço de telecomunicações ao qual estejam associadas, estas estações não dependem de licença para funcionamento.

§ 2º A Anatel, visando facilitar o processo de coordenação ou garantir a proteção para as estações exclusivamente receptoras, pode efetuar o cadastramento dessas estações no BDTA ou mesmo emitir licenças para funcionamento, sendo que nesses casos não deve incidir a cobrança das taxas de fiscalização de instalação e funcionamento, assim como a cobrança de preço público pelo direito de uso de radiofrequências.

(...)

Art. 78. A inobservância dos deveres inerentes ao uso de radiofrequências, a qualquer título, sujeitará os infratores, nos termos do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, às penalidades definidas em regulamentação específica.

§ 1º Os critérios e procedimentos a serem adotados na definição da sanção administrativa a ser aplicada devem ser aqueles estabelecidos na regulamentação mencionada no *caput*.

§ 2º Para fins de fixação do valor máximo da multa, para cada infração cometida, devem ser observados os limites indicados na regulamentação mencionada no *caput*, relativos ao serviço de telecomunicações que está sendo prestado.

Art. 79. Constatado o uso não autorizado de radiofrequências, a agência determinará a interrupção cautelar do funcionamento da estação com fundamento no parágrafo único do art. 175 da Lei nº 9.472, de 1997.

Art. 80. O uso não autorizado de radiofrequências é considerado uma infração grave."

Da legislação de regência da matéria infere-se que o provedor de Internet realiza uma atividade com natureza de serviço de valor adicionado, o qual não consiste em serviço de telecomunicações, consoante especificado na Lei 9.472/1997 e firme na jurisprudência do STJ (EREsp 456.650/PR, rel. Min. Franciulli Netto, 1ª S., DJ 20.03.2006; AgRg nos EDcl no Ag 883.278/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 05.05.2008; e REsp 1.183.611/PR, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJe 22.06.2010).

Por outro lado, o fornecimento dos meios necessários para que o usuário/assinante acesse o provedor, isto é, a conexão do computador do usuário ao computador do provedor de acesso, via, por exemplo, sinal de rádio ou linha telefônica, é uma típica atividade de exploração de serviço de comunicação multimídia, a teor da Lei 9.472/1997, especialmente os artigos 60, § 1º, e 61, § 1º, e da Resolução Anatel nº 272/2001, com destaque ao seu artigo 3º.

No caso em tela, a denúncia imputou aos réus a conduta de exploração de serviço de comunicação multimídia (SCM) por meio da empresa Visão Provedor de Servidor de Internet Ltda. de modo clandestino, isto é, sem autorização ou licença da Anatel.

Pois bem. Após realizar profunda análise de todo o acervo probatório dos autos, em especial o Relatório de Fiscalização 0483/2013/GR05, a documentação carreada no inquérito policial e na ação penal, a prova oral colhida e o arcabouço normativo que rege a matéria, tenho que a defesa não logrou êxito em afastar as conclusões do julgador sentenciante no que diz respeito à materialidade, à autoria, ao dolo e à tipicidade, razão pela qual adoto como razões de decidir a fundamentação trazida na sentença (evento 56 da ação penal originária):

"A materialidade delitiva está devidamente comprovada nos autos pelo relatório de fiscalização da Anatel (evento 1, NOT_CRIME2) e pelos documentos que a acompanham, assim como pelo depoimento de Vanessa Copetti Cravo, especialista em Regulação de Serviços de Telecomunicações (evento 51, VÍDEO8).

Os réus alegam que a empresa Bitcom possuía autorização da Anatel e que a empresa Visão era simples prestadora de serviços de valor adicionado; que o *link* de acesso à Internet não é serviço de telecomunicação (SCM); que a Bitcom (SCM) cuida da parte física, e a Visão (SVA), da parte lógica dos serviços; que a conduta descrita na denúncia é atípica; que provedores de Internet são classificados como serviços de valor agregado, e não serviços de telecomunicação; que a Visão era mera usuária dos insumos de telecomunicações mantidos pela Bitcom; que a autorização SCM não foi terceirizada; que a contratação de *link* não se confunde com os serviços de comunicação multimídia; e que a empresa Bitcom, da ré, era devidamente outorgada a prestar os serviços de telecomunicação.

*O que resultou apurado, entretanto, é que a empresa Visão, e não a Bitcom, foi quem: a) contratou diretamente com a GVT e a Commcorp o acesso empresarial à rede mundial de computadores, a um custo mensal de R$ 58.000,00; b) detinha toda a infraestrutura física; e c) revendeu diretamente a usuários finais, em pequenas fatias ou cotas (*links*), o acesso comercial à Internet* (evento 1, NOT_CRIME2, p. 17 a 21 do apenso).

Em outras palavras, *a Visão adquiriu, em seu próprio nome, um* link *empresarial de grande largura de banda e alta disponibilidade, bem como a faixa de endereços IP. Revendeu, também em seu próprio nome, a usuários finais,* links *residenciais ou comerciais*

via radiofrequência, de menor capacidade de transmissão, canalizados ao principal. Estes últimos são *links* de pequena largura de banda, comumente comercializados em grande quantidade e destinados apenas ao acesso residencial e ou de empresas de outros ramos à rede mundial de computadores, uma vez que suprem as necessidades destes últimos.

(...)

A empresa Visão, portanto, desempenhou diretamente atividade de telecomunição a que não estava autorizada. Somente a Bitcom possuía licença da Anatel e poderia desempenhar legalmente tal atividade.

É irrelevante a prestação ou não de serviços de provedor de Internet pela empresa Visão. Os serviços de provedor, não há dúvida, são classificados como serviços de valor agregado, na medida em que apenas acrescentam serviços ou utilidades ao canal de rede. O objeto da ação penal, entretanto, não é este, e sim a contratação, a oferta e o gerenciamento de *links* (ligações físicas) à Internet diretamente pela empresa Visão sem autorização da Anatel. Essa atividade é que se classifica como telecomunicação, e somente poderia ter sido explorada pela Bitcom.

Trata-se de crime formal. Aponta a fiscalização que o objetivo da simulação seria esvaziar artificiosamente o faturamento da Bitcom, mais onerada tributariamente com ICMS, ISS, Fust e Funttel. Citado expediente ilícito estaria evidenciado, sobretudo, pela contraditória atribuição de valor três vezes maior às receitas do serviço de provedor (SVA) do que às da manutenção dos *links* (SCM), quando normalmente as primeiras ficam muito abaixo destas últimas. Esse aspecto, entretanto, é irrelevante. Não é exigido o fim especial de agir, na medida em que a simples prática do fato típico já consuma a infração penal em questão. A respeito do tema, decidiu a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em caso semelhante:

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM). ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. TIPICIDADE. LESIVIDADE. DELITO FORMAL. LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. CONDENAÇÃO. 1. Materialidade e autoria do delito imputado ao réu comprovadas por meio da prova documental produzida durante o inquérito policial, e devidamente judicializada. 2. A elementar 'clandestinamente', prevista no artigo 183 da Lei de Telecomunicações, está caracterizada pela prestação de serviço sem autorização da agência reguladora competente para prestar serviço de comunicação multimídia. 3. Por se tratar de delito formal, de perigo abstrato, não é necessária a elaboração de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do equipamento. 4. A dosimetria da pena deve considerar os princípios da necessidade e da eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal. 5. A fixação da pena de multa obedece ao sistema bifásico, devendo guardar proporcionalidade com a sanção corporal imposta. O valor de cada dia-multa deve levar em conta a situação econômica do condenado, podendo ser aumentada até o triplo, caso o máximo previsto se mostre ineficaz, em razão da condição econômica do réu. Inteligência dos arts. 49, § 1º, e 60, § 1º, ambos do Código Penal. 6. A condenação do réu corresponde às penas de 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por 02 (duas) restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 05 (cinco) salários mínimos. 7. Apelação criminal do Ministério Público Federal provida.' (TRF4, ACR 5002381-07.2012.404.7216,

Oitava Turma, relator p/ acórdão Nivaldo Brunoni, juntado aos autos em 29.01.2016)

Não afastam a tipicidade, portanto, as alegações dos réus de que ambas as empresas teriam recolhido corretamente todos os tributos, não incidindo ICMS, ISS, Fust e Funttel; que as duas empresas são familiares, funcionam no mesmo endereço e dividem despesas; e que a Bitcom é optante do Super Simples, inexistindo qualquer evasão tributária.

Outra tese defensiva, de que as empresas já haviam sido fiscalizadas em 2011 e nenhuma irregularidade fora apontada, e que não houve fiscalização presencial em 2013 para comprovar a alegada clandestinidade, igualmente não merece acolhida. A ausência de constatação anterior da irregularidade não impede que a empresa venha a sofrer nova fiscalização, não sendo constituída, pela simples negativa anterior, qualquer garantia semelhante a um salvo-conduto em favor dos réus, impedindo a apuração futura de ilegalidades. Quanto à fiscalização de 2013, sequer foi necessária visita às empresas, uma vez que a fraude foi comprovada documentalmente. A análise detida dos contratos entre as empresas, dispensada anteriormente, mas finalmente realizada, revelou de forma inconteste as irregularidades na prestação dos serviços (evento 51, VÍDEO8).

A defesa alega que não teria havido conluio entre os réus.

Entretanto, a participação de ambos os réus, cada um representando uma das empresas envolvidas, foi indispensável para a prática da fraude. Embora a *Bitcom detivesse licença da Anatel, somente mediante a anuência da ré é que foi possível a simulação engendrada com a empresa Visão*.

De acordo com a teoria do domínio do fato, é autor do crime todo aquele que tem poder de decisão acerca do se e do como da prática do fato típico.

Ainda que se admitisse que a ré não tivesse participado diretamente da distribuição de links *pela Visão, ambos os acusados participaram ativamente dos contratos entre esta e a Bitcom. Por meio das informações ideologicamente falsas consignadas nos citados documentos, buscaram os denunciados dissimular a exploração da radiofrequência pela Visão*. É evidente, assim, a presença do dolo, na medida em que os dois réus concorreram para a ocultação dos serviços realmente prestados por esta última. Consequentemente, concorreram para o desenvolvimento, por ela, da atividade clandestina de telecomunicação. Resulta comprovada nos autos, portanto, para ambos os denunciados, a autoria delitiva." (grifei)

É importante referir também que o Relatório de Fiscalização 0483/2013/GR05 traz as seguintes informações que comprovam o cometimento do ilícito pelos réus (evento 01, NOTCRIME2, fls. 06-07, do IPL originário):

"Conforme Comunicado 002/2011 – 12.01.2011 enviado pela Visão/Bitcomnet a seus assinantes, a empresa Visão, prestadora de SVA, ficaria responsável pela cobrança para a Bitcomnet, conforme contrato firmado entre as empresas. Porém, essa é a única evidência da existência de um possível contrato entre as empresas.

Não foi possível analisar se existe um contrato entre a Bitcomnet Tecnologia em Transmissão de Dados (autorizada a prestar o SCM) e a Visão Tecnologia – Visão Provedor de Serviços de Internet Ltda., pois, apesar de ter sido solicitado por meio do item 1 do RI0003/2011/ER05FT, *este não foi enviado* e não foi feita qualquer menção a sua existência. Pode-se notar nos documentos enviados pela Bitcom que, na cópia do R1, os outros

documentos foram circulados, porém esse item não, indicando que o item não foi enviado junto com a resposta. O óbice à fiscalização foi relatado na pasta FOCU3156135/ 2013.

Os fatos a seguir demonstram que há indícios de prestação de SCM sem autorização, na medida em que *o valor pelo serviço de valor adicionado é superior ao SCM*:

1. Nos Termos de Adesão de prestação de SCM entre os clientes Alexandre, Sergio, Luciano e Rodrigo e Bitcomnet, para a banda para 200kbps, o valor acordado foi de R$ 12,48, e o para a prestação de SVA foi de R$ 37,42.

2. No caso da cliente Maria, para a banda para 400kbps, o valor acordado para o SCM foi de R$ 19,98, e o para a prestação de SVA foi de R$ 59,92. E não é descrita nenhuma vantagem adicional no Termo de Adesão da Sra. Maria.

3. Já no Termo de Adesão da empresa Multicores Pintura e Met. Ltda., conta no próprio termo de Adesão do SVA o tamanho da banda contratada (1MB) pelo valor de R$ 37,25.

No Contrato de Serviços de Comunicação Multimídia entre a empresa Bitcomnet e o assinante, os telefones da central de atendimento são 0300-140-9050, 0800-648-9050 ou (54) 3209-9050. Os mesmos telefones são divulgados no Termo de Adesão ao Contrato de Valor Adicionado (Visão) e no Termo de Adesão ao Contrato de Serviço de Comunicação Multimídia (Bitcomnet).

Além disso, no endereço eletrônico atual da empresa Visão (...), também é possível encontrar os mesmos telefones. E, ainda, o telefone da empresa é (54) 3209-9000, ou seja, o ramal 9050 é para atendimento aos usuários.

O mesmo telefone (54) 3209-9000 é mostrado no endereço eletrônico atual da empresa Bitcomnet (...).” (grifei)

No que diz respeito à “capacidade de transmissão”, observo a conclusão administrativa no sentido de que a responsabilidade pela prestação do SCM era, em verdade, da Visão, e não da Bitcom (*idem*, fl. 25):

“5.30. Uma prova contundente de que a Bitcom (autorizada) não é responsável pela prestação do serviço está ao se averiguar quem é o responsável pela contratação e pela remuneração do *link* de telecomunicações, isto é, a capacidade de emissão e recepção de informações que permite a conexão dos usuários do SCM com a Internet.

5.31. O *link* é um nó essencial para que o prestador do SCM escoe o tráfego de seus usuários para a Internet, o que exige um contrato do prestador do SCM com outra empresa de telecomunicações que tenha grande capacidade de transporte de dados ao *backbone* da rede. Verifica-se que esse contrato é feito pela Visão (parceira), e não pela Bitcom (autorizada), em uma clara demonstração de que é a Visão (parceira) que, sem a competente outorga, adquire capacidade de transmissão e a revende de maneira compartilhada para seus usuários. Nas fiscalizações realizadas, nunca se constatou que a Bitcom (autorizada) possuísse capacidade de transmissão contratada ou disponível, tornando impossível que gerenciasse qualquer infraestrutura ou processo de telecomunicação em operação.

5.32. É evidente que a questão do *link* não se trata de uma questão formal, mas da averiguação técnica de como se processa a transmissão de dados que permite a ocorrência de telecomunicação. Se a capacidade é de fato contratada e revendida pela Visão (parceira), resta inconteste que ela é a responsável pela prestação do SCM. O Informe nº 8/2008/

PVSTR/PVST, de 7 de janeiro de 2008, é claríssimo sobre o assunto:

'A legislação em vigor não impede que os provedores de serviço de conexão à Internet contratem com empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, devidamente autorizadas pela Anatel, infraestrutura necessária ao provimento de sua atividade. Entretanto, uma vez que o serviço de telecomunicações contratado pelo PSCI é disponibilizado a seus clientes internautas como meio de acesso à rede de prestadora de serviço de telecomunicações, *o PSCI precisa ter uma autorização para exploração de serviço de telecomunicações que dê suporte à atividade de telecomunicações desenvolvida*, além de contrato específico com seus assinantes.

(...)

Assim, concluímos que, para a exploração de serviço de telecomunicações no país, a empresa, seja ela provedora de serviço de conexão à Internet ou não, precisa de uma concessão, permissão ou autorização prévia da Anatel. Além disso, *não é permitida a uma empresa a contratação de qualquer serviço de telecomunicações de prestadoras devidamente autorizadas pela Anatel e a disponibilização para terceiros como meio de acesso à rede de serviços de telecomunicações*. Isso caracteriza revenda de serviço de telecomunicações que só poderá ocorrer se efetuada por empresa devidamente autorizada pela Anatel.

(...)

(...) Nesse caso específico, a *contratação do serviço de telecomunicações somente pelo PSCI e a posterior disponibilização ao assinante internauta sem a devida autorização da Anatel configura-se em exploração clandestina de serviço de telecomunicações pelo PSCI*.'

(...)" (destaques originais)

Destaco, ainda, que o objeto do contrato firmado entre a Bitcom e a Visão consistia na "disponibilização e na prestação de serviços de comunicação multimídia pela Bitcom à Visão e na prestação de serviços de valor adicionado e tecnologia da informação pela Visão à Bitcom, para o fim de atender às demandas de clientes e/ou assinantes de ambas", sendo que, pela cláusula 2.1, "o presente contrato é do tipo oneroso, sem contrapartida financeira de uma parte a outra" (evento 04, OUT8, do IPL).

Já o artigo 7º da Resolução Anatel 272/2001 previa que a remuneração pelo uso de redes (pacto entre a prestadora do SCM e a prestadora do SVA) deve ser "de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis", o que permite concluir que o modelo negocial pactuado entre as partes, caso seja tido como regular, fere, no mínimo, o princípio da livre concorrência.

Voltando à requestada aplicação do princípio da insignificância, tenho que a referida excludente de tipicidade tem lugar quando se puder verificar, em relação à conduta perpetrada pelo agente, uma ofensividade mínima, podendo esta assim ser considerada se a ação, apesar de

encontrar tipificação no ordenamento pátrio, não vier a representar periculosidade social, bem como contar com grau de reprovabilidade irrisório, mercê de o ataque ou a omissão levados a efeito pelo suposto agente não implicarem lesão expressiva ao bem jurídico penalmente tutelado, permitindo o reconhecimento do chamado crime de bagatela, que se caracteriza por não deter caráter criminal relevante.

Nada obstante já tenha me manifestado favorável à sua incidência a espécie tal qual a *sub judice*, isso por ocasião de julgamento desta Turma (ACR 0000793-07.2008.404.7211, rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, D.E. 08.02.2012), revi referida compreensão ante o entendimento, majoritário, da Quarta Seção desta Corte, no sentido de que, em se tratando de conexão à Internet, o aspecto concernente à potência dos equipamentos, para fins de análise da ofensividade da conduta, não é determinante para a aplicação da referida excludente, devendo ser sopesada a quantidade de usuários e serviços disponibilizados, bem como a modalidade de serviço especial, regulado e controlado (EINUL 2006.72.06.001183-7, rel. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, DE 09.10.2008).

Consigno, ainda, que o parâmetro de 25 W (vinte e cinco watts), comumente empregado na aferição da bagatela em se tratando do delito capitulado no artigo 183 da Lei 9.742/97, tem por base o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.612/98, com incidência limitada aos casos de radiodifusão sonora. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente:

"PENAL. ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. ARTIGO 1º, § 1º, DA LEI 9.612/98 (25 W). PARÂMETRO BALISADOR DA IRRELEVÂNCIA PENAL PARA OS CASOS DE RADIODIFUSÃO SONORA. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. EXTENSÃO. INVIABILIDADE. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. *É entendimento majoritário da Quarta Seção desta Corte que, em se tratando de conexão à Internet, o aspecto concernente à potência dos equipamentos (25 W) – próprio das atividades de radiodifusão sonora (artigo 1º, § 1º, da Lei 9.612/98) – para fins de análise da ofensividade da conduta não é determinante para a aplicação da tese despenalizante da insignificância, devendo ser sopesada a quantidade de usuários e serviços disponibilizados, bem como a modalidade de serviço especial, regulado e controlado (EINUL 2006.72.06.001183-7, rel. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, D.E. 09.10.2008)*. 2. A natureza das atividades prestadas pelos provedores de acesso à rede mundial de computadores, se acessórias ou essenciais à prática do ato comunicacional, sujeitas, ou não, à autorização do poder público, e, nessa

medida, enquadráveis, ou não, no conceito de Serviço de Valor Adicionado – SVA, é tema controvertido na jurisprudência, de modo que não há como se reconhecer, ao menos neste momento inaugural em que se encontra o feito na origem, a alegada atipicidade da conduta. Precedentes. 3. Hipótese em que a descrição dos fatos contida na peça acusatória, porque amparada, ao menos indiciariamente, nos elementos coligidos até então, dá à pretensão persecutória foros de plausibilidade, autorizando seu trânsito sob o crivo do contraditório pleno da instrução criminal, haja vista que a versão ofertada pelo denunciado, de que figurava tão somente como gerenciador das redes, e não como provedor dos serviços, não pode ser acolhida na atual fase de admissibilidade da denúncia, em obséquio ao princípio do *in dubio pro societate*. 4. Recebimento da exordial, nos termos da Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal." (TRF4, 5027937-14.2011.404.7000, 8ª Turma, minha relatoria, DE 27.03.2012)

Dessa forma, sendo irrelevante para a hipótese dos autos a ausência de comprovação da potência dos equipamentos utilizados, afasto a alegação da defesa.

Ainda, no que diz respeito à alegação de que a Bitcom operava equipamentos de radiofrequência na modalidade "radiação restrita", de baixíssima potência, em faixa de frequência livre, sem proteção contra interferências prejudiciais, tenho que o argumento é impertinente, uma vez que restou comprovado o estratagema fraudulento dos réus, que se valeram de contratos de parceria entre as empresas por eles administradas, na medida em que, de um lado, a prestadora que tinha outorga do SCM não possuía capacidade de telecomunicações contratada em seu nome e, de outro, a estrutura remuneratória dos contratos firmados não teria qualquer viabilidade econômica, pois o valor cobrado do usuário pela Bitcom era muito inferior ao valor de mercado.

No ponto, aliás, a testemunha V.C.C. (evento 51, VIDEO8, da ação penal) foi categórica ao afirmar que não haveria problema na existência de uma parceria entre duas empresas, uma prestando SVA, e outra, SCM; porém, na hipótese, em que a prestadora do SVA disponibilizou à autorizada do serviço de comunicação multimídia o *link* contratado pela primeira, "não existe precedente no mercado para prestação de serviço de SCM por R$ 11,00, não existe banda larga ofertada a esse valor, e o custo do *link* à época, em setembro de 2011, foi R$ 58 mil (...) enquanto os contratos apresentados previam uma remuneração de apenas R$ 3 mil (...) uma remuneração gratuita de R$ 3 mil frente a um insumo da capacidade de telecomunicações de R$ 58 mil; então, se a empresa continuasse operando, essa empresa não só não teria lucro como teria um prejuízo enorme", restando caracterizada, na verdade, a

disponibilização, ou "revenda", do *link* contratado pela Visão à Bitcom, conforme termo aditivo do contrato de compartilhamento, o que é vedado pela agência, conforme, inclusive, referiu a dita testemunha.

Em verdade, o que a defesa pretende é, a partir das características de determinado aparelho supostamente utilizado pela Bitcom, extrair a conclusão de que todos os serviços eram prestados exclusivamente mediante emprego desses meios técnicos, o que não foi confirmado pela prova dos autos; ademais, o fato de se encontrar em discussão, no âmbito da agência reguladora, proposta de desregulamentação desses serviços, de forma a dispensar a necessidade de outorga de autorização para uso de equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita (*vide* Consulta Pública 23/2015), antes de reforçar o argumento da defesa, infirma-o, porque expõe que se fazia necessária a outorga desse tipo de autorização para os serviços operados pela Bitcom.

Alfim, no que tange aos ofícios mencionados pela defesa em suas razões de apelação (cuja íntegra encontra-se acostada no evento 04 – OUT12, do IPL originário), os quais, no seu entender, validariam o modelo de negócio praticado pelos apelantes, cumpre destacar, desde logo, que se trata de respostas de consultas formuladas à Anatel a respeito, sobretudo, da forma como se deve dar a contratação dos serviços de telecomunicações entre uma prestadora (SCM) e um provedor de acesso à Internet (SVA); todavia, tais consultas foram efetuadas por pessoas físicas e jurídicas diversas, não relacionadas aos apelantes ou às suas empresas, de forma que sequer são hábeis a chancelar a tese defensiva.

Dessarte, entendo que restou devidamente demonstrado que a parceria firmada pelas empresas Visão e Bitcom teve como propósito permitir que a primeira prestasse serviço de comunicação multimídia (SCM) sem possuir autorização para tanto, valendo-se da outorga concedida à segunda, incorrendo os réus no delito do artigo 183 da Lei 9.472/97, de sorte que vai sendo mantida a condenação, uma vez devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, ausentes causas excludentes de culpabilidade e/ou ilicitude.

5. Dosimetria

O magistrado de origem procedeu à fixação das penas dos réus de igual modo, motivo pelo qual transcrevo apenas uma das dosimetrias, a

fim de evitar desnecessária repetição (evento 56, *idem*):

"Passo a analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal para a fixação da pena-base.

Culpabilidade. O réu agiu livre e conscientemente, sabendo dos atos ilícitos que estava a praticar, sendo que era exigível que agisse de forma diversa. A culpabilidade, no entanto, não se mostra exacerbada. Circunstância neutra.

Antecedentes. Não há registro. Circunstância neutra.

Conduta social. Sem dados abonatórios ou desabonatórios. Circunstância neutra.

Personalidade. A prova colhida não possibilita a análise da personalidade do réu. Circunstância neutra.

Motivos. Obtenção de lucros, o que é comum na espécie. Circunstância neutra.

Circunstâncias. Sem dados dignos de nota. Circunstância neutra.

Consequências. As consequências do delito não são graves. Circunstância neutra.

Comportamento da vítima. Prejudicada a análise vitimológica. Circunstância neutra.

Inexistindo circunstância desfavorável ao réu, fixo-lhe a pena-base em 2 anos de detenção.

Segunda fase. Ausentes agravantes e atenuantes.

Terceira fase. Ausentes causas de aumento ou de diminuição.

Assim, a pena definitiva fica fixada em 2 (dois) anos de detenção."

Como se vê, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias valoráveis negativamente na primeira fase. Mantenho a pena basilar em 02 (dois) anos de detenção para ambos os réus, por não vislumbrar modificação necessária.

Na segunda etapa, ausentes agravantes ou atenuantes, é de rigor manter a pena provisória em 02 (dois) anos de detenção.

Inexistentes causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, resta mantida a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em *02 (dois) anos de detenção* para cada um, igualmente preservado o *regime aberto* para o início de seu cumprimento (artigo 33, §§ 2º e 3º, c/c artigo 59, ambos do Código Penal).

Quanto à pena de multa, entendo que, na fixação de suas unidades, devem ser observadas todas as circunstâncias que influíram na dosagem da pena privativa de liberdade – judiciais, legais, majorantes e minorantes, critério que restou consolidado pela Quarta Seção desta Corte (EINACR 2002.71.13.003146-0/RS, D.E. 05.06.2007), e, uma vez atendida a ideia de proporcionalidade, em um momento subsequente, o valor da penalidade pecuniária será informado/balizado pela capacidade econômica dos réus.

Na sentença de origem, para o réu F.A.V. foi arbitrada pena de multa em *10 (dez) dias-multa* no valor de *01 (um) salário mínimo*, enquanto

para a ré A.M. foi fixada pena de multa em *10 (dez) dias-multa* no valor unitário de *1/2 (meio) salário mínimo*, ambos vigentes na data do fato (julho de 2011), atualizados até a data do respectivo pagamento.

Diante disso, resguardada a simetria com a sanção privativa de liberdade, fixada no piso, mantenho a pena de multa arbitrada em sede de primeiro grau.

Presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44, *caput*, e diante da previsão contida no § 2º do mesmo artigo do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade aplicada para cada um dos réus por duas restritivas de direitos, consistentes em *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* e em *prestação pecuniária*, por serem as que melhor atingem a finalidade da persecução criminal. A primeira, porque exige do condenado um esforço no sentido de contribuir com o interesse público. A segunda, porque, ao contrário da multa, que reverte sempre ao Estado, converte-se em prol da vítima, dos seus dependentes ou de entidade pública ou privada com destinação social.

Quanto ao valor da segunda substitutiva em questão (artigo 43, inciso I, do Estatuto Repressivo), cumpre referir que o julgador, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do mesmo diploma legal, deve considerar certos fatores, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento.

Nessa linha, tenho que tal prestação deve ser suficiente para a prevenção e a reprovação do crime praticado, atentando-se, ainda, para a extensão dos danos decorrentes do ilícito e para a situação econômica do condenado, a fim de que se possa viabilizar seu cumprimento. Levando-se em conta tais critérios, mantenho os montantes arbitrados em sentença, quais sejam, *10 (dez) salários mínimos* para F.A.V. e *05 (cinco) salários mínimos* para A.M.

Saliento que poderá haver o parcelamento das referidas penas pecuniárias substitutivas, caso comprovada, perante o juízo da execução, a impossibilidade de seu pagamento em parcela única.

6. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de *negar provimento* à apelação.

HABEAS CORPUS Nº 5012300-95.2016.4.04.0000/PR

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Paciente/impetrante: Paulo Tarciso Okamotto
Advogado: Dr. Fernando Augusto Henriques Fernandes
Impetrado: Juízo Federal da 13ª VF de Curitiba
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Habeas corpus *preventivo. "Operação Lava-Jato". Prisão cautelar. Condução coercitiva. Meras conjecturas. Risco concreto e ilegalidade não demonstrados.*

1. O *habeas corpus* preventivo é cabível quando houver efetiva demonstração da existência de alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não havendo elementos concretos que evidenciem o receio alegado pelo paciente de vir a sofrer lesão no seu direito de locomoção, não se pode falar na expedição de salvo-conduto preventivo.

4. A determinação de medidas cautelares no curso do processo com relação a outros investigados no bojo da mesma operação não socorre o paciente, porquanto eventuais prisões cautelares devem ser examinadas à luz do específico caso concreto e com base nos fundamentos eventualmente invocados pela autoridade coatora e levando em consideração a condição pessoal do paciente.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 31 de agosto de 2016.

Des. Federal *João Pedro Gebran Neto*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto: Trata-se de *habeas corpus preventivo* impetrado por Fernando Augusto Henriques Fernandes em favor de *Paulo Tarciso Okamotto*, relacionado à denominada "Operação Lava-Jato", para que seja determinado ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR que *(a)* se abstenha de decretar qualquer prisão provisória do paciente (temporária ou preventiva) e que, acaso decretada com base em fato novo, o presente *habeas corpus* seja processado como liberatório. Requereu, ainda, que *(b)* eventuais prisões, atuais ou futuras, sejam revogadas; *(c)* no caso de condução coercitiva ou prisão de qualquer natureza, seja conhecido o presente *habeas corpus* também para tais atos e que sejam reconhecidas as respectivas ilegalidades; *(d)* a autoridade coatora franqueie aos representantes do paciente o pleno acesso à integralidade dos autos da investigação; *(e)* seja expedida ordem para que a autoridade coatora se abstenha de determinar a condução coercitiva do paciente. Postulou o deferimento de medida liminar.

O *habeas corpus* foi indeferido liminarmente, tendo em vista a remessa dos feitos correlatos ao Supremo Tribunal Federal. Contra tal decisão, a defesa interpôs agravo regimental, que foi parcialmente provido para que fosse determinado o sobrestamento do feito até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (eventos 12 ao 18).

Julgada a Reclamação nº 23.457/STF, pela qual foi confirmada a competência da autoridade coatora para processamento dos feitos correlatos, foi levantado o sobrestamento do processo. O pedido liminar foi indeferido, e informações ao juízo de primeiro grau foram solicitadas (evento 30).

A autoridade coatora prestou informações (evento 35).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (evento 38).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto:

1. Dos limites da presente impetração

Dentre os pedidos, há insurgência contra pretenso indeferimento pelo juízo de origem ao acesso a todos os processos relacionados que orientam a investigação. Informou a autoridade apontada como coatora: "(...) a defesa do paciente está cadastrada nos processos pertinentes e tem a eles acesso. Desconhece que não esteja tendo acesso a algum elemento, mas, se for o caso, a defesa pode apresentar requerimento discriminado a este juízo para melhor análise" (evento 35). Não vejo, portanto, plausibilidade nas alegações e sequer cabimento do *habeas corpus*, pelo que não deve ser conhecido no ponto.

Ademais, proporcionado pelo juízo *a quo* o acesso aos documentos pretendidos, restaria prejudicada a impetração, nos termos do art. 219 do RITRF4.

No restante, sustenta a defesa que o paciente corre risco de ter prisão cautelar (temporária ou preventiva) decretada ou, ainda, de ter determinada a sua condução coercitiva, instrumentos que entende inadequados à situação dos autos.

Aduz que as prisões cautelares estão sendo decretadas ao arrepio da lei, defendendo que os presos devem ser mantidos em estabelecimento prisional próximo ao seu domicílio, com condições de higiene adequadas. Além disso, ressalta que os presos provisórios da "Operação Lava-Jato" estão sendo submetidos a condições degradantes, sem direito à higiene pessoal ou a visitas de familiares. Destaca, ainda, que as execuções de mandados de prisão ou condução coercitiva viraram espetáculos televisivos. Pretende, também, que o presente *habeas corpus* preventivo seja recebido como corretivo se, no curso do seu processamento, alguma medida vier a ser determinada pelo juízo de primeiro grau.

2. Da declaração prévia de ilegalidade das medidas cautelares

2.1. Postula a defesa a concessão da ordem com garantia de salvo-conduto, para que a autoridade coatora se abstenha de expedir decreto

de prisão (temporária ou preventiva) em face do paciente, ou mesmo de determinar-lhe a condução coercitiva.

A 8ª Turma desta Corte já assentou que "o *habeas corpus* preventivo é cabível quando houver efetiva demonstração da existência de ameaça ao direito de liberdade de locomoção do paciente (...)". Porém, "não havendo elementos concretos que evidenciem o receio alegado pelo paciente de vir a sofrer lesão no seu direito de locomoção, não se pode falar na expedição de salvo-conduto preventivo" (HC nº 5013300-38.2013.404.0000, 8ª Turma, minha relatoria, por unanimidade, juntado aos autos em 12.07.2013. No mesmo sentido: HC nº 5030254-91.2015.404.0000).

Não basta o mero receio de o paciente vir a ser preso. Exige-se, quando se está a falar do caráter preventivo da medida, *que a hipotética ordem de prisão se revele desde logo flagrantemente ilegal*. Tal requisito, a propósito, vem estampado no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, *ipsis litteris*: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, *por ilegalidade ou abuso de poder*" (destaquei).

Ou seja, cumulativamente, *exige-se o concreto receio de que o paciente seja preso e que essa ordem seja inquestionavelmente ilegal*.

E tal percepção não se alcança com a inicial.

Grosso modo, o andar da investigação, com acréscimo de futuros elementos – até então desconhecidos do juízo singular e também do recursal neste momento –, pode, ou não, modificar a situação fático-jurídica, de modo a justificar outras medidas judiciais, mais benéficas ou mais gravosas para qualquer uma das pessoas investigadas.

Este caso não é diverso.

O fato de o Ministério Público Federal ter pleiteado a prisão temporária do paciente no nascedouro desta fase da "Operação Lava-Jato" (Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000/PR – evento 4) não altera o quadro, em especial porque, naquele momento, houve expresso indeferimento.

Não há, contudo, como antecipar que eventuais medidas cautelares não sejam decretadas em momento posterior, tampouco que o juiz não possa fazê-lo. *A suposta ilegalidade não transparece de modo evidente*.

Sustenta a defesa que o paciente não teria praticado os crimes

investigados. Ora, tal discussão em sede de *habeas corpus* seria *precipitar eventual mérito e exame da prova*.

Veja-se que a defesa associa a iminente ilegalidade à tese de que as condutas imputadas ao paciente pelo órgão de acusação são improcedentes. Porém, nos estreitos limites do *habeas corpus*, não cabe o aprofundamento da licitude ou ilicitude da conduta do paciente como administrador do Instituto Lula, ou nos recebimentos de valores e guarda de material que, segundo alega, são de legítima propriedade do ex-presidente.

Em sede de medidas cautelares, não se exige tamanha incursão no mérito, da mesma maneira que não se aguarda prova cabal da responsabilidade criminal do paciente.

Aqui, para a concessão da *ordem preventiva*, seria necessário que o Tribunal se fizesse substituir ao juízo competente para minucioso exame de todo o inquérito – sequer encerrado –, como se juízo ordinário fosse.

Tal compreensão vem ainda mais reforçada pelas dimensões da investigação e do extenso caderno probatório.

2.2. Eventuais reforços probatórios devem, *prima facie*, ser examinados na origem. Não há falar, nessa perspectiva, em preclusão *pro judicato*, porque, se novos elementos surgirem, com aptidão sobre fatos não apresentados nos autos, mesmo que se remontem a data anterior à decisão judicial, *não vejo óbice em que tais descobertas sirvam de fundamento para uma revisão do indeferimento anterior*.

A admitir-se tese contrária, ficaria o juízo instrutor impossibilitado de recorrer à prisão preventiva, se verificada, por exemplo, a reiteração da conduta delitiva ou a atuação deliberada do agente de turbar a instrução criminal. Em qualquer dos casos, a prisão preventiva estaria autorizada como forma de proteção à ordem pública e à instrução criminal (art. 312 do CPP).

Bom exemplo é o que ocorreu na ação penal desmembrada da "Operação Lava-Jato", em que se investigavam condutas ilícitas praticadas em desfavor da Eletronuclear nas obras da Usina de Angra 3. Após obter a liberdade provisória, o investigado e ex-diretor da estatal Almirante Othon Luiz Pinheiro foi novamente preso preventivamente por ainda exercer influência na Eletronuclear, inclusive com ingerência

para produzir documentos que auxiliariam na sua defesa e pressionar empregados que testemunhariam em juízo.

Nessa linha, ainda que se acolhesse a tese de preclusão *pro judicato – o que não é o caso –*, haveria limitação apenas pela condição *rebus sic stantibus*. Equivale dizer que não poderia o magistrado modificar seu entendimento e reavaliar as circunstâncias desde que nada se modificasse em relação aos elementos existentes nos autos. *Apenas isso*.

Em contrapartida, havendo modificação do quadro (prova ou fato), não estaria ele impedido de reconsiderar posição original, cabendo ao Tribunal, *em juízo de revisão*, aferir a legalidade ou não do ato *concreto*.

2.3. O raciocínio se afeiçoa a qualquer espécie de prisão provisória. No caso da temporária, ganham destaque determinadas particularidades. A cautela prevista na Lei nº 7.960/89 estabelece que "caberá prisão preventiva quando imprescindível para as investigações do inquérito policial", nos crimes que enumera (art. 1º, inc. I e III), sempre mediante representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 2º).

Ora, não se pode esperar do juízo recursal a tarefa de examinar a necessidade ou não da prisão temporária, *senão diante de um ato concreto*. Essa é a própria essência da jurisdição, servindo o *habeas corpus* preventivo excepcionalmente para os casos de escancarada inadequação. Não é válido, assim, fixarem-se premissas e limites de atuação em abstrato, assim como balizas que acabariam por obstaculizar não só a atuação do juízo, mas também da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

No mais, seria tão somente avaliar uma tese jurídica para se dizer justamente o que a lei já diz, transformando o remédio constitucional em um inoportuno instrumento de controle direto e em tempo real sobre a atuação do juízo de primeiro grau.

O acolhimento das razões invocadas na inicial passaria pela técnica de antecipação com a utilização de *ilações, ponderações e possibilidades*, sem que demonstrado que o direito de ir e vir do paciente esteja, repita-se, na *iminência de ser ilegalmente cerceado*.

A linha de argumentação da inicial não indica, pois, *qual a ameaça concreta à locomoção do paciente ou mesmo a ilegalidade que existiria*.

Concentra forças, na verdade, em situações outras já ocorridas ao longo das mais de três dezenas de fases da "Operação Lava-Jato", sem que isso lhe traga algum proveito. Situações reais estas que, de mais a mais, quando submetidas a recurso, foram examinadas por este Tribunal e pelas Cortes Excepcionais.

Em um contexto complexo, de inúmeras ramificações e farto material probatório, a impetração preventiva deve estar limitada àquilo que as partes têm de concreto, não valendo para a busca da tutela jurisdicional simples suposições. Tampouco se poderia utilizar o remédio constitucional preventivo para incursionar prematuramente na investigação e concluir que não estão presentes, no momento – *e não estarão no futuro* –, os requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal ou na Lei nº 7.960/89.

2.4. Desse modo, sob a ótica da prevenção, deve-se guardar relativa cautela, não se confundindo juízo de admissibilidade com controle prematuro do primeiro grau pelo Tribunal. Isso violaria a essência do instrumento. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal a respeito da eficácia temporal do *habeas corpus* preventivo. Ao analisar o HC nº 107.807/TO, decidiu a Primeira Turma daquela Corte que

"não há, diante da possibilidade futura da presença de elementos próprios, mediante decisão devidamente fundamentada por parte do órgão competente, possibilidade jurídica de vedar-se antecipadamente eventual decretação da prisão preventiva do paciente, o que, inclusive, importaria em inadmissível supressão de instância."

Naquela assentada, consignou o Ministro Dias Toffoli:

"Quanto à pretendida vedação à decretação da prisão preventiva do paciente, observo que ele se encontra em liberdade, sem que, até a presente data, haja notícia nos autos de pedido dessa natureza. Não há, contudo, diante da possibilidade futura da presença de elementos próprios, mediante decisão devidamente fundamentada por parte do órgão competente, possibilidade jurídica de analisar-se eventual ilegalidade ou abusividade de eventual ato constritivo, o que, inclusive, importaria em inadmissível supressão de instância.

Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido *habeas corpus* que vise ao exame *per saltum* de fundamentos não apreciados pela instância antecedente. Nesse sentido: HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25.05.07; HC nº 92.264/SP, Primeira Turma, relator o Ministro Menezes Direito, DJe de 14.12.07; HC nº 90.162/RJ, Primeira Turma, relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 29.06.07; HC nº 90.312/PR, Segunda Turma, relator o Ministro Eros Grau, DJ de 27.04.07; e HC nº 86.997/DF, Segunda Turma, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 03.02.06, entre outros."

No mesmo caminho, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA. DELEGADA DE POLÍCIA. PRISÃO PREVENTIVA REQUERIDA PELA ACUSAÇÃO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO VISANDO IMPEDIR A DECRETAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. INSTRUÇÃO CRIMINAL JÁ ENCERRADA. MERA EXPECTATIVA JÁ SUPERADA. AUSÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INCABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA O FIM PRETENDIDO. ILEGALIDADE AUSENTE. RECLAMO IMPROVIDO. 1. Somente é cabível o *habeas corpus* preventivo quando há fundado receio de ocorrência de ofensa à liberdade de locomoção iminente. 2. A mera suposição ou expectativa de que a prisão poderá ser determinada não constitui ameaça concreta à liberdade de locomoção, capaz de justificar o manejo do *habeas corpus* para o fim pretendido. 3. Encerrada a fase instrutória e verificada a ausência de pronunciamento a respeito da segregação cautelar requerida pela acusação no momento da denúncia, o fundado receio de que a recorrente viesse a ter a sua liberdade tolhida restou superado, não havendo o que se falar, portanto, em risco concreto ou em ameaça de prisão. *4. É inviável utilizar o remédio constitucional para obstar eventuais ilegalidades ou constrangimentos ainda não acontecidos e sem comprovação (fundado receio) de que realmente ocorrerão, concedendo-se à agente, em caráter definitivo e permanente, salvo-conduto relativamente à ação penal a que responde. 5. Situações posteriores podem vir a ocorrer que justifiquem a segregação cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, ou mesmo a imposição de medidas diversas, previstas no art. 319 do CPP*. 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido." (RHC 201401012196, Jorge Mussi, STJ – Quinta Turma, DJE data: 01.08.2014)

Não é válido atribuir ao julgado caráter normativo amplo, fazendo com que o Tribunal se manifeste antecipadamente sobre matéria afeta ao primeiro grau para estabelecer, diante do quadro formado apenas *no momento da impetração e com base em supostas ilegalidades que sequer dizem respeito ao paciente*, em quais hipóteses poderia ser fixada a medida cautelar.

Nesses limites, os fundamentos até aqui invocados já seriam suficientes para rechaçar a pretensão defensiva. Cabe, a par disso, tecer algumas considerações a respeito de tópicos lançados na inicial.

3. Uso excessivo e ilegal das prisões cautelares

3.1. Não procede a alegação de que o magistrado venha usando exageradamente as prisões provisórias no âmbito da "Operação Lava-Jato". Há investigados presos preventivamente e outros soltos mediante a fixação de condições. Muitos, ainda, foram conduzidos para prestar depoimento, sem que tivessem sua prisão decretada.

O simples fato de o paciente ser investigado não resultará

necessariamente na sua prisão processual. Até mesmo em face do retrospecto da "Operação Lava-Jato", *as prisões determinadas vinham guarnecidas por fortes elementos probatórios*.

Nesse contexto, somente o *habeas corpus* liberatório teria eficácia impugnatória sobre a decisão judicial. Sairíamos da esfera da hipótese para a realidade concreta. O salvo conduto, no presente caso, não revela qualquer utilidade. Isso porque, se por um lado inexiste prisão decretada, por outro, um eventual decreto prisional deverá ser examinado à luz dos fundamentos então utilizados da decisão.

Não é demais anotar que as medidas cautelares, *ao contrário do que alega a defesa*, vêm sendo usadas exclusivamente para desarticulação do grupo organizado responsável pela prática dos delitos investigados.

"Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa." (TRF4, HC nº 5027988-97.2016.404.0000, 8ª Turma, minha relatoria, por unanimidade, juntado aos autos em 28.07.2016)

Embora ganhe eco a tese de que as medidas cautelares restritivas de liberdade vêm sendo utilizadas de modo exagerado, ela não se sustenta à luz da realidade processual.

3.2. Em uma investigação sobre fatos complexos, em que se apurou a prática de delitos entranhada no seio da maior empresa estatal nacional, o número de prisões determinadas até o momento é reflexo do próprio quadro de corrupção sistêmica identificado.

As Cortes Recursais, ressalvados alguns casos pontuais, têm confirmado as decisões proferidas pelo juízo de primeiro grau. Mesmo os casos de reformas parciais – com a fixação de medidas cautelares diversas da prisão – não mais são do que a revelação do funcionamento do sistema que preserva os meios recursais inerentes à defesa dos investigados. Ou seja, a simples modificação de uma decisão por órgão recursal, seja do juízo de primeiro grau, seja deste Tribunal, não permite que se conclua ter havido sistemático abuso de poder por parte do julgador de primeiro grau.

Não é possível atribuir-se à autoridade coatora infindáveis ilegalidades na condução dos processos, desconsiderando completamente que a

Oitava Turma deste Tribunal, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça e a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, regra geral, têm denegado *habeas corpus* impetrados por dezenas de investigados.

No total, seja para manter as prisões decretadas, seja para revogá-las ou substituí-las por medidas outras, o sistema constitucional submete as decisões do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR ao crivo de outros treze julgadores, distribuídos em três Tribunais.

É impensável e caro ao próprio estado democrático de direito imaginar que a simples reforma de uma decisão por Tribunal pudesse resultar na criminalização da atuação judicial.

Por essas razões, *não prosperam as alegações da defesa no sentido de que as prisões decretadas pelo juízo de primeiro grau estão, regra geral, maculadas por flagrantes ilegalidades*.

4. Da alegação de utilização das prisões cautelares para obtenção de "delações" premiadas

4.1. Em linha paralela de argumentação, sustenta a defesa que o juízo de origem vem utilizando as prisões cautelares sem fundamento legal e apenas *para forçar os investigados a firmarem acordos de "delação" premiada*.

O tema, em que pese tenha ganhado bastante espaço nos meios de comunicação – ambiente fértil para repercussão das insatisfações dos réus –, pouco foi debatido no âmbito dos processos relacionados à "Operação Lava-Jato".

Tem se mostrado comum classificar aquele que resolve colaborar com o pejorativo nome de delator. Pois bem, há grande equívoco na utilização dessa tendenciosa nomenclatura, que somente se compreenderia pela lógica e pela ética internas das organizações criminosas, ou daqueles que são objeto de relatos. Sobre o tema, bem pontuou Frederico Valdez Pereira:

"A designação do instituto por alguns termos equívocos, como delação premiada ou arrependidos, não auxilia a tarefa de definir os contornos precisos do instrumento da colaboração processual. O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo um delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo uma carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, marcando posição de cunho pernicioso, além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao

esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação da organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações." (*in Delação premiada*: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013. p. 27-8)

Ainda recente em nosso ordenamento, mas já consolidada na legislação estrangeira, a colaboração é meio legal de obtenção de prova (Lei nº 12.850/2013).

Discordâncias centradas na suposta ilegitimidade de uma prova produzida com o auxílio de um dos investigados e na inexistente "tendência judicial" de utilização das prisões preventivas para obtenção de confissões e colaborações não maculam os acordos até agora firmados.

Tampouco são pertinentes as teses que associam o novo instituto aos mecanismos de investigação utilizados no período de autoritarismo institucional. Ao contrário disso, o instituto nada traz de autoritário ou medieval.

De um lado, a colaboração premiada revela-se moderno instrumento de investigação e apuração de ilícitos, sobretudo do crime organizado. De outro, pela ótica daquele que colabora, pode ser entendido como valoroso meio de defesa.

4.2. É importante gizar que o juiz não participa das tratativas do acordo. A colaboração não é firmada entre o acusado/investigado e o Estado-juiz, mas entre aquele e os órgãos de persecução penal (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13). Ao magistrado cabe apenas homologá-lo e aplicá-lo no momento processual adequado (artigo 4º, § 6º, da Lei referida).

Isso, por si só, já faz cair por terra diversos argumentos de suspeição ou impedimento contra o julgador de primeiro grau, os quais já foram rechaçados em diversos julgados por este Tribunal.

De relevo, ainda, é anotar que o colaborador não está em nenhum momento desassistido. A Lei nº 12.850/2013 assegura a participação do seu defensor em toda a negociação. E assim vem ocorrendo, seja naquelas colaborações homologadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, seja nas demais homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há se falar, portanto, em coação ou em revisita a métodos medievais não afeiçoados ao Estado de Direito. Em um sistema legitimado pela Constituição Federal – *ao contrário do que geralmente ocorre nos períodos de exceção* –, as prisões somente são decretadas por um juiz investido de jurisdição; os presos são encarcerados em estabelecimentos conhecidos e com direito à assistência jurídica; e as decisões judiciais estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

Na essência, o fato de o colaborador estar submetido à privação de sua liberdade não é fundamental para que adira à proposta. Em regra, o que se tem visto é a adesão à colaboração como meio legítimo para minimizar os efeitos de uma futura condenação, no mais das vezes por investigados em liberdade.

4.3. A colaboração tem lugar quando o custo com o proveito do crime se mostrar menos compensador do que a pena a que estará submetido o agente em uma futura condenação. Ainda que muitas vezes a liberdade provisória seja um benefício imediato, o colaborador busca um proveito futuro, exemplificativamente: redução da pena corporal; fixação de um regime de cumprimento de pena mais brando; ou, ainda, a mitigação de medidas para assegurar a sua subsistência e a de seus familiares.

Logo, inexiste relação direta entre a intenção do agente de colaborar e o fato de estar preso preventivamente. Poder-se-ia até mesmo afirmar que é libertado porque colabora, *mas não colabora somente porque está preso*. O art. 312 do Código de Processo Penal indica claramente os pressupostos e fundamentos para a prisão preventiva e com tais balizas são decretadas.

Nessa linha, a colaboração prevista na Lei nº 12.850/2013 funda-se em premissas de confiança e reciprocidade entre as partes, de maneira que o compromisso do investigado de auxiliar de forma efetiva na apuração dos fatos *apenas minimiza os fundamentos para a prisão preventiva e autoriza, em caráter excepcional*, a sua substituição por outras cautelas.

Sobre o tema, decidiu a 8ª Turma deste Tribunal que "a liberdade concedida em razão de acordo de colaboração premiada não esvazia os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, mas apenas os minimiza, diante da concordância expressa do colaborador de

auxiliar na apuração dos ilícitos e de se submeter à jurisdição criminal" e que, "revogado o acordo de colaboração, extinguem-se os benefícios e as obrigações ajustadas entre as partes, podendo a prisão preventiva ser restabelecida quando ainda presentes os requisitos e pressupostos para tanto" (HC nº 5029593-78.2016.404.0000, minha relatoria, unânime, juntado em 12.08.2016).

4.4. Resumindo, não há como afirmar, portanto, haver vício na manifestação da vontade dos colaboradores porque: *(a)* nos termos de homologação, há cláusula expressa reafirmando a voluntariedade do pactuado; *(b)* os colaboradores estão inteiramente assistidos por seus advogados; *(c)* nenhuma impugnação expressa houve pelos colaboradores pelo viés do comprometimento da espontaneidade.

Há mostras da higidez das colaborações. Fazendo uma breve retrospectiva da "Operação Lava-Jato", desde o conhecido Posto da Torre, de propriedade de Carlos Habib Chater, muitos investigados optaram por firmar acordo. Os primeiros foram Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, que anteviram a possibilidade de mitigar penas e respectivos regimes de cumprimento a que seriam condenados, bem como a perda patrimonial.

Familiares de investigados das fases iniciais também colaboraram, sem que nenhum deles tivesse sido privado de sua liberdade um dia sequer.

As investigações prosseguiram. Gerson de Mello Almada, por exemplo, dirigente da Engevix, *ainda que sem acordo de colaboração*, em certa medida confessou os fatos a ele imputados e detalhou a existência do referido "Clube" de empreiteiras. Dalton dos Santos Avancini, representante da Camargo Correa, confirmou a existência do esquema de corrupção e a participação de grandes empreiteiras.

Em números gerais, as investigações foram impulsionadas por aproximadamente seis dezenas de colaborações, sendo que não mais de 30% delas foi tratada com investigados presos.

4.5. Ilustrativo é o caso de Ricardo Pessoa, dirigente da UTC e destacado como o chefe do denominado "Clube" de empreiteiras destinado a burlar os procedimentos licitatórios da Petrobras. O então

investigado obteve liberdade provisória no julgamento do HC/STF nº 127.186, vindo a tratar de colaboração somente após sua soltura. Ainda a propósito de Ricardo Pessoa, mais ilustrativa é a análise da afirmação lançada na inicial desta impetração, no sentido de que o Ministro Teori Zavascki teria criticado as prisões preventivas para extração de delações. A defesa reproduz as afirmações do relator dos processos relacionados à "Operação Lava-Jato" na Corte Constitucional: "Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada".

Contudo, por lealdade intelectual ao e. ministro da mais alta Corte, é imprescindível transcrever a íntegra do trecho em que examina a situação fática enfrentada no HC/STF nº 127.186. Confira-se:

> "É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – *que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça* – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). *Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada*." (*destaquei comparativamente*)

Em síntese, a ordem foi concedida naquele *writ* em razão do "longo tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato (...) a indicar que a prisão preventiva, por mais justificada que tenha sido à época de sua decretação, atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída". Ou seja, em nenhum momento há indicação de se estar diante de prisão decretada para obtenção de colaboração.

Retomando o histórico, a maioria dos colaboradores aderiu ao estatuído na Lei nº 12.850/2013 em liberdade. Dentre eles, Augusto Mendonça (Setal), Júlio Camargo (lobista), Pedro Barusco (ex-diretor da Petrobras), Shinko Nakandakari (operador da Galvão Engenharia), Carlos Alberto Pereira da Costa (ex-funcionário de Alberto Youssef), Eduardo Musa (ex-diretor da Petrobras), João Ferraz (Sete Brasil) e Salim Schahin (banqueiro).

Mais adiante, noticiou-se a homologação das Colaborações de Otávio

Marques de Azevedo e Flávio David Barra, ambos executivos do grupo Andrade Gutierrez e relacionados a irregularidades nos contratos da *Usina de Angra 3, em processo desmembrado da "Operação Lava-Jato"* e que tramita na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ.

No que importa, o acordo de Flávio David Barra foi homologado somente em 2016, *igualmente após o colaborador ter a prisão preventiva substituída por outras medidas cautelares no final de 2015* pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Otávio Marques de Azevedo e Flávio David Barra foram condenados naquela ação penal e farão jus aos benefícios conquistados no acordo de colaboração.

Há acusados que somente acenaram com a possibilidade de firmar acordo de colaboração premiada após condenados em primeiro grau, independentemente de terem respondido ao processo em liberdade ou encarcerados provisoriamente.

Por fim, é fundamental destacar que *somente foram homologadas em primeiro grau as colaborações em que não havia implicação de agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função*.

Em que pese a Lei nº 12.850/2013 não fixar expressamente, a competência para homologação dos acordos de colaboração dá-se pelo que dispõe a Constituição Federal. Vários acordos foram submetidos à sindicância do Ministro Teori Zavascki, inclusive de investigados presos preventivamente, como Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, Rafael Angulo Lopez e ex-senador Delcídio do Amaral. Hamylton Pinheiro Padilha Júnior e Eduardo Costa Vaz Musa encontravam-se soltos quando firmaram seus acordos (AP nº 5039475-50.2015.4.04.7000/PR). Em todos os casos, houve expressa reiteração de voluntariedade por parte do colaborador.

Novamente a tese defensiva não se sustenta. *Não é correto afirmar* que as prisões preventivas são utilizadas como ferramentas para forçar o paciente a delatar outros envolvidos no esquema, pelo que afastada a alegação de expressa ilegalidade, pressuposto essencial à ordem preventiva.

5. Da ilegalidade das conduções coercitivas

5.1. Questão importante está relacionada às conduções coercitivas de investigados ordenadas ainda na fase de investigação. Diz a defesa

que o paciente sempre esteve à disposição da autoridade policial ou do juízo para quaisquer esclarecimentos a respeito dos fatos investigados. Defende, *grosso modo*, que "não pode a condução coercitiva prescindir de prévia intimação injustificadamente não atendida pelo réu/investigado". A defesa funda sua pretensão basicamente na interpretação do art. 281 do Código de Processo Penal.

Ao proferir decisão inaugural para indeferir o pedido liminar, apontei:

"No tocante à condução coercitiva do paciente, é admitida pela Lei Processual Penal nas hipóteses em que, regularmente intimada, a testemunha deixar de atender ao chamado da autoridade policial ou do juízo (art. 218 do CPP). O cerne da discussão, neste caso, reside na possibilidade ou não de se utilizar do mesmo instituto sem motivação legal.

Pois bem, sem emitir qualquer juízo definitivo neste momento de delibação, em primeiro lugar, deve-se ter presente que o Código de Processo Penal data de 1941, devendo sua interpretação ganhar contornos mais adequados à Constituição Federal de 1988.

Regra geral, caminha-se no sentido de que a condução coercitiva deve ser utilizada com relativa parcimônia. Deve-se perguntar, porém, se, em uma operação complexa como a 'Lava-Jato', seria possível dar irrestrita eficácia à regra processual.

Penso que a resposta é negativa.

Tal limitação poderia acarretar sério dano à colheita da prova. Em um grupo numeroso e que, ao menos em tese, praticaria crimes complexos, impõe-se que o comparecimento de investigados e testemunhas para depoimento seja simultâneo, circunstância, aliás, apontada pela autoridade coatora na decisão proferida no Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000/PR (evento 3). Registrou o magistrado: (...) entendo que é mais apropriado nessa fase o aprofundamento da colheita dos elementos probatórios, sem a imposição da prisão temporária. Não obstante, entendo que se justifica a condução coercitiva dos indicados para que prestem esclarecimentos nas mesmas datas das apreensões.

A possibilidade de condução coercitiva simultânea surge como alternativa menos gravosa. A Lei nº 7.960/1989 admite a prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Ora, quando devidamente fundamentada, poder-se-ia, em tese, admitir a prisão cautelar como forma de preservar a investigação criminal e a busca de provas.

Não é demais recordar que, no âmbito da 'Operação Lava-Jato', sobretudo nos momentos iniciais de cada uma das fases, tem-se optado pela execução de todas as buscas e apreensões em um mesmo momento, do mesmo modo que as oitivas. E isso não significa, por si só, violação ao princípio da não autoincrimação, pois é assegurado ao conduzido invocar o direito ao silêncio. O que não se pode é conduzir a investigação no seu exclusivo interesse, sem preocupação com a eficácia do trabalho policial.

Pelo exposto, e tendo em vista que a investigação já se encontra em estágio mais avançado – sem prejuízo de avaliação mais aprofundada no julgamento pelo Colegiado –, não vejo razão provável para a intervenção liminar preventiva, motivo pelo qual indefiro o pedido liminar."

Reexaminando os autos e o ordenamento processual penal, não

verifiquei fundamentos para modificar o entendimento inicialmente registrado.

Em linhas gerais, a condução coercitiva, por si só, não viola o direito constitucional ao silêncio. A medida não tem como mote obrigar o suspeito a colaborar com a investigação. Segue intocável o *nemo tenetur se detegere*, não podendo o conduzido ser compelido a esclarecer os fatos criminosos, se assim não pretender. Isso não significa, todavia, que se exima do comparecimento.

5.2. Não há dúvida de que se trata de medida restritiva de liberdade, mas, em certa medida, é menos gravosa do que qualquer outra segregatória. Ainda que haja um tangenciamento à liberdade, *a condução coercitiva não se confunde com prisão cautelar* – em qualquer das suas modalidades.

Veja-se que o juízo de primeiro grau, ao se manifestar sobre o pedido ministerial, assim anotou:

> "4. Pleiteou o MPF a prisão temporária de Paulo Tarciso Okamoto, José de Filippi Júnior e Paulo Roberto Valente Gordilho.
>
> Apesar do requerimento do MPF, entendo que é mais apropriado nessa fase o aprofundamento da colheita dos elementos probatórios, sem a imposição da prisão temporária. Não obstante, entendo que se justifica a condução coercitiva dos indicados para que prestem esclarecimentos nas mesmas datas das apreensões."

Com efeito, novamente recorrendo a um breve histórico da "Operação Lava-Jato", as conduções coercitivas têm sido utilizadas com certa parcimônia. Talvez o fato de ter sido ultrapassada a 33ª fase comprometa a tal compreensão, mas é claro que o instituto vem sendo utilizado de modo proporcional à dinâmica e à dimensão da investigação.

Sem adentrar o mérito da medida, *porquanto isso representaria expedir comando judicial em tese*, o que já se disse ser inviável, não é demais referir que os investigados têm sido conduzidos com a assistência de seus advogados; a condução coercitiva se dá mediante ordem judicial; não há deslocamento do investigado para localidade outra que não a do seu domicílio; e a condução dura exclusivamente o tempo necessário à tomada de depoimento.

Além disso, é fundamental perceber que: *(a)* as conduções coercitivas podem se mostrar imprescindíveis para a investigação, pois se destinam

a assegurar que todas as medidas investigativas – depoimentos e buscas e apreensões, por exemplo – sejam cumpridas simultaneamente; e, *(b) notadamente, ocorreram na fase inicial da investigação*.

5.3. É de notar, em particular no que concerne ao *momento em que foi determinada a medida*, que o Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000/PR foi instaurado em 20.02.2016 e a decisão que determinou a condução do paciente perante a autoridade policial data de 24.02.2016, *isto é, logo após o requerimento e ainda nos primeiros movimentos da investigação*.

A situação hoje é bastante diversa.

Como indica a documentação acostada ao evento 13 do Inquérito Policial nº 5054533-93.2015.4.04.7000/PR, o paciente foi levado à Superintendência da Polícia Federal de São Paulo/SP unicamente em 04.03.2016, mesmo dia e momento que os demais conduzidos e nos exatos termos da justificativa de primeiro grau.

Atualmente, tramitam na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR dois inquéritos policiais nos quais há indicação do paciente no rol de investigados. Tais inquéritos, nada obstante ainda em andamento, já ultrapassaram em muito as fases iniciais em que comumente a autoridade policial e o Ministério Público Federal requerem a condução coercitiva simultânea de suspeitos.

Diante de tal estágio das investigações, não procede qualquer receio de que nova condução venha a ser determinada, o que torna prejudicada a ordem de *habeas corpus* já desde sua origem. Em caso semelhante que chegou ao Supremo Tribunal Federal, assim decidiu o Ministro Dias Toffoli (HC nº 107.807/TO):

> "Por essa razão, não mais se cogita eventual cerceamento ou ilegalidade nesse aspecto. Por outro lado, eventual condução coercitiva do paciente, na fase inquisitorial, para prestar depoimento perante a autoridade policial, diante do encerramento das investigações, não mais se afigura faticamente viável, tendo inclusive já sido ofertada a competente denúncia pelo Ministério Público Federal contra o paciente e outros investigados, conforme se verifica de informação constante no sítio do Superior Tribunal de Justiça na Internet (www.stj.jus.br – APn 690/TO)."

Muito embora os inquéritos ainda não tenham se encerrado, é inegável que vencida a necessidade de preservação inicial, não há

fundamentos para o receio de que o paciente venha novamente a ser conduzido coercitivamente, pelo que novamente não merece ser conhecido o presente *habeas corpus* preventivo no ponto, por falta de requisito próprio.

6. Da forma de segregação nos casos de prisão cautelar

6.1. Em tópico derradeiro, afirma a defesa que os presos cautelares têm sido mantidos em estabelecimentos longe de seus familiares e inadequados, sendo submetidos a condições precárias, sem direito à visita de advogados e cuidados mínimos de higiene pessoal. Defende que, em casos tais, sejam transferidos para estabelecimentos localizados em seus domicílios de origem. Aduz que a colocação de presos cautelares em condições degradantes é uma forma indireta de tortura.

6.2. Novamente as alegações referem-se a terceiros, sendo questionável o interesse da paciente em debater questões genéricas e que sequer foram trazidas ao conhecimento deste Tribunal pelos meios legítimos.

Como já dito, não se presta a jurisdição recursal para estabelecer controle prévio e indesejado sobre a atuação do juízo originário, em especial quando se tratar de discussão apenas em tese.

Não é demais relembrar que, já no início desta fase da investigação, nos autos do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000/PR, foi indeferida a prisão preventiva em face do ora paciente, pelo que não se reveste de utilidade prática a impetração. Quer-se dizer, sem efetiva determinação de prisão cautelar, discutir-se a respeito do *hipotético* local onde o investigado *hipoteticamente será encarcerado* não condiz com o exercício da jurisdição.

6.3. De resto, as aventadas ilegalidades correspondem ao livre pensar da defesa, até porque nenhum *ato de tortura* ou *falta de condições adequadas de higiene* nos estabelecimentos prisionais chegou ao conhecimento deste Tribunal.

Algumas poucas questões que aqui aportaram foram pontualmente tratadas. Para exemplificar, Nestor Cuñat Cerveró requereu transferência para unidade prisional localizada no Estado do Rio de Janeiro/RJ,

asseverando que a manutenção de sua custódia em Curitiba, distante de seu domicílio, contrariava o objetivo central da execução penal de ressocialização do apenado. Na mesma impetração, afirmou que a distância de sua família causava-lhe problemas de saúde, física e psicológica. Do mesmo modo que o ora paciente, defendeu que não havia óbice à transferência para perto dos familiares. Posteriormente, a defesa protocolou pedido de desistência, prejudicando o exame de mérito.

6.4. Todavia, também o investigado Paulo Roberto Costa pretendeu a transferência do local da prisão cautelar, argumentando que: *(a)* se encontrava segregado em condições degradantes, precárias e insustentáveis; *(b)* estava suportando torturas psicológicas; *(c)* não tinha direito de receber visitas; *(d)* o art. 103 da LEP garante ao preso a manutenção próximo ao seu meio social.

Ao examinar o caso, a 8ª Turma deste Tribunal denegou a ordem no HC nº 5008025-74.2014.404.0000/PR. O extrato daquele julgamento tem o seguinte teor:

"*HABEAS CORPUS.* PRISÃO PREVENTIVA. TRANSFERÊNCIA DA CARCERAGEM DA POLÍCIA FEDERAL. PROXIMIDADE DO NÚCLEO FAMILIAR. NEGATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ABSOLUTO. INTERESSE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. Não se conhece de parte do *habeas corpus* que trata de questões já superadas em impetrações anteriores, como reiteração do pedido liminar e substituição da prisão por medidas alternativas. 2. Prejudicada a alegação de que o custodiado vem enfrentando circunstâncias degradantes e que põem sua integridade em risco na carceragem da Polícia Federal, tendo em vista a sua transferência para o Presídio Estadual de Piraquara/PR, na ala reservada a presos de nível superior e presos diferenciados. *Habeas corpus* não conhecido no ponto. 3. O direito do preso provisório de permanecer em local próximo aos seus familiares não configura garantia absoluta, podendo ser afastada quando houver conflitos entre os direitos do preso e os interesses da administração da justiça criminal. 4. Pedido de transferência de unidade prisional indeferido, levando-se em conta a necessidade concreta de permanência do paciente no local onde está custodiado para fins de instrução criminal. 5. *Habeas corpus* conhecido em parte e, na parte conhecida, denegada a ordem." (TRF4, *Habeas Corpus* nº 5008025-74.2014.404.0000, 8ª Turma, minha relatoria, unânime, juntado aos autos em 12.05.2014)

Sem querer antecipar o mérito, mas apenas contextualizando o que vem ocorrendo, novamente a repetida afirmação de ilegalidades perpetradas pelo juízo de primeiro grau não se sustentam diante da realidade fática.

De fato, deve o Estado adotar medidas que facilitem a reintegração do condenado ao convívio social, sendo inquestionável que a presença da família revela-se fundamental. O direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados está assegurado na legislação penal, com o objetivo de viabilizar a ressocialização e a reeducação do apenado até o retorno ao convívio familiar e social. Isso não significa, no entanto, que lhe assiste direito de eleger o local em que ficará preso cautelarmente.

Prisão cautelar não é cumprimento de pena.

O direito de permanecer próximo à residência de seus familiares não é absoluto, devendo o juízo "levar em conta não apenas as conveniências pessoais e familiares do preso, mas, também, as da administração pública" (STF, HC 71076, relator: Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 05.04.1994).

A prerrogativa de escolha do lugar de custódia é da administração pública, que a exercerá conforme sua conveniência e de modo prevalente em relação ao direito do recluso.

Nesse sentido já decidiram ambas as Turmas especializadas desta Corte:

"EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. NULIDADE INOCORRENTE. AUSÊNCIA DE RAZÕES SUFICIENTES AO DEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Sendo a autoridade administrativa contrária ao pedido de transferência formulado, por razões de segurança pública, e não tendo o detento trazido fundamentos relevantes a embasar seu pleito, a oitiva dos juízes corregedores dos estabelecimentos penais para os quais pretendia ser transferido o agravante afigura-se despicienda, não ensejando, a não observância de tal procedimento, qualquer nulidade. 2. A escolha do lugar de custódia é baseada, sobretudo, em razões de interesse público. Questões relativas à segurança pública, à segurança do próprio preso, à possibilidade administrativa, à logística, entre outras, influenciam na decisão administrativa de escolha do local. O desconforto climático do detento não pode se sobrepor à preservação da segurança pública, não havendo direito subjetivo à transferência postulada." (TRF4, Agravo de Execução Penal nº 5026018-48.2015.404.7000, 8ª Turma, Des. Federal Leandro Paulsen, por unanimidade, juntado aos autos em 05.11.2015)

"EXECUÇÃO PENAL. PRESÍDIO FEDERAL. CATANDUVAS. RETORNO À ORIGEM. RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA. NÃO COMPROVADO. CUMPRIMENTO DA PENA PRÓXIMO AOS FAMILIARES. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 10 do D. 6.877/09, decorrido o prazo legal e não havendo manifestação acerca da renovação da permanência, o preso retornará ao sistema prisional ou penitenciário de origem. Não há previsão para o Juízo da Seção de Execução Penal encaminhar o preso a outro estabelecimento penal que não o de origem. 2. Caso em que não comprovado o alegado risco à integridade

física, de modo que se impõe a devolução do preso ao sistema penitenciário de origem, onde será cabível decidir sobre a viabilidade de transferência para outra da federação. 3. O direito do apenado de cumprir a pena em local próximo a seus familiares não é absoluto e deve ceder em prol da segurança pública, de interesse coletivo." (TRF4, *Habeas Corpus* Nº 5002876-97.2014.404.0000, 7ª Turma, Juiz Federal Marcelo Malucelli, por unanimidade, juntado aos autos em 20.03.2014)

Nesse sentido também é o entendimento do STJ:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE PRISIONAL. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. INEXISTÊNCIA. PREVALECE A ANÁLISE DA CONVENIÊNCIA, NO INTERESSE DA SEGURANÇA PÚBLICA. PRECEDENTES. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. 2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A Corte Estadual concluiu que a transferência do paciente para determinada unidade prisional não constitui direito subjetivo, prevalecendo na espécie o interesse público (conveniência, oportunidade e manutenção da segurança pública) sobre o particular, tese que se coaduna com o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal. Precedentes. 3. *Writ* não conhecido." (HC 288.086/SP, rel. Ministra Maria Thereza e Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05.08.2014, DJe 17.09.2014)

6.5. Além disso, a administração de unidade prisional ou da carceragem da Polícia Federal em Curitiba/PR é tema administrativo, e problemas eventualmente apurados certamente não se originam de ordem do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Desse modo, problemas concretos devem ser levados ao conhecimento do juiz de primeiro grau, a quem cabe intervir originariamente.

Outra vez tenta a defesa atribuir ao juízo responsabilidades que não existem. Sem sucesso, contudo.

7. Síntese conclusiva

7.1. Inicialmente, no tocante ao pedido alternativo formulado pelo impetrante, *de não prejudicialidade do* habeas corpus *na hipótese de sobrevir nova decisão*, tal tema, pelas mesmas limitações já abordadas, refugiria ao âmbito da presente impetração, não merecendo sequer ser conhecida por seu caráter especulativo.

7.2. No tocante aos requisitos essenciais para o exame do mérito do *habeas corpus* preventivo, exige-se cumulativamente: *(a) que haja fundado receio – não meras suposições – de que contra o paciente*

venha a ser expedida alguma ordem segregatória; (b) que eventual ordem seja de fato ilegal.

7.3. Os pressupostos para a impetração não podem se fundar em casos pretéritos referente a outros investigados da mesma "Operação Lava-Jato", sobretudo quando as alegações de flagrantes e reiteradas ilegalidades praticadas pela autoridade coatora não se sustentam pelo histórico da própria investigação.

7.4. Argumentos genéricos e não relacionados ao paciente carecem de legitimidade para a impetração preventiva.

7.5. Diante da possibilidade futura da presença de elementos próprios, mediante decisão devidamente fundamentada por parte do órgão competente, é inviável analisar-se eventual ilegalidade ou abusividade de eventual ato constritivo, o que, inclusive, importaria em inadmissível supressão de instância. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal não admitem o *habeas corpus* que vise ao exame *per saltum* de fundamentos não apreciados pela instância antecedente.

Por tudo isso, ausentes pressupostos fundamentais para a impetração, como sobejamente demonstrado, revela-se inadequado o enfrentamento do mérito.

Ante o exposto, voto por não conhecer do presente habeas corpus.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 5032895-18.2016.4.04.0000/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Pacientes/Impetrantes: C.O.S.
R.R.O.
V.J.D.
Procurador: Dr. Fabrício Von Mengden Campezatto (DPU) DPU074
Impetrado: Juízo Substituto da 7ª VF de Porto Alegre
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Habeas corpus. *Ação penal. Pretensão dos demais réus no sentido de que sejam interrogados depois do réu colaborador. Inexistência de ilegalidade a ser amparada pelo remédio heroico.*

Havendo vários réus, o fato de um deles ser colaborador não confere aos demais a prerrogativa de serem interrogados depois dele. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 30 de agosto de 2016.

Des. Federal *Sebastião Ogê Muniz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de C.O.S., R.R.O. e V.J.D.

Narra que os pacientes estão sendo processados, na ação penal nº 5026601-92.2013.4.04.7100/RS, por supostamente terem integrado organização criminosa destinada à prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, mais precisamente operação de instituição financeira sem autorização legal e evasão de divisas.

Informa que o juízo de origem tinha inicialmente agendado o

interrogatório dos pacientes para o dia 28.07.2016, sendo que C.A.B.A. (réu colaborador) seria interrogado anteriormente, vale dizer, em 26.07.2016.

Afirma que, na audiência do dia 22.07.2016, todavia, o juízo de origem transferiu o interrogatório dos pacientes para o dia 18.08.2016 e o do réu colaborador para o dia 19.09.2016.

Alega que a inversão da ordem dos interrogatórios, com a oitiva do réu colaborador após a dos demais réus, afeta diretamente o direito de defesa dos pacientes, vulnerando o contraditório e a ampla defesa.

Sustenta que a oitiva do corréu C.A.B.A. praticamente equivale à de uma testemunha de acusação.

Aponta que o interrogatório tem sido visto não só como meio de prova, mas, sobretudo, como meio de defesa pessoal do acusado, sendo lógico, portanto, que, nessa oportunidade, ele tenha ciência de todas as provas contra si produzidas.

Em seus pedidos, requer:

"(a) seja liminarmente reconhecida a nulidade da inversão da ordem dos interrogatórios dos réus, sendo mantida a ordem estabelecida nas audiências que foram canceladas, em garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa.

(b) subsidiariamente, requer-se, em liminar, a *suspensão*, na origem, do andamento do processo penal respectivo, até o julgamento final deste *writ*, especialmente pela proximidade das datas designadas para as audiências na ação penal;

(c) no mérito, postula-se a confirmação do pedido liminar, com o consequente reconhecimento da nulidade da inversão da ordem dos interrogatórios dos réus, sendo mantida a ordem estabelecida nas audiências que foram canceladas, de modo que os réus C.O.S., R.R.O. e V.J.D. sejam interrogados em momento posterior ao interrogatório do réu colaborador C.A.B.A."

O pedido de liminar foi indeferido (evento 3).

A autoridade impetrada prestou informações no evento 12.

Oficiando no feito, o Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem (evento 15).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Diante da existência de vários réus, a parte-impetrante questiona a ordem de realização de

seus interrogatórios.

No seu dizer, o réu colaborador teria que ser interrogado antes dos demais réus.

O Ministério Público Federal, em preliminar, manifesta-se pela negativa de seguimento do *writ*.

Todavia, ainda que remotamente, nulidades processuais em tese podem, ao fim e ao cabo, acarretar prejuízos ao direito de ir e vir de alguém.

Em face disso, tenho que não se justifica a negativa de seguimento do *habeas corpus*.

Passo a analisar o mérito da causa.

Destaca-se, nas informações da autoridade impetrada (evento 12), o seguinte trecho:

> "Reitero que o entendimento deste juízo é o de que não há direito subjetivo – seja da defesa, seja da acusação – à prioridade ou à preterição na ordem dos interrogatórios. Havendo mais de um réu, alguma ordem deve ser seguida, sendo que a legislação processual penal não disciplina a questão, nem mesmo quando há réus colaboradores.
>
> No caso em particular, além do consignado na ata da audiência acima transcrita, acrescento que a ordem dos interrogatórios, deixando-se para o final o interrogatório de C.A.B.A., foi estabelecida tendo em conta, também, a narrativa da denúncia e o grau de participação do aludido réu nos crimes denunciados. O objetivo, como não poderia ser outro, é o de que o esclarecimento dos fatos se dê de forma mais eficiente, a fim de se chegar o mais perto possível da verdade.
>
> E mais. Em sendo o juiz o destinatário das declarações que vierem a ser prestadas pelos réus, nada mais lógico do que o próprio julgador, quando assim entender relevante para a formação de seu juízo de convicção, seguir o critério que lhe parecer mais útil para a elucidação dos fatos.
>
> Não vejo, na ordem estabelecida, qualquer afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pelo contrário, já que, conforme constou na decisão impugnada, os réus poderão se fazer presentes no interrogatório de C.A.B.A. e, inclusive, dirigir-lhe perguntas no exercício da autodefesa, o que não seria possível caso tal réu fosse o primeiro a ser interrogado.
>
> Ademais, cumpre lembrar que o art. 196 do CPP prevê que '[a] todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes'. Logo, caso o réu colaborador apresente versão que contradiga as informações prestadas por algum dos demais réus em seus interrogatórios, nada impede que a respectiva defesa postule, fundamentadamente, a realização de novo interrogatório, o que, se ocorrer, será devidamente analisado por este juízo no momento oportuno."

Destaca-se, no parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Mauricio Gotardo Gerum, Procurador Regional da República, o

seguinte trecho (evento 15):

"Primeiramente, é de se ressaltar que não há ordem legal dos interrogatórios, sejam de réus colaboradores ou não. De fato, o art. 191 do Código de Processo Penal apenas estabelece que, em sendo plural o número de réus, esses devem ser ouvidos separadamente: 'Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente'.

Já no art. 400, com a modificação trazida pela Lei nº 11.719/08, o mesmo diploma legal esclarece que o réu deverá ser interrogado ao final da audiência de instrução e julgamento.

Percebe-se, então, que não há direito subjetivo da defesa em ver atendida a ordem que melhor lhe satisfaça com relação aos interrogatórios dos réus.

Tendo em vista que a busca da verdade real norteia o processo penal, tem o magistrado a liberdade de ouvir os réus na ordem que entender mais eficiente com a finalidade de formar a sua convicção quanto aos fatos, sendo que a autoridade impetrada esclareceu nas informações prestadas no evento 12 que as defesas dos demais réus poderão se fazer presentes na data do interrogatório do réu colaborador, podendo dirigir-lhe perguntas e, inclusive, requerer novos interrogatórios para os réus, ora pacientes.

Por outro lado, não há de se confundir a defesa técnica com a autodefesa. Na primeira, a versão defensiva é trabalhada tecnicamente pelos advogados a partir do conjunto probatório existente nos autos, o que lhe permite, inclusive, desconsiderar a autodefesa (como no caso da confissão, por exemplo). Já a autodefesa se reflete no contato direto entre o réu e o juiz da causa, cabendo àquele expor a sua versão dos fatos e a este ouvi-la. Se entender que essa versão lhe é desfavorável, o réu pode calar, mas não criar uma nova versão que se compatibilize com a prova produzida no processo. E é exatamente com tal perspectiva que foi impetrado o presente *habeas*.

Contradições podem ocorrer de forma favorável para a tese da defesa ou para a tese da acusação, e são elas que também ajudam na reconstituição da verdade dos fatos apontados como criminosos. Cabe ao julgador ponderar o impacto delas diante do conjunto probatório e, a partir daí, formar sua convicção."

Como visto, o parecer ministerial antes referido vai ao encontro dos fundamentos da decisão que indeferiu a medida liminar.

Não havendo razões para reformar a referida decisão, adoto-a como razões de decidir.

Seu teor é o seguinte:

"Em 31.03.2016, o juízo de origem apresentou um cronograma de audiências (evento 859 da ação penal originária), consoante o qual:

a) as testemunhas de defesa seriam ouvidas entre os dias 19.07.2016 e 22.07.2016;

b) os interrogatórios ocorreriam nos dias 26.07.2016, 27.07.2016 e 28.07.2016.

Na audiência realizada no dia 22.07.2016, o juízo de origem assim decidiu (evento 1270 – TERMOAUD1 – da ação penal originária):

'Canceladas as datas das audiências dos dias 26, 27 e 28 de julho.

Designo os dias 18.08.2016, às 14 horas, para a oitiva das testemunhas D.V.C., que será apresentada, e F.V.C., que deverá ser conduzida por oficial de justiça, e o interrogatório dos réus V.J.D., C.O.S., R.R.O., R. e M.S.; 16.09.2016, às 14 horas, para o interrogatório

dos réus A., S., M., J.C., S. e C.; e 19.09.2016, às 14 horas, para o interrogatório de M.A., M., A., M.I. e C.A.B.A. Ficam os presentes intimados. Os réus deverão ser apresentados pela defesa.'

As defesas consignaram que não concordam com o interrogatório de C.A.B.A. por último. A defesa de M., ratificada pelas demais defesas, manifestou-se nos seguintes termos:

'Tendo em vista a condição de colaborador de C.A.B.A., ele passa a ser peça fundamental da acusação, quase assumindo a função de testemunha, apesar de se tratar de interrogatório. Nesse sentido, entende a defesa que a sua oitiva de forma anterior às demais está mais condizente com os princípios da ampla defesa e do contraditório inscritos na Constituição Federal. É manifesto o prejuízo, tendo em vista que não haverá oportunidade para o réu M. se manifestar a respeito de eventuais observações que sobre ele sejam feitas por C.A.B.A., na condição de colaborador.'

O MPF se manifestou no sentido de que a condição de colaborador não lhe retira a posição de réu e de que a defesa não tem direito a escolha da ordem das defesas. Pelo juízo foi dito:

'Apesar das ponderações das defesas, assiste razão ao MPF. A defesa não tem direito de escolher a ordem de interrogatório dos réus, sendo que os réus não ouvidos sequer podem acompanhar o interrogatório dos demais. Além disso, na ordem ora estabelecida, os réus terão a oportunidade de acompanhar o interrogatório de C.A.B.A. e, querendo, poderão lhe fazer perguntas, com o que fica garantido o contraditório e a ampla defesa, inclusive de forma mais efetiva do que se atendido o pedido das defesas. Assim, mantenho a ordem ora fixada.'

Daí a razão em face da qual foi impetrado este *habeas corpus*, ao argumento de que o interrogatório do réu colaborador deve necessariamente preceder os interrogatórios dos demais réus, e não o oposto.

Pois bem.

O Código de Processo Penal assim dispõe:

'Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados *separadamente*. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003)

(...)

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a *novo interrogatório* de ofício ou *a pedido fundamentado de qualquer das partes*. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003)

(...)

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, *interrogando-se*, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).'

Portanto, presentemente, o interrogatório deve ser realizado após o término da instrução processual.

Indaga-se se o interrogatório do réu colaborador pode preceder o interrogatório dos demais corréus.

O Código de Processo Penal não regula a questão.

Estabelece apenas que, havendo mais de um réu, seus interrogatórios deverão ser feitos em separado.

As normas legais que dispõem sobre a colaboração premiada, igualmente, não regulam a questão.

À luz dos argumentos da parte-impetrante, se o réu colaborador comprometeu-se a fornecer elementos destinados a subsidiar as investigações, é lícito inferir que seu *status* processual guarda diferenças em relação ao *status* processual de um réu não colaborador.

E isso porque a celebração do acordo de colaboração premiada o colocaria, de certo modo, ao lado da própria acusação e em situação oposta à dos demais réus, podendo ele inclusive ser contemplado com a redução da pena, com o perdão judicial, ou com outras medidas.

Todavia, observo que o colaborador pode eventualmente nem ser denunciado, ou ser denunciado autonomamente, em processo distinto.

Observo ainda que, mesmo que não se faça presente a figura da colaboração ou delação premiada, pode haver conflitos entre as defesas de diversos corréus. Um deles, por exemplo, pode imputar a autoria dos fatos a outro. Um deles pode reconhecer a materialidade dos fatos, que outro ou outros negam.

Assim sendo, a tese no sentido de que necessariamente o interrogatório do réu colaborador deve preceder os interrogatórios dos demais corréus não merece, à primeira vista, prosperar.

No entanto, nada impede que a defesa, diante dos termos do interrogatório do réu colaborador, fundamentadamente, requeira a realização de novos interrogatórios para os demais réus (artigo 196 do Código de Processo Penal).

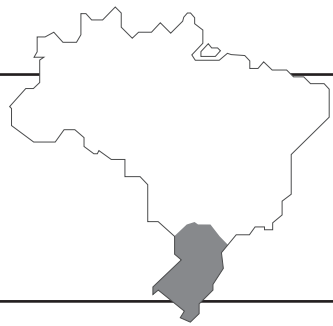
Nessa perspectiva, tenho que se impõe o indeferimento da medida liminar.

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de concessão da medida liminar."

Em suma, havendo vários réus em uma ação penal, os que não celebraram o acordo de colaboração premiada não têm o direito subjetivo de serem interrogados somente após o interrogatório do réu que a celebrou.

Logo, não há ilegalidade a ser reparada.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem.



DIREITO PREVIDENCIÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004364-17.2015.4.04.9999/SC

Relatora: A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira

Apelante: Cleusa de Fátima Santana Veiga
Advogada: Dra. Eloá Fátima Daneluz
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogada: Procuradoria Regional da PFE – INSS

EMENTA

Previdenciário. Concessão de auxílio-doença. Conversão em aposentadoria por invalidez. Incapacidade laborativa comprovada. Tutela específica.

1. Comprovado pelo conjunto probatório que a parte-autora é portadora de enfermidades que a incapacitam total e definitivamente para o trabalho, considerados o quadro clínico e as condições pessoais, é de ser reformada a sentença para conceder o auxílio-doença desde o indeferimento administrativo e convertê-lo em aposentadoria por invalidez desde a data do laudo judicial.

2. Rejeita-se o menosprezo e a inferiorização do trabalho rural feminino em comparação ao masculino, percepção que contraria tanto a realidade sociológica devidamente documentada quanto a proibição

de discriminação por sexo e por gênero, conforme salientado no voto-vista do Desembargador Federal Roger Raupp Rios.

3. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença *stricto sensu* previstas no art. 497 do CPC/15, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (*sine intervallo*).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso e determinar a implantação do benefício, vencidas a relatora e a Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de junho de 2016.

Des. Federal *João Batista Pinto Silveira*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene: Cleusa de Fátima Santana Veiga interpôs o presente recurso contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de auxílio-doença, condenando-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, cuja exigibilidade se encontra suspensa por força do deferimento da justiça gratuita.

A parte-autora sustenta, em síntese, estar incapacitada para sua atividade laboral, fazendo jus ao benefício de aposentadoria por invalidez.

Apresentadas as contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

VOTO

A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene: Nos termos do artigo 1.046 do Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 18 de março de 2016, com a redação que lhe deu a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos

pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Com as ressalvas feitas nas disposições seguintes a esse artigo 1.046 do CPC, compreende-se que não terá aplicação a nova legislação para retroativamente atingir os atos processuais já praticados nos processos em curso e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, conforme expressamente estabelece seu artigo 14.

Qualidade de segurado e carência mínima

O caso concreto envolve a análise da qualidade de segurado especial.

O exercício de atividade rural deve ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, a teor do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e da Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça. Embora o artigo 106 da Lei de Benefícios relacione os documentos aptos a essa comprovação, tal rol não é exaustivo, sendo certa a possibilidade de alternância das provas ali referidas. Não se exige prova plena da atividade rural de toda a vida do autor, mas um início de documentação que, juntamente com a prova oral, possibilite um juízo de valor seguro de que o labor campesino fora exercido contemporaneamente ao período equivalente à carência.

A partir dessas premissas, merece destaque a entrevista rural realizada pela autarquia previdenciária, reconhecendo que a parte-autora é segurada especial desde o ano de 2006 (fls. 39-40).

Essa documentação demonstra o exercício da atividade rural pela parte-autora, no período equivalente ao da carência exigida à concessão do benefício.

Incapacidade laboral

No caso concreto, da produção da prova pericial por especialista em ortopedia e traumatologia, em 04 de junho de 2014, resultou conclusivo diagnóstico no sentido de que a parte-autora se encontra parcial e permanentemente incapacitada para sua atividade laboral (fls. 53-80).

Respondendo aos quesitos, o perito referiu que a parte-autora, 47 anos, agricultora, apresenta síndrome do manguito e doença degenerativa discal lombar, apresentando um dano mínimo para trabalhos compatíveis para o sexo feminino na agricultura. Argumentou que a intensidade da

lesão no ombro é 10%, residual; e na coluna lombar, 25%, leve.

O perito salientou que inexistem impedimentos para que a parte-autora exerça sua atividade laboral. Referiu, ainda, que o quadro clínico apresentando pela parte-autora é comum à sua faixa etária.

O perito judicial é o profissional de confiança do juízo, cujo compromisso é examinar a parte com imparcialidade. Embora o julgador não fique adstrito às conclusões do perito, a prova em sentido contrário ao laudo judicial, para prevalecer, deve ser suficientemente robusta e convincente, o que não ocorreu no caso presente.

Frente a esse contexto, a despeito de a parte-autora referir que é portadora de doença incapacitante, dispenso ao parecer médico, que sugere simples tratamento e acompanhamento médicos, a confiança necessária para concluir que a patologia é naturalmente recorrente em muitas pessoas em pleno exercício de atividades profissionais, sem prejudicá-las de modo algum, e é, em muitos casos (como este que se examina), insuficiente para afastá-la do trabalho.

Assim, uma vez que a prova produzida não evidencia a alegada incapacidade laboral e considerando que a parte-autora encontra-se em plena idade produtiva (47 anos), deve a sentença ser mantida, inclusive em relação aos ônus de sucumbência.

Prequestionamento

Para fins de possibilitar o acesso das partes às instâncias superiores, consideram-se prequestionadas as matérias constitucionais e legais suscitadas nos recursos oferecidos pelas partes, nos termos dos fundamentos do voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou havidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do que está declarado.

Dispositivo

Em face do que foi dito, voto por negar provimento à apelação da parte-autora.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Controverte-se, na espécie, sobre o acerto ou não da sentença que julgou improcedente o pedido de auxílio-doença e/ou aposentadoria por invalidez, sob o fundamento de que não restou comprovada a incapacidade laborativa.

Divirjo da eminente relatora, que manteve a sentença de improcedência da ação, pois entendo que a parte-autora faz jus ao benefício postulado.

Quanto à aposentadoria por invalidez, reza o art. 42 da Lei nº 8.213/91:

"Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição."

Já no que tange ao auxílio-doença, dispõe o art. 59 do mesmo diploma:

"Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos."

Não havendo discussão quanto à qualidade de segurada da parte-autora e à carência, passa-se à análise da incapacidade laborativa.

Segundo entendimento dominante na jurisprudência pátria, nas ações em que se objetiva a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, ou mesmo nos casos de restauração desses benefícios, o julgador firma seu convencimento com base na prova pericial, não deixando de se ater, entretanto, aos demais elementos de prova, sendo certo que, embora possível, teoricamente, o exercício de outra atividade pelo segurado, ainda assim a inativação por invalidez deve ser outorgada se, na prática, for difícil a respectiva reabilitação, seja pela natureza da doença ou das atividades normalmente desenvolvidas, seja pela sua idade avançada.

Durante a instrução processual, foi realizada perícia médico-judicial por ortopedista, em 04.06.14, da qual se extraem as seguintes informações acerca do quadro clínico da parte-autora (fls. 53-80):

a) enfermidade: diz o perito que "M75.1 Síndrome do manguito rotador D/E. M51.3 Doença degenerativa discal lombar (...) DID (data

do início da doença): aproximadamente 2004 (...). São alterações involutivas e inflamatórias. Estão consolidadas";

b) incapacidade: responde o perito que "DID (data do início da incapacidade): aproximadamente 2010 (...) Disfunção: Tipo: parcial (...) Período: permanente (...) Dano laboral: mínimo para trabalhos que são compatíveis para o sexo feminino, na agricultura (...). Graduação dos segmentos corporais comprometidos: ombros (x) 10% residual (...) coluna lombar (x) 25% leve (...). Referiu piora em 2010 (...). Não vejo impedimentos no seu trabalho, na presente data";

c) tratamento: refere o perito que "Medidas para dor quando necessário e laborar (realizar atividades do cotidiano) o mais ergonomicamente correto possível".

Do exame dos autos, constatam-se outros elementos sobre a parte-autora. Vejamos:

a) idade: 48 anos (nascimento em 27.07.67 – fl. 06);

b) profissão: agricultora (fls. 09 e 39-40);

c) histórico de benefícios: a autora requereu auxílio-doença em 19.07.11 e em 10.06.13, indeferidos em razão de perícia médica contrária (fls. 08-09, 31-40); ajuizou a presente ação em 21.10.13;

d) laudo do INSS de 22.08.13 (fls. 09 e 38), cujo diagnóstico foi de CID M51 (outros transtornos de discos intervertebrais); *idem* o de 24.06.13 (fls. 09 e 37); laudo de 01.09.11 (fl. 35), cujo diagnóstico foi de CID M47 (espondilose); *idem* o de 18.10.11 (fl. 36);

e) atestado médico de 06.05.13 (fl. 10), referindo lombociatalgia crônica, necessitando de tratamento contínuo (CID M54.4); atestado de ortopedista de 10.06.13 (fl. 11), em que consta incapacidade para o trabalho por 120 dias por CID M54.4, M51.1, M19.9; atestado médico de 24.05.13 (fl. 12), em que consta CID M54.4 em acompanhamento por dores crônicas.

A ação foi julgada improcedente, por não ter sido comprovada a incapacidade laborativa. Todavia, entendo que a autora tem razão em seu apelo.

O conjunto das provas indica que existe incapacidade laborativa total e permanente da postulante, sem qualquer possibilidade de reabilitação e consequente reinserção no exigente mercado de trabalho formal. Isso porque é imprescindível considerar, além do estado de saúde, as

condições pessoais da segurada, como a sua idade, a presumível pouca instrução e a limitada experiência laborativa, e, por fim, a realidade do mercado de trabalho atual, já exíguo até para pessoas mais jovens e que estão em perfeitas condições de saúde. Nesse compasso, ordenar que a postulante, com tais limitações, recomponha sua vida profissional, negando-lhe o benefício no momento em que dele necessita, é contrariar o basilar princípio da dignidade da pessoa. Assim, a parte-autora faz jus à aposentadoria por invalidez.

Todavia, a incapacidade laborativa da parte-autora somente foi considerada total e permanente com a conclusão do laudo oficial realizado em 04.06.14, devendo, antes disso, considerar-se a incapacidade como parcial/temporária, diante das provas juntadas aos autos, *caso em que deve ser concedido o benefício de auxílio-doença desde o indeferimento administrativo (24.06.13), convertido em aposentadoria por invalidez a partir da data do laudo judicial (07.05.14), com o pagamento dos valores atrasados*.

Da correção monetária e dos juros de mora

A correção monetária, segundo o entendimento consolidado na 3ª Seção deste TRF4, incidirá a contar do vencimento de cada prestação e será calculada pelos índices oficiais e aceitos na jurisprudência, quais sejam: ORTN (10/64 a 02/86, Lei nº 4.257/64); OTN (03/86 a 01/89, Decreto-Lei nº 2.284/86); BTN (02/89 a 02/91, Lei nº 7.777/89); INPC (03/91 a 12/92, Lei nº 8.213/91); IRSM (01/93 a 02/94, Lei nº 8.542/92); URV (03 a 06/94, Lei nº 8.880/94); IPC-r (07/94 a 06/95, Lei nº 8.880/94); INPC (07/95 a 04/96, MP nº 1.053/95); IGP-DI (05/96 a 03/2006, art. 10 da Lei nº 9.711/98, combinado com o art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei nº 8.880/94); INPC (04/2006 a 29.06.2009, conforme o art. 41-A da Lei nº 8.213/91); TR (a partir de 30.06.2009, conforme art. 1º-F da Lei 9.494/97 e o mais recente entendimento do STF, exemplificado pelas Rcl 19.050, rel. Min. Roberto Barroso; Rcl 21.147, rel. Min. Cármen Lúcia; e Rcl 19.095, rel. Min. Gilmar Mendes).

Esse entendimento não obsta que o juízo de execução observe, no momento da liquidação e da atualização das condenações impostas ao INSS, o que vier a ser decidido pelo STF em regime de repercussão geral, bem como eventual regramento de transição que sobrevenha

em sede de modulação de efeitos, no que tange à aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, já que ainda controvertido o tema (STF, RE 870.947, repercussão geral, relator Min. Luiz Fux, julgado em 16.04.2015).

Quanto aos juros de mora, até 29.06.2009, a contar da data da citação, devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso (*vide* Súmula 75 deste Tribunal). Após a referida data, devem incidir uma única vez, até o efetivo pagamento do débito, segundo o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, nos termos estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, e sem capitalização, já que esta pressupõe expressa autorização legal (assim: STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1.211.604/SP, rel. Min. Laurita Vaz).

Da verba honorária

Os honorários advocatícios, ônus exclusivos do INSS no caso, devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, observando-se a Súmula 76 desta Corte: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, devem incidir somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforme a sentença de improcedência".

Das custas processuais

O INSS é isento do pagamento das custas no foro federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, devendo, contudo, pagar eventuais despesas processuais, como as relacionadas a correio, publicação de editais e condução de oficiais de justiça (artigo 11 da Lei estadual nº 8.121/85, com a redação da Lei estadual nº 13.471/2010, já considerada a inconstitucionalidade formal reconhecida na ADI nº 70038755864, julgada pelo Órgão Especial do TJ/RS), isenções essas que não se aplicam quando demandado na Justiça Estadual do Paraná (Súmula 20 do TRF4), devendo ser ressalvado, ainda, que, no Estado de Santa Catarina (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar estadual 156/97), a autarquia responde pela metade do valor.

Destaco que o relevante papel da tutela específica na ordem jurídica foi reafirmado com o novo Código de Processo Civil. Não poderia ser diferente, já que o diploma processual passou a considerar, em suas normas fundamentais, que a *atividade satisfativa do direito reconhecido também deve ser prestada em prazo razoável* (art. 4º, NCPC). Essa disposição legal, à evidência, encontra base na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV, CF). Assim,

"à luz desse preceito, tem-se que a jurisdição apresenta-se como atividade do Estado voltada à realização do Direito, não só restaurando a ordem jurídica violada (isto é, após a ocorrência da lesão ou do dano), mas, também, evitando que tal violação ocorra." (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 759)

De fato, a técnica que anteriormente proporcionava o imediato cumprimento das decisões de preponderante eficácia mandamental – para prestigiar a célebre classificação de Pontes de Miranda – foi aprimorada. É que as regras anteriores estavam confinadas aos artigos 461 e 461-A do CPC/73. Agora, é feita a distinção do pronunciamento judicial que impõe o dever de fazer ou não fazer, ainda na fase cognitiva, e, posteriormente, é dado tratamento ao cumprimento da tutela prestada. Nessa linha, confira-se a redação dos artigos 497 e 536, ambos do NCPC:

"*Art. 497*. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo."

"*Art. 536*. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade

de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional."

Tenho, pois, que a tutela específica é instrumento que anima a ordem processual a dar material concreção àquele direito reconhecido em juízo. Ela afasta a juridicidade do plano meramente genérico e converte em realidade a consequência determinada pelo provimento judicial.

Não me parece, também, que a tutela específica possa ser indistintamente equiparada às tutelas provisórias (antecipatória e cautelar), já que a sua concessão, em determinados casos, dispensa a situação de perigo, como se denota do parágrafo único do art. 497, NCPC. Aliás, *expressis verbis*, para que seja evitada a prática de uma conduta ilícita, é irrelevante a demonstração de ocorrência de dano.

No mais, cumpre lembrar que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, e, portanto, a regra geral é a realização prática do direito tão logo haja pronunciamento pelo tribunal local, não havendo qualquer justificativa razoável para que não se implemente o comando judicial de plano.

Especificamente em matéria previdenciária, a sentença concessiva de benefício amolda-se aos provimentos mandamentais e executivos em sentido amplo, cujos traços marcantes, considerada a eficácia preponderante, são, respectivamente, o conteúdo mandamental e a dispensa da execução *ex intervallo*, ou seja, a propositura de nova ação de execução. Nesse ponto, vale registrar que este Tribunal já adota a compreensão, de longa data, no sentido de que é possível a imediata implantação dos benefícios previdenciários com fundamento na tutela específica (TRF4, 3ª Seção, Questão de Ordem na AC nº 2002.71.00.050349-7/RS, rel. para o acórdão Des. Federal Celso Kipper, julgado em 09.08.2007).

Entendo, portanto, que a implantação do benefício previdenciário ora deferido é medida que se impõe imediatamente. Para tanto, deverá o INSS, no prazo de 45 dias, realizar as providências administrativas necessárias.

Na hipótese de a parte-autora já se encontrar em gozo de benefício previdenciário, deve o INSS implantar o benefício deferido judicialmente apenas se o valor de sua renda mensal atual for superior ao daquele.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso e determinar a implantação do benefício.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Roger Raupp Rios: Com a vênia da e. relatora, acompanho a divergência.

Considerando o teor do laudo, que conclui pela capacidade valorando expressamente a pretensa diferença do trabalho rural feminino em face do masculino, tomo a liberdade de agregar algumas ponderações, dada a alta relevância constitucional do tema.

De fato, a Constituição proíbe discriminação em virtude do sexo. Vale dizer: em princípio, está obrigado um tratamento igual, para todos os fins, de homens e mulheres, o que inclui decisões administrativas e judiciais relativas ao acesso a benefícios previdenciários. Poder-se-ia objetar que tal leitura estritamente antidiferenciadora da proibição de discriminação por motivo de sexo desconheceria a dimensão material do princípio da igualdade, que exige tratamento diferenciado onde estiverem presentes diferenças relevantes. Esse, conforme a conclusão do laudo, seria o caso da constatação de capacidade laboral diante das condições diferenciadas do trabalho masculino e do trabalho feminino nas lides rurais.

No entanto, essa premissa não se sustenta diante de um olhar mais cuidadoso.

Conforme registra a literatura especializada, a percepção de que o labor feminino rural é menos exigente que o masculino decorre muito mais de uma perspectiva machista, que invisibiliza e desvaloriza as várias atividades desempenhadas pela mulher, do que da realidade. Como demonstra Anita Brumer (Gênero e agricultura: a situação da mulher na agricultura do Rio Grande do Sul. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 205-227, jan./abr. 2004), as mulheres rurais trabalham em dupla jornada, dão conta dos afazeres domésticos e dos relacionados à reprodução, exercem tarefas envolvendo colheita e criação de animais, submetem-se a trabalhos repetitivos, tediosos e

desvalorizados e alcançam jornadas superiores à dos homens (chegando, em média, a 16 horas diárias), realidade, inclusive, que se agrava com a modernização dos meios de produção rurais.

Como demonstra tal estudo,

"o caráter de 'pesado' ou 'leve' da atividade é relativo e culturalmente determinado, uma vez que, na esfera de suas atividades (doméstica), a mulher executa tanto trabalhos 'leves' como trabalhos 'pesados' (como trabalhar na colheita dos produtos agrícolas, carregar os filhos e buscar água em lugares distantes do domicílio). Essa constatação levou Maria Ignez Paulilo a concluir que 'o trabalho é 'leve' (e a remuneração é baixa) não devido a suas características, mas devido à posição ocupada na hierarquia da família por aqueles que executam o trabalho'." (p. 211)

Trata-se, nesse sentido, do fenômeno discriminatório sexista que invisibiliza o verdadeiro caráter, a importância e a intensidade do trabalho feminino, estabelecendo relações de gênero subordinantes das mulheres e privilegiadoras dos homens, tudo em desacordo com a norma constitucional antidiscriminatória.

No caso, tal dinâmica, que se expressa concretamente no meio rural, corresponde ao preconceito mais amplo com o trabalho feminino e à sua exploração (desvalorizado como "mera participação nos cuidados da casa"), o que foi destacado tanto por feministas como por Hannah Arendt, ao elaborar a célebre distinção entre "labor" e "trabalho", aos quais correspondem as ideias de "trabalho produtivo" e "trabalho improdutivo" (em que se inseriria o doméstico).

A valoração das atividades humanas, em dada sociedade, como trabalho, com tal ou qual valor ou desvalor, só tem sentido histórica e culturalmente situada, como demonstra Henrique C. Nardi (*Ética, trabalho e subjetividade*. Porto Alegre: Ufrgs, 2006. p. 26 e seguintes).

Transcrevo oportuna e precisa síntese (PAULILO, Maria Ignez. *Trabalho doméstico*: reflexões a partir de Polanyi e Arendt. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n1_ignez.htm>):

"Hannah Arendt (1981: 137), ao discutir as esferas pública e privada, retoma a distinção entre 'labor' e 'trabalho', dizendo que 'a revolução industrial substituiu todo artesanato pelo labor'. O resultado foi que as coisas do mundo moderno se tornaram produtos do labor, cujo destino natural é serem consumidos, ao invés de produtos de trabalho, que se destinam a ser usados, ao mesmo tempo em que demonstra o quanto o 'labor' foi desprezado antes da era moderna. Para ela, 'a súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível posição à mais alta categoria, como a mais estimada das atividades humanas', começou com Locke, prosseguiu com Adam Smith e atingiu seu clímax com Marx.

Em seu emprego antigo, o termo 'labor' designava as atividades ligadas à luta do homem contra as necessidades, luta cotidiana e repetitiva, travada no interior das famílias, que não produzia qualquer resultado duradouro. Entre os gregos, nenhuma atividade cujo fim era garantir o sustento do indivíduo era digna de pertencer à nobre esfera da política. Na privacidade da família, o homem não existia como um 'ser verdadeiramente humano', mas como pertencente à 'espécie animal humana' (Id. Ibid.: 55). Nada surpreende então que esse tipo de atividade fosse desempenhado pelo escravo, pelo *animal laborans*, e não pelo *homo faber*.

Para Arendt, a distinção entre 'labor' e 'trabalho' era ignorada na antiguidade clássica. Só começa a aparecer quando a produtividade do labor ultrapassa o doméstico e consegue produzir algo mais duradouro que a manutenção física. A era moderna, porém, não produziu uma teoria que distinguisse com clareza essas duas noções. O que houve foram tentativas de distinção, sendo a mais importante delas a que separa 'trabalho produtivo' de 'trabalho improdutivo'. É curioso que, segundo a autora,

'(...) a era moderna (...) tendo glorificado o trabalho (labor) como fonte de todos os valores (...) não tenha produzido uma única teoria que distinguisse claramente entre o *animal laborans* e o *homo faber* (...). Ao invés disso, encontramos primeiro a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo; um pouco mais tarde, a diferenciação entre trabalho qualificado e não qualificado; e, finalmente, sobrepondo-se a ambos (...), a divisão de todas as atividades em trabalho manual e intelectual. Das três, porém, somente a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo vai ao fundo da questão; e não foi por acaso que os dois teoristas do assunto, Adam Smith e Karl Marx, basearam nela toda a estrutura do seu argumento. (...) estavam de acordo com a moderna opinião pública quando menosprezavam o trabalho improdutivo, que para eles era parasítico, uma espécie de perversão do trabalho, como se fosse indigno desse nome toda a atividade que não enriquecesse o mundo. (...) a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo contém, embora eivada de preconceito, a distinção mais fundamental entre trabalho e labor.' (Arendt, 1981: 96-8)

É dessa tradição que surge a noção do trabalho doméstico como 'improdutivo', hierarquicamente inferior ao 'produtivo', e é dessa hierarquia que deriva a visão do trabalho da *mulher* rural apenas como 'ajuda' ao do marido, quase como um não trabalho. A ideia de que só as atividades que podem ser vendidas são trabalho faz com que, mesmo quando a lógica não é a do esforço individualmente remunerado, caso da agricultura familiar, tenham maior importância as atividades daqueles que seriam mais valorizados no mercado de trabalho, ou seja, os homens. Jerzy Tepicht (1976) analisa a importância do que ele chama de 'forças marginais' (mulheres, crianças e idosos) na persistência e na competitividade da agricultura camponesa. Em uma cadeia de preconceitos entrelaçados sobre o pano de fundo da posição subordinada da *mulher* na sociedade, a herança, o casamento e o acesso da *mulher* à terra acrescentam mais elos à corrente já pesada de discriminações que são seu próprio cerne."

Considerando esses elementos, peço vênia à e. relatora para acompanhar a divergência.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao apelo, nos termos do voto divergente.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0018803-67.2014.4.04.9999/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

Embargante: Ramona Isabel Pinto de Oliveira
Advogado: Dr. Andre Luis Anschau Mielke
Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogada: Procuradoria Regional da PFE – INSS

EMENTA

Previdenciário. Embargos infringentes. Aposentadoria rural por idade. Segurado especial. Requisitos legais. Comprovação. Início de prova material, complementada por prova testemunhal. Descontinuidade.

1. É devido o benefício de *aposentadoria rural por idade*, nos termos dos artigos 11, VII, 48, § 1º, e 142 da Lei nº 8.213/1991, independentemente do recolhimento de contribuições, quando comprovado o implemento da idade mínima (sessenta anos para o homem e cinquenta e cinco anos para a mulher) e o exercício de atividade rural por tempo igual ao número de meses correspondentes à carência exigida, mediante início de prova material complementada por prova testemunhal idônea.

2. No âmbito administrativo, quando se analisa a descontinuidade do trabalho rural, a perda da qualidade de segurado não constitui óbice à outorga da aposentadoria por idade. Exige-se apenas que o segurado totalize o número de meses igual ao período de carência exigido para a concessão do benefício e se encontre no exercício da atividade rural no momento do requerimento administrativo (IN 77/15, art. 158, parágrafo único).

3. Hipótese em que a parte-autora preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, *dar provimento aos embargos infringentes, determinando a imediata implantação do benefício*, nos termos do voto do relator, vencidos a Desa. Federal Vânia Hack de Almeida e o Juiz Federal Osni Cardoso Filho, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de março de 2016.

Des. Federal *Paulo Afonso Brum Vaz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: Trata-se de embargos infringentes interpostos pela parte-autora contra acórdão da colenda Sexta Turma desta Corte que deu parcial provimento ao apelo do INSS e à remessa oficial para reconhecer à autora somente o direito à averbação do tempo rural trabalhado nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, negando o pedido de aposentadoria por idade rural, no entendimento de que a autora não teria exercido atividade rural durante grande parte do período equivalente à carência necessária à concessão do benefício.

O referido acórdão restou assim ementado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. ATIVIDADE RURAL. REQUISITOS.

1. A comprovação do exercício de atividade rural pode ser efetuada mediante início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea.

2. Não comprovada a carência suficiente à concessão da aposentadoria pleiteada, o período reconhecido como rural deve ser averbado para futura concessão de benefício previdenciário."

Pretende a embargante a prevalência do voto vencido do Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, que entendeu pela possibilidade de concessão à autora da aposentadoria rural por idade, não obstante a descontinuidade do trabalho rural constatado.

Intimado, o INSS não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: Inicialmente, entendo necessário referir que, não obstante a informação constante nos autos de que a autora poderia ter sido acometida por doença incapacitante (impeditiva do labor rural a partir de seu retorno ao campo, em 2006), segundo se extrai dos depoimentos testemunhais, reconheço que tal questão extrapola os limites da infringência; é cabível, no presente

julgamento, tão somente a avaliação da questão jurídica do acatamento ou não do tempo rural, afirmado e incontroverso, de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, não obstante a descontinuidade da atividade rural no período equivalente à carência necessária à concessão do benefício.

O voto divergente vencido, da lavra do e. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, que o embargante pretende que prevaleça, possui o seguinte teor:

"(...)

Peço vênia para divergir da relatora, pois entendo que outra solução se impõe ao presente caso, visto que, tendo restado demonstrado o exercício de atividade rural nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, 16.10.1999 a 28.02.2000 e 06.06.2006 a 05.10.2011, já reconhecidos em sede administrativa pelo INSS, deve ser mantida a sentença que concedeu o benefício de aposentadoria rural por idade em favor da parte-autora, a contar da data do requerimento administrativo (06.10.2011, fl. 12).

Acerca do reconhecimento do tempo de labor rural, estou de acordo com o voto da relatora, limitando-se a divergência ao reconhecimento da descontinuidade da atividade agrícola nos referidos períodos para efeitos de concessão de aposentadoria rural por idade.

Da descontinuidade

O tema da descontinuidade merece especial atenção, tendo em vista a controvérsia estabelecida em torno da melhor interpretação a ser conferida ao termo.

Para evitar tautologia, adoto a fundamentação que vem sendo empregada na matéria pelo Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, a exemplo do julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 0010994-60.2013.404.9999/RS, publicado no D.E. em 21.08.2013, assim assentada pela Quinta Turma desta Corte:

'(...) Em julgamentos anteriores, adotei o entendimento de que a Lei 8.213/91 até admite a descontinuidade da atividade rural para fins de concessão de aposentadoria por idade, mas seria inviável a soma de períodos antigos de atividade rural com período mais recente para fins de implementação do lapso equivalente à carência, haja vista a necessidade de prova de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento ou ao implemento do requisito etário.

Segue ementa nesse sentido:

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS LEGAIS. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. O artigo 143 da Lei 8.213/91 até admite a descontinuidade da atividade rural para fins de concessão de aposentadoria por idade. A atividade a ser considerada, todavia, deve ser no período imediatamente anterior ao requerimento ou ao implemento do requisito etário, como expressamente consignado no dispositivo mencionado. Assim, a atividade exercida entre meados da década de 60 e início da década de 70 não pode ser agregada a período iniciado na década de 90 para fins de obtenção de aposentadoria rural por idade.

2. Pela análise do conjunto probatório presente nos autos, não há como ser deferido o benefício de aposentadoria rural por idade, uma vez que não comprovado o exercício de

atividade como segurado especial em período equivalente à carência legalmente exigida.

3. Apelação da parte-autora improvida.' (Apelação Cível nº 2006.71.99.001620-7/RS. Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Turma Suplementar. Julgado em 14.12.2006)

Melhor refletindo sobre a matéria, tenho que conclusão diversa se impõe.

Assim estabelece o artigo 143 da Lei 8.213/91, que estabeleceu regra transitória para a concessão de aposentadoria rural por idade (observe-se que teve sua vigência prorrogada até 31.12.2010 – v. artigo 2º da Lei 11.718, 20.06.2008):

'Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea *a* do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.063, de 1995) (*Vide* Medida Provisória nº 410, de 2007) (*Vide* Lei nº 11.718, de 2008)'

Como regra permanente, no que toca aos segurados especiais, a Lei 8.213/91 estabeleceu, em seu artigo 39:

'Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, fica garantida a concessão:

I – de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou

II – dos benefícios especificados nesta lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.'

Para os segurados especiais, portanto, foi assegurada a concessão de aposentadoria por idade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprovado o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido.

Avultam dois questionamentos relevantes na análise do direito à aposentadoria rural dos segurados especiais: como deve ser conceituada a descontinuidade e o que deve ser considerado período imediatamente anterior.

Quanto à segunda questão (comprovação de atividade no período imediatamente anterior), o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apreciá-la. Segue precedente da 3ª Seção do STJ:

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS

DA LEI Nº 8.213/1991. DISSOCIAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 10.666/2003 DIRIGIDA AOS TRABALHADORES URBANOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. A Lei nº 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inc. I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º).

2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I, e 39, I).

3. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido à regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito.

4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.

5. Não se mostra possível conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição.

6. Incidente de uniformização desprovido.' (Pet 7476/PR. Petição. 2009/0171150-5. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/ acórdão Ministro Jorge Mussi. Órgão julgador: S3 – Terceira Seção. Data do julgamento: 13.12.2010)

Para a Corte uniformizadora, como se vê, somente tem direito à aposentadoria por idade como trabalhador rural aquele que está desempenhando atividade rural quando do implemento dos requisitos. É inviável a aplicação, ao benefício rural, do entendimento pertinente à aposentadoria urbana por idade, segundo o qual os requisitos para a concessão do benefício não necessitam ser preenchidos simultaneamente.

Resta em aberto a questão da descontinuidade. O que seria descontinuidade? Seria admissível descontinuidade com perda da condição de segurado?

Predomina nesta Corte o entendimento de que a descontinuidade somente é admitida quando não superados os prazos de período de graça previstos no artigo 15 da Lei 8.213/91.

Tenho que a revisão da orientação se impõe.

Ao segurado urbano há muito é admitida pela jurisprudência (e agora consagrada na legislação de regência) a soma de períodos de trabalho, independentemente da perda da condição de segurado, para fins de concessão de aposentadoria por idade. Não há razão para se negar isso ao segurado rural, mormente em se considerando que já lhe é vedada a obtenção de benefício mediante implemento não simultâneo dos requisitos atividade/idade mínima, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado.

A adoção de entendimento restritivo quanto ao conceito de descontinuidade acaba por deixar ao desamparo segurados que desempenharam longos períodos de atividade

rural, mas, por terem intercalado períodos significativos de atividade urbana ou mesmo de inatividade, restam excluídos da proteção previdenciária.

Choca-se com a Constituição Federal interpretação conducente a desvalorizar o trabalho, que é um de seus valores fundantes (art. 1º, IV, da CF). Ademais, a previdência é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e o artigo 7º, XIV, do mesmo diploma assegura, sem restrições, direito à aposentadoria ao trabalhador rural. Não fosse isso, atenta contra o princípio da universalidade (art. 194, I, da CF) recusar o direito à aposentadoria ao trabalhador rural que exerceu sua atividade por longo período, a partir de um conceito restritivo de descontinuidade.

Nessa linha, ainda que não se possa afastar a necessidade de comprovação de desempenho de atividade rural no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário ou ao requerimento administrativo, pois isso é expressamente exigido pela Lei 8.213/91 e já foi também afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *não tendo a legislação estabelecido um conceito de descontinuidade, deve a definição dessa categoria ser obtida à luz dos princípios constitucionais informadores do regime jurídico previdenciário. E, nesse sentido, não sendo a norma claramente restritiva, a interpretação a ser extraída, conquanto possa estabelecer condicionamentos, não pode inviabilizar o direito dos segurados rurais.*

Tenho, assim, que, havendo prova de desempenho de atividade rural no período imediatamente anterior, deve ser admitido o direito ao benefício com o cômputo de períodos anteriores descontínuos, mesmo que tenha havido a perda da condição de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente à carência exigido pela legislação de regência.

Isso, a propósito, é o que estabelecem os artigos 144, 145 e 148 da Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 06.08.2010:

'Capítulo VI – Das prestações em geral

Seção I – Da carência

(...)

Art. 144. Para o segurado especial que não contribui facultativamente, o período de carência de que trata o § 1º do art. 26 do RPS é contado a partir do efetivo exercício da atividade rural, mediante comprovação, na forma do disposto no art. 115.

Art. 145. *No caso de comprovação de desempenho de atividade urbana entre períodos de atividade rural, com ou sem perda da qualidade de segurado, poderá ser concedido benefício previsto no inciso I do art. 39 e no art. 143, ambos da Lei nº 8.213, de 1991, desde que cumpra o número de meses de trabalho idêntico à carência relativa ao benefício, exclusivamente em atividade rural, observadas as demais condições*.

Parágrafo único. Na hipótese de períodos intercalados de exercício de atividade rural e urbana, observado o disposto nos arts. 149 e 216, o requerente deverá apresentar um documento de início de prova material do exercício de atividade rural após cada período de atividade urbana.

(...)

Art. 148. *Para fins de concessão dos benefícios devidos ao trabalhador rural previstos no inciso I do art. 39 e no art. 143, ambos da Lei nº 8.213, de 1991, considera-se como período de carência o tempo de efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, correspondente ao número de meses necessários à concessão do benefício requerido*, computados os períodos a que se referem os incisos III a VIII do § 5º do art. 7º, observando-se que:

I – para a aposentadoria por idade prevista no art. 215 do trabalhador rural empregado, contribuinte individual e especial será apurada mediante a comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou, conforme o caso, no mês em que cumprir o requisito etário, computando-se exclusivamente o período de natureza rural; e

II – para o segurado especial e seus dependentes para os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-reclusão e salário-maternidade, a apuração da atividade rural será em relação aos últimos doze meses ou ao evento, conforme o caso, comprovado na forma do § 3º do art. 115.

Parágrafo único. *Entende-se como forma descontínua os períodos intercalados de exercício de atividades rurais, ou urbana e rural, com ou sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado, observado o disposto no art. 145*.' (grifei)

Por outro lado, os artigos 214 e 215 da mesma IN 45/2010 estatuem:

'Capítulo IV – Das prestações em geral

Seção IV – Dos benefícios

Subseção II – Da aposentadoria por idade

(...)

Art. 214. A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11 da Lei nº 8.213, de 1991, será devida para o segurado que, cumprida a carência exigida, completar sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos, se mulher.

§ 1º *Para os efeitos do disposto no* caput*, o trabalhador rural deverá comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ou, conforme o caso, ao mês em que cumpriu o requisito etário, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência exigida*.

§ 2º *Os trabalhadores rurais referidos no* caput *que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo, mas que satisfaçam a carência exigida computando-se os períodos de contribuição sob outras categorias, inclusive urbanas, farão jus à aposentadoria por idade ao completarem sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos, se mulher, observado o § 3º do art. 174*.

Art. 215. *Para fins de aposentadoria por idade prevista no inciso I do art. 39 e no art. 143 da Lei nº 8.213, de 1991, dos segurados empregados, contribuintes individuais e especiais, referidos na alínea* a *do inciso I, na alínea* g *do inciso V e no inciso VII do art. 11 do mesmo diploma legal, não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas, devendo, entretanto, estar o segurado exercendo a atividade rural ou em período de graça na DER ou na data em que implementou todas as condições exigidas para o benefício*.

Parágrafo único. Os trabalhadores rurais de que trata o *caput* enquadrados como empregado e contribuinte individual poderão, até 31 de dezembro de 2010, requerer a aposentadoria por idade prevista no art. 143 da Lei nº 8.213, de 1991, no valor de um salário mínimo, observando que o enquadrado como segurado especial poderá requerer o respectivo benefício sem observância ao limite de data, conforme o inciso I do art. 39 da Lei nº 8.213, de 1991.' (grifei)

Registro que a IN INSS/PRES 20, de 11.10.2007, antecessora da IN 45/2010, continha

dispositivos no mesmo sentido (artigos 58 e 148).

A existência de ato expedido pelo próprio INSS contemplando a possibilidade de concessão de aposentadoria rural por idade quando comprovado o desempenho de atividade rural de forma descontínua, com ou sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado, só faz reforçar o entendimento acima exposto. Ato administrativo não confere direito ou sequer pode contrariar o que estabelece a lei, mas certamente, ao pautar o procedimento da própria administração, não pode ser desprezado na solução de litígio judicial, salvo se claramente ilegal, o que não ocorre no caso. Está em discussão conceito de descontinuidade de atividade rural. O conceito adotado pela administração é favorável aos segurados e consentâneo com interpretação que homenageia a ordem constitucional. Não se afigura recomendável, assim, que o Judiciário adote interpretação mais rigorosa que a própria administração.

Há uma ponderação a fazer, contudo.

A aposentadoria rural por idade, aos 55 ou 60 anos de idade, sem recolhimento de contribuições, constitui um direito garantido aos segurados especiais, ou seja, àqueles trabalhadores rurais que residem em imóveis rurais, ou em aglomerados urbanos ou rurais próximos a imóveis rurais, e que, individualmente ou em regime de economia familiar, exercem atividade agropecuária em pequenas propriedades em regime de subsistência, haja ou não comercialização de produtos. Trata-se, pois, de benefício destinado àqueles que realmente sobrevivem da atividade rural. Segurado especial é aquele que vive das lides agropecuárias, de modo que o enquadramento nesta categoria necessariamente implica vínculo significativo com a terra.

Assim, ainda que possível a descontinuidade, não se pode admitir que o retorno às atividades no campo por pequeno período, muitos anos após o abandono do campo, viabilize a concessão de aposentadoria rural, até porque os frutos do trabalho rural, como sabido, não são imediatos. Somente o efetivo desempenho de atividade rural por período razoável, de modo a evidenciar sua importância para a sobrevivência do trabalhador, pode ser admitido como retomada da condição de segurado especial.

Parece-me apropriada, no caso, a aplicação analógica, até para evitar um subjetivismo exacerbado, do disposto no parágrafo único do artigo 24 da Lei de Benefícios:

'Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.'

Entendeu o legislador que o desempenho de um terço da carência caracteriza efetiva nova vinculação à previdência, de modo a possibilitar ao segurado o cômputo dos períodos anteriores.

Assim, para fins de concessão de aposentadoria rural por idade, é razoável que se entenda que, no caso de descontinuidade, deve ser comprovado que, no último período de atividade rural (o período imediatamente anterior), o segurado desempenhou atividade rural por tempo significativo, passando de fato a sobreviver dos frutos de seu trabalho na terra, ***podendo ser utilizado como parâmetro aproximado para isso o prazo previsto no***

parágrafo único do artigo 24 da Lei 8.213/91.

(...)' (destacou-se)

Reitero apenas que o parâmetro adotado analogicamente deve ser compreendido não de forma absoluta, mas como um referencial, aliás, como já apontado no voto do eminente Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. O que resta apurar é a efetiva integração do trabalhador ao meio rural na condição de segurado especial.

No caso vertente, a parte-autora implementou o requisito etário em 05.10.2011 (DN: 05.10.1956, fl. 12), requereu administrativamente o benefício em 06.10.2011 e comprovou o efetivo exercício de atividades agrícolas nos 180 meses anteriores aos respectivos marcos indicados.

Uma vez demonstrado o efetivo exercício da atividade laborativa rurícola nos períodos de *01.01.1986 a 30.08.1997, 16.10.1999 a 28.02.2000 e 06.06.2006 a 05.10.2011*, ainda que de forma descontínua, por tempo superior ao número de meses correspondente à carência – *total de 17 anos, 04 meses e 13 dias de atividade rural* –, bem como a efetiva integração da trabalhadora ao meio rural na condição de segurada especial, *é de ser mantida a sentença que concedeu o benefício de aposentadoria rural por idade em favor da parte-autora, desde a data do requerimento administrativo* (06.10.2011, fl. 12).

Dos consectários

Cuidando-se de questão de ordem pública, segundo orientação do STJ, devem ser adequados de ofício (AgRg no AREsp: 144069 SP 2012/0026285-1, rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19.10.12).

Assim, conforme entendimento das turmas previdenciárias do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, estes são os critérios aplicáveis aos consectários:

a) CORREÇÃO MONETÁRIA:

A correção monetária, segundo o entendimento consolidado na 3ª Seção deste TRF4, incidirá a contar do vencimento de cada prestação e será calculada pelos índices oficiais e jurisprudencialmente aceitos, quais sejam:

– ORTN (10/64 a 02/86, Lei nº 4.257/64);

– OTN (03/86 a 01/89, Decreto-Lei nº 2.284/86);

– BTN (02/89 a 02/91, Lei nº 7.777/89);

– INPC (03/91 a 12/92, Lei nº 8.213/91);

– IRSM (01/93 a 02/94, Lei nº 8.542/92);

– URV (03 a 06/94, Lei nº 8.880/94);

– IPC-r (07/94 a 06/95, Lei nº 8.880/94);

– INPC (07/95 a 04/96, MP nº 1.053/95);

– IGP-DI (05/96 a 03/2006, art. 10 da Lei nº 9.711/98, combinado com o art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei nº 8.880/94);

– INPC (a partir de 04/2006, conforme o art. 31 da Lei nº 10.741/03, combinado com a Lei nº 11.430/06, precedida da MP nº 316, de 11.08.2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei nº 8.213/91, e REsp nº 1.103.122/PR).

Entendia a 3ª Seção deste Tribunal que, a contar de 30.06.2009, data em que passou a viger a Lei nº 11.960/09, de 29.06.2009, publicada em 30.06.2009 (a qual alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), deveria haver, para fins de atualização monetária e juros, a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros

aplicados à caderneta de poupança.

Não são aplicáveis, todavia, no que toca à correção monetária, os critérios previstos na Lei nº 11.960/2009, que modificou a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, por conta de decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das *ADIs 4.357 e 4.425*, que apreciou a constitucionalidade do artigo 100 da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC 62/2006. Essa decisão proferida pela Corte Constitucional, além de declarar a inconstitucionalidade da expressão 'na data de expedição do precatório', do § 2º; dos §§ 9º e 10º; e das expressões 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' e 'independentemente de sua natureza', do § 12, todos do art. 100 da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 62/2009, *por arrastamento, também declarou inconstitucional o art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960, de 29.07.2009 (atualização monetária pelo índice de remuneração da poupança)*.

Impõe-se, pois, a observância do que foi decidido com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante pelo STF nas ADIs 4.357 e 4.425, restabelecendo-se, no que toca a juros e correção monetária, a sistemática anterior à Lei nº 11.960/09, ou seja, apuração de *correção monetária pelo INPC*.

A correção monetária deve ser adequada aos critérios acima definidos. De fato, em razão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal, as disposições do art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, foram expungidas do ordenamento jurídico no que toca à correção monetária, a qual, como sabido, constitui acessório, sobre o qual pode e deve o órgão julgador deliberar. Eliminada do mundo jurídico uma norma legal em razão de manifestação do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, não pode subsistir decisão que a aplique, pois está em confronto com a Constituição Federal.

b) JUROS DE MORA

Até 30.06.2009, os juros de mora, apurados a contar da data da citação, devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar, consoante firme entendimento consagrado na jurisprudência do STJ e na Súmula 75 desta Corte.

A partir de 30.06.2009, por força da Lei nº 11.960, de 29.06.2009 (publicada em 30.06.2009), que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos juros aplicados à caderneta de poupança. Registre-se que a Lei 11.960/09, segundo o entendimento do STJ, tem natureza instrumental, devendo ser aplicada aos processos em tramitação (EREsp 1.207.197/RS. Relator Min. Castro Meira. Julgado em 18.05.2011).

Observo que as decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 *não interferiram com a taxa de juros aplicável às condenações da Fazenda Pública*, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do REsp 1.270.439. Com efeito, como consignado pela Ministra Eliana Calmon no julgamento do MS 18.217,

'No julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte, diante da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei 9.494/99 no que concerne à correção monetária, ratificou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública após 29.06.2009, de natureza não tributária, os juros moratór-

rios devem ser calculados com base na taxa de juros aplicáveis à caderneta de poupança.'

c) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, observando-se a Súmula 76 desta Corte: 'Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, devem incidir somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforme a sentença de improcedência'.

d) CUSTAS PROCESSUAIS: o INSS é isento do pagamento das custas no foro federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, devendo, contudo, pagar eventuais despesas processuais, como as relacionadas a correio, publicação de editais e condução de oficiais de justiça (artigo 11 da Lei estadual nº 8.121/85, com a redação da Lei estadual nº 13.471/2010, já considerada a inconstitucionalidade formal reconhecida na ADI nº 70038755864, julgada pelo Órgão Especial do TJ/RS), isenções essas que não se aplicam quando demandado na Justiça Estadual do Paraná (Súmula 20 do TRF4), devendo ser ressalvado, ainda, que, no Estado de Santa Catarina (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar estadual 156/97), a autarquia responde pela metade do valor.

Despesas processuais no Rio Grande do Sul

A isenção das despesas judiciais, especialmente na condução de oficiais de justiça, prevista pela Lei estadual nº 13.471/2010, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70038755864, Órgão Especial, Tribunal de Justiça do RS, relator: Arno Werlang, julgado em 03.10.2011), de modo que cabe reconhecer-lhe os decorrentes efeitos *erga omnes* e *ex tunc* – ressalvada a eventual situação de coisa julgada, em que isenção pelo decisório reconhecida somente pode ser excluída pela pertinente rescisória. Como mera admissibilidade de efeitos, e não nova declaração de inconstitucionalidade, não se aplica a cláusula da reserva de plenário.

De outro lado, não acompanho a compreensão de inconstitucionalidade da isenção de custas para entes públicos, prevista pela mesma Lei estadual nº 13.471/2010 (admitida na Arguição de Inconstitucionalidade nº 70041334053, Órgão Especial, Tribunal de Justiça do RS, relator para acórdão: Des. Eduardo Uhlein, julgado em 04.06.2012), matéria ainda pendente de decisão na ADI 4.584/STF, porque limitada e proporcional a isenção criada, que não afasta parcela representativa das custas e o faz em prol de entes voltados à satisfação social (similarmente admitiu o Supremo Tribunal Federal isenção criada pelo Estado de Minas Gerais em favor de entidades beneficentes de assistência social – ADI 1.624, relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, vu 08.05.2003), e porque a destinação dos tributos (no caso das custas, taxas, às atividades específicas da Justiça – art. 98, § 2º, CF, incluído pela EC nº 45/04) não lhe altera a competência legislativa (e de isenção), como se dá na análoga situação de imposto de renda de servidores estaduais e municipais.

Está o INSS, pois, isento das custas processuais, mas obrigado ao pagamento das despesas judiciais, notadamente na condução de oficiais de justiça.

DA TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 461 DO CPC

Considerando a eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 461 do CPC e tendo em vista que a presente decisão não está sujeita, em princípio, a recurso com efeito suspensivo (TRF4, 3ª Seção, Questão de Ordem na AC nº 2002.71.00.050349-7/RS, rel. para o acórdão Des. Federal Celso Kipper, julgado em 09.08.2007), determino o cumprimento imediato do acórdão no tocante à implantação do benefício da parte-autora, a ser efetivada

em 45 dias, com DIP na data do presente julgamento.

Frente ao exposto, *voto por negar provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial e determinar a implantação do benefício*.

(...)"

Já o voto médio, da lavra da Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, relatora, foi assim redigido:

"(...)

Da aposentadoria rural por idade

São requisitos para a aposentadoria por idade rural: a) idade mínima de 60 anos para o homem e de 55 anos para a mulher (artigo 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91); b) efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, por tempo igual ao período correspondente à carência do benefício; c) contribuições previdenciárias, a partir de 15.07.06 (art. 25, II, c/c art. 143, da Lei nº 8.213/91).

Quando implementadas essas condições, aperfeiçoa-se o direito à aposentação, sendo então observado o período equivalente ao da carência, na forma do art. 142 da Lei nº 8.213/91 (ou cinco anos, se momento anterior a 31.08.94, data de publicação da MP nº 598, que modificou o artigo 143 da Lei de Benefícios), considerando-se da data da idade mínima, ou, se então não aperfeiçoado o direito, quando isto ocorrer em momento posterior, especialmente na data do requerimento administrativo, tudo em homenagem ao princípio do direito adquirido, resguardado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e no art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

O benefício de aposentadoria por idade rural será, em todo caso, devido a partir da data do requerimento administrativo ou, inexistente este, mas caracterizado o interesse processual para a propositura da ação judicial, da data do respectivo ajuizamento (STJ, REsp nº 544.327-SP, rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, unânime, DJ de 17.11.2003; STJ, REsp nº 338.435-SP, rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, unânime, DJ de 28.10.2002; STJ, REsp nº 225.719-SP, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, unânime, DJ de 29.05.2000).

Do trabalho rural no caso concreto

Tendo a parte-autora implementado o requisito etário em 05.10.2011 e requerido o benefício em 06.10.2011, deve comprovar o efetivo exercício de atividades agrícolas nos 180 meses anteriores aos respectivos marcos indicados.

O trabalho rural como segurado especial dá-se em regime individual (produtor usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais) ou de economia familiar, este quando o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (art. 11, VII e § 1º, da Lei nº 8.213/91).

A atividade rural de segurado especial deve ser comprovada mediante início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, a teor do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e da Súmula 149 do STJ.

Desde logo ressalto que somente excluirá a condição de segurado especial a presença ordinária de assalariados – insuficiente a tanto o mero registro em ITR ou a qualificação

como empregador rural (II *b*) – art. 1º, II, *b*, do Decreto-Lei 1.166, de 15.04.71. Já o trabalho urbano do cônjuge ou familiar, relevante e duradouro, não afasta a condição de regime de economia familiar quando excluído do grupo de trabalho rural. Finalmente, a constitucional idade mínima de dezesseis anos para o trabalho, como norma protetiva, deve ser interpretada em favor do protegido, não lhe impedindo o reconhecimento de direitos trabalhistas ou previdenciários quando tenha efetivamente desenvolvido a atividade laboral.

Quanto ao início de prova material, necessário a todo reconhecimento de tempo de serviço (§ 3º do art. 56 da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149/STJ), por ser apenas inicial, tem sua exigência suprida pela indicação contemporânea em documentos do trabalho exercido, embora não necessariamente ano a ano, mesmo fora do exemplificativo rol legal (art. 106 da Lei nº 8.213/91), ou em nome de integrantes do grupo familiar ('Admite-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental' – Súmula 73 do TRF 4ª Região).

Nos casos de trabalhadores informais, especialmente em labor rural de boia-fria, a dificuldade de obtenção de documentos permite maior abrangência na admissão do requisito legal de início de prova material, valendo como tal documentos não contemporâneos ou mesmo em nome de terceiros (patrões, donos de terras arrendadas, integrantes do grupo familiar ou de trabalho rural). Se também ao boia-fria é exigida prova documental do labor rural, o que com isso se admite é mais amplo do que seria exigível de um trabalhador urbano, que rotineiramente registra suas relações de emprego.

Do reconhecimento administrativo de labor rural

Em sede administrativa, foram reconhecidos pelo INSS como períodos de labor rural os intervalos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, restando incontroverso um período total de carência de 210 meses.

Do início de prova material

Como início de prova material do labor rural, juntou a parte-autora os seguintes documentos:

a) certidão de casamento, datada de 1976, na qual consta a profissão de seu marido como agricultor (fl. 10-11);

b) CTPS, em nome da parte-autora, na qual constam vínculos como empregada doméstica nos períodos de 01.08.1997 a 15.10.1999, 01.03.2000 a 28.02.2006 e 21.03.2006 a 05.06.2006 (fls. 15-17);

c) certidão do CNIS, em nome da autora, na qual consta recolhimento como contribuinte individual nos períodos de 08/1997 a 10/1999, 03/2000 a 02/2006 e 02/2007 (fl. 19);

d) notas fiscais, em nome do marido da autora, referente aos anos de 1986 a 1987, 1990 a 1991, 1993 a 1995 a 1997, 2006 a 2011 (fls. 20-51);

e) instrumento particular de compra e venda, referente a lotes rurais, em nome de seu marido, na qualidade de comprador, datado de 1998 (fl. 52);

f) certidão do CNIS, em nome do marido da autora, na qual constam vínculos urbanos nos períodos de 05.10.1987 a 13.11.1987, 05.03.2009 a 11.09.2009 e 15.04.2011 a 11.07.2011 e vínculo rural no período de 27.01.2010 a 11.03.2010 (fl. 54).

Da prova testemunhal

Em sede de audiência de instrução, foram ouvidas 03 testemunhas, constando, em síntese, o seguinte:

Aristides Gomes:

'Juiz de Direito: Ela trabalhou na agricultura, a sua cunhada? Testemunha: Trabalhou. Juiz de Direito: Desde quando? Testemunha: Que eu conheço ela faz trinta anos e sempre ela trabalhou. Juiz de Direito: Sempre trabalhou? Testemunha: Ela foi um tempo para Porto Alegre, os 'fio' foram pra lá né, teve lá um tempo. Juiz de Direito: Teve umas épocas que ela não trabalhou na agricultura? Testemunha: É. Juiz de Direito: E de 86 a 97, onde ela estava? Testemunha: Ela tava na colônia. Juiz de Direito: Na colônia, em que local? Testemunha: Barro Preto. Juiz de Direito: E ela desempenhava a agricultura lá? Testemunha: Sim. Juiz de Direito: Na terra de quem? Testemunha: Dele, do marido. Juiz de Direito: É casada? Testemunha: É. Juiz de Direito: Com seu irmão? Testemunha: Não, não, a minha mulher é irmã dela. Juiz de Direito: Qual é o tamanho da terra que eles tinham? Testemunha: Mas ele tinha do pai dele também, a dele era uns dez hectares. Juiz de Direito: Eles faziam mais alguma coisa além de plantar? Testemunha: Criavam vaca, tiravam leite, coisa assim. Juiz de Direito: Tinham alguma outra renda? Testemunha: Não! Juiz de Direito: Tinham empregados? Testemunha: Não. Juiz de Direito: Só a família? Testemunha: É. *Juiz de Direito: Trabalharam lá até que época mais ou menos? Testemunha: Em 2000 ela foi pra Porto Alegre e ficou pra lá um tempo com os 'fio' e daí deu um AVC nela e ela ficou bem ruim, como agora ela tá né*. Juiz de Direito: E voltou pra cá? Testemunha: Voltou. Juiz de Direito: E depois que ela voltou ela continuou trabalhando na agricultura? Testemunha: Não, ela não consegue. Juiz de Direito: Quando ela teve o AVC? Testemunha: Foi em 2007. Juiz de Direito: E ela retornou de Porto Alegre quando exatamente? Testemunha: Ela veio faz uns três anos. Juiz de Direito: Então foi recentemente que ela foi pra Porto Alegre? Testemunha: *Ela foi em 2000 pra lá. Juiz de Direito: Sim, e retornou quando? Testemunha: Em 2010, por aí*. Juiz de Direito: Que ela foi pra Porto Alegre? Testemunha: Não, que ela voltou né. Juiz de Direito: Só pra entender, ela teria ido quando pra Porto Alegre exatamente? Testemunha: Ela teve uns treze anos pra lá. Juiz de Direito: E não voltou? Testemunha: Só pra passear, ela tava na casa dos filhos. Juiz de Direito: Pela parte-autora. Parte-autora: A autora mora na Linha Barro Preto? Testemunha: Barro Preto Sul. Parte-autora: Quando ela veio de Porto Alegre, ela foi morar na Linha Barro Preto Sul? Testemunha: Sim, porque tem os pais dela, que ficam na divisa faxinal, ela vai nos pais dela, que são umas pessoas idosas. Parte-autora: Qual é o tamanho da área que eles têm lá na Linha Barro Preto Sul? Testemunha: Mas olha, fizeram inventário de tudo, eu não 'to' bem certo, são uns dez hectares eu acho né. Parte-autora: Nada mais, doutor. Juiz de Direito: O senhor referiu que ela teve um AVC em Porto Alegre. Ela não tem mais condições de trabalhar? Testemunha: Não, ela tem problema no joelho, não consegue andar. Juiz de Direito: Desde que ela voltou de Porto Alegre, ela não trabalhou na agricultura, pelo que o senhor tem conhecimento? Testemunha: Na agricultura, não, na casa assim ela ajuda né. Juiz de Direito: Nada mais.'

Maria Lurdes Santiago:

'Juiz de Direito: Conhece a Ramona há muito tempo? Testemunha: Conheço desde pequena. Juiz de Direito: E ela mora em que localidade? Testemunha: Barro Preto. Juiz de Direito: Sempre morou lá? Testemunha: Não, ela casou e veio morar ali. Depois ela, os filhos dela estudaram, uma foi pra Porto Alegre estudar, daí ela foi lá pra guria estudar né, daí a guria se formou e ela voltou pra ali de volta. Juiz de Direito: Qual o tamanho aproximado lá da terra onde ela reside? Testemunha: Ah eu não sei, certo, certo devem ser uns quatro ou cinco hectares. Juiz de Direito: Eles têm empregados? Testemunha: Ah não, eu acho que

não. Juiz de Direito: O que se planta nessa terra? Testemunha: Eles plantam milho, feijão, coisa assim. *Juiz de Direito: A senhora disse que ela teria ido para Porto Alegre, a senhora lembra em que época foi isso? Testemunha: Ah eu não lembro, mas faz uns seis, sete anos que ela voltou, já uns cinco, seis anos, por aí, não lembro bem sabe assim a data certa que ela voltou pra cá*, mas nas férias sempre ela vinha ficar pra cá. Juiz de Direito: Quando ela retornou pra cá, ela trabalhou na agricultura? Testemunha: Sim, ela sempre trabalhou na agricultura. Juiz de Direito: Ela teve um problema de saúde? Testemunha: Teve, mas esse deu quando ela tava lá em Porto Alegre, deu tipo um AVC. Juiz de Direito: E esse problema de saúde permitiu que ela trabalhasse na agricultura? Testemunha: Ela ajudava, sim, porque ela mais cuida os pais dela, que são velhos, que moram distancinha um pouquinho, porque não tem quem ajude eles, daí ela tá lá ajudando a reparar sempre eles. Juiz de Direito: E esse período que ela retornou pra cá, ela trabalhou na agricultura fazendo o quê exatamente? Testemunha: Ela ajuda na roça, planta um milho, planta um feijão, mandioca, tudo essas coisas. Juiz de Direito: Ninguém mais ajuda ela? Testemunha: Tem o marido dela, não sei se ele ajuda, sabe. Juiz de Direito: A senhora sabe se ela tem outra renda? Testemunha: Não, não sei, porque a casa dela fica do outro lado do cerro que da minha e meu marido tem AVC, eu não saio de casa, sabe, daí se eles têm outra renda eu não sei. Juiz de Direito: Com a palavra a parte-autora. Parte-autora: Se além do plantio a dona Ramona tem animais? Testemunha: Eu acho que tem umas cabeça de gado, sim. Parte-autora: Além do gado, criam galinha, porco? Testemunha: Isso eu não posso lhe dizer, porque eu 'to' dizendo que eu fico retirada da casa dela, ela mora do outro lado e eu não tenho ido pra lá porque meu marido faz seis anos que meu marido tem AVC e ele não anda, daí eu não saio nos vizinhos ao redor ver. Parte-autora: Nada mais. Juiz de Direito: Nada mais.'

Edevaldo Piaseck:

'Juiz de Direito: Conhece a Ramona há muito tempo? Testemunha: Conheço. Juiz de Direito: Mais ou menos quantos anos? Testemunha: Mas olha, isso deve fazer uns vinte e poucos anos. Juiz de Direito: E, desde que o senhor a conhece, ela mora onde? Testemunha: Barro Preto. *Juiz de Direito: Ela exerceu a agricultura nesse tempo em que o senhor a conheceu? Testemunha: Exerceu um tempo e depois saiu, deu uns problemas de saúde*. Juiz de Direito: Esse tempo era no Barro Preto? Testemunha: Era. Juiz de Direito: Qual é o tamanho da terra? Testemunha: Ah, não sei. Juiz de Direito: Aproximado? Testemunha: Uns cinco hectares, por aí. Juiz de Direito: Ela plantava o quê? Testemunha: Milho, feijão, mandioca. Juiz de Direito: Tinha trabalhadores, empregados, ou era só a família? Testemunha: Geralmente eram só eles, criavam umas vaquinhas ali. Juiz de Direito: Criavam gado também? Testemunha: Sim! Juiz de Direito: Porco, galinha? Testemunha: É, isso aí. *Juiz de Direito: Lembra a época que ela foi morar em Porto Alegre? Testemunha: Isso aí eu não lembro bem a época porque eu também tive um pouco fora, mas quanto tempo ela teve pra lá eu não lembro*. Juiz de Direito: E quando que ela voltou? Testemunha: Não sei que tempo foi que ela voltou, que ela voltou de lá deve fazer uns dois anos, três anos, por aí. Juiz de Direito: Três anos? Testemunha: Por aí. Juiz de Direito: Lembra se a Dilma já era presidente do Brasil quando ela voltou? Testemunha: Não, a Dilma não era ainda, acho que não, não vou lhe garantir porque eu também saio pouco. Juiz de Direito: Tem algum fato assim que lembre que o senhor possa associar ao retorno dela, fato político, idade de algum parente, evento na cidade? Testemunha: Mas eu acho que, a gente não cuida as coisas, se envolve com muita coisa na agricultura, a gente não lembra que época foi que... Juiz de

Direito: Teve um ano que teve umas enchentes grandes no estado. Testemunha: Mas deve fazer uns três anos ou mais que ela voltou. Juiz de Direito: Não muito mais que isso, pode ser que o senhor esteja equivocado? Ela alega que teria retornado em 2006, é possível o senhor estar tão equivocado assim? Testemunha: Mas eu não lembro né, se ela voltou em 2006 ou foi depois, porque eu tenho pouco, prozeio pouco com eles assim, só conheço assim, mas é pouca proza. Juiz de Direito: E essa época que ela retornou de Porto Alegre ela teria certos problemas de saúde? Testemunha: Sim, não, mas aí ela não trabalhou mais na agricultura, não, porque não tem mais condições. Juiz de Direito: Após o retorno dela, o senhor não a viu trabalhando? Testemunha: Não, ela não tem condições. Juiz de Direito: E desde quando que ela não tem condições? Testemunha: Eu não sei, porque ela teve esse tempo fora. Juiz de Direito: Desde que ela chegou ela não trabalhou? Testemunha: Não. Juiz de Direito: Com a palavra a parte-autora. Parte-autora: Nenhuma pergunta. Juiz de Direito: Nada mais.'

Conclusão

Como se vê acima, embora a parte-autora tenha preenchido o requisito etário, não se tem, pelos documentos juntados aos autos, uma convicção plena no sentido de que, de fato, ocorreu o exercício da atividade rurícola, em regime de economia familiar, no período imediatamente anterior ao implemento etário ou ao requerimento, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício (artigos 39, inciso I, e 48, § 2º, ambos da Lei 8.213/91), tendo em vista os vínculos como doméstica em seu nome, bem como em razão de as testemunhas afirmarem que esta se afastou do labor rural entre os anos 2000 e 2006.

Entretanto, pode-se constatar, da análise dos autos, que a autora efetivamente realizou atividades rurícolas, nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, já reconhecidos em sede administrativa pelo INSS.

Da impossibilidade da concessão do benefício

Nesse contexto, entendo não ser possível a concessão da aposentadoria rural à parte-autora. É que, para ter direito ao benefício postulado, o requerente deveria comprovar o efetivo exercício de labor agrícola nos 180 meses que antecedem o implemento do requisito etário ou o requerimento administrativo (05.10.2011 ou 06.10.2011), ainda que de forma descontínua, entendendo-se tal expressão 'descontinuidade' como um período ou períodos não muito longos sem o labor rural (TRF – 4ª Região, EIAC nº 0016359-66.2011.404.9999, rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Terceira Seção, DE 15.05.2012; TRF – 4ª Região, AC nº 2006.71.99.001397-8, rel. Des. Federal Celso Kipper, Quinta Turma, DE 26.08.2008).

Caso o objetivo da lei fosse permitir que a descontinuidade da atividade agrícola pudesse consistir em um longo período de tempo – muitos anos ou até décadas –, o parágrafo 2º do art. 48 da LBPS não determinaria que o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, mas sim disporia acerca da aposentadoria para os trabalhadores rurais que comprovassem a atividade agrícola exercida a qualquer tempo. A locução 'descontinuidade' não pode abarcar as situações em que o segurado para com a atividade rural por muito tempo.

Portanto, em que pese tenha a parte-autora comprovado o trabalho rural nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, esta não logrou comprovar a carência exigida ao reconhecimento do benefício postulado

(180 meses anteriores a 05.10.2011 ou 06.10.2011), em razão de ser impossível somar, para efeitos de carência, os referidos períodos de labor rural, tendo em vista haver um intervalo de aproximadamente 06 anos entre os períodos em questão.

Dessa forma, reformo a sentença para limitá-la ao reconhecimento do labor rural nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011, já reconhecidos em sede administrativa pelo INSS.

Consectários

Fixo os honorários advocatícios no valor de R$ 750,00, devendo ser compensados, haja vista a sucumbência recíproca.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial, para reformar a sentença, a fim de limitar a condenação ao reconhecimento do labor rural nos períodos de 01.01.1986 a 30.08.1997, de 16.10.1999 a 28.02.2000 e de 06.06.2006 a 05.10.2011."

Tenho por correto o entendimento lançado no voto divergente.

O enunciado legal "ainda que descontínua", disposto nos arts. 39 e 48, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, foi propositadamente expresso em termos nebulosos, isto é, não se pretendeu estipular um prazo certo a partir do qual seria vedada a soma de períodos intercalados de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria por idade.

A perda da qualidade de segurado rural, regida pelo artigo 15 da Lei 8.213/91, não tem o condão de prejudicar o cumprimento do tempo rural pela via da descontinuidade. As balizas temporais que levam à perda da qualidade de segurado não podem ser confundidas com o período de tempo que implica a ruptura do trabalhador em relação ao meio rural a ponto de afastar seu histórico de trabalho rural e o acesso às prestações destinadas aos trabalhadores rurais. Em suma, uma coisa é a perda da qualidade de segurado; outra, a possibilidade de o trabalhador se valer da cláusula da descontinuidade estabelecida na legislação, que não tem limite temporal específico. Com efeito, não há amparo legal a emprestar à perda da qualidade de segurado a consequência extrema de vedação, ao trabalhador, do cômputo do tempo de atividade rural exercido anteriormente para fins de atendimento da regra do art. 143 da Lei 8.213/91, valendo-se da expressão "ainda que descontínua".

De outra parte, eventual aplicação da regra do art. 15 da Lei 8.213/19 não ofereceria adequada resposta à problemática. A título de exemplo, uma pessoa que trabalhou a vida toda no âmbito rural e que, em idade

próxima de se aposentar, deixa de exercer essa atividade por período superior a 3 anos teria que novamente cumprir todo o período de carência (por uma norma criada judicialmente – *ex post*) ou valer-se, por analogia, da regra contida no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/91. Isso implica imposição de excessivo ônus ao trabalhador rural (trabalhar ainda por longo período) que se encontra já em idade avançada (próximo ao tempo de obter a aposentaria por idade).

É importante destacar que, mesmo no âmbito administrativo, quando se analisa a descontinuidade do trabalho rural, a perda da qualidade de segurado não constitui óbice à outorga da aposentadoria por idade. Exige-se apenas que o segurado totalize o número de meses igual ao período de carência exigido para a concessão do benefício e se encontre no exercício da atividade rural, no instante do requerimento administrativo (IN 77/15, art. 158, parágrafo único):

> "Entendem-se como forma descontínua os períodos intercalados de exercício de atividades rurais, ou urbana e rural, com ou sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado, observado o disposto no art. 157."

Por esses motivos, penso que a alternativa da flexibilidade para a análise do caso concreto é a melhor que pode ser realizada para o estabelecimento de uma premissa jurídica. O número de meses que o trabalhador rural fica afastado de suas atividades não é o fator determinante. O que fundamenta o direito à aposentadoria rural é a proteção dos trabalhadores que dedicaram todo um histórico de vida ao campo.

Com efeito, somente um longo período de afastamento de atividade, com sinais de saída definitiva do meio rural, poderia anular todo o histórico de trabalho rural da parte-autora. Apenas quando se identifica que não se trata de propriamente um regresso ao meio campesino, mas uma mudança do trabalhador, da cidade para o campo, estrategicamente provocada para fins de obtenção de benefício previdenciário, é que se torna inviável o manejo da cláusula de descontinuidade prevista no art. 143 da Lei de Benefícios.

No caso concreto, não há por que duvidar da vocação rural da autora, que teve 210 (duzentos e dez) meses reconhecidos de atividade rural na esfera administrativa (fl. 62). Conclui-se, portanto, que a parte-autora faz jus ao benefício desde 06.10.2011 (data do requerimento),

ratificando-se a interpretação efetuada no voto divergente da lavra do eminente Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, que deve ser mantido na íntegra.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos infringentes, determinando a imediata implantação do benefício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.70.00.013902-7/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira

Apelante: Lauro de Andrade
Advogados: Dr. Bogdan Olijnyk e outro
Dr. Bogdan Olijnyk Junior
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogada: Procuradoria Regional do INSS

EMENTA

Previdenciário. Revisão de benefício. Direito adquirido. Cálculo de benefício. Teto dos salários de contribuição.

1. No caso dos autos, considerando-se a DIB do benefício, que é anterior à primeira alteração da Lei 8.213-91, não se cogita de decadência, devendo ser rejeitada a prejudicial.

2. Os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício. Precedentes jurisprudenciais.

3. Tendo a parte-autora preenchido os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.789/89, tem direito adquirido ao cálculo da RMI tomando-se por base o teto estabelecido pela legislação em vigor antes da alteração promovida pela supracitada lei.

4. O PBC, para efeito de cálculo da "DIB fictícia", considerará a competência-limite em maio de 1989, não importando, com isso, retroação de reflexos financeiros, ou seja, não havendo falar em retroatividade da DER/DIB real, ocasião em que houve o efetivo exercício do direito resguardado.

5. Considera-se, para o recálculo da RMI, o regramento quanto aos tetos dos salários de contribuição, do salário de benefício e da própria RMI (Lei 6.950/81 – 20 SMs – e Decreto-Lei 2.351/87 – 20 SMR), todos norteados pelo patamar máximo do salário de contribuição, por ocasião, salvo prejuízo, do artigo 144 da Lei 8.213/91 e das demais normas a ele vinculadas (artigos 29, § 2º, e 33 da LB), que afastam a incidência dos antigos redutores – menor e maior valor-teto.

6. A RMI recalculada deverá ser evoluída de acordo com a ulterior política salarial previdenciária (Ordem de Serviço INSS/DISES 121/1992 no interlúdio de transição, sem glosas até setembro/1992), resguardada a incidência da garantia consubstanciada na parte final do artigo 41, § 3º, da LB (reproduzida no atual artigo 41-A, § 1º, incluído pela Lei 11.430/2006), de manutenção da renda mensal que já for superior ao limite máximo do SC vigente na data da atualização, operacionalizando-se o reajustamento sem decote, hipótese em que tal estado de coisas perdurará até o momento temporal em que, naturalmente, a expressão financeira do amparo vier a subsumir-se nos subsequentes tetos em vigor por ocasião dos sucessivos reajustamentos. Isso não implica assegurar o direito a teto ou a regime jurídico, mas apenas a preservação do valor monetário que se encontra sob os auspícios do ordenamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, vencido o Juiz Federal João Batista Lazzari, que dava provimento integral, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de agosto de 2009.

Des. Federal *João Batista Pinto Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedente o pedido em razão do reconhecimento da decadência do direito de revisão do benefício, condenando a parte-autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Apela a parte-autora, reiterando o direito ao recálculo do benefício de acordo com a sistemática anterior à edição da Lei 7.787-89, ou seja, de acordo com o art. 33 da CLPS-84. Requer, outrossim, como decorrência, a aplicação do art. 58 do ADCT da CF-88, bem como a correta aplicação ao caso das EC 20-98 e 41-2003. Por fim, postula a condenação do INSS ao pagamento das custas judiciais e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Trata-se de ação revisional de proventos (NB 42/86.631.667-1 – DIB 30.04.91).

Da decadência

Ante a alegação de decadência pelo INSS, cabe saber se o direito para propositura de ação de revisão de benefícios previdenciários foi atingido pela edição da Medida Provisória nº 1.523-9/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, a qual veio a modificar o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, qual seja, se o beneficiário decai do seu direito de ação por inércia.

Assim, se, ao tempo da concessão do benefício, não existia prazo decadencial para o direito de se pleitear ação revisional, não deve a nova redação do art. 103 da Lei nº 8.213/91 retroagir para atingir situação jurídica definida conforme legislação vigente à época de sua aposentadoria. Se referida lei introduziu prazo decadencial, essa restrição – para ambas as partes, INSS e segurado – não incide nas situações constituídas na vigência da regra anterior.

Constitui-se, pois, em inovação no direito previdenciário a instituição

de prazo decadencial do direito de revisão do ato de concessão do benefício. Antes da nova regra, o segurado podia, a qualquer tempo, buscar a revisão do cálculo de sua renda mensal inicial, embora estivessem prescritas as diferenças ocorridas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

Nessa perspectiva, esta Corte já vinha afastando a incidência da decadência em relação aos benefícios concedidos anteriormente à lei que a instituiu na esfera previdenciária, ao argumento de que,

"uma vez que a alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97, no art. 103 da Lei nº 8.231/91, criando hipótese de prazo decadencial ao direito de revisão do ato concessório do benefício, rege instituto de direito material, somente afeta as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, não se aplicando a ato jurídico consumado segundo a lei vigente ao tempo da concessão do benefício." (AC 98.04.01.058356-4/SC, rel. Des. Federal Wellington Mendes de Almeida, DJ 11.11.98, p. 698)

O egrégio STJ, em diversas oportunidades, ratificou o entendimento em questão:

"PREVIDENCIÁRIO. ATUALIZAÇÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. DECADÊNCIA.

1. Não possui eficácia retroativa o artigo 103 da Lei 9.528/97, quando estabelece prazo decadencial, por intransponíveis o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República e art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil).

2. Recurso não conhecido." (REsp 243.254, DJ de 19.06.2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 103 DA LEI 8.213/91. MP 1.523/97. LEI DE REGÊNCIA. SÚMULA 359/STF.

I a II – (*omissis*)

III – Quanto ao fulcrado na alínea *a* do permissivo constitucional, no momento das concessões dos benefícios, não existia prazo decadencial do direito à revisão dos benefícios previdenciários, restando configurada uma condição jurídica definida conforme a legislação vigente à época das aposentadorias.

IV – Se a Lei 8.213/91, em seu art. 103, com a redação dada pela MP 1523-9/97, introduziu tal prazo decadencial, essa restrição superveniente não poderá incidir sobre situações já constituídas sob o pálio de legislação anterior. Súmula 359/STF." (REsp 233.168, DJ 10.04.2000, rel. Min. Felix Fischer)

Considerando, então, que a decadência constitui regra de direito material, a norma que a institui não pode atingir situações constituídas anteriormente à sua vigência, somente incidindo em benefícios

concedidos após a sua edição. Quanto à norma que a altera, apenas na hipótese em que for mais benéfica ao segurado seus efeitos alcançarão os benefícios já implementados, tendo eficácia imediata, conforme entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, os efeitos da Lei 10.839/2004 retroagem à data de 27.06.1997 (edição da MP 1523-9), razão pela qual, desde então, o prazo decadencial é de dez anos.

Observadas tais premissas, chega-se à conclusão de que os benefícios deferidos até 27 de junho de 1997 (data da edição da MP 1.523-9/97) não estão sujeitos a prazo decadencial, sendo tal regramento aplicável apenas aos benefícios concedidos a partir de então.

Outrossim, o prazo decadencial para o exercício do direito de ação contra ato que envolva a concessão do benefício previdenciário é inicialmente de 10 anos para os benefícios concedidos entre 28.06.97 (MP 1.523/97) e 20.11.98 (Lei nº 9.711/98), sendo reduzido para 5 anos a partir de 21.11.98, voltando a ser de 10 anos com a edição da Lei nº 10.839/2004 (06.02.04).

Assim, apenas as cotas devidas no quinquênio anterior à propositura da ação é que são alcançadas pela prescrição, como já reconhecido na sentença.

Passo a apreciar a matéria de fundo.

Versa o litígio sobre revisão de benefício previdenciário para efeito de consideração do teto que vigorou com a Lei 6.950/81, antes da alteração advinda com a Lei 7.787/89.

Para evitar tautologia, permito-me transcrever voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, na AC nº 2007.72.16.000173-1, em razão de me filiar à orientação nele apresentada:

"*1. Direito adquirido e direito intertemporal*

Nada obstante o instituto do direito adquirido seja amplamente difundido e utilizado no meio jurídico, a verdade é que não se tem uma consensual definição na doutrina e na jurisprudência pátrias.

O direito adquirido tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Carta Política, na linha das anteriores Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, cujo dispositivo institucionalizou limitação ao legislador infraconstitucional no sentido de que 'a lei não prejudicará o direito adquirido'. Isto é, trata-se de norma de sobredireito e ultra-atividade com a finalidade de controlar e direcionar a produção de outras regras tanto no âmbito privado

como no público.

Recebe tratamento também em outros dois artigos constitucionais, consoante pontua Wladimir Novaes Martinez (*in Direito adquirido na Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 18). O segundo postulado, constante no artigo 248, incluído pela Emenda Constitucional 20/98 no Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais, determina que os benefícios previdenciários sejam limitados ao teto com previsão no artigo 37, inciso XI, da CF.

O terceiro preceito vem consagrado no artigo 17 do ADCT, na seguinte redação: 'Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título'. Comenta o referido doutrinador (*op. cit.*, p. 18) que esse comando normativo 'sinaliza para a possibilidade de as vantagens asseguradas, acolhidas pelo texto permanente da Constituição Federal de 1967, ou anteriores, serem revistas e submetidas aos crivos impostos pela Carta Magna de 1988'. E conclui afirmando que a Carta Maior (*op. cit.*, p. 19) 'oferece postulado fundamental no qual tem assento o direito adquirido e duas regras especiais limitando-o. Se isso não bastasse, o princípio da irredutibilidade dos benefícios (art. 194, parágrafo único, IV) e a prescrição da manutenção do poder aquisitivo dos benefícios (art. 201, § 4º) são dois comandos avizinhados ao tema, todos conducentes à proteção da prestação'.

A Emenda Constitucional 20/98, por sua vez, traz regra que resguarda o direito adquirido ao assegurar, em seu artigo 3º, 'a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente'.

Na legislação previdenciária, há também quatro referências. A primeira, no artigo 41-A, § 1º, da Lei 8.213/91 (que reproduziu o anterior artigo 41, § 3º), disciplinando que 'nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário de benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos'. A segunda, no § 1º do artigo 102 da própria LB, no sentido de que 'a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que esses requisitos foram atendidos'. A terceira, no artigo 6º da Lei do Fator Previdenciário (Lei 9.876/99), garantindo 'ao segurado que até o dia anterior à data de publicação desta lei tenha cumprido os requisitos para a concessão de benefício o cálculo segundo as regras até então vigentes'. A quarta no artigo 187, *caput*, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, assegurando 'a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, nas condições previstas na legislação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que, até 16 de dezembro de 1998, tenha cumprido os requisitos para obtê-la'.

Igualmente, no artigo 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 foi esboçado conceito de direito adquirido do participante ao benefício quando implementadas todas as condições estabelecidas no regulamento do plano de previdência privada.

No ordenamento jurídico pátrio, o instituto está conceituado no artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil como sendo 'os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição

preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem'.

Todavia, ressalta o doutrinador Anderson V. Teixeira, em texto jurídico publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS*, Porto Alegre, v. 29, n. 61 (jan./jun. 2005), p. 140, que

'a interpretação da norma constitucional que regula os direitos adquiridos não está, de maneira alguma, restrita aos limites enunciados na Lei de Introdução ao Código Civil, embora concordemos que possa influenciar a sua interpretação. Baseamos esse pensamento no simples fato de que podemos enquadrar tal preceito constitucional na classificação, já tornada clássica, de José Afonso da Silva [*in Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 134], aquele é, com certeza, uma norma de eficácia plena, de aplicabilidade direta e imediata e não restringível, não dependendo de regulamentação posterior alguma. Na linguagem de Jorge Miranda [*in Manual de Direito Constitucional*. v. II. Lisboa: Coimbra, 1997], tais normas constitucionais seriam 'exequíveis em si mesmas', ou seja, normas preceptivas que contêm todos os elementos normativos indispensáveis à produção da totalidade de seus efeitos potenciais, apesar de serem também normas regulamentáveis, ou seja, não necessitam obrigatoriamente de regulamentação, mas a admitem por via de norma infraconstitucional. Se considerássemos o conceito de direito adquirido como matéria de legislação ordinária, recairíamos no problema de o limite imposto ao legislador depender da sua atuação, ou seja, esse limite seria apenas uma ficção, pois, não tendo mais validade o preceito constitucional, restaria ao livre-arbítrio do legislador infraconstitucional a decisão sobre respeitar ou não o direito adquirido.'

Segundo leciona Sérgio Pinto Martins, em sua obra *Direito da Seguridade Social* (18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71), 'o direito adquirido pode ter dois enfoques: (a) subjetivo, conforme Gabba, em que o direito é adquirido mesmo que não haja seu exercício; (b) objetivo, conforme Paul Roubier, no sentido de que apenas no exercício de um direito é que se pode falar que ele foi definitivamente adquirido'.

Traduzindo a Teoria Subjetiva de Carlo Francesco Gabba (*in Teoria della retroattività delle leggi*. Torino: Unioene, 1891. p. 98), que representa a Doutrina Clássica do Direito Adquirido, Anderson V. Teixeira assim expôs (p. 144 da dissertação antes referida): 'é adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre ele; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu'.

Logo após (p. 145), prossegue o autor afirmando que,

'ao adotar a teoria de Gabba, nosso ordenamento jurídico excluiu – ao menos no plano teórico – qualquer possibilidade de aplicação da teoria de Roubier – de muito maior inflexibilidade quanto à possibilidade de retroatividade da lei nova, em relação às situações jurídicas ainda não reputadas perfeitamente concluídas sob a égide da lei anterior – como também de outros doutrinadores (...) como G.P. Chironi e Friedrich Affolter. Alguns problemas surgem com essa adoção. O primeiro deles reside no fato de permitir que se entenda que a irretroatividade deixa de ser regra absoluta e que passa a dividir espaços com a retroatividade, pois basta que o legislador queira retroagir os efeitos da lei e assim será, independentemente da proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, uma vez que a Constituição apenas protege aqueles direitos e garantias, mas de modo algum proíbe a

retroatividade da lei. Outra questão controversa concerne ao uso em um sentido amplo da expressão 'patrimônio', em que é possível imaginar que qualquer sorte de direito faça parte de tal 'patrimônio', tanto real quanto obrigacional, moral ou qualquer outro. Mais um problema pode ser depreendido da teoria de Gabba. A determinação dos requisitos necessários para que um direito venha a ser considerado 'direito adquirido' não pode ser feita com base em um critério uniforme para todos os institutos jurídicos, sob pena de se estar removendo a própria unidade e a segurança de critério que fundamentam aquela determinação.'

Para melhor desenvolver o tema, o doutrinador Anderson V. Teixeira faz a distinção entre direito adquirido proveniente de ato de vontade e direito adquirido proveniente de atos normativos, afirmando que (p. 147), 'enquanto nas situações jurídicas gerais as alterações se aplicam de imediato, alcançando todos nelas investidos, as situações individuais permanecem intangíveis'. Assinala que essa distinção fornece o critério técnico para a solução do problema da aplicação da não retroatividade das leis.

Ato contínuo, traz a distinção entre direito adquirido e expectativa de direito (p. 147-148):

'Constitui-se a relação jurídica quando praticados todos os atos ou fatos exigidos pelo ordenamento jurídico para que a relação se estabeleça e possa ser reconhecida no universo do direito. Somente quando satisfeitas as exigências legais, verifica-se a aquisição dos direitos correspondentes e, então, pode-se dizer que há direitos adquiridos.

Entretanto, a aquisição de um direito não se realiza sempre em consequência de fato ou ato jurídico que a provoque imediatamente. Há direitos que só se adquirem por formação progressiva, ou seja, por meio da sequência de elementos constitutivos da relação jurídica. Antes de ocorrer o concurso desses elementos, separados entre si por uma relação de tempo, o direito está em formação, podendo o processo constitutivo concluir-se, ou não. Sendo assim, o direito formar-se-á somente quando o último elemento se concretizar.

Se já ocorreram fatos idôneos a sua aquisição condicionada à ocorrência de outros que lhes podem suceder, mas ainda não se verificaram, configura-se um estado de dependência que justifica, no interessado, a legítima expectativa de vir a ter o direito adquirido. Em virtude do estado psicológico em que se encontra o aspirante a titular, denomina-se tal situação como expectativa de direito.

(...) No conceito de expectativa de direito, o grau de segurança exerce decisiva influência. Em algumas situações, a realização do fato final é tão firme e certa, que são assimiladas como direitos subjetivos. Nesses casos, não se deve falar em expectativa propriamente dita, pois o interessado é, em verdade, titular de um direito que tem o seu exercício suspenso por algum tempo. Em outros casos, a insegurança é tamanha, que a situação se torna mera expectativa de fato; são exemplos os casos que dependem do arbítrio de terceiro e os que dependem da vontade de quem espera o direito. Vale frisar que a expectativa de fato não é juridicamente protegida, ao contrário da legítima expectativa de direito.'

Ressalta também esse autor (p. 149) que os direitos expectativos, ou condicionados, consoante consignado no artigo 6º, § 2º, da LICC, são aqueles cuja existência já se concretizou, aguardando apenas o seu exercício, diferentemente das expectativas de direito, situações essas em que o direito ainda nem existe por faltarem os requisitos para a sua existência.

Alfim, assevera (p. 158) que 'uma expectativa de direito somente produzirá efeitos no ordenamento jurídico quando todos os elementos necessários para a existência do direito já se encontrarem realizados ou em vias de serem, mesmo que estejam separados por um espaço de tempo'; e que 'a lei considera direito adquirido aquele que, mesmo sem ainda

possuir todos os componentes necessários para o seu efetivo usufruto pelo titular, já preenche uma série de requisitos mínimos capazes de permitir a sua aquisição por este'.

Direcionando para o direito previdenciário, firma Sérgio Pinto Martins (*op. cit.*, p. 71) que 'direito adquirido é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, podendo utilizá-lo a qualquer momento. (...) O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquiri-lo, por isso faz parte do seu patrimônio jurídico, ainda que não integre o seu patrimônio econômico, como na hipótese de a aposentadoria não ter sido requerida, apesar de a pessoa já ter implementado todas as condições para esse fim'.

Nessa linha, tenho que o direito adquirido, na seara previdenciária, nada mais é do que a tutela do direito ao tempo da implementação dos requisitos essenciais ao benefício, assegurando a apuração dos proventos conforme a legislação então vigente, ainda que tenha havido o retardo do exercício desse direito e a superveniência de legislação mais gravosa.

Delineados os contornos do instituto que assegura a intangibilidade do direito quando já perfectibilizados os pertinentes pressupostos à sua aquisição, intrínseca e essencial também a análise do direito intertemporal, que se destina a solucionar o aparente conflito de leis no tempo, envolvendo a contraposição entre lei nova e lei velha, haja vista a constante modificação e atualização das normas que regem as situações jurídicas.

Nesse passo, com o intuito de regular as relações sociais e econômicas, devem as leis acompanhar as transformações contínuas das ideias, exigindo-se o seu dinamismo de modo a adaptar o direito aos fatos. Todavia, das necessárias alterações legislativas advêm os conflitos entre leis – nova e antiga, como referido.

Assim, tem-se, de um lado, o alcance temporal da lei nova: irretroatividade, retroatividade ou, ainda, eficácia imediata; e, de outro, a incolumidade de situações jurídicas: ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, institutos consagrados na atual Carta Política.

Proclama Alexys Galias de Souza Vargas, em artigo titulado 'A norma constitucional no tempo: direitos adquiridos e emenda à Constituição' (compilado *in Lições de direito constitucional*: em homenagem ao jurista Celso Bastos, com coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, André Ramos Tavares. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119), especificamente no item 3 – Direito adquirido, subitem 3.2. – Conflito das leis no tempo, irretroatividade das leis e direito adquirido, que:

'Os fatos pretéritos devem estar sujeitos a uma regra geral, que determine qual a legislação aplicável para o seu julgamento. Segundo Maria Helena Diniz [*in Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54-55], para solucionar tais questões, dois são os critérios utilizados: a) o das disposições transitórias elaboradas pelo legislador, no próprio texto normativo, para conciliar a nova norma com as relações já definidas pela antiga; e b) o dos princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas, construções doutrinárias para solucionar conflitos entre a nova norma e as relações jurídicas definidas sob a égide da anterior, na ausência de normação transitória.

Ainda, segundo Maria Helena, é retroativa a lei que atinge os efeitos de atos praticados sob o império da velha norma. Logo, as normas têm efeito retroativo quando se aplicam: a) a fatos consumados sob o império da norma anterior (*facta praeterita*); ou b) a situações jurídicas em curso no que atina aos efeitos realizados antes da vigência da nova norma (*facta pendentia*). É irretroativa a que não se aplicar a qualquer situação jurídica constituída anteriormente.

Conforme o ensinamento do Prof. Raul Machado Horta [*in Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 266], a elaboração do direito adquirido vincula-se à permanência do *facta praeterita*. (...)

A proteção ao direito adquirido é, pois, corolário do princípio da irretroatividade das leis, sendo que, atualmente, ambos alcançaram o *status* de normas constitucionais. A irretroatividade das leis é princípio, e, como tal, mais amplo, do qual decorrem regras específicas de direito penal, de direito civil e, gerais, de direito público.'

É de se destacar que do direito intertemporal provém o princípio *tempus regit actum*, tão aplicável no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, ao fato é aplicável a lei vigente à época de sua ocorrência. Assim, a regra é a da irretroatividade, tornando-se exceção a retroatividade da lei.

José Afonso da Silva, em sua conhecida obra *Curso de direito constitucional positivo* (24. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 434-435), traça um paralelo entre o direito subjetivo e o direito adquirido, abordando também a questão da (ir)retroatividade da lei:

'(...) direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). (...) A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. (...)

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito subjetivo 'é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio' [Miguel Reale, *Lições preliminares de Direito* – citação do autor]. Ora, essa possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face da lei nova. Essa possibilidade de exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente. Vale dizer – repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu *iter*, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide.

(...).' (grifei)

Finalizando este tópico, cumpre-me advertir, apenas, na linha do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello [*in* O direito adquirido e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, p. 58, 1998], que a função do direito adquirido é a de assegurar a aplicação da lei antiga para reger a situação jurídica resguardada. É, pois, um instrumento de proteção contra a incidência da lei nova, garantindo a incolumidade do regramento anterior, perante os ulteriores, a direitos que, nascidos em dada época e cuja fruição se protrairá, ingressarão no tempo de novas leis.

2. Proventos no RGPS e Súmula 359 do STF

Nesse contexto, preenchidos os requisitos segundo a legislação previdenciária vigente

em dado momento histórico, há direito adquirido à apuração dos proventos com base nessa disciplina, ainda que o exercício seja posterior, e sob o império, já então, de nova normatividade, todavia, com efeitos financeiros a partir do momento em que formalizado o requerimento administrativo.

Esse postulado de respeito à aquisição do direito no momento da reunião temporal dos pressupostos exigidos para o amparo vem consagrado na Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira:

'PREVIDENCIÁRIO. PROVENTOS DA APOSENTADORIA CALCULADOS COM BASE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DA REUNIÃO DOS REQUISITOS QUE, TODAVIA, FORAM CUMPRIDOS SOB O REGIME DA LEI ANTERIOR, EM QUE O BENEFÍCIO TINHA POR BASE VINTE SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EM VEZ DE DEZ. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO. Hipótese a que também se revela aplicável – e até com maior razão, em face de decorrer o direito de contribuições pagas ao longo de toda a vida laboral – a Súmula 359, segundo a qual os proventos da inatividade se regulam pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício, não servindo de óbice à pretensão do segurado, obviamente, a circunstância de haver permanecido em atividade por mais alguns anos, nem o fato de a nova lei haver alterado o lapso de tempo de apuração dos salários de contribuição, se nada impede compreenda ele os vinte salários previstos na lei anterior. Recurso conhecido e provido.' (RE 266.927, 1ª Turma, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU 10.11.2000)

'CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA: PROVENTOS: DIREITO ADQUIRIDO. I. – Proventos de aposentadoria: direito aos proventos na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, mesmo se requerida após a lei menos favorável. Súmula 359-STF: desnecessidade do requerimento. Aplicabilidade à aposentadoria previdenciária. Precedentes do STF. II. – Agravo não provido.' (RE-AgR 269.407, 2ª Turma, rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 02.8.2002)

Resguardada pelo ordenamento a prerrogativa ao benefício por ocasião do marco aquisitivo, é essencial descortinar a questão atinente à mescla proibitiva de regimes para preparar a posterior exegese dos diplomas que devem reger cada suporte fático.

3. Regime jurídico e hibridismo normativo

De Plácido e Silva define regime, no sentido jurídico, como o sistema ou o modo regular por meio do qual as coisas, instituições ou pessoas se devam conduzir (*Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 4 v. p. 66).

Othon J. M. Sidou, por sua vez, conceitua regime como o conjunto de preceitos que regem um instituto jurídico. Traz como exemplo o regime previdenciário, e afirma que todo instituto tem o seu regime (*Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 478).

Trazendo esse conceito para a hipótese em discussão, o que realmente importa é repisar-se a inexistência de direito adquirido a regime jurídico – mesmo o previdenciário – consoante manifestações reiteradas da Excelsa Corte, das quais fazem exemplo os seguintes julgados:

'Recurso extraordinário. Revisão de benefício previdenciário. Decreto 89.312/84 e Lei 8.213/91. Inexistência, no caso, de direito adquirido. – Esta Corte de há muito firmou

o entendimento de que o trabalhador tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ter os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria, o que, no caso, foi respeitado, mas não tem ele direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para esse cálculo no momento da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido o *quantum* daí resultante, esse regime jurídico pode ser modificado pela legislação posterior, que, no caso, aliás, como reconhece o próprio recorrente, lhe foi favorável. O que não é admissível, como bem salientou o acórdão recorrido, é pretender beneficiar-se de um sistema híbrido que conjugue os aspectos mais favoráveis de cada uma dessas legislações. Recurso extraordinário não conhecido.' (RE 278.718, 1ª Turma, rel. Ministro Moreira Alves, DJU 14.06.2002)

'CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º' DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. APOSENTADORIA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria no momento do advento das novas normas constitucionais passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.' (ADI 3.104, Tribunal Pleno, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJU 09.11.2007)

Dessarte, ainda que os proventos sejam calculados sob a égide da legislação em que tenha havido a satisfação dos requisitos necessários ao amparo, a renda mensal apurada desvincula-se do regramento então vigente, de modo que, para efeito de futuros reajustamentos e tetos, sujeitar-se-á à política salarial superveniente, aplicável a todos os benefícios previdenciários.

Tal assertiva, porém, não é absoluta, sendo excepcionada na própria Lei Orgânica da Previdência em vigor, a exemplo da redação do artigo 41, § 3º – atualmente reproduzida no artigo 41-A, § 1º – que assegura, nas competências de atualização da prestação continuada, a preservação dos direitos adquiridos, ou seja, garante a manutenção da expressão financeira da renda mensal *si et in quantum* não for absorvida, naturalmente, pelos reajustamentos subsequentes.

Daí a conclusão segundo a qual a proteção outorgada pela ordenação aos benefícios enquadrados em situações extraordinárias não configura simbiose normativa, é dizer, a mescla da legislação anterior com a nova, aproveitando-se o que cada uma tem de mais favorável, a modo de delinear um terceiro regime (*rectius*: híbrido).

Nesse diapasão, definida a regra geral e a exceção, é de ser apreciada a questão respeitante à ideia de benefício e custeio.

4. Previdência Social: benefício e custeio

A Previdência Social, um dos segmentos da Seguridade Social, é também repartida em

duas grandes esferas que se comunicam e se complementam: as prestações previdenciárias e as fontes de receita/arrecadação que alimentam o erário para suportar o implemento daquelas. São duas porções distintas e essenciais ao equilíbrio do sistema.

Nas lições de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari *in Manual de Direito Previdenciário* (6. ed. rev. conforme as Emendas Constitucionais 41 e 42 e a legislação em vigor até 14.03.2004. São Paulo: LTr, 2005. p. 43-44), 'a Previdência Social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado em uma atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal'. Ressalvam os autores, todavia, que esta 'não esgota as necessidades da população mais carente', e concluem que 'a noção de segurança social – ou, nos termos da Constituição vigente, Seguridade Social – abarca não só a Previdência Social como também as ações nos campos da Assistência Social e da Saúde, sendo todas, a partir de então, custeadas pelos aportes chamados de contribuições sociais, somados aos recursos orçamentários dos entes públicos'.

Em relação aos benefícios, desconsiderando-se os antigos institutos de classe e caixas de aposentadorias e pensões, os principais diplomas de regência das prestações previdenciárias são a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 (Lei 3.807), as CLPSs de 1976 (Decreto 77.077) e 1984 (Decreto 89.312) e, finalmente, o Plano de Benefícios de 1991 (Lei 8.213), além das respectivas disposições e alterações advindas de normas constitucionais.

Quando se trata de financiamento do sistema, há normas específicas que são paralelas àquelas e previstas nos mesmos estatutos até 1991, quando adveio a separação com o atual plano de custeio (Lei 8.212/91).

No tocante à evolução do teto do salário de contribuição, matéria que interessa a este julgamento, tratam os regramentos que serão a seguir arrolados.

Assim, para que cheguemos a um melhor entendimento da discussão pautada na problemática dos redutores, é mister tenhamos uma linha divisória imaginária entre a legislação de benefício e a de custeio para evitar que falemos em hibridismo normativo, quando não estiver este configurado, isto é, malgrado aqueles regramentos sejam conjuntamente aplicados e, na maioria das vezes, estejam previstos no mesmo diploma, as modificações sucessivamente advindas em um e outro não se dão coincidentemente, de modo que, na prática, tem-se uma disjunção no tempo entre os respectivos ordenamentos em obséquio à especificidade de suas disciplinas.

Prova disso é extraída claramente dos planos de benefícios e de custeio publicados em 25.07.1991, quando o primeiro, por força da norma transitória insculpida no artigo 144, determina expressamente a aplicação de suas regras a amparos concedidos sob o abrigo da legislação anterior, estendendo-lhes os efeitos do novo regime inaugurado, sem, contudo, encontrar correlação no segundo, o qual não teve correspondente previsão retrospectiva, especialmente no que concerne ao patamar máximo do salário de contribuição, equivalente a Cr$ 170.000,00, com vigência a partir de agosto de 1991 (artigo 28, § 5º, da LC). Infere-se, logicamente, que a Lei 8.213/91, ainda que se reporte a teto para efeito de salário de benefício e renda mensal inicial (artigos 29, § 2º, e 33 da LB), não aproveita, por ocasião da incidência efêmera, o valor eleito pela Lei 8.212/91, acompanhando o regramento de custeio historicamente vigorante.

5. A evolução legislativa concernente aos tetos

Primeiramente, importa-me historiar a legislação previdenciária atinente aos limitadores, com os seus reflexos práticos nos proventos dos segurados da Previdência Social.

A partir de dezembro de 1981, mês posterior à publicação da Lei 6.950/81 (artigo 6º), por força do seu artigo 4º, o teto do salário de contribuição foi fixado em valor correspondente a '20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país', elevando-se o patamar anterior, preceituado na Lei 6.332/76 (artigo 5º), que, entre junho de 1976 (vigência – artigo 12) e novembro de 1981, termo inicial e final, respectivamente, oscilou de 19,36 (valor máximo – 06/76) a 15,46 (valor mínimo – 11/81) salários mínimos.

Posteriormente, com a edição do Decreto-Lei 2.351/87, publicado em 10.08.1987 e em vigor desde essa data, foram instituídos o Piso Nacional de Salários (PNS) e o Salário Mínimo de Referência (SMR), nos seguintes termos:

'Art. 1º Fica instituído o Piso Nacional de Salários, como contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador, como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho, a todo trabalhador, por dia normal de serviço.

1º O valor inicial do Piso Nacional de Salários será de Cz$ 1.970,00 (um mil novecentos e setenta cruzados) mensais.

2º O valor do Piso Nacional de Salários será reajustado em função do disposto no *caput* deste artigo e da conjuntura socioeconômica do país, mediante decreto do Poder Executivo, que estabelecerá a periodicidade e os índices de reajustamento.

3º Ao reajustar o Piso Nacional de Salários, o Poder Executivo adotará índices que garantam a manutenção do poder aquisitivo do trabalhador e proporcionem seu aumento gradual.

Art. 2º O salário mínimo passa a denominar-se Salário Mínimo de Referência.

1º Ficam vinculados ao Salário Mínimo de Referência todos os valores que, na data de publicação deste decreto-lei, estiverem fixados em função do valor do salário mínimo, especialmente os salários profissionais de qualquer categoria, os salários normativos e os pisos salariais fixados em convenção ou acordo coletivo de trabalho, bem assim salários, vencimentos, vantagens, soldos e remunerações em geral de servidores públicos civis e militares da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios e respectivas autarquias e, ainda, pensões e proventos de aposentadoria de qualquer natureza, penalidades estabelecidas em lei, contribuições e benefícios previdenciários e obrigações contratuais ou legais.

2º O valor do Salário Mínimo de Referência é de Cz$ 1.969,92 (um mil novecentos e sessenta e nove cruzados e noventa e dois centavos) mensais.

3º O Salário Mínimo de Referência será reajustado em função da conjuntura socioeconômica do país, mediante decreto do Poder Executivo, que estabelecerá a periodicidade e os índices de reajustamento.

4º Ao reajustar o Salário Mínimo de Referência, o Poder Executivo adotará índices que garantam a manutenção do poder aquisitivo dos salários.

Art. 3º Será nula, de pleno direito, toda e qualquer obrigação contraída ou expressão monetária estabelecida com base no valor ou na periodicidade ou índice de reajustamento do Piso Nacional de Salários.

Art. 4º A expressão 'salário mínimo', constante da legislação em vigor, entende-se como substituída por:

I – Piso Nacional de Salários, quando utilizada na acepção do *caput* do art. 1º deste

decreto-lei; e

II – Salário Mínimo de Referência, quando utilizada na acepção de índice de atualização monetária ou base de cálculo, de obrigação legal ou contratual. (...)'

Pelo que se depreende do regramento supracitado, para efeito de vinculação ao limite máximo do salário de contribuição, passou-se a entender SM como SMR (artigos 2º, *caput* e § 1º, e 4º, inciso II).

A tabela a seguir resgata a evolução financeira do teto do salário de contribuição no interregno compreendido entre junho de 1987 e julho de 1989:

Data	Moeda	Teto SC	SM	Nos SM	PNS	Nos PNS	SMR	Nos SMR
06/87	Cz$	39.398,40	1.969,92	20				
08/87	Cz$	39.398,40			1.970,00	19,99	1.969,92	20
09/87	Cz$	41.246,20			2.400,00	17,19	2.062,31	20
10/87	Cz$	43.180,60			2.640,00	16,36	2.159,03	20
11/87	Cz$	45,205,80			3.000,00	15,07	2.260,29	20
12/87	Cz$	51.000,00			3.600,00	14,17	2.550,00	20
01/88	Cz$	61.200,00			4.500,00	13,60	3.060,00	20
02/88	Cz$	72.000,00			5.280,00	13,64	3.600,00	20
03/88	Cz$	84.960,00			6.240,00	13,62	4.248,00	20
04/88	Cz$	98.640,00			7.260,00	13,59	4.932,00	20
05/88	Cz$	118.360,00			8.712,00	13,59	5.918,00	20
06/88	Cz$	139.680,00			10.368,00	13,47	6.984,00	20
07/88	Cz$	167.520,00			12.444,00	13,46	8.376,00	20
08/88	Cz$	209.280,00			15.552,00	13,46	10.464,00	20
09/88	Cz$	254.040,00			18.960,00	13,40	12.702,00	20
10/88	Cz$	315.120,00			23.700,00	13,30	15.756,00	20
11/88	Cz$	409.520,00			30.800,00	13,30	20.476,00	20
12/88	Cz$	511.900,00			40.425,00	12,66	25.595,00	20
01/89	Cz$	637.320,00			54.374,00	11,72	31.866,00	20
02/89	NCz$	734,80			63,90	11,50	36,74	20
05/89	NCz$	936,00			81,40	11,50	46,80	20
06/89	*NCz$*	*936,00*	*120,00*	*7,8*	*81,40*	*11,50*	*46,80*	*20*
06/89	*NCz$*	*1.200,00*	*120,00*	*10*				
07/89	NCz$	1.500,00	149,80	10,01				

Ressalto ter destacado e duplicado o mês de junho de 1989, em razão de que ficou uma lacuna legislativa no tocante ao limite máximo do salário de contribuição vigente nesta competência.

Explico.

A Lei 7.787/89, publicada em 03.07.1989 e em vigor a partir de então (artigo 21), exceto quanto à majoração de alíquota, dispôs em seu artigo 1º que o teto do salário de contribuição era de NCz$ 1.200,00.

Já a Lei 7.789/89, publicada em 04.07.89 e vigente a partir dessa data (artigo 5º), fixou o valor do salário mínimo em NCz$ 120,00, a contar de 1º de junho de 1989 (artigo 1º), bem assim revogou o piso nacional de salários e o salário mínimo de referência.

Nessa linha, foi sumulada a matéria, consignando o verbete 26 deste Regional que: 'o valor dos benefícios previdenciários devidos no mês de junho de 1989 tem por base o salário mínimo de NCz$ 120,00 (art. 1º da Lei 7.789/89)'.

Portanto, embora o PNS e o SMR tenham sido revogados expressamente apenas em julho de 1989 (vigência da Lei 7.789), tacitamente foram extirpados do ordenamento já em junho de 1989, em decorrência do mesmo estatuto, que restabeleceu o SM. Tanto é assim, que a última competência em que houve o reajuste de valores do PNS e da SMR foi a de maio/1989, consoante Decretos 97.696/89 (NCz$ 81,40) e 97.697/89 (NCz$ 46,80), quantias que foram simplesmente repetidas em junho de 1989, como se visualiza da planilha retro.

Nesse contexto, interpretando-se conjuntamente as Leis 7.787 e 7.789, ambas de julho de 1989, é possível inferir-se que o teto do salário de contribuição foi alterado já em junho de 1989 para NCz$ 1.200,00, correspondendo a 10 salários mínimos da época (NCz$ 120,00). Entender o contrário seria prejudicar o segurado com o valor defasado do salário mínimo de referência nessa competência (NCz$ 46,80), em que se chegaria a um teto de NCz$ 936,00, equivalente a 7,8 SMs, 11,5 PNSs e 20 SMRs.

Ademais, se assim não fosse, qual seria a aplicação prática do valor de NCz$ 1.200,00, trazido pela Lei 7.787/89 como limite máximo do salário de contribuição, se este, em junho de 1989, fosse realmente o montante de NCz$ 936,00 (20 SMRs) e, em julho de 1989, passou a corresponder NCz$ 1.500,00 (10 SMs)?

Com base nessas considerações, concluo que:

I) entre 12/1981 e 07/1987 (Lei 6.950/81), vigorou, como teto do SC, o valor correspondente a 20 salários mínimos;

II) entre 08/1987 e 05/1989 (Decreto-Lei 2.351/87), houve alteração desse limite para 20 salários mínimos de referência;

III) a partir de 06/1989 (Lei 7.787/89), o teto do SC passou a valor equivalente, nessa competência, a 10 salários mínimos.

6. O enquadramento jurídico do pedido revisional

As demandas revisionais propostas na espécie têm deduzido duas pretensões principais: a primeira, objetivando o recálculo da renda mensal inicial, na qual se enquadram os segurados detentores de direito adquirido ao benefício até 31.05.1989, mas cuja DIB é posterior a 01.06.1989, inclusive; e a segunda, visando ao reajustamento da renda mensal, que abarca aqueles que já tiveram seus amparos concedidos até 31.05.1989, inclusive.

Passemos à apreciação individual de cada uma delas.

6.1. Recálculo da RMI

É importante assinalar que de acordo com o caso concreto é que será verificada a respectiva data da implementação dos requisitos, a legislação aplicável, inclusive aos tetos, seguindo-se após com a disciplina previdenciária superveniente, sem prejuízo das situações excepcionais nela previstas. Haverá, pois, um resgate histórico de apuração da renda mensal inicial para fins de cálculo, com a observância das normas de benefício e custeio vigentes no marco temporal do direito adquirido em relação às unidades salariais e aos tetos, sem implicar hibridismo, muito menos imunidade a regime jurídico.

Nesse toar, há ainda dois grandes pontos nodais a serem superados. O primeiro relativo aos regramentos atinentes aos benefícios propriamente ditos, aplicáveis consoante a data da aquisição do direito, aos quais somam-se aqueles referentes ao custeio, já debatidos, de modo a se evitar a criação de um sistema misto, e o segundo referente à forma de cálculo, a qual tem implicação direta naquele e nos tetos.

6.1.1. Regramentos

Nas hipóteses de satisfação dos pressupostos necessários ao amparo antes de 5 de outubro de 1988, há a aplicação das Consolidações das Leis da Previdência Social (Decretos 77.077/76 e 89.312/84) e regulamentos correlatos, além da equivalência salarial trazida pelo artigo 58 do ADCT. Entre 5 de outubro de 1988 e 31 de maio de 1989 (data-limite para aquisição do direito sob a égide das regras de custeio anteriores à redução do teto para o valor equivalente a 10 SMs), há a aplicação do artigo 144 da Lei 8.213/91 e dos demais regramentos pertinentes, salvo eventual prejuízo ao segurado com a redução da renda mensal inicial.

É oportuno salientar que a aplicação da transição disciplinada no artigo 144 da Lei 8.213/91, abarcando os benefícios concedidos no chamado 'buraco negro', dificilmente importará minoração de proventos, como ressalta o Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, 'porque, no regime anterior à Lei nº 8.213/91, os 12 salários de contribuição mais recentes, dentre os 36 salários de contribuição considerados no cálculo do salário de benefício, não eram atualizados monetariamente. Já no regime da Lei nº 8.213/91, todos os salários de contribuição considerados nesse cálculo são atualizados monetariamente. Além disso, no regime anterior à Lei nº 8.213/91, o cálculo da renda mensal inicial incluía variáveis como o menor e o maior valor-teto, os quais atualmente não existem, e que funcionavam, na realidade, como verdadeiros redutores da renda mensal inicial'.

Repise-se que a Lei de Benefícios apenas reporta-se a um teto – o patamar máximo do salário de contribuição – que deve nortear o grau mais alto do salário de benefício e da renda mensal inicial (artigos 29, § 2º, e 33 da LB), porém, busca esse paradigma na legislação de custeio, que incide paralelamente. Isso significa afirmar-se que a Lei 8.213/91 acompanha a evolução do valor-teto trazido pelo regramento de custeio sucessivamente em vigor, conforme já minudenciado, e não simplesmente aquele implantado pela Lei 8.212/91, especialmente no que toca à aplicação da previsão normativa transitória.

6.1.2. Cálculo

Quanto à forma de cálculo, intimamente ligada com a legislação de regência e com os tetos, entendo oportuno transcrever dispositivos pertinentes da Lei de Benefícios, com a redação vigente na época própria ao caso em apreciação:

'Art. 144. Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.'

'Art. 29. O salário de benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade

ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

(...)

§ 2º O valor do salário de benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição na data de início do benefício.'

'Art. 31. Todos os salários de contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário de contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais.' (correspondente ao atual artigo 29-B)

'Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição (...).'

'Art. 41. (...)

§ 3º Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário de benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos.' (correspondente ao atual artigo 41-A, § 1º)

É relevante registrar que, em se tratando de preservar o direito adquirido, necessário se faz observar o marco da implementação dos requisitos legais ao benefício, ali restringindo a contagem do tempo de serviço e contabilizando a respectiva renda mensal inicial, a qual será evoluída até a data do requerimento administrativo (concessão). Tal momento histórico entendo deva ser designado, tão somente para efeito de cálculo, de 'DIB fictícia' (competência-limite em maio de 1989), não importando, com isso, retroação de reflexos financeiros, ou seja, não havendo falar em retroatividade da DER/DIB real, ocasião em que houve o efetivo exercício do direito resguardado. Isso se deve ao fato de estar-se apenas tutelando o direito de o segurado optar pela forma de apuração dos proventos mais vantajosa no momento da concretização do suporte fático, ainda que tenha postergado a sua formalização. Em razão disso, também é incabível a restituição ou compensação de eventuais valores percebidos a título de abono de permanência em serviço, porquanto o reconhecimento do direito adquirido e a revisão do amparo com base no ordenamento vigente naquele lapso temporal não importará concomitância de percebimento desses benefícios, de modo que não haverá cumulação de proventos.

Tal proposição, aliás, extrai-se do atual Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, nos seus artigos 187, parágrafo único, 32, § 9º, 35, § 2º, e 56, §§ 3º e 4º, que delineou os parâmetros para a aplicação da regra especial atinente ao direito adquirido frente à reforma operacionalizada pela Emenda Constitucional 20/98 e posteriormente pela Lei do Fator Previdenciário:

'Art. 187. *É assegurada a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, nas condições previstas na legislação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que, até 16 de dezembro de 1998, tenha cumprido os requisitos para obtê-la.*

Parágrafo único. No momento da concessão de aposentadoria nos termos do *caput*, *o tempo de serviço será considerado até 16 de dezembro de 1998, e a renda mensal inicial será calculada com base nos trinta e seis últimos salários de contribuição anteriores àquela*

data, reajustada pelos mesmos índices aplicados aos benefícios, até a data da entrada do requerimento, não sendo devido qualquer pagamento relativamente a período anterior a esta data, observado, quando couber, o disposto no § 9º do art. 32 e nos §§ 3º e 4º do art. 56.' (grifei)

'Art. 32. (...)

§ 9º No caso dos §§ 3º e 4º do art. 56, o valor inicial do benefício será calculado considerando-se como período básico de cálculo os trinta e seis meses imediatamente anteriores ao mês em que o segurado completou o tempo de contribuição, trinta anos para a mulher e trinta e cinco anos para o homem, observado o disposto no § 2º do art. 35 e a legislação de regência. (redação original)

(...)'

'Art. 35. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário mínimo nem superior ao limite máximo do salário de contribuição, exceto no caso previsto no art. 45.

(...)

§ 2º A renda mensal inicial, apurada na forma do § 9º do art. 32, será reajustada pelos índices de reajustamento aplicados aos benefícios, até a data da entrada do requerimento, não sendo devido qualquer pagamento relativamente a período anterior a esta data.

(...)'

'Art. 56. A aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez cumprida a carência exigida, será devida nos termos do § 7º do art. 201 da Constituição. (redação original)

(...)

§ 3º Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos previstos no *caput*, ao segurado que optou por permanecer em atividade.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o valor inicial da aposentadoria, apurado conforme o § 9º do art. 32, será comparado com o valor da aposentadoria calculada na forma da regra geral deste regulamento, mantendo-se o mais vantajoso, considerando-se como data de início do benefício a data da entrada do requerimento.

(...)'

Essa lógica atuarial divulgada pelo referido decreto, extraída do mandamento do constituinte reformador, é a mesma a ser seguida na hipótese em tela, não importando desrespeito à regra geral constitucional (artigo 201, § 3º, da CF/88), legal (artigo 31 da LB – atual 29-B) e regulamentar (atual artigo 33 do RPS), que determina a atualização de todos os salários de contribuição considerados para o cálculo do benefício até a DER/DIB.

Digo isso na medida em que o resguardo do direito dos beneficiários do RGPS que implementaram os requisitos exigidos para a fruição dos proventos sob a égide de regramento anterior mostra-se como situação excepcional frente aos demais, que ainda não o detinham e se sujeitam, portanto, à regência da novel legislação; bem assim em respeito à situação igualitária daqueles que também perfectibilizaram os pressupostos durante a vigência da lei antiga, mas requereram os respectivos benefícios na época própria e vêm usufruindo-o a partir do requerimento, sofrendo a incidência das normas supervenientes relativas ao reajustamento da renda mensal, que são distintas daquelas que tratam da atualização dos salários de contribuição integrantes do PBC.

Por conseguinte, tenho que, para os segurados que estão invocando o direito adquirido, a norma geral deve ser mitigada, dando lugar ao regramento especial, de modo que a atualização dos SCs terão como termo final a 'DIB fictícia', e não a data efetiva da concessão, apurando-se a RMI na época do implemento das condições preestabelecidas e reajustando-a posteriormente pelos mesmos índices aplicados aos benefícios previdenciários em manutenção. Tal procedimento não importa tratamento anti-isonômico ou lesão aos princípios da preservação do valor real dos benefícios, da correspondência entre contribuição e proventos e da recomposição monetária, consoante fundamentação precedente.

Para fins de cálculo, portanto, toma-se a data da implementação do direito como 'DIB fictícia' (até maio/1989 – competência-limite anterior à alteração legislativa mais gravosa), calculando-se o benefício de acordo com o regramento então vigente quanto aos tetos (Lei 6.950/81 – 20 SMs – e Decreto-Lei 2.351/87 – 20 SMRs) conjugado com a retrospectiva do artigo 144 da LB para a apuração da nova renda mensal inicial, salvo prejuízo, o qual traz inexoravelmente a incidência das demais normas da própria LB vinculadas ao recálculo da RMI e ao consequente reajustamento dos proventos, afastando a incidência dos redutores antigos – menor e maior valor-teto.

Exponho melhor.

Para a operação matemática, deverão ser buscados os valores históricos dos salários de contribuição do segurado (artigo 29, *caput* e § 1º, da LB – redação anterior), integrantes do PBC (com termo máximo em abril/1989), todos censurados no teto vigente em cada competência de recolhimento das exações (20 SMs até julho/1987 e 20 SMRs até abril/1989) e imediatamente atualizados pelo INPC até a 'DIB fictícia' (marco do direito adquirido – limite em maio/1989), consoante previsão do artigo 31 da LB (redação antiga), apurando-se nessa competência a média aritmética, chegando-se ao salário de benefício e, logo após, à RMI, ambos restringidos ao patamar máximo do salário de contribuição vigente na 'DIB fictícia', em atendimento aos artigos 29, § 2º, e 33 da LB (20 SMRs ou 11,5 PNSs, se for maio/1989).

Ato contínuo, a renda mensal então contabilizada será evoluída, com a observância da política salarial previdenciária (Ordem de Serviço INSS/DISES 121/1992 no 'buraco negro', sem glosas até o primeiro reajustamento posterior a junho/1992, em razão do início dos reflexos financeiros apenas nesta competência por categórica prescrição legal) e também da disposição do artigo 41, § 3º, da LB (reproduzida no atual artigo 41-A, § 1º, incluído pela Lei 11.430/2006) – regra especial em relação ao artigo 33 do mesmo diploma, este tratando, em verdade, da RMI, e aquele regendo especificamente a renda mensal decorrente, que se protrai no tempo – da qual se extrai que só incidirá o teto vigorante na competência de reajuste se a renda que sofrer a atualização for menor do que esse limite antes da operação de reajustamento e vier a superá-lo tão somente pela aplicação do indexador. Entretanto, se a renda já for superior ao patamar máximo então vigente, não haverá qualquer decote nos proventos após o reajustamento, situação essa excepcional, como visto, que subsistirá até o momento em que a prestação vier a se jungir aos novos limitadores.

Dessarte, a DIB/DER real só servirá para efeito de fixação do termo inicial de pagamento dos proventos (DIP), a partir da qual os reajustamentos observarão os indexadores integrais.

6.2. Reajustamento da renda mensal

Referentemente aos segurados que já tiveram seus amparos concedidos antes do advento da alteração legislativa mais onerosa (DIB entre 05.10.1988 e 31.05.1989), ou seja, cuja renda mensal inicial foi apurada, quanto aos limitadores, consoante a Lei 6.950/81 (20

salários mínimos) e o Decreto-Lei 2.351/87 (20 salários mínimos de referência) e revisada conforme a previsão do artigo 144 da Lei 8.213/91 e regras pertinentes da própria LB, há direito ao resgate dessa RMI e posteriores reajustes para efeito da correta aplicação da política salarial superveniente, especialmente da regra contida no artigo 41, § 3º, do Plano de Benefícios (reproduzida no atual artigo 41-A, § 1º), acima pormenorizada, não observada administrativamente.

Enfim, havendo direito adquirido, o momento da implementação dos requisitos ao benefício, conjugado ao de apuração, é que norteará os tetos aplicáveis, sempre observando-se os regramentos vigentes nas épocas próprias, sem hibridismo."

Caso concreto

Tendo em vista que a parte-autora preencheu os requisitos para aposentadoria antes da Lei 7.787/89 c/c Lei 7.789/89 (fl. 15), faz jus à revisão de seus proventos mediante o recálculo da renda mensal inicial. Para tanto, deverá ser observada a competência até maio-89 (ou seja, PBC com termo máximo em abril de 1989), considerando o regramento quanto aos tetos dos salários de contribuição, do salário de benefício e da própria RMI (Lei 6.950/81 – 20 SMs – e Decreto-Lei 2.351/87 – 20 SMR), todos norteados pelo patamar máximo do salário de contribuição, por ocasião, salvo prejuízo, do artigo 144 da Lei 8.213/91 e das demais normas a ele vinculadas (artigos 29, § 2º, e 33 da LB), que afastam a incidência dos antigos redutores – menor e maior valor-teto.

Sobre a RMI recalculada deverá ser adotada a posterior política salarial previdenciária, ou seja, a OS INSS/DISES nº 121/1992 sem limitação até 09-92 e o art. 41, § 3º, da LB, reproduzido no art. 41-A, § 1º, inserido pela Lei 11.430/2006. Tal medida visa à manutenção da renda que for superior ao patamar máximo do salário de contribuição vigorante na(s) data(s) do(s) reajuste(s), sem supressão do excedente ao teto, até que o valor do benefício fique jungido nos subsequentes tetos vigentes por ocasião dos reajustamentos.

Frise-se que a adoção desse critério de revisão não significa assegurar direito ao teto ou a regime jurídico, mas somente à preservação do valor monetário, a qual encontra respaldo no ordenamento.

Da mesma forma, é imprescindível observar que o marco da implementação dos requisitos legais ao benefício deve ser designado tão somente para efeito de cálculo de "DIB fictícia" (competência-limite em maio de 1989), não importando, com isso, retroação de reflexos

financeiros, ou seja, não havendo falar em retroatividade da DER/DIB real, ocasião em que houve o efetivo exercício do direito resguardado.

Assim, merece reforma então o julgado de modo que o PBC, para efeito de cálculo da "DIB fictícia", considere a competência-limite em maio de 1989, não importando, com isso, retroação de reflexos financeiros, ou seja, não havendo falar em retroatividade da DER/DIB real, ocasião em que houve o efetivo exercício do direito resguardado e também respeite a forma de apuração da RMI nos moldes aqui apresentados.

Desse modo, a sentença merece reforma, a fim de que seja reconhecida a revisão do benefício na forma da fundamentação precedente, com o pagamento dos valores atrasados, corrigidos monetariamente pelo IGP-DI desde o vencimento de cada prestação, acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, a contar da citação, e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor das parcelas devidas até a data do presente julgamento, em conformidade com a Súmula nº 76 deste Tribunal, estando o INSS isento de custas, a teor do artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei 8.620/93 e do inciso I do art. 4º da Lei 9.289/96.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento ao recurso*.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Lazzari: Peço vênia ao e. relator, para divegir em parte, pois adoto o entendimento de que

"O disposto no art. 14 da EC nº 20/98 e no art. 5º da EC nº 41/2003 (elevação do limite máximo para o valor dos benefícios para fins de pagamento) alcança também os benefícios concedidos anteriormente à elevação do teto, mas desde que na data de início tenham ficado limitados ao teto que vigorava na época. Assim, a elevação do teto-limite dos benefícios permite a recomposição da renda mensal com base no novo valor, desde que demonstrada a limitação e dentro desse patamar."

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso do autor.

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
Nº 5041344-10.2013.4.04.7100/RS

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Apelante: Paulo Roberto Encarnação Barbosa
Advogada: Dra. Ana Maria Lifczynski Pereira
Apelados: Os mesmos

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Interesse processual presente. Tempo de serviço como aluno-aprendiz. Tempo de serviço especial. Categoria profissional. Professor. Atuação como monitor na Fase. Atividade que não se reconhece como especial. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Concessão. Correção monetária e juros de mora. Fase de cumprimento de sentença. Diferimento.

1. Em julgamentos sob o regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos, o STF e o STJ estabeleceram a necessidade do prévio requerimento administrativo de concessão de benefício, como condição para ter por caracterizado o interesse de agir, assentando, porém, que essa exigência não se confunde com a do esgotamento da via administrativa, que não é condição para o ajuizamento da ação previdenciária.

2. A falta de específica provocação administrativa quanto ao reconhecimento do tempo especial por ocasião da DER não inviabiliza o acesso à via judicial. Ao INSS, na presença dos documentos que atestam a realização de atividades que possam ser enquadradas como especiais, seja por categoria profissional, seja por exposição a agentes nocivos, cabe a orientação do segurado, inclusive quanto à busca dos elementos necessários à obtenção do melhor benefício que lhe possa ser assegurado nos termos da lei. Incidência do princípio da primazia da realidade.

3. Para fins de reconhecimento do tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz, é necessária a demonstração de que estiveram presentes os seguintes requisitos: (1) prestação de trabalho na qualidade de aluno-aprendiz e (2) retribuição pecuniária à conta do orçamento público, admitindo-se, como tal, o recebimento de

alimentação, fardamento, material escolar ou parcela de renda auferida com a execução de encomendas por terceiros.

4. Caso em que restou comprovado o preenchimento dos requisitos necessários ao reconhecimento do tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz, fazendo jus o segurado, portanto, à sua averbação.

5. O reconhecimento da especialidade e o enquadramento da atividade exercida sob condições nocivas são disciplinados pela lei em vigor à época em que efetivamente exercidos, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador.

6. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, admitindo-se qualquer meio de prova (exceto para ruído e calor); a partir de 29.04.1995, não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, sendo necessária a comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, a partir de então, mediante formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.

7. Como o enquadramento das atividades por insalubridade, penosidade ou periculosidade deve ser feito conforme a legislação vigente à época da prestação laboral, mediante os meios de prova legalmente então exigidos, é possível reconhecer a atividade especial de professor até 09.07.81, data da publicação da EC nº 18/81, que disciplinou diferentemente a aposentadoria aos professores, fixando menor tempo, mas integralmente no magistério. Precedentes da 3ª Seção desta Corte.

8. Em relação ao período laborado como técnico de recreação na Fundação de Atendimento Socioeducativo – Fase, é inviável o reconhecimento da atividade como especial, ao pressuposto de sua periculosidade, em decorrência do contato do autor com menores infratores.

9. O reconhecimento da periculosidade do labor desenvolvido em unidade socioeducativa com base na rotulação indiscriminada dos jovens internados como "adolescentes infratores em regime de privação de liberdade, afastados da convivência social devido a sérios distúrbios morais, psicológicos e de conduta" representa uma verdadeira involução

no enfrentamento do tema, contrariando estudos e estatísticas que apontam que o jovem, no Brasil, é muito mais vítima da violência que autor, e contribuindo para a perpetuação da estigmatização do jovem infrator perante a sociedade.

10. Nos limites em que comprovada a exposição do segurado a agente nocivo, na forma exigida pela legislação previdenciária aplicável à espécie, é possível reconhecer-se a especialidade do tempo de labor correspondente.

11. Preenchidos os requisitos legais para aposentadoria em mais de um regime jurídico, tem o segurado direito de optar pelo benefício com renda mensal mais vantajosa.

12. Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a fase de cumprimento de sentença, de modo a racionalizar o andamento do processo e diante da pendência, nos tribunais superiores, de decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo do autor, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e determinar a implantação do benefício, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 30 de agosto de 2016.

Juíza Federal *Taís Schilling Ferraz*, Relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz: Trata-se de ação ordinária proposta por Paulo Roberto Encarnação Barbosa, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, *postulando a concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição*, a contar da DER (13.02.2007), mediante o cômputo do labor desempenhado na condição de aluno-aprendiz no período de 20.02.1965 a 20.12.1972 e o reconhecimento do tempo de serviço especial no intervalo de 07.01.1976 a 12.06.1996, devidamente convertido para tempo de serviço comum

pelo fator multiplicador 1,4.

Sentenciando, o juízo *a quo julgou parcialmente procedente* o pedido, reconhecendo o exercício do labor especial no intervalo de 07.01.1976 a 09.07.1981, devidamente convertido para tempo de serviço comum pelo fator multiplicador 1,4. Fixou honorários advocatícios em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), determinando sua compensação em decorrência da sucumbência recíproca. Sem custas processuais (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96).

Recorre o INSS sustentando a ausência de interesse de agir quanto ao pedido de reconhecimento da especialidade do labor prestado no período de 07.01.1976 a 12.06.1996, porquanto ausente prévio requerimento administrativo.

O autor, por seu turno, apela postulando o cômputo do tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz relativo ao período de 20.02.1965 a 20.12.1972. Alega, em relação ao pleito de reconhecimento da especialidade do labor exercido no intervalo de 07.01.1976 a 12.06.1996, ser nula a sentença, uma vez que caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da produção de prova pericial. No mérito, sustenta resultar caracterizada a natureza especial do labor exercido no referido intervalo, fazendo jus, assim, à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, conforme o cálculo mais vantajoso, desde a DER (13.02.2007).

Com contrarrazões do autor, e por força do reexame necessário, subiram os autos ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz:

Reexame necessário

Nos termos do artigo 14 do novo CPC, "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

O intuito do legislador foi salvaguardar os atos já praticados, perfeitos e acabados, aplicando-se a nova lei processual com efeitos prospectivos.

Nesse sentido, quando publicada, a sentença destes autos estava sujeita a reexame obrigatório.

A superveniência dos novos parâmetros para remessa necessária (NCPC, art. 496, § 3º), entretanto, permitiria a interpretação de que houve fato superveniente à remessa, que suprimiu o interesse da Fazenda Pública em ver reexaminadas sentenças que a houvessem condenado ou garantido proveito econômico à outra parte em valores correspondentes a até mil salários mínimos. Inexistindo o interesse, por força da sobrevinda dos novos parâmetros, não haveria condição (interesse) para o conhecimento da remessa.

No entanto, em precedente sucessivamente repetido, o STJ assentou que a lei vigente à época da prolação da decisão recorrida é a que rege o cabimento da remessa oficial (REsp 642.838/SP, rel. Min. Teori Zavascki).

Nesses termos, em atenção ao precedente citado, impõe-se que a possibilidade de conhecimento da remessa necessária das sentenças anteriores à mudança processual observe os parâmetros do CPC de 1973.

No caso dos autos, ademais, incide o disposto na Súmula 490 do STJ, segundo a qual a dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas, situação aqui configurada, razão pela qual conheço da remessa oficial.

Preliminares

Da ausência de interesse de agir

O INSS, em seu apelo, sustenta estar ausente o interesse de agir da parte-autora, por não ter postulado, no instante do requerimento administrativo de concessão de aposentadoria, a conversão do tempo de serviço especial em comum.

Há elementos suficientes, porém, para a caracterização da resistência à pretensão, independentemente do adequado aporte, à época do pedido de aposentadoria, de elementos suficientes à demonstração do tempo especial.

O INSS, como Estado sob a forma descentralizada, tem o dever

de tornar efetivas as prestações previdenciárias aos beneficiários que atendem aos pressupostos legais, cabendo-lhe, nessa esteira, e sempre que identificar hipótese de reconhecimento de direito que possa assegurar melhor benefício ao segurado, orientá-lo, sugerir ou solicitar os documentos necessários à demonstração de que preenche as condições legais para tanto. Dentro desse contexto, e considerando que, em grande parte dos pedidos de aposentadoria, é possível ao INSS vislumbrar a existência de tempo de serviço prestado em condições especiais, diante do tipo de atividade exercida ou da natureza da empresa em que trabalhou, cabe à autarquia previdenciária a adoção de conduta positiva. A inobservância desse dever – que se deve ter por presumida no caso, tendo em vista o princípio da primazia da realidade – é motivo suficiente para caracterizar a pretensão resistida.

Ademais, não se trata de aplicação do entendimento exarado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240, com repercussão geral reconhecida, porquanto referido julgado trata de hipótese de ausência de protocolo de requerimento administrativo no INSS, o que claramente não é o caso dos autos.

Do cerceamento de defesa

Preliminarmente, não procedem as alegações do autor com relação ao cerceamento de defesa, em vista da não realização da prova pericial. Nos termos do art. 370 do novo CPC, como já previa o CPC/1973, no art. 130, cabe ao julgador, inclusive de ofício, determinar a produção das provas necessárias ao julgamento de mérito. Portanto, se entender encontrar-se munido de suficientes elementos de convicção, é dispensável a produção de outras.

Mérito

A controvérsia, no plano recursal, restringe-se:

– ao cômputo do labor urbano desenvolvido pelo autor na condição de aluno-aprendiz no período de 20.02.1965 a 20.12.1972;

– ao reconhecimento do labor especial no intervalo de 07.01.1976 a 12.06.1996, devidamente convertido para tempo de serviço comum pelo fator multiplicador 1,4;

– à consequente concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, a contar da DER (13.02.2007).

Tempo de serviço na condição de aluno-aprendiz

Para fins de reconhecimento do tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz, o egrégio STJ, reiteradamente, tem aplicado a Súmula 96 do Tribunal de Contas da União, *verbis*:

"Conta-se, para todos os efeitos, como tempo de serviço público o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz, em escola pública profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomenda para terceiros."

É necessária, portanto, a comprovação da presença dos seguintes requisitos: (1) prestação de trabalho na qualidade de aluno-aprendiz e (2) retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o recebimento de (a) alimentação, (b) fardamento, (c) material escolar ou (d) parcela de renda auferida com a execução de encomendas por terceiros.

No caso concreto, a certidão fornecida pela Escola Técnica Federal Parobé (evento 1 – CERT6) assim dispôs:

"O tempo de serviço registrado refere-se à condição de aluno-aprendiz do(s) Curso(s) Ginasial Industrial e Técnico Industrial em Mecânica da, na época, Escola Técnica Parobé, equiparada pelo Decreto nº 11.308, de 13 de janeiro de 1943, atualmente Escola Estadual de 2º Grau Parobé, reorganizada pelo Decreto nº 27.269, de 04 de julho de 1978. Observamos, ainda, que a Lei Orgânica do Ensino Industrial, instituída pelo Decreto nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942, em seu art. 16, diz que os cursos industriais eram profissionalizantes e se destinavam ao preparo e à formação de artífices, mestres e técnicos em habilitações regulamentadas pelo Decreto nº 8.673, de 03 de fevereiro de 1942. Esclarecemos, outrossim, que a Escola mantinha prestação de serviços a terceiros executados por alunos, aprendizes, nas aulas práticas de oficinas e laboratórios, cuja renda revertia em benefício destes, após recolhimento à Caixa Escolar, em consonância com o parágrafo 2º do art. 5º do Decreto nº 8.590, de 08 de janeiro de 1946. O Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 96 e do Anexo X da Ata nº 12/80, publicada no Diário Oficial de 21 de março de 1980, manda contar o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz em escola profissional como tempo de serviço público para todos os fins."

Estão comprovados, portanto, os requisitos necessários à qualificação do autor como aluno-aprendiz, durante o período de *20.02.1965 a 20.12.1972*. Dessa forma, merece reforma a sentença no ponto.

Tempo de serviço especial

O tempo de serviço especial é disciplinado pela lei vigente à época em

que exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. Desse modo, uma vez prestado o serviço, o segurado adquire o direito à sua contagem pela legislação então vigente, não podendo ser prejudicado pela lei nova. Nesse sentido, aliás, é a orientação adotada pela Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça (AGREsp 493.458/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJU 23.06.2003, e REsp 491.338/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJU 23.06.2003), a qual passou a ter previsão legislativa expressa com a edição do Decreto nº 4.827/03, que inseriu o § 1º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99.

Isso assentado, e tendo em vista a diversidade de diplomas legais que se sucederam na disciplina da matéria, é necessário definir qual a legislação aplicável ao caso concreto, ou seja, qual a legislação vigente no momento da prestação da atividade pela parte-autora.

Tem-se, então, a seguinte evolução legislativa quanto ao tema *sub judice*:

a) no período de trabalho até 28.04.1995, quando vigente a Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) e suas alterações e, posteriormente, a Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios), em sua redação original (arts. 57 e 58), é possível o reconhecimento da especialidade do trabalho quando houver a comprovação do exercício de atividade profissional enquadrável como especial nos decretos regulamentadores e/ou na legislação especial ou quando demonstrada a sujeição do segurado a agentes nocivos por qualquer meio de prova, exceto para ruído, em que necessária sempre a aferição do nível de decibéis (dB) por meio de parecer técnico trazido aos autos, ou simplesmente referido no formulário padrão emitido pela empresa;

b) a partir de 29.04.1995, inclusive, foi definitivamente extinto o enquadramento por categoria profissional, de modo que, no interregno compreendido entre esta data e 05.03.1997, em que vigentes as alterações introduzidas pela Lei nº 9.032/95 no art. 57 da Lei de Benefícios, é necessária a demonstração efetiva de exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se suficiente, para tanto, a apresentação de formulário padrão preenchido pela empresa, sem a exigência de embasamento em laudo técnico;

c) após 06.03.1997, quando vigente o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou as disposições introduzidas no art. 58 da Lei de Benefícios pela Lei nº 9.528/97, passou-se a exigir, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos por meio da apresentação de formulário padrão, embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica. Sinale-se que é admitida a conversão de tempo especial em comum após maio de 1998, consoante entendimento firmado pelo STJ, em decisão no âmbito de recurso repetitivo (REsp nº 1.151.363/MG, rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 23.03.2011, DJe 05.04.2011).

Essa interpretação das sucessivas normas que regulam o tempo de serviço especial está conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no REsp 415.298/SC, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 06.04.2009; AgRg no Ag 1.053.682/SP, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, DJe 08.09.2009; REsp 956.110/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 22.10.2007; AgRg no REsp 746.102/SP, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, DJe 07.12.2009).

Fator de conversão

Registre-se que o fator de conversão do tempo especial em comum a ser utilizado é aquele previsto na legislação aplicada na data da concessão do benefício e no cálculo de sua renda mensal inicial, e não o contido na legislação vigente quando o serviço foi prestado. A propósito, a questão já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.151.363/MG, rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 23.03.2011, DJe 05.04.2011).

Professor

A atividade de professor era considerada penosa pelo Decreto nº 53.831/64 (Quadro Anexo, item 2.1.4). No entanto, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 18/81 (DOU de 09.07.1981), o tempo de serviço de magistério não pode mais ser reconhecido como especial e convertido em tempo comum, mas apenas computado como tempo diferenciado para efeito de aposentadoria especial de professor – prevista nos seguintes dispositivos legais: CLPS/1984, art. 38; CF/88, art. 201, § 8º; Lei nº 8.213/91, art. 56.

Não é possível considerar como especial o tempo de magistério

exercido posteriormente à Emenda Constitucional nº 18, de 1981, tendo em vista a regra excepcional da redução do tempo de serviço conferida à aposentadoria do professor pela Constituição Federal.

Assim, ou o segurado beneficia-se da aposentadoria por tempo de contribuição de professor com a redução do tempo de serviço, em face do exercício exclusivo da atividade de magistério por, no mínimo, 25 anos, ou se aposenta por tempo de contribuição sem a benesse constitucional, hipótese em que, embora admitido o reconhecimento, como especial, do tempo de serviço prestado na condição de professor até a data da Emenda Constitucional nº 18, de 1981, com a devida conversão para comum pela aplicação do fator correspondente, deve obedecer às regras gerais dispostas para tal benefício, nos termos estipulados no art. 201, § 7º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STF.

Frise-se que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.772-DF, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgando-a parcialmente procedente, deu interpretação conforme ao § 2º do art. 67 da Lei nº 9.394, de 1996, acrescentado pelo art. 1º da Lei 11.301, de 2006, para estabelecer como exercício da função de magistério, com vista à concessão de aposentadoria especial, não apenas a atividade desenvolvida em sala de aula (regência de classe), mas também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e aos alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico e por professores de carreira (ADI 3.772, relator Min. Carlos Britto, relator p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 29.10.2008, DJe-059, divulg. 26.03.2009, public. 27.03.2009, republicação: DJe-204, divulg. 28.10.2009, public. 29.10.2009, Ement. vol-02380-01, PP-00080).

Exame do tempo especial no caso concreto

Passo, então, ao exame do período controvertido nesta ação, com base nos elementos contidos nos autos e na legislação de regência, para concluir pelo cabimento ou não do reconhecimento da natureza especial da atividade desenvolvida.

Período: 07.01.1976 a 12.06.1996.

Empresa: Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do

Rio Grande do Sul – Fase/RS (antiga Febem).

Atividade/função: 07.01.1976 a 31.05.1978: instrutor de II grau; e 01.06.1978 a 12.06.1996: técnico de recreação.

Categoria profissional: professor.

Agentes nocivos: periculosidade em decorrência do contato com menores infratores.

Prova: PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário (evento 1 – PPP8).

Enquadramento legal: item 2.1.4 (magistério) do Anexo ao Decreto nº 53.831/64.

Conclusão: Inicialmente, cumpre consignar que a descrição das atividades laborais desenvolvidas pelo autor constante em seu PPP demonstra que, em que pese a denominação de sua função não ser a de "professor", suas atribuições equivaliam a tanto. Dessa forma, conforme acima explicitado, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor prestado no intervalo de *07.01.1976 a 09.07.1981*, mediante enquadramento em categoria profissional.

Em relação ao restante do período sob análise, contudo, não merece prosperar a irresignação do autor.

Argumenta o demandante que faz jus ao cômputo como especial do período em função da periculosidade e da penosidade das atividades desenvolvidas, decorrentes do contato direto com menores infratores.

Esta Corte tem precedentes no sentido de reconhecer a especialidade do labor, pela exposição à *periculosidade*, relativamente à atividade como monitor da Fase-RS (Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul), desde que comprovado o contato direto e continuado com adolescentes infratores em regime de privação da liberdade, afastados da convivência social devido a distúrbios morais, psicológicos e de conduta (*5039108-22.2012.404.7100; 2001.04.01.023962-9*).

Todavia, ainda que pertinentes os argumentos esposados nos julgados mencionados e nas razões de apelação do autor, concluo não ser essa a melhor solução à controvérsia trazida nos autos.

De fato, não se pode analisar o objeto da presente lide destacado do complexo contexto em que se insere. É notório o intenso debate instalado nos meios políticos e jurídicos acerca da adequação dos métodos reintegradores do menor infrator ao convívio social, com

especial foco à proposta de redução da maioridade penal.

Não se deve, entretanto, ceder a argumentos midiáticos ou soluções populistas, que, desgarrados de uma apurada análise fática, desvirtuam o principal objetivo da aplicação de medidas socioeducativas em favor do atendimento a um clamor social fruto de fatos pontuais e da simplificação de um problema complexo e maculado por paixões exacerbadas.

Nesse contexto, é imperioso o exame da realidade enfrentada pelos menores infratores. Os dados, inicialmente, desmistificam a figura do adolescente como sujeito ativo da criminalidade. Com efeito, o estudo denominado *Mapa da violência*, de autoria de Julio Jacobo Waiselfisz, referente ao ano de 2014, demonstra que ocorre um brutal incremento dos homicídios a partir dos 13 anos de idade: as taxas pulam de 4,0 homicídios por 100 mil e sobem até 75,0 até a idade de 21 anos. A partir desse ponto, há um progressivo declínio. Demonstra-se, pois, que, muito mais que agente comissivo de crimes violentos, o jovem, no Brasil, aparece como vítima de tais delitos.

Corroborando tal fato, estudo realizado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tendo como base dados da Coordenação-Geral do Sinase, do Censo Suas/MDS e do CNJ, demonstra que a participação da população entre 12 e 18 anos na prática de crimes violentos é muito baixa e vem decrescendo.

Com efeito, considerando-se apenas os crimes cometidos por adolescentes, a proporção de homicídios dolosos, latrocínios, estupros e lesões corporais, no intervalo entre 2002 e 2011, apresenta queda.

Ainda que constatada uma variação na incidência dos atos infracionais cometidos por jovens nas diversas regiões do país, verifica-se, como ponto comum em todo o país, a concentração dos crimes de roubo, tráfico de drogas e furto como motivadores da internação de adolescentes, e não de homicídio, latrocínio e estupro, casos esses de extensa divulgação midiática.

Ademais, a contraposição de dados referentes aos menores infratores com outros indicadores sociais, tais como os relativos à evasão escolar, demonstra claramente que a delinquência juvenil representa uma consequência de uma série de fatores sociais, não podendo ser atacada, ou mesmo considerada, isoladamente.

Obviamente, também é imprescindível, para compreensão do problema relativo à reintegração do menor infrator ao convívio social, a análise das condições de labor proporcionadas aos profissionais que trabalham diretamente com os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

Os dados estatísticos demonstram claramente a precariedade das instalações referentes às unidades de internação, o que, sabidamente, reflete nas condições de labor daqueles que nelas trabalham.

Contudo, no caso concreto, reconhecer a periculosidade do labor prestado pelo autor com base em uma verdadeira rotulação indiscriminada dos jovens internados como "adolescentes infratores em regime de privação de liberdade, afastados da convivência social devido a sérios distúrbios morais, psicológicos e de conduta" representa uma verdadeira involução da abordagem necessária do tema, contrariando todos os estudos que apontam para uma realidade diversa e contribuindo para a perpetuação da estigmatização do jovem infrator perante a sociedade.

A propósito, consulte-se o relatório *Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes*, produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público a partir das inspeções dos promotores de justiça nas unidades do sistema socioeducativo (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF).

Com base nesses argumentos, concluo por reconhecer a natureza especial do labor prestado pelo autor *apenas* no período de *07.01.1976 a 09.07.1981*, em que a atividade é equiparada à de professor, merecendo confirmação a sentença no ponto.

Fator de conversão: 1,4.

Requisitos para concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição

Até 16 de dezembro de 1998, com o advento da EC nº 20/98, a aposentadoria por tempo de serviço disciplinada pelos arts. 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 *pressupunha o preenchimento, pelo segurado, do prazo de carência* (previsto no art. 142 da referida lei para os inscritos até 24 de julho de 1991 e no art. 25, II, da mesma lei para os inscritos

posteriormente à referida data) *e a comprovação de 25 anos de tempo de serviço para a mulher e de 30 anos para o homem, a fim de ser garantido o direito à aposentadoria proporcional* no valor de 70% do salário de benefício, acrescido de 6% por ano adicional de tempo de serviço, até o limite de 100% *(aposentadoria integral), o que se dá aos 30 anos de serviço para as mulheres e aos 35 para os homens*.

Com as alterações introduzidas pela EC nº 20/98, o benefício passou a denominar-se aposentadoria por tempo de contribuição, disciplinado pelo art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal. A nova regra, entretanto, *muito embora tenha extinto a aposentadoria proporcional, manteve os mesmos requisitos anteriormente exigidos à aposentadoria integral*, quais sejam, o cumprimento do prazo de carência, naquelas mesmas condições, e a comprovação do tempo de contribuição de 30 anos para mulher e de 35 anos para homem.

Em caráter excepcional, possibilitou-se que o segurado já filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de publicação da emenda ainda se aposente proporcionalmente quando, I) contando com 53 anos de idade, se homem, e com 48 anos de idade, se mulher – e atendido o requisito da carência –, II) atingir tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição (*pedágio*) equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação da emenda, faltaria para atingir o mínimo de tempo para a aposentadoria proporcional (art. 9º, § 1º, da EC nº 20/98). O valor da aposentadoria proporcional será equivalente a 70% do salário de benefício, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma a que se referem os itens *a* e *b supra*, até o limite de 100%.

De qualquer modo, o disposto no art. 56 do Decreto nº 3.048/99 (§§ 3º e 4º) expressamente ressalvou, independentemente da data do requerimento do benefício, *o direito à aposentadoria pelas condições legalmente previstas à época do cumprimento de todos os requisitos, assegurando sua concessão pela forma mais benéfica*, desde a entrada do requerimento.

Forma de cálculo da renda mensal inicial (RMI)

A renda mensal inicial do benefício será calculada de acordo com as regras da legislação infraconstitucional vigente na data em que o segurado completar todos os requisitos do benefício.

Assim, o segurado que completar os requisitos necessários à aposentadoria antes de 29.11.1999 (início da vigência da Lei nº 9.876/99) terá direito a uma RMI calculada com base *na média dos 36 últimos salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses* (redação original do art. 29 da Lei nº 8.213/91), *não se cogitando da aplicação do "fator previdenciário"*, conforme expressamente garantido pelo art. 6º da respectiva lei.

Completando o segurado os requisitos da aposentadoria já na vigência da *Lei nº 9.876/99* (em vigor desde 29.11.1999), o período básico do cálculo (PBC) estender-se-á por todo o período contributivo, extraindo-se a *média aritmética dos 80% maiores salários de contribuição, a qual será multiplicada pelo "fator previdenciário"* (Lei nº 8.213/91, art. 29, I e § 7º).

Direito à aposentadoria no caso concreto

No caso em exame, considerado o presente provimento judicial, a parte-autora alcança, *na DER, formulada em 13.02.2007, o tempo de serviço total de 34 anos, 09 meses e 25 dias*.

Tendo o autor nascido em 05.06.1952, cumpriu o demandante o requisito etário, fazendo jus, assim, ao benefício de aposentadoria proporcional.

É importante salientar que o autor também perfaz as condições para obtenção de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição em 16.12.1998, uma vez que contava com *30 anos, 10 meses e 06 dias* de tempo de serviço.

A carência necessária à obtenção do benefício de aposentadoria no ano de 2007 (art. 142 da Lei nº 8.213/91) restou cumprida, tendo em vista que a parte-autora possuía mais de 156 contribuições na DER.

No entanto, o só tempo de serviço apurado não é suficiente para identificar de pronto a alternativa mais favorável à parte-autora, tendo em vista a consideração de diversos fatores que acarretam modificação na renda mensal inicial, tais como os salários de contribuição, o período

básico de cálculo, o coeficiente de cálculo e a incidência ou não do fator previdenciário, para o qual contribuem diretamente a idade do segurado e a sua expectativa de vida, além do tempo de contribuição.

Na via administrativa, o INSS, ao processar pedidos de aposentadoria, simula o benefício mais vantajoso aos segurados, considerando as variáveis antes referidas.

Assim, é razoável que, da mesma forma, já estando assegurado o deferimento judicial da inativação, como no caso, a autarquia realize, conforme os parâmetros estipulados no presente julgado, os cálculos da renda mensal inicial, e implante, a contar do respectivo marco inicial, a inativação cuja renda mensal inicial for mais benéfica ao segurado.

Em relação à *prescrição* quinquenal, verifico que o único documento referente à ciência do autor do indeferimento administrativo data de 25.05.2010 (evento 10 – PROCADM1 – fl. 38).

Vale observar que o prazo prescricional não corre durante o trâmite do processo administrativo, consoante o disposto no art. 4º do Decreto nº 20.910/32:

> "Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.
>
> Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano."

O requerimento administrativo é, pois, causa suspensiva da prescrição. A suspensão mantém-se durante o período de tramitação do processo administrativo, até a comunicação da decisão ao interessado. Na verificação da prescrição quinquenal, computa-se, retroativamente, o lapso temporal decorrido entre o ajuizamento da ação e a comunicação da decisão administrativa, exclui-se o período de tramitação do processo administrativo e conta-se o tempo decorrido anteriormente ao requerimento administrativo.

Dessa forma, tem-se que o único marco possível a ser considerado como decisão comunicativa final é 25.05.2010.

Transcorridos menos de cinco anos entre tal data e o ajuizamento da demanda (12.08.2013), não incide, no caso, a prescrição quinquenal.

Por conseguinte, cumprindo com os requisitos tempo de serviço e

carência, a parte-autora tem direito:

– à *implementação do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição* desde a data do requerimento, segundo o cálculo que lhe for mais vantajoso;

– ao pagamento das parcelas vencidas desde então.

Consectários e provimentos finais

Correção monetária e juros de mora

A questão da atualização monetária das quantias a que é condenada a Fazenda Pública, dado o caráter acessório de que se reveste, não deve ser impeditiva da regular marcha do processo no caminho da conclusão da fase de conhecimento.

Firmado em sentença, apelação ou remessa oficial o cabimento dos juros e da correção monetária por eventual condenação imposta ao ente público e seus termos iniciais, a forma como serão apurados os percentuais correspondentes, sempre que se revelar fator impeditivo ao eventual trânsito em julgado da decisão condenatória, pode ser diferida para a fase de cumprimento, observando-se a norma legal e sua interpretação então em vigor. Isso porque é na fase de cumprimento do título judicial que deverá ser apresentado, e eventualmente questionado, o real valor a ser pago a título de condenação, em total observância à legislação de regência.

O recente art. 491 do NCPC, ao prever, como regra geral, que os consectários já sejam definidos na fase de conhecimento, deve ter sua interpretação adequada às diversas situações concretas que reclamarão sua aplicação. Não por outra razão seu inciso I traz exceção à regra do *caput*, afastando a necessidade de predefinição quando não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido. A norma vem com o objetivo de favorecer a celeridade e a economia processuais, nunca para frear o processo.

No caso, o enfrentamento da questão pertinente ao índice de correção monetária, a partir da vigência da Lei 11.960/09, nos débitos da Fazenda Pública, embora de caráter acessório, tem criado graves óbices à razoável duração do processo, especialmente se considerado que pende de julgamento no STF a definição, em regime de repercussão

geral, quanto à constitucionalidade da utilização do índice da poupança na fase que antecede a expedição do precatório (RE 870.947, Tema 810).

Tratando-se de débito, cujos consectários são totalmente regulados por lei, inclusive quanto ao termo inicial de incidência, nada obsta a que sejam definidos na fase de cumprimento do julgado, em que, a propósito, poderão as partes, se assim desejarem, mais facilmente conciliar acerca do montante devido, de modo a finalizar definitivamente o processo.

Sobre essa possibilidade, já existe julgado da Terceira Seção do STJ, em que assentado que,

"diante da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI 4.357/DF), cuja modulação dos efeitos ainda não foi concluída pelo Supremo Tribunal Federal, e por transbordar do objeto do mandado de segurança a fixação de parâmetros para o pagamento do valor constante da portaria de anistia, por não se tratar de ação de cobrança, *as teses referentes aos juros de mora e à correção monetária devem ser diferidas para a fase de execução*. 4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no MS 14.741/DF, rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 08.10.014, DJe 15.10.2014)

Na mesma linha vêm decidindo as duas turmas de Direito Administrativo desta Corte (2ª Seção), à unanimidade (*ad exemplum*: os processos 5005406-14.2014.404.7101, 3ª Turma, julgado em 01.06.2016, e 5052050-61.2013.404.7000, 4ª Turma, julgado em 25.05.2016).

Portanto, em face da incerteza quanto ao índice de atualização monetária e considerando que a discussão envolve apenas questão acessória no contexto da lide, à luz do que preconizam os arts. 4º, 6º e 8º do novo Código de Processo Civil, mostra-se adequado e racional diferir-se para a fase de execução a decisão acerca dos critérios de correção, ocasião em que, provavelmente, a questão já terá sido dirimida pelo tribunal superior, o que conduzirá à observância, pelos julgadores, ao fim e ao cabo, da solução uniformizadora.

Os juros de mora, incidentes desde a citação, como acessórios que são, também deverão ter sua incidência garantida na fase de cumprimento de sentença, observadas as disposições legais vigentes conforme os períodos pelos quais perdurar a mora da Fazenda Pública.

Evita-se, assim, que o presente feito fique paralisado, submetido a infindáveis recursos, sobrestamentos, juízos de retratação e até

ações rescisórias, com comprometimento da efetividade da prestação jurisdicional, apenas para solução de questão acessória.

Diante disso, difere-se para a fase de execução a forma de cálculo dos consectários legais.

Custas processuais

O INSS é isento do pagamento das custas processuais quando demandado no foro federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96).

Honorários advocatícios

Tendo havido modificação da sucumbência, são aplicáveis as normas do novo CPC.

Considerando a impossibilidade de se estabelecer com precisão o valor mensal do benefício aqui deferido, não é possível desde logo saber a quantos salários mínimos equivalerá o total da condenação, para efeitos de enquadramento do percentual de honorários da tabela do parágrafo 3º, incisos I a V, do art. 85 do NCPC.

Assim, caberá ao INSS o pagamento dos honorários de sucumbência, integralmente, a serem definidos pelo juízo de origem, nos termos do § 4º, II, do art. 85 do NCPC, sobre o valor da condenação, considerando-se as parcelas vencidas até a decisão de procedência. A fixação deverá observar os critérios e os limites previstos nos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo legal.

Tutela específica – implantação do benefício

Considerando a eficácia mandamental dos provimentos fundados nos artigos 497 e 536 do NCPC, quando dirigidos à administração pública, e tendo em vista que a presente decisão não está sujeita, em princípio, a recurso com efeito suspensivo, determino o cumprimento do acórdão no tocante à implantação do benefício da parte-autora, a ser efetivada em 45 dias, especialmente diante do seu caráter alimentar e da necessidade de efetivação imediata dos direitos sociais fundamentais. Resulta, todavia, facultada à parte-autora a possibilidade de renúncia à implantação do benefício ora determinada.

Restam prequestionados, para fins de acesso às instâncias recursais superiores, os dispositivos legais e constitucionais elencados pelas partes.

Conclusão

Parcialmente provido o apelo do autor para determinar o cômputo do tempo de serviço comum exercido na condição de aluno-aprendiz relativo ao período de 20.02.1965 a 20.12.1972, bem como para reconhecer seu direito ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, conforme cálculo mais vantajoso, desde a DER (13.02.2007). Consectários legais e ônus sucumbenciais conforme parâmetros acima estipulados. Nos demais pontos, mantida a sentença.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo do autor, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e determinar a implantação do benefício.

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
Nº 5061478-33.2014.4.04.7000/PR

Relatora: A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Apelado: Ministério Público Federal

EMENTA

Constitucional e Previdenciário. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa. Afastamento de regra normativa em controle difuso. Possibilidade. OIT. Convenção 169. Estatuto do Índio. Lei 6.001/73. Constituição da República. Proteção social. Genitora indígena com idade inferior a 16 anos. Segurada especial. Salário-maternidade. Direito. Reconhecimento.

1. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses

individuais homogêneos, quando presente evidente relevo social, independentemente de os potenciais titulares terem a possibilidade de declinar a fruição do direito afirmado na ação.

2. No caso, não está em discussão, apenas e tão somente, o direito – e os respectivos limites – à concessão de determinado benefício previdenciário. A discussão revela transcendência, delimitando a pertinência da atuação ministerial na tutela de direitos indígenas (art. 129, V, da CF), ainda que veicule pretensão de matéria de natureza previdenciária.

3. Mostra-se possível a utilização da ação civil pública, assim como de qualquer outro instrumento processual, a fim de obter pronunciamento que declare, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, particularmente quando essa declaração constituir a sua causa de pedir, e não o próprio pedido.

4. No presente feito, o pedido do MPF não visa à declaração de inconstitucionalidade – em abstrato e com efeito *erga omnes* – de ato normativo, mas tão somente ao afastamento da incidência dos artigos 9º e 11 do Decreto 3.048/99, para que se garanta auxílio-maternidade às adolescentes indígenas grávidas e menores de 16 anos.

5. A pretensão veiculada na presente demanda visa, tão somente, à luz dos demais princípios protetivos, a que seja desconsiderado o limite de idade como requisito necessário à concessão do salário-maternidade às mulheres indígenas. Inexiste na exordial, portanto, impugnação de ato normativo abstrato que corresponda à ineficácia de qualquer diploma legislativo, de modo que deve ser rejeitada essa preliminar.

6. Ao cotejar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais com a Declaração das Nações Unidas, a Constituição e o Estatuto do Índio – Lei 6.001/73, é possível extrair um núcleo básico de proteção social ao trabalho indígena contendo, dentre outras garantias, o direito à não discriminação (direitos trabalhistas e previdenciários em igualdade de condições com não índios e igualdade de oportunidades entre homens e mulheres indígenas e mais desdobramentos quanto ao acesso ao emprego, à isonomia salarial, à assistência médica e social, à segurança e à higiene no trabalho, à seguridade social, à habitação e ao direito de associação). Logo, a proteção previdenciária, também, impõe-se aos indígenas.

7. A norma do art. 7º, inciso XXXIII, da CF tem caráter protetivo, visando coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. Não se coaduna, portanto, com a finalidade da lei valer-se dessa regra para negar aos trabalhadores menores direitos previdenciários e trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores maiores de idade.

8. Assim, sob pena de estabelecer uma discriminação à mulher indígena impúbere, comprovada a maternidade e a qualidade de segurada especial da mulher indígena durante o período de carência, deve ser concedido o benefício de salário-maternidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 24 de agosto de 2016.

Desa. Federal *Salise Monteiro Sanchotene*, Relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene: O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública com pedido de tutela antecipada em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), requerendo prestação jurisdicional no sentido de se garantir

"benefício de salário-maternidade a todas as mulheres indígenas menores de 16 anos de idade, de forma que a decisão proferida tenha abrangência nacional, o que também resulta em benefício à própria celeridade e à eficiência processuais, direitos fundamentais alçados à expressa estatura constitucional pela Emenda nº 45/2004 (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Magna), não se aplicando, portanto, à questão em tela a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/97."

Após regular instrução, sobreveio sentença (evento 21 do processo eletrônico originário) julgando parcialmente procedente o pedido nos seguintes termos:

"(...)

Indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, porque não comprovado o *periculum in mora*.

Pelo exposto, acolho, em parte, o pedido inicial, na forma do art. 269, I, do CPC, para condenar o INSS na obrigação de se abster de considerar o critério etário para deferimento ou indeferimento do benefício de salário-maternidade às seguradas especiais indígenas."

Irresignado, o INSS interpôs recurso de apelação (evento 25 do eProc originário). Nas suas razões, alega, em preliminar, a inadequação da via difusa para controle concentrado de constitucionalidade e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. No mérito, refere que o Estado não se nega a amparar "gestantes menores de 16 anos e seus filhos, mas isso não deve ocorrer com o pagamento de benefício substitutivo de mão de obra de menores. E o salário-maternidade, como se sabe, é substitutivo da remuneração da segurada". Diz que "a função do Estado, considerando-se a gravidez na infância e na adolescência como uma fatalidade, é garantir atendimento médico e devida assistência tanto para a gestante como para o recém-nascido, independentemente de se tratar ou não de indígena".

Consigna que,

"a prosperar o entendimento defendido pela parte-autora (e acolhido pela sentença recorrida), provavelmente provocar-se-ia um aumento no número de crianças e adolescentes grávidas nas comunidades indígenas, expectantes de um direito visivelmente inconstitucional, que, se analisado sistemicamente, milita, em verdade, em seu desfavor."

Salienta que "o efeito multiplicador da tese defendida pela parte-autora tem, ainda, o potencial de catalisar o número de crianças e adolescentes grávidas nas comunidades indígenas (naturalmente uma gravidez de risco, ante a questão etária), apresentando-se, dessarte, como importante questão de saúde pública". Anota que, sob o ponto de vista estritamente jurídico, o indeferimento, pelo INSS, dos requerimentos de salário-maternidade propostos por indígenas menores de 16 anos decorre da vedação do trabalho nessa idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (CR88, art. 7º, XXXIII), e, por consequência, do estabelecido nos arts. 9º e 11 do RGPS (Decreto nº 3.048/99) e na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010. Por fim, requer o provimento do recurso, extinguindo-se a ação nos termos do art. 267, VI, do CPC/73. No caso de ser mantida a sentença, requer manifestação expressa das normas invocadas no recurso para fins de prequestionamento.

Foram apresentadas contrarrazões (evento 28 – CONTRAZAP1).

O feito eletrônico alçou a esta Corte, onde foi autuado e distribuído.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República, emitindo parecer, opinou pelo desprovimento do apelo (evento 6 – PARECER1).

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene: Nos termos do artigo 1.046 do Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 18 de março de 2016, com a redação que lhe deu a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, suas disposições aplicar-se-ão, desde logo, aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Com as ressalvas feitas nas disposições seguintes a este artigo 1.046 do CPC, compreende-se que não terá aplicação a nova legislação para retroativamente atingir os atos processuais já praticados nos processos em curso e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, conforme expressamente estabelece seu artigo 14.

Compulsando os autos, constato que inexistem motivos para alterar a solução de parcial procedência conferida no primeiro grau.

Preliminares

1 Ilegitimidade ativa do Ministério Público

Inicialmente, quanto à legitimidade ministerial para a propositura de ações civis públicas, quando em voga direitos individuais homogêneos, sinale-se que, excepcionando-se as hipóteses relacionadas com interesses ou direitos dos consumidores, não se desconhece a existência de posicionamentos mais restritivos. Contudo, a jurisprudência pátria evoluiu no sentido de admitir pretensões de tutela coletiva de interesse de segurados e beneficiários da Previdência e da Assistência Social, como se pode ver dos seguintes arestos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade processual para propor

ação civil pública que trate de matéria previdenciária, em face do relevante interesse social envolvido. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial." (EDcl no AgRg no REsp 1.064.075/RS, rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira [desembargadora convocada do TJ/PE], Sexta Turma, julgado em 02.04.2013, DJe 12.04.2013)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência atual desta Corte, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação judicial que vise à defesa de direitos individuais homogêneos, tendo em vista o relevante interesse social na causa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.174.005/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 01.02.2013)

Na mesma linha já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, quando presente evidente relevo social, independentemente de os potenciais titulares terem a possibilidade de declinar a fruição do direito afirmado na ação." (AgRg no AI 516.419/PR, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30.11.2010)

Na hipótese, não está em discussão, apenas e tão somente, o direito à concessão de determinado benefício previdenciário e seus respectivos limites. A discussão revela transcendência, delimitando a pertinência da atuação ministerial na tutela de direitos indígenas (art. 129, V, da CF), ainda que veicule pretensão de matéria de natureza previdenciária.

Nesse sentido, confira-se:

"APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SALÁRIO-MATERNIDADE. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE RURAL COMO INDÍGENA. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL. BENEFÍCIO DEVIDO A PARTIR DOS 14 ANOS DE IDADE. CABIMENTO. 1. Em ação civil pública, pretende o Ministério Público Federal assegurar às índias Maxakali o reconhecimento da qualidade de seguradas especiais para fins de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de ser legítima a atuação do Ministério Público na defesa de direitos que, embora individuais, possuam relevante interesse social, pois os chamados direitos individuais homogêneos estariam incluídos na categoria de direitos coletivos abrangidos pelo art. 129, inc. III, da Constituição da República. 3. Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal, a proteção à maternidade constitui-se em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II). E, mesmo que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo. Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas, às quais, por serem consideradas mais vulneráveis, a lei

atribuiu especial atenção por parte do Estado. 4. A teor do laudo antropológico juntado aos autos, as jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo, as quais se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar, constituindo-se tal fato em parte do processo de socialização das crianças. 5. Na comunidade indígena Maxakali, não há um momento ritualmente demarcado para o casamento, e somente o nascimento do primogênito é que consolida as uniões afetivas. Essa circunstância, associada ao fato de que a sociedade em questão não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com idade, contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesseis) anos de idade. 6. Embora o art. 7º, XXXIII, da CF proíba o trabalho de menores de 16 (dezesseis) anos de idade, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali seria descabido. A uma, porque é próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo, e o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. A duas, porque seria interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, uma vez que referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. 7. A vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades. 8. Apelação a que se nega provimento." (TRF1, 1ª Turma, AC 2005.38.00.005481-5, relator Des. Federal Kassio Nunes Marques, publicado no e-DJF1 em 10.12.2012)

Não por outro motivo, este Regional, em situação análoga, já reconheceu a legitimidade ativa do MPF para a propositura de ação civil pública. Veja-se:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SALÁRIO-MATERNIDADE. INDÍGENAS. 1. *Este Tribunal vem reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria previdenciária, à luz do entendimento atualizado do Supremo Tribunal Federal. Hipótese, ademais, em que se discute sobre direito de indígenas de idade inferior a 16 anos, de modo que a legitimidade do Ministério Público Federal decorre do que expressamente dispõem os artigos 129 da CF e 5º e 6º da LC 75/93*. 2. (...)." (AI nº 5001913-31.2010.404.0000/RS, 5ª Turma, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti, DE em 17.12.2010)

Desse modo, afasto a tese de ilegitimidade do MPF aventada no recurso do INSS.

2 Inadequação da via difusa para controle concentrado de constitucionalidade

Igualmente, merece ser desacolhida a alegação de que se mostra inadequada a via difusa para controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, no presente feito, o pedido do MPF não visa à declaração de inconstitucionalidade – em abstrato e com efeito *erga omnes* – de ato normativo, mas tão somente ao afastamento da incidência dos artigos 9º e 11 do Decreto 3.048/99, para que se garanta auxílio-maternidade às adolescentes indígenas grávidas e menores de 16 anos. Logo, está-se diante de questionamento incidental de constitucionalidade.

A propósito, é consabido que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser objeto de análise em sede incidental, notadamente quando se postula a *inaplicação dos seus efeitos concretos*, como é o caso da citada norma previdenciária.

Em verdade, mostra-se possível a utilização da ação civil pública, assim como de qualquer outro instrumento processual, a fim de se obter pronunciamento que declare, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, particularmente quando essa declaração constituir a sua causa de pedir, e não o próprio pedido.

Admite-se, portanto, a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade de 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.

Nada obsta, ainda, o uso de ação civil pública que vise à obtenção de bem jurídico concreto, transindividual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, sob o fundamento de ser inconstitucional o dispositivo legal que estaria impedindo seu gozo.

Nas contrarrazões de apelação (evento 28 do processo originário), consta lição de Nelson Nery Júnior, pertinente ao caso, que utilizo como fundamento para decidir o tópico, *in verbis*:

"(...) O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC, pela LACP.

A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção

do bem da vida tutelado pela CF, pelo CDC ou pela LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração de inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn.

Como a competência para processamento e para julgamento da ADIn é do STF (art. 102, I, *a*), não pode ser feito pedido na ACP de declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Caso isso ocorra, terá havido invasão de competência do STF, cabendo reclamação no Pretório Excelso, cuja competência é do Plenário (RISTF, art. 6º, I, *g*), para que seja preservada essa competência (CF, art. 102, I, *l*, e RISTF 156/162)." (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003. p. 1309)

A pretensão veiculada na presente demanda visa, tão somente, à luz dos demais princípios protetivos, a que seja desconsiderado o limite de idade como requisito necessário à concessão do salário-maternidade às mulheres indígenas. Inexiste na exordial, portanto, impugnação de ato normativo abstrato que corresponda à ineficácia de qualquer diploma legislativo, de modo que deve ser rejeitada esta preliminar.

Mérito

No que tange ao objeto principal da ACP, a sentença de lavra da MMª Juíza Federal Ana Carine Busato Daros Renosto (evento 21 – SENT1 do eProc originário), em razão dos sólidos fundamentos utilizados, deve ser mantida. Reproduzo excerto:

"Pretende o MPF que o INSS desconsidere o critério etário para a análise e a concessão do benefício do salário-maternidade às mulheres indígenas seguradas especiais.

Sobre o tema, assim dispõe a legislação previdenciária:

'Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e as condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Texto alterado pela Lei nº 10.710, de 05.08.2003)'

Como se vê, para fazer jus ao benefício, a autora deve demonstrar a maternidade e a condição de segurada da Previdência Social.

O INSS reconhece que a mulher indígena é qualificada como segurada especial para fins previdenciários, 'desde que não esteja incorporada ao cotidiano urbano de vida ou de trabalho' (evento 06, PET1, fl. 10), porquanto, nesse caso de incorporação, pode estar sujeita a outra qualificação (por exemplo, empregada, empregada doméstica, avulsa, contribuinte individual ou facultativa).

Para a segurada especial, o art. 73, II, estipula:

'Art. 73. Assegurado o valor de um salário mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 05.08.2003)

(...)

II – em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para

a segurada especial; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)'

Tal previsão é complementada pelo art. 93, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, com redação pelo Decreto nº 5.545/05:

'§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29. (Redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005)'

A questão etária que o Ministério Público Federal pretende superar advém da proibição constitucional de 'qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos' (art. 7º, XXXIII, CF/88), razão pela qual não seria possível que a menor indígena de 16 anos estivesse admitida no RGPS como segurada especial e, consequentemente, pudesse receber salário-maternidade.

No entanto, a norma do art. 7º, inciso XXXIII, da CF tem caráter protetivo, visando coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. Não se coaduna, portanto, com a finalidade da lei valer-se dessa regra para negar aos trabalhadores menores direitos previdenciários e trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores maiores de idade.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

'PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – TRABALHADOR RURAL – MENOR DE 14 ANOS – ART. 7º, INC. XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TRABALHO REALIZADO EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR – COMPROVAÇÃO PARCIAL.

– A norma constitucional insculpida no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal tem caráter protecionista, visando coibir o trabalho infantil, não podendo servir, porém, de restrição aos direitos do trabalhador no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários. Tendo sido o trabalho realizado pelo menor de 14 anos, há que se reconhecer o período comprovado para fins de aposentadoria. (...).' (STJ, REsp nº 386.538, 5ª Turma, rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJU, Seção I, de 07.04.2003, p. 310)

'PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. INDÍGENA. TRABALHADORA RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL COMPROVADA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. ART. 7º, XXXIII, DA CF DE 1988. 1. Para fins previdenciários, os trabalhadores rurais indígenas recebem o mesmo tratamento conferido aos trabalhadores rurais boias-frias, devendo o pedido ser analisado e interpretado de maneira *sui generis*, conforme entendimento já sedimentado no âmbito do STJ e ratificado pela recente decisão da sua Primeira Seção, no julgamento do REsp nº 1.321.493-PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149 do STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal. 2. Demonstradas a maternidade, a atividade rural e a qualidade de segurada especial durante o período de carência, tem direito a autora à percepção do salário-maternidade. 3. É incabível a evocação da proibição do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 para indeferir o pedido da autora, ante o caráter protetivo da

norma.' (TRF4, AC 0011850-24.2013.404.9999, Sexta Turma, relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 23.08.2013)

'PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORES INDÍGENAS. REQUISITO ETÁRIO. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AGRAVADA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. Este Tribunal vem reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria previdenciária, à luz do entendimento atualizado do Supremo Tribunal Federal. Hipótese, ademais, em que se discute sobre direito de indígenas de idade inferior a 16 anos, de modo que a legitimidade do Ministério Público Federal decorre do que expressamente dispõem os artigos 129 da CF e 5º e 6º da LC 75/93. 2. A vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividade laboral a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Esse limite etário comporta exceções, especialmente no caso das índias menores de idade, uma vez que a maternidade precoce tem por objetivo manter a própria sobrevivência dos povos indígenas. 3. Hipótese em que o auxílio-maternidade surge de forma distinta para os indígenas, seja pela organização social própria, seja pela sobrevivência da etnia. Logo, o limite convencional de idade precisa ser relevado como forma de conferir efetividade integral ao direito protetivo da criança e de sua mãe, no propósito de conferir interpretação do art. 231 da Carta Federal harmonizada ao contexto multicultural e à dignidade humana da população indígena. 4. Caso em que a possibilidade de concessão de salário-maternidade não tem a intenção de incentivar a concepção precoce ou mesmo estimular o trabalho infantil, do adolescente ou da criança, mas sim garantir o direito à maternidade das índias menores de 16 anos de idade, que se realiza em condições distintas e especiais, merecendo tratamento diferenciado. 5. O entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, comporta exceções, especialmente no caso em tela, na medida em que o indeferimento dos pedidos de salário-maternidade requeridos pelas mães adolescentes indígenas não se restringe às agências do INSS localizadas na Capital, mas atinge a totalidade do Estado de Santa Catarina. Caso de presunção de que a ocorrência de concentração dos povos indígenas se dê em maior número nas regiões localizadas no interior daquele estado, de forma que limitar os efeitos da decisão à subseção judiciária do órgão prolator da sentença certamente causará um 'esvaziamento' muito grande da proteção buscada com a presente ação.' (TRF4, AC 5010723-55.2012.404.7200, Quinta Turma, relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17.09.2013)

Dessa forma, entendo que deve ser dado provimento ao pedido, para que o INSS se abstenha de considerar o critério etário para indeferimento do benefício de salário-maternidade às seguradas especiais indígenas. (...)."

A despeito de tais fundamentos, cabe aqui tecer mais algumas considerações sobre a proteção legislativa aos indígenas.

Pois bem. Com a edição de legislação de tutela (o Estatuto do Índio – Lei 6.001/73) e, principalmente, com a Constituição de 1988, houve a consagração do respeito aos povos tradicionais, com uma conquista

de bases orientadoras para uma nova história. Nesse norte, a edição da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, ratificada pelo Brasil em 2002, provoca uma mudança de paradigmas quanto ao respeito, à preservação e à inserção social igualitária dos povos tradicionais.

O aludido diploma internacional elenca três espécies de normas que se podem invocar para a tutela do trabalho indígena, a saber, as de diretrizes políticas, as de proteção ao trabalho e as de seguridade e saúde. Nesse cabedal, como principais garantias asseguradas aos povos tradicionais, importa, para o caso em exame, a compreensão dos seguintes dispositivos:

1) gozo pleno dos direitos humanos e fundamentais, sem obstáculos nem discriminação (art. 3º, 1);

2) aplicação das disposições da própria Convenção 169 com reconhecimento e proteção dos valores e das práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprias dos povos tradicionais, com respeito à integridade desses valores, práticas e instituições e adoção, com a sua participação e cooperação, de medidas voltadas a aliviar dificuldades que possam ser experimentadas ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho (art. 5º);

3) *direito à não discriminação* (acesso ao emprego, isonomia salarial, assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, *seguridade social*, habitação e direito de associação – art. 20, 2).

Já do Estatuto do Índio colhem-se, dentre outras, as seguintes regras: direito de não discriminação e *direito de gozo* pleno dos direitos trabalhistas *e previdenciários* – art. 14.

Registre-se que coube à Constituição da República garantir, ainda, o direito de acesso à justiça aos índios, às suas comunidades e às suas organizações, com a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

Assim, ao cotejar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais com a Declaração das Nações Unidas, a Constituição e o Estatuto do Índio – Lei 6.001/73, é possível extrair um núcleo básico de proteção social ao trabalho indígena contendo, dentre outras garantias, o direito à não discriminação (direitos trabalhistas e previdenciários em igualdade de condições com não índios e igualdade de oportunidades

entre homens e mulheres indígenas e mais desdobramentos quanto a acesso ao emprego, isonomia salarial, assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, seguridade social, habitação e direito de associação).

Logo, a proteção previdenciária, também, impõe-se aos indígenas.

No caso em exame, a questão etária posta pelo INSS e que o Ministério Público Federal quer ver superada tem origem na interpretação que se dá ao art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, que veda qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz. Logo, de acordo com essa lógica, a mulher indígena com idade inferior a 16 anos não poderia ser enquadrada no RGPS como segurada especial.

Efetivamente, o limite mínimo de idade para que alguém possa trabalhar é garantia constitucional em prol da criança e do adolescente, vale dizer, norma protetiva estabelecida na legislação trabalhista e previdenciária.

No entanto, aludida regra, editada para proteger pessoas com idade inferior a 16 anos, não pode prejudicá-las naqueles casos em que, não obstante a proibição constitucional, efetivamente trabalharam.

A história constitucional brasileira demonstra que o trabalho já foi permitido a partir dos 12 (doze) anos, depois a partir dos 14 (catorze) anos, e, após a EC nº 20/1998, a partir dos 16 (dezesseis) anos, salvo, a partir dos 14 (catorze), na condição de aprendiz.

É certo que as normas constitucionais anteriores à EC nº 20/1998 reconheciam a realidade do trabalhador brasileiro, principalmente das áreas rurais, que desde cedo labutava na lavoura, ao lado de seus pais.

Embora a idade mínima para o trabalho tenha sido alterada pela Constituição, é público e notório que a realidade pouco mudou, apesar dos avanços socioeconômicos do país.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o assunto, posicionando-se desta forma:

"ACIDENTE DO TRABALHO. SEGURO OBRIGATÓRIO ESTABELECIDO NO ART. 165-XVI DA CONSTITUIÇÃO: ALCANCE. CONTRATO LABORAL COM AFRONTA À PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO DO MENOR DE DOZE ANOS. *Menor de doze anos que prestava serviços a um empregador, sob a dependência deste, e mediante salário. Tendo sofrido o acidente de trabalho, faz jus ao seguro próprio. Não obsta ao benefício a regra do art. 165-X da Carta da República, que foi inscrita na lista das garantias dos trabalhadores em proveito destes, não em seu detrimento*.

Recursos extraordinários conhecidos e providos." (STF, RE 104.654-6/SP, 2ª Turma, rel. Min. Francisco Rezek, julgado unânime em 11.03.86, DJ 25.04.86, p. 6.514)

Do voto do ilustre ministro relator, extrai-se:

"Está claro, ainda, que a regra do inciso X do mesmo dispositivo constitucional – proibindo qualquer trabalho ao menor de doze anos – foi inscrita na lista das garantias dos trabalhadores em proveito destes, e não em seu detrimento. Não me parece, assim, razoável o entendimento da origem, que invoca justamente uma norma voltada para a melhoria da condição social do trabalhador, e faz dela a premissa de uma conclusão que contraria o interesse de seu beneficiário, como que a prover nova espécie de ilustração para a secular ironia *summum jus, summa injuria*."

Vale anotar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente reconhecendo, para fins previdenciários, o tempo de serviço rural desempenhado antes da idade mínima constitucionalmente imposta, como se constata, apenas a título de exemplo, das decisões assim ementadas:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. MENOR DE 12 ANOS. LEI Nº 8.213/91, ART. 11, INCISO VII. PRECEDENTES. SÚMULA 07/STJ. 1 – *Demonstrado o exercício da atividade rural do menor de doze anos, em regime de economia familiar, o tempo de serviço é de ser reconhecido para fins previdenciários, porquanto as normas que proíbem o trabalho do menor foram editadas para protegê-lo, e não para prejudicá-lo*. Precedentes. 2 – Recurso especial conhecido." (STJ, RE 331.568/RS, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado unânime em 23.10.2001, DJ 12.11.2001)

"PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR AOS 14 ANOS DE IDADE – POSSIBILIDADE – NORMA CONSTITUCIONAL DE CARÁTER PROTECIONISTA – IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS DO TRABALHADOR – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – ART. 255 E PARÁGRAFOS DO RISTJ. – *Desde que comprovada atividade rural por menor de 12 (doze) anos de idade, impõe-se o seu reconhecimento para fins previdenciários*. Precedentes. – A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar o dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via especial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, bem como juntadas certidões ou cópias integrais dos julgados paradigmas. – Inteligência do art. 255 e seus parágrafos do RISTJ. – Precedentes desta Corte. – Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (STJ, RE 396.338/RS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado unânime em 02.04.2002, DJ 22.04.2002)

Nessa quadra, sob pena de se estabelecer uma discriminação à mulher indígena impúbere, deve ser afastado o requisito etário configurador da especialidade do segurado.

A propósito, a Terceira Seção desta Corte, também, já se posicionou sobre o assunto:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. BENEFÍCIO REQUERIDO POR INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS. PROCESSAMENTO PELO INSS. OBRIGATORIEDADE. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DOS EFEITOS DA DECISÃO. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Comprovado o exercício da atividade rural em período em que a autora ainda não contava 16 anos de idade (art. 7º, inc. XXXIII, da CF), é de ser reconhecido, para fins previdenciários, o tempo de serviço respectivo, uma vez que não podem ser prejudicados em seus direitos trabalhistas e previdenciários os menores de idade que exerçam efetivamente atividade laboral, ainda que contrariamente à Constituição e à lei no tocante à idade mínima permitida para o referido trabalho, porquanto a norma editada para proteger o menor não pode prejudicá-lo naqueles casos em que, não obstante a proibição constitucional, efetivamente trabalhou. Precedentes do STF e do STJ. 2. Consagrada orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que não pode deixar de ser adotada aos trabalhadores indígenas, sob pena de estabelecer uma discriminação injustificada em detrimento de grupo social constitucionalmente protegido. 3. O alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (REsp 1.243.887/PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12.12.2011). 4. Orientação jurisprudencial que desafiaria a atribuição de efeitos nacionais à decisão, tendo em conta a extensão do dano e a natureza da demanda (que objetiva compelir a autarquia previdenciária a receber e processar os pedidos de salário-maternidade das trabalhadoras indígenas menores de 16 anos, sem opor-lhes tal condição como fundamento para indeferimento do pedido). No entanto, considerando os limites do pedido formulado na petição inicial, os efeitos da presente ação civil pública ficam restritos ao território do Estado de Santa Catarina." (TRF4, Embargos Infringentes nº 5010723-55.2012.404.7200, 3ª Seção, Des. Federal Celso Kipper, por maioria, juntado aos autos em 15.05.2014)

No mesmo sentido, acórdão da Sexta Turma desta Corte:

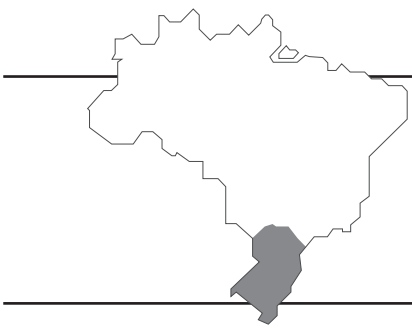
"PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA MENOR DE IDADE. CABIMENTO. ART. 7º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CUSTAS. 1. Demonstradas a maternidade e a qualidade de segurada, há que ser deferido o salário-maternidade, desde o requerimento administrativo, independentemente de idade. É incabível a evocação da proibição do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal para indeferir o pedido da autora, ante o caráter protetivo da norma. 2. A correção monetária deve ser calculada pelo IGP-DI, à luz da Lei nº 9.711/98, devendo incidir desde o vencimento de cada parcela. 3. Juros de mora de 1% ao mês (EREsp nº 207.992/CE), a contar da citação. 4. Versando a causa sobre o benefício de salário-maternidade, os honorários devem corresponder a R$ 260,00, sob pena de estar-se aviltando a remuneração do profissional que atuou na causa. 5. O INSS está isento de custas quando demandado na Justiça Federal." (TRF 4ª Região, AC nº 2001.71.08.004977-9/RS, 6ª Turma, DJU, Seção 2, de 30.03.2005)

Cabe enfatizar, ademais, que a concessão do benefício de salário-maternidade não constitui óbice ao desenvolvimento ou à exteriorização da cultura indígena.

Assim, comprovada a maternidade e a qualidade de segurada especial da mulher indígena durante o período de carência, deve ser concedido o benefício de salário-maternidade.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.



DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL EM AC Nº 2000.71.00.041637-3/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Agravante: Nara Elena Dante Diniz
Advogado: Dr. Adilson Machado
Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Ricardo Gonçalez Tavares
Dr. Clovis Konflanz

EMENTA

Decisão da Vice-Presidência. Recurso excepcional. Negativa de seguimento ou sobrestamento. Agravo interno.

O novo Código de Processo Civil prevê a figura do agravo interno para a decisão do Vice-Presidente que nega seguimento ou determina sobrestamento aos recursos especial e/ou extraordinário.

Agravo regimental conhecido como agravo interno, com base no art. 1.021, combinado com o § 2º do art. 1.030, do CPC/15.

Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de junho de 2016.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Trata-se de agravo interno oposto por Nara Elena Dante Diniz contra decisão desta Vice-Presidência em que declarado prejudicado recurso especial da ora recorrente, com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC/1973 e na aplicação do Tema STJ nº 572.

Busca a agravante o processamento do recurso especial, sustentando, em suma, que, ademais do Tema 572, outras questões foram suscitadas em sede de recurso especial, sem que houvesse manifestação a respeito. Manifesta-se a agravante acerca do mérito da questão.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Primeiramente, cabe referir que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), atualmente em vigor, prevê, no art. 1.021, o cabimento de agravo interno das decisões proferidas pelo relator, nos seguintes termos:

"Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade

da justiça, que farão o pagamento ao final."

Por sua vez, o art. 1.030 do Código de Processo Civil/2015, com a redação conferida pela Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, dispõe o seguinte:

"Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo de controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021."

O novo Código de Processo Civil prevê a figura do agravo interno para a decisão do Vice-Presidente que nega seguimento ou determina sobrestamento aos recursos especial e/ou extraordinário.

Assim, recebo o agravo interposto como agravo interno, com base no art. 1.021, combinado com o § 2º do art. 1.030, do CPC/15.

Quanto ao mais, impende considerar que a decisão agravada, fls. 865 e verso, complementa as decisões das fls. 852-855v e 861 e verso, de

forma que a integralidade das questões suscitadas em recurso especial foram consideradas.

Não obstante, verifica-se que o agravante discorre sobre o mérito da questão controvertida, o que se revela descabido neste momento, na medida em que o Vice-Presidente do Tribunal recorrido está adstrito, nos termos do inc. I do art. 1.030 do CPC, a negar seguimento a recurso especial contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. A norma processual determina, nesse caso, a decisão de negativa de seguimento, não se tratando de faculdade, mas de imposição legal.

Nesse contexto, uma vez publicada a decisão que pacificou o entendimento a respeito da controvérsia trazida nas razões recursais, sob a sistemática prevista no art. 1.036 do CPC, impõe-se a negativa de seguimento do recurso especial pelo Vice-Presidente.

Impende ressaltar que não cabe aqui rediscutir os termos do acórdão do STJ no recurso paradigma, devendo esta Corte limitar-se a verificar a adequação entre o julgado do Regional e o decidido nos representativos de controvérsia.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo interno.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019381-82.2014.4.04.7205/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti

Apelantes: Ministério Público Federal
União – Fazenda Nacional
Apelados: Os mesmos

EMENTA

Ação civil pública. Direito coletivo. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Competência do juízo. Efeitos da sentença. Endereço do devedor para efeito de comunicação prévia à inscrição no Cadin.

1. Em se tratando de direito coletivo *stricto sensu*, transindividual, é competente para a ação civil pública o juízo do local onde ocorreu ou possa ocorrer o dano, beneficiando a sentença que for proferida toda a categoria que titulariza esse direito, afastada a limitação do art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985.

2. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa do direito (coletivo *stricto sensu*, transindividual) dos devedores da administração pública federal, direta e indireta, passíveis de inscrição no Cadin nos termos da Lei nº 10.522, de 2002.

3. Os órgãos públicos indicados no § 4º do artigo 2º da Lei nº 10.522, de 2002, podem encaminhar a notificação prévia à inscrição no Cadin para o endereço do devedor constante do cadastro da Receita Federal do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, *dar provimento* à apelação da União e *negar provimento* à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de março de 2016.

Des. Federal *Rômulo Pizzolatti*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União (Fazenda Nacional), objetivando a condenação da demandada em obrigação de fazer, qual seja, "efetuar as inscrições de devedores no Cadin de acordo com os preceitos da Lei nº 10.522/2002, para que a comunicação prévia acerca da existência de débito passível de inclusão no cadastro seja expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito".

Ao final, a juíza da causa julgou *procedente em parte* a demanda, para determinar que a União, nos atos de competência da Fazenda Nacional, proceda à comunicação prévia acerca da existência de débito passível de inclusão no Cadin por via postal ou telegráfica, conforme os ditames da Lei nº 10.522, de 2002, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito. Deixou de fixar honorários advocatícios na demanda, em razão do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que, "em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*".

Interpostos embargos de declaração pela União, estes foram acolhidos para sanar omissão na parte dispositiva da sentença referente à abrangência do julgado, que passou a constar com a seguinte redação:

> "Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO (CPC, art. 269, I), para, ante a ilegalidade da Portaria nº 810/2009, determinar que a UNIÃO, nos atos de competência da Fazenda Nacional e relativamente aos municípios que compõem a Subseção Judiciária de Blumenau, proceda à comunicação prévia acerca da existência de débito passível de inclusão no Cadin por via postal ou telegráfica, conforme os ditames da Lei nº 10.522/2002, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, conforme a fundamentação.
>
> Deixo de fixar honorários, conforme fundamentação.
>
> (...)"

Em suas razões recursais (evento 27, APELACAO1), o Ministério Público Federal defende, em síntese, que não há, no caso concreto, fundamento para a aplicação da limitação territorial do julgado para os municípios que compõem a Subseção Judiciária de Blumenau/SC. Alega que o direito postulado na presente ação caracteriza, claramente,

uma hipótese de direito coletivo, na forma prevista no art. 81, II, do CDC, porquanto os titulares do direito são indeterminados, mas determináveis, pertencentes a um grupo (devedores) que se liga com o sujeito passivo por uma relação jurídica básica (inadimplência perante a Fazenda Nacional), e que, dessa forma, a omissão dos réus em cumprir a Lei nº 10.522, no que toca ao endereço de comunicação do devedor acerca de sua inscrição no Cadin, atinge todos os devedores de forma indistinta e em todas as localidades do país – pela própria natureza do direito violado. Destaca que, em sede de direitos coletivos, a própria natureza indivisível do direito impede essa limitação.

A União, por sua vez, apresentou recurso de apelação (evento 34, APELACAO1) sustentando, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo (em razão da pretensão do MPF de estender a decisão para todo o território nacional) e a ilegitimidade ativa, por tratar a presente demanda de interesse nitidamente individual, e não transindividual. No mérito, defende que o endereço vinculado ao CPF é fornecido pelo próprio contribuinte, constituindo seu domicílio fiscal, e que a atualização cadastral é uma obrigação tributária acessória a ser cumprida pelo contribuinte cada vez que mudar de endereço. Transcreve a fundamentação constante da informação PGFN/CDA nº 27, de 2012, elaborada como resposta à recomendação do MPF, e sintetiza que

"a disciplina da notificação ao devedor da inscrição do débito em DAU e de seu nome no Cadin para a RFB, a PGFN e a PGF é diversa dos demais órgãos da administração. Assim é porque a mesma notificação que serve para dar ciência da inscrição do débito em DAU também serve para comunicar o contribuinte da inscrição de seu nome no Cadin. Com efeito, o envio da notificação ao contribuinte, neste caso, não se dá no endereço que deu origem à dívida, mas no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte e informado à administração tributária."

Requer a reforma da sentença recorrida, a fim de que seja reconhecida a legalidade do art. 3º da Portaria PGFN nº 810, de 2009.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação do autor e pelo desprovimento do recurso da União.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti:

Preliminar: incompetência do juízo e limitação territorial do julgado

Sustenta a União a incompetência absoluta do juízo, em razão da pretensão do MPF de estender a decisão para todo o território nacional. Aduz que se equivocou o Ministério Público Federal ao propor em Blumenau/SC a presente ação civil pública, uma vez que, pela amplitude dos efeitos por ele buscados, a competência para o processamento do feito é do foro do Distrito Federal ou de uma das varas federais da Subseção Judiciária de Florianópolis.

Por sua vez, o Ministério Público Federal defende que a conduta ilegal adotada pela Fazenda Nacional atinge todos os seus devedores, independentemente do local onde se encontrem, devendo ser afastada a limitação territorial da eficácia da sentença.

Ora, tratando-se aqui de discussão a respeito de direito coletivo *stricto sensu*, transindividual, respeitante a toda a categoria dos devedores da administração pública federal, direta e indireta, passíveis de inscrição no Cadin por força da Lei nº 10.522, de 2002, a ação pode ser proposta em qualquer juízo em cujo território tenha ocorrido ou possa ocorrer o dano, com efeitos *erga omnes*. As alegações da União seriam adequadas àquelas situações em que se discutem direitos individuais homogêneos, caso em que se faz distinção entre danos de âmbito local, nacional ou regional (Lei nº 8.078, de 1990, art. 93, incluso no Cap. II – Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos), mas não é esse, evidentemente, o caso dos autos. Do mesmo modo, tratando-se, pois, de direito coletivo *stricto sensu*, transindividual, é descabido limitar os efeitos da decisão a apenas uma parte da categoria, devendo o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 1985, interpretado inteligentemente, ser aplicado apenas aos casos de direitos individuais homogêneos. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TUTELANDO MUTUÁRIOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO EM 'SÉRIE GRADIENTE'. LEGALIDADE. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COMPATIBILIDADE RECONHECIDA. CRIAÇÃO DE CONTA

APARTADA PARA DESTINAÇÃO DOS VALORES NÃO AMORTIZADOS A FIM DE EVITAR ANATOCISMO. EFICÁCIA *ERGA OMNES* DA SENTENÇA CIVIL. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985. NATUREZA DO DIREITO TUTELADO. INCIDÊNCIA NAS AÇÕES CUJO OBJETO SEJAM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXAME MERITÓRIO PELO STJ EM SEDE RECURSAL. ALTERAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para propor ação civil pública com a finalidade de defender interesses coletivos e individuais homogêneos dos mutuários do Sistema Financeiro de Habitação. Precedentes.

2. O STJ já reconheceu a legalidade do sistema de amortização em 'série gradiente' e sua compatibilidade com a cláusula contratual que estabelece o plano de equivalência salarial como fórmula de reajuste das operações. Precedentes.

3. A jurisprudência do STJ tem admitido que o valor devido a título de juros não amortizado pelo pagamento da prestação seja reservado em uma conta apartada, sobre a qual incida apenas correção monetária, com o objetivo de se evitar o anatocismo.

4. Estando em pleno vigor o art. 16 da LACP, que restringe o alcance subjetivo da sentença civil, e atuando o julgador nos limites do direito posto, cabe-lhe, mediante interpretação sistêmica, encontrar hipótese para sua incidência.

5. O caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos stricto sensu *conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão.*

6. O art. 16 da LACP encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos.

7. Dado o caráter de subsidiariedade das normas do CDC em relação às ações civis públicas, revelado pela redação do art. 21 da LACP, o legislador, ao editar a Lei nº 9.494/1997, não se preocupou em modificar o art. 103 do CDC.

8. O efeito substitutivo do art. 512 do CPC, decorrente do exame meritório do recurso especial, não tem o condão de modificar os limites subjetivos da causa, sob pena de criação de novo interesse recursal.

9. Recurso especial parcialmente provido." (*Recurso Especial nº 1.114.035/PR*, 3ª Turma, rel. p/ o acórdão Min. João Otávio Noronha, DJe de 23.10.2014; destacou-se)

Dessarte, é de se rejeitar a preliminar de incompetência do juízo, apresentada pela União, e afastar a incidência da limitação do art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985.

Preliminar: ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal

A discussão respeita a toda a *categoria dos devedores da administração pública federal, direta e indireta, passíveis de inscrição no Cadin, na forma da Lei nº 10.522, de 2002*, sem qualquer distinção

entre eles. O direito defendido é, portanto, *coletivo* stricto sensu*, transindividual* (e não *individual* homogêneo, tutelável coletivamente). Em caso assim, o Ministério Público Federal tem plena legitimidade para a demanda, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal e dos artigos 1º, IV, e 5º, I, da Lei nº 7.347, de 1985. Tal orientação já foi estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado assim sintetizado:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENCARGOS DE ENERGIA ELÉTRICA. 'SEGURO-APAGÃO'. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.

1. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da Constituição Federal, dos arts. 81 e 82 do CDC e do art. 1º da Lei nº 7.347/85, é legitimado a promover ação civil pública na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos consumidores de energia elétrica.

2. Deveras, restou assentado nesta e. Corte que os encargos tarifários de capacidade emergencial – conhecidos também como seguro-apagão –, criados pela Medida Provisória nº 14, de 21.12.2001, convertida na Lei nº 10.438, de 26.04.2002, têm natureza de preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não tributário. Precedente: REsp nº 692.550/RS, DJ 21.03.2005.

3. A remuneração dos serviços prestados pelas empresas concessionárias de serviços públicos tem natureza jurídica de preço público, sendo regida por normas atinentes ao direito privado.

4. Sobressai da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli que: 'Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada que une todo o grupo. Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A ação civil pública que visa à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum' (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-53).

5. Declarada a ilegalidade da exação dos encargos tarifários, esta será a mesma para todo o grupo de consumidores, independentemente da quantia de consumo de cada um

deles (interesse coletivo, indivisível). Hipótese diversa seria a pretensão de restituição das parcelas pagas indevidamente, porquanto individualizada de acordo com o consumo de cada consumidor, de sorte que teríamos interesses individuais homogêneos, porquanto divisíveis.

6. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao tribunal de origem para que, afastado o fundamento de ilegitimidade do Ministério Público Federal, proceda a novo julgamento." (REsp 799.669/RJ, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 18.02.2008, p. 25; destacou-se)

Rejeita-se, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal.

Mérito da causa

A discussão posta nos autos respeita a possível conflito entre a norma do § 3º do artigo 2º da Lei nº 10.522, de 2002, e a norma do *caput* do artigo 3º da Portaria PGFN nº 810, de 2009, as quais dispõem sobre o endereço onde deve ser notificado o devedor previamente à sua inscrição no Cadin. Transcrevo os textos pertinentes, para melhor compreensão:

Lei nº 10.522, de 2002:

"Art. 2º O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que:

I – sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta;

II – estejam com a inscrição nos cadastros indicados, do Ministério da Fazenda, em uma das seguintes situações:

a) suspensa ou cancelada no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;

b) declarada inapta perante o Cadastro Geral de Contribuintes – CGC.

§ 1º Os órgãos e as entidades a que se refere o inciso I procederão, segundo normas próprias e sob sua exclusiva responsabilidade, às inclusões, no Cadin, de pessoas físicas ou jurídicas que se enquadrem nas hipóteses previstas neste artigo.

§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.

§ 3º Tratando-se de comunicação expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, considerar-se-á entregue após 15 (quinze) dias da respectiva expedição.

§ 4º A notificação expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou pela Procuradoria-Geral Federal dando conhecimento ao devedor da existência do débito ou da sua inscrição em Dívida Ativa atenderá ao disposto no § 2º deste artigo."

Portaria PGFN nº 810, de 2009:

"Art. 3º Para fins de inclusão no Cadin, o devedor e o corresponsável deverão ser pre-

viamente comunicados, pela unidade local da Procuradoria da Fazenda Nacional, por via postal, no endereço constante de seu cadastro na Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

§ 1º Considera-se recebida a comunicação de que trata o *caput* 15 (quinze) dias após a data de sua expedição.

§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor ou corresponsável acerca da existência de dívida passível de inscrição naquele cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.

§ 3º O corresponsável somente será inscrito no Cadin nos casos em que seu nome constar da Certidão de Dívida Ativa da União.

Parágrafo único. Nos casos de dívidas previdenciárias, a inscrição do devedor e do corresponsável constantes na Certidão de Dívida Ativa da União deverá ser precedida da atualização das informações registradas no aplicativo Dívida Previdenciária."

Confrontados esses dispositivos, verifica-se que o conflito entre eles é apenas aparente, uma vez que o § 4º do artigo 2º da Lei nº 10.522, de 2002, submete as notificações expedidas pela SRFB, pela PGFN e pela Procuradoria-Geral Federal ao disposto no seu § 2º, mas não ao disposto no § 3º.

A distinção é perfeitamente compreensível, visto que os órgãos excepcionados pelo § 4º do art. 2º da Lei nº 10.522, de 2002, à regra específica do § 3º do mesmo artigo têm acesso direto ao cadastro e ao endereço atualizado dos devedores na Secretaria da Receita Federal, sendo mais conveniente e seguro para uns e outros (órgãos públicos e devedores) que as notificações sejam encaminhadas para o último endereço indicado pelo devedor, constante do seu cadastro na SRFB, endereço onde ele com maior probabilidade deverá ser encontrado.

A entender-se diferentemente, restaria perfeitamente inútil o disposto no § 4º do artigo 2º da Lei nº 10.522, de 2002. Sua finalidade é dar tratamento distinto às notificações promovidas pelos órgãos nele mencionados.

O equívoco da decisão apelada deveu-se, justamente, ao fato de, ao confrontar os textos pertinentes (da Lei nº 10.522, de 2002, e da Portaria PGFN nº 810, de 2009), haver por lapso deixado de fora o § 4º do art. 2º da Lei nº 10.522, o que alterou completamente o resultado do processo interpretativo.

Impõe-se, pois, *rejeitar* a demanda.

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação da União e *negar provimento* à apelação do Ministério Público Federal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5021485-60.2016.4.04.0000/PR

Relatora: A Exma. Sra. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

Agravante: União – Advocacia-Geral da União
Agravado: Giocondo Cezar Cabral
Advogado: Dr. Thiago Paiva dos Santos
Interessada: Emese Takács
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Questão de ordem. Poderes do relator. Referendo pelo colegiado de decisão monocrática sobre efeito suspensivo em agravo de instrumento. Possibilidade excepcional. Ação popular que questiona concessão de nacionalidade brasileira por naturalização a cidadã húngara. Existência de relevantes indícios de fraude à legislação brasileira. Manutenção da liminar deferida na ação popular. Não referendo da decisão do relator.

1 – A lei processual prevê que é possível ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (artigo 1.019, I, do CPC-2015). Esses poderes diretivos e cautelares, em princípio, foram atribuídos ao relator do recurso (incisos I e II do artigo 932 do CPC-2015). No agravo de instrumento, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (artigo 1.019, I, do CPC-2015), desde que presentes estes requisitos: (a) existir risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação decorrente da imediata produção dos efeitos da decisão; (b) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (artigo 995, parágrafo único, do CPC-2015). Para a turma julgadora, ficam reservados o julgamento do mérito do agravo de instrumento (artigos 1.019, II, e 1.020 do CPC-2015) e de eventual agravo interno (artigo 1.021, § 2º, do CPC-2015). Em ambas as hipóteses, é necessário prévio contraditório (contrarrazões pelo agravado).

2 – Entretanto, em situações excepcionalíssimas, o relator pode

submeter a matéria monocrática ao referendo da turma, especialmente em questões graves, urgentes e relevantes. Estamos diante de situação dessa espécie, já que o agravo de instrumento envolve liminar em ação popular com repercussão sobre a composição da equipe brasileira de esgrima que representará o país nos Jogos Olímpicos de 2016.

3 – Examinando-se os requisitos para atribuição de efeito suspensivo no agravo de instrumento, percebe-se que, nesta ação popular, o risco de dano grave de difícil ou impossível reparação ganha dimensão quase dramática, porque se trata de decidir entre manter a situação fática anterior ao deferimento da liminar na ação popular (permitindo à cidadã húngara naturalizada brasileira representar o Brasil nos Jogos Olímpicos de 2016) ou restabelecer a liminar que suspendia, por fortes indícios de fraude e ilegalidade, aquela naturalização (permitindo então à cidadã brasileira treinada pelo autor popular integrar a delegação olímpica em lugar da primeira).

4 – Embora o ato de naturalização estabeleça forte presunção em favor da ré-naturalizada, diante do contexto probatório até agora evidenciado na ação popular, não parece que essa mera presunção fosse suficiente para impedir que o ato de naturalização fosse discutido na via judicial apropriada, inclusive com recurso à tutela cautelar, de urgência ou provisória pertinentes. É que se trata de ato administrativo, submetido aos princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição, com requisitos constitucionais e legais próprios (artigo 12 da Constituição; Lei 6.815/80) e passível de controle jurisdicional inafastável (artigo 5º, XXXV, da Constituição), inclusive em tempo célere (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição e artigos 294 e seguintes do CPC-2015).

5 – Embora não se possa afastar de plano o preenchimento do requisito relativo ao casamento da estrangeira com cônjuge brasileiro (artigo 113, I e parágrafo único, da Lei 6.815/80) para redução do prazo de residência em território nacional para a naturalização, é imperioso que tenha sido cumprido aquele prazo mínimo de domicílio contínuo para que a naturalização pudesse ser concedida (artigos 112, III, e 113, I, da Lei 6.815/80).

6 – Existem indícios concretos e robustos de que teria havido vício flagrante na concessão da nacionalidade brasileira por naturalização à cidadã húngara, porque não parece tenha tido domicílio contínuo no

Brasil no período imediatamente anterior ao pedido de naturalização e porque deixaram de ser considerados requisitos vinculados no exame feito pela autoridade administrativa brasileira responsável pelo exame do pedido.

7 – Portanto, a medida liminar da ação popular deve ser restabelecida porque: (a) ainda que não se tenha citação, defesa e contrarrazões da ré-naturalizada, a União exerceu contraditório e ampla defesa, e documentos ou fatos novos que a ré-naturalizada trouxer aos autos poderão ser imediatamente considerados pelo juízo de origem ou pela relatora, assegurando-se seus direitos e reexaminando-se a liminar; (b) existem robustos elementos probatórios apontando para a ocorrência de fraude na concessão da nacionalidade brasileira por naturalização à ré-naturalizada pela não comprovação de tempo mínimo de um ano de residência "contínua" no Brasil, em período "imediatamente" anterior ao pedido de naturalização; (c) os direitos e os interesses representados pelo autor popular são relevantes e podem ser veiculados por ação popular, seja porque o desporto é constitucionalmente disciplinado e protegido (artigo 217 da CF), seja porque a atuação administrativa é vinculada e deve respeito à legislação vigente (artigo 37, *caput*, da CF), seja porque o controle jurisdicional é inafastável inclusive quanto à tutela provisória e de urgência (artigo 5º, XXXV e LXXVIII, da CF); (d) a intervenção judicial é urgente e necessária no caso presente, havendo risco de prejuízos graves e de difícil reparação tanto pelo deferimento quanto no indeferimento da medida liminar na ação popular, devendo então a tutela provisória ser apreciada com base nos elementos de prova até agora existentes nos autos, protegendo-se cautelarmente aquele que parece (disparado) ser o melhor direito, que é a posição material defendida pelo autor popular, em detrimento do interesse aparentemente privado da ré-naturalizada; (e) as ressalvas quanto ao alcance da medida liminar (cassando a naturalização por completo) podem ser resolvidas pelo juízo ou pelo relator, adequando-se e limitando-se a tutela de urgência apenas àquilo que interessa neste momento ao autor popular (restringir o direito da ré-naturalizada de representar o país em competições esportivas internacionais até que resolvida a ação popular, considerando-se as dúvidas lançadas sobre o processo de naturalização).

8 – Manutenção da decisão do juízo de origem, que deferiu medida liminar na ação popular. Não referendo da decisão inicial da relatora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencida a relatora, *não referendar a decisão inicial da relatora, mantendo a decisão do juízo de origem que deferiu a medida liminar na ação popular*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de julho de 2016.

Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Junior*, Relator para o acórdão.

QUESTÃO DE ORDEM

A Exma. Sra. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha: Em decisão monocrática (evento 3), deferi o pedido de antecipação de tutela recursal, para restabelecer os efeitos da Portaria nº 57, de 14.04.2015, publicada no DOU de 16.04.2015, na parte em que concedeu nacionalidade brasileira por naturalização a Emese Takács, nos seguintes termos:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em ação popular, nos seguintes termos:

'*1*. Nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei nº 4.717/65, a ação popular deverá ser proposta 'contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, *contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado*, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo'.

Além disso, o art. 7º, III, da referida lei estabelece que o responsável pelo ato impugnado deverá ser citado para integrar o contraditório.

Assim, deverá figurar no polo passivo desta ação popular o Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, que foi a autoridade que publicou a Portaria nº 57/2015 (ev1, port6), motivo por que a parte-autora deverá requerer sua inclusão.

Intime-se. Prazo: 15 (quinze) dias.

2. Não obstante, no evento 8, a União aponte a incompetência deste juízo para processo e julgamento da presente ação popular, o fato é que o ato contra o qual esta ação se direciona (ato de naturalização de Emese Takács, concretizado por meio da Portaria nº 57/2015 – ev1, port6) foi proferido pelo Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, autoridade vinculada ao Ministério da Justiça, sendo, por conseguinte, ato da União.

Logo, diante do que preconizam os arts. 5º, § 1º, e 22 da Lei nº 4.717/65, a regra de competência territorial a ser obedecida é a do art. 51, parágrafo único, do NCPC, que consigna que, 'se a União for a demandada, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal'.

Assim, sendo de competência da Justiça Federal a apreciação desta ação popular (pois o ato combatido vincula-se à União), a regra de competência territorial prevista no art. 51, parágrafo único, do NCPC possibilita que a ação permaneça sob jurisdição do juízo da Subseção Judiciária de Curitiba, já que é aqui o domicílio do autor (ev1, proc2).

Nesse sentido:

'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO BNDES, QUE, POR DISCIPLINA LEGAL, EQUIPARA-SE A ATO DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, § 1º, DA LEI 4.717/65. APLICAÇÃO DOS ARTS. 99, I, DO CPC E 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*.

1. Debate-se a respeito da competência para julgamento de ação popular proposta contra o presidente do Sistema BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, empresa pública federal. Não se questiona, portanto, a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, mas busca-se a fixação da seção judiciária competente, se a do Rio de Janeiro (suscitante) ou a de Brasília (suscitada).

2. 'O art. 5º da referida norma legal [Lei 4.717/65] determina que a competência para processamento e julgamento da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado. Assim, caberá à Justiça Federal apreciar a controvérsia se houver interesse da União, e à Justiça Estadual se o interesse for dos estados ou dos municípios. A citada Lei 4.717/65, entretanto, em nenhum momento fixa o foro em que a ação popular deve ser ajuizada, dispondo, apenas, em seu art. 22, serem aplicáveis as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da lei nem a natureza específica da ação. Portanto, para se fixar o foro competente para apreciar a ação em comento, mostra-se necessário considerar o objetivo maior da ação popular, isto é, o que esse instrumento previsto na Carta Magna e colocado à disposição do cidadão visa proporcionar' (CC 47.950/DF, rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJU de 07.05.07).

3. Partindo da análise da importância da ação popular como meio constitucional posto à disposição 'de qualquer cidadão' para defesa dos interesses previstos no inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal/88, concluiu a Primeira Seção desta Corte pela impossibilidade de impor restrições ao exercício desse direito, terminando por fixar a competência para seu conhecimento consoante as normas disciplinadas no Código de Processo Civil em combinação com as disposições constitucionais.

4. Ato de presidente de empresa pública federal equipara-se, por disciplina legal (Lei 4.717/65, art. 5º, § 1º), a ato da União, resultando competente para conhecimento e julgamento da ação popular o juiz que, 'de acordo com a organização judiciária de cada estado, o for para as causas que interessem à União' (Lei 4.717/65, art. 5º, *caput*).

5. Sendo igualmente competentes os juízos da seção judiciária do domicílio do autor, daquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, do Distrito Federal, o conflito encontra solução no princípio da

perpetuatio jurisdicionis.

6. Não sendo possível a modificação *ex officio* da competência em razão do princípio da *perpetuatio jurisdicionis*, a competência para apreciar o feito em análise é do juízo perante o qual a demanda foi ajuizada, isto é, o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

7. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.' (STJ, Conflito de Competência nº 107.109/RJ, DJ-e 18.03.2010)

Rejeito a preliminar de incompetência territorial levantada pela União.

Intimem-se.

3. Ainda que, no ev8, pet1, páginas 3-10, a União pugne pelo indeferimento da inicial, motivada pela ausência dos pressupostos processuais exigíveis à propositura da ação popular (ser o autor cidadão brasileiro, ser o ato ilegal ou ilegítimo e, ainda, lesivo ao patrimônio público), entendo que comete equívoco. Explico.

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal estabelece que 'qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência'.

A certidão anexada no ev1, certneg3, comprova que o autor é cidadão brasileiro e está devidamente inscrito na Justiça Eleitoral.

Embora *a apuração acerca da ilegalidade ou abusividade do ato administrativo somente possa ser perfeitamente concluída quando da prolação de sentença (ocasião em que será realizada análise aprofundada dos documentos carreados aos autos), o fato é que, na exordial, apontou o requerente, dentre outras irregularidades no ato de concessão de naturalização brasileira a Emese Takács, a ausência de cumprimento dos requisitos constantes no art. 112, III e IV, da Lei nº 6.815/80, a saber, ausência de prazo mínimo de residência contínua de Emese Takács no Brasil (pois a residência reduzida de um ano, regulamentada no art. 113, I e parágrafo único, da lei referida não pode ser considerada, em face da realização de casamento fraudulento com o brasileiro Rafael de França Barreto) e ausência de domínio do idioma nacional (ler e escrever)*.

O requisito domínio do idioma nacional por parte da naturalizada somente poderá ser corretamente verificado na fase de instrução probatória, mas, no que tange ao requisito residência contínua no território nacional, *há prova documental oriunda da Polícia Federal – Coordenação-Geral de Polícia de Imigração – (ev1, ofic7) demonstrando que, no período imediatamente anterior ao protocolo do pedido de naturalização de Emese Takács (13.05.2014 – ev8, procadm4, páginas 1-3), ela sequer estabeleceu residência contínua no território nacional*.

Isso porque, a partir do momento em que Emese Takács passou a ter visto permanente no Brasil (concessão em 15.08.2013, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil – ev8, parecer3, p. 3, item 'a') até 13.05.2014, permaneceu no território nacional por apenas 35 dias (em um prazo pouco inferior a 9 meses), conforme ev1, ofic7, páginas 2 e 4.

Ora, não é plausível que, no período de quase 9 meses anteriores à data em que Emese Takács protocolou pedido para concessão de naturalização brasileira, restasse configurada residência contínua no território brasileiro somente com a permanência, neste país, *por 35 dias*.

Logo, *havendo forte indício de que o requisito do art. 112, III, da Lei nº 6.815/80 não foi cumprido, há probabilidade de ser verossímil a alegação de que a Portaria nº 57/2015 (ev1, port6) padece do vício de ilegalidade de objeto* – a qual, na definição dada pelo art. 2º, *c* e parágrafo único, *c*, da Lei nº 4.717/65, ocorre 'quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo'.

Assim, ante a possibilidade de o ato administrativo ser ilegal (como dito alhures, a conclusão definitiva somente é possível por ocasião da prolação de sentença, oportunidade na qual será realizada análise minuciosa e detalhada de todos os elementos carreados aos autos), a naturalização concedida por meio da portaria referida causa lesão à moralidade administrativa.

Cumpridos, portanto, os requisitos exigidos para ajuizamento da ação popular, afasto a preliminar apontada pela União.

Intime-se.

4. Passo à análise da liminar.

Para a concessão da tutela antecipada, deve estar configurada a probabilidade das alegações formuladas na inicial e haver risco/perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a medida venha a ser concedida por sentença.

Assim, a concessão de medida antecipatória somente pode ocorrer quando presentes requisitos mínimos justificadores do adiantamento do provimento final, de forma que a parte-autora, violada em seu direito, não sofra as consequências da demora na prestação jurisdicional e também para garantir que, ao final, seja a tutela útil àquele que a buscou.

4.1. No caso em comento, entendo que estão plenamente cumpridos os requisitos exigidos para a concessão da liminar. Explico.

O art. 70 do Código Civil disciplina que 'o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo'.

Existem dois elementos, portanto, no conceito de domicílio, a saber, o objetivo (fixação da pessoa em determinado lugar) e o subjetivo (intenção de permanecer em determinado lugar, com ânimo definitivo).

Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195), estabelece distinção entre habitação ou moradia e domicílio, ensinando que,

'na habitação ou moradia, tem-se uma mera relação de fato, ou seja, é o local em que a pessoa permanece, acidentalmente, sem o ânimo de ficar (p. ex., quando alguém hospeda-se em um hotel, em uma estância climática ou aluga uma casa de praia, para passar o verão). A residência é o lugar em que habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente. O domicílio é um conceito jurídico, por ser o local onde a pessoa responde, permanentemente, por seus negócios e atos jurídicos, sendo importantíssimo para a determinação do lugar onde se devem celebrar tais atos, exercer direitos, propor ação judicial, responder pelas obrigações (CC, arts 327 e 1.785).'

Ora, como já destacado no tópico anterior, *no prazo imediatamente anterior a 8 meses e 28 dias do pedido de naturalização (período no qual Emese Takács obteve visto permanente no Brasil, por 2 anos), Emese Takács permaneceu no território nacional por apenas 35 dias*, conforme relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal no ev1, ofic7, páginas 2 e 4.

Mesmo que se some o período no qual Emese Takács possuía visto de turista (perma-

nência por apenas 90 dias) e visto permanente de 2 anos, verifica-se que, de 05.05.2011 até 13.05.2014 (3 anos e 8 dias), permaneceu no Brasil por aproximadamente 144 dias (equivalentes a menos de 5 meses).

Tal não preenche o requisito objetivo do domicílio, que é a fixação espacial permanente de Emese Takács no território nacional.

Aliás, se há fixação espacial de Emese Takács em determinado lugar, *presume-se que é em Budapeste, na Hungria*, conforme dezenas de fotografias lançadas no Facebook, com marcação de seu nome (juntamente com o húngaro Attila Szábo), datadas de 12 de junho de 2012 em diante e anexadas no ev1, ata 10 – o que, por conseguinte, permite questionar em que condições foi celebrado seu casamento com Rafael de França Barreto, em 16.05.2013 (ev2, certcas3).

A mera existência de conta telefônica em seu nome, com endereço residencial na cidade do Rio de Janeiro (documento esse que sequer foi anexado aos autos), não gera presunção relativa de veracidade da existência de seu domicílio no Brasil, sendo apenas mero indício de prova, que deve ser confrontado com os demais elementos anexados aos autos (mormente, o relatório da Polícia Federal no ev1, ofic7) – o mesmo se podendo dizer com relação a sua inclusão, como cônjuge, na DIRPF de Rafael de França Barreto.

Assim, diferentemente do que ocorre com a verificação do requisito domínio do idioma nacional – que depende do ingresso na fase probatória (o mero esclarecimento constante no ev8, parecer3, p. 3 não faz prova cabal de que Emese Takács leia e escreva a língua portuguesa) –, entendo que, na análise do requisito residência contínua no território nacional, há forte probabilidade de as alegações formuladas na inicial serem verossímeis, no sentido de que a Portaria do ev1, port6, padece, a princípio, de vício de ilegalidade do objeto, em face da ausência de cumprimento do requisito exigido no art. 112, III, da Lei nº 6.815/80.

Destaque-se, neste ponto, que, não obstante a União defenda a legalidade do ato no evento 8, anexou o Parecer 3 no referido evento, oriundo do Ministério da Justiça, no qual expressamente reconhece a juntada de documentos novos nos presentes autos de ação popular, consignando 'que se recomenda sejam remetidos ao Departamento da Polícia Federal, em reforço ao Ofício 52/2016/DPMIG/DEMIG/SNJ-MJ'.

4.2. Entendo, ainda, configurado o requisito perigo de dano irreparável, já que, *malgrado a portaria em questão tenha sido publicada no Diário Oficial da União há mais de um ano, há fortes indícios de que Emese Takács, na condição de brasileira naturalizada, possa vir a ser indicada como membro da equipe brasileira de esgrima para participar dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro (os quais terão início em 03 de agosto do corrente ano)*, conforme ev1, ofic9, restando, pois, caracterizada a urgência a justificar a concessão da liminar, não se podendo admitir a participação da requerida, como atleta representante do Brasil, havendo suspeita de fraude na obtenção de sua naturalização.

4.3. Forte no exposto, em face do cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 300, *caput*, do NCPC, *defiro o pedido de liminar,* ***suspendendo os efeitos da Portaria nº 57, de 14.04.2015, publicada no DOU de 16.04.2015, na parte em que concede nacionalidade brasileira por naturalização a Emese Takács***.

Intimem-se.

5. *Cumprida a emenda do item 1*, *citem-se* os réus (União), Emese Takács e o Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça para que, no *prazo de 20 (vinte) dias* (art.

7º, IV, da Lei nº 4.717/65), contestem os fatos alegados na inicial, advertidos dos efeitos cominados à revelia (art. 344 do NCPC).

6. *Intime-se* o MPF para que, nos termos do art. 7º, I, *a*, da Lei nº 4.717/65, se manifeste, no *prazo de 15 (quinze) dias*.

7. *Às partes* para que indiquem, de forma fundamentada, as provas que pretendem produzir, justificando sua produção, bem assim para que apontem quais são as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória.

Além disso, deverão delimitar as questões de direito que consideram essenciais para o futuro julgamento do mérito desta ação.

Prazo: 10 (dez) dias.

8. Após, *voltem-me conclusos* para decisão de saneamento do feito, nos termos do art. 357, *caput*, do NCPC.' (destaquei)

Em suas razões, a agravante alegou que: (a) o Juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba é incompetente para apreciar o litígio (incompetência absoluta); (b) a via processual eleita (ação popular) é inadequada, por ausência de ato ilegal ou ilegítimo e lesivo ao patrimônio público; (c) é aplicável o procedimento específico da Lei nº 818/49, que determina que a ação deve ser processada no foro do domicílio do naturalizado (Rio de Janeiro); (d) não houve prévia oitiva da interessada; (e) a concessão de liminar é inviável, uma vez que a naturalização somente poderá ser cancelada por sentença judicial; (f) carecem as alegações do autor de verossimilhança, porque há fé pública e presunção de legitimidade das certidões carreadas ao processo de naturalização e o desfazimento do ato civil do casamento só é possível por sentença; (g) a interessada fez prova de sua condição de permanente no país, do casamento com pessoa brasileira, de ser dependente do marido, inclusive com cópia de declaração de imposto de renda deste, e forneceu elementos de contextualização para suas ausências do território nacional, o que foi reforçado por declaração prestada por entidade vinculada a essas atividades, no caso, a Confederação Brasileira de Esgrima, dando mostra de boa- fé; (h) a decisão agravada é desproporcional, pois privilegia o mero interesse do autor popular em impedir a convocação da Sra. Emese Takács aos Jogos Olímpicos pelo Brasil, causando significativo impacto à esfera jurídica desta; e (i) há violação à dignidade da pessoa humana. Com base nesses fundamentos, requereu a antecipação de tutela e, ao final, o provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Dada a complexidade da causa, *permeada por questões de natureza fática*, é imprescindível o prévio contraditório e a oitiva da parte interessada para a formação de um convencimento acerca da existência de irregularidades no processo de naturalização de Emese Takács, concedida pela Portaria nº 57, de 14.04.2015, publicada no DOU de 16.04.2015.

Por ora, deve prevalecer, em juízo de cognição sumária, a presunção de legitimidade do ato administrativo impugnado, até porque as alegações de ordem fática reclamam dilação probatória, inviável na via estrita do agravo de instrumento.

Além disso, a situação jurídica ora impugnada perdura desde 16.04.2015, o que mitiga a urgência da prestação jurisdicional reclamada, e os prejuízos decorrentes da perda dos efeitos da naturalização, que afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, são evidentes, tanto que justificam a previsão constitucional de que a perda da nacionalidade brasileira, por cancelamento de naturalização, dar-se-á por *sentença judicial* (art. 12, § 4º, inciso I, da

CRFB), o que recomenda sejam restabelecidos, de imediato, os efeitos da Portaria nº 57/2015.

O cabimento da ação popular e a competência do juízo *a quo* para processá-la e julgá-la também reclamam contraditório, devendo ser oportunamente analisados.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

Intimem-se, em caráter de urgência, sendo o agravado para contrarrazões. Após, dê-se vista ao MPF. Oportunamente, voltem conclusos."

Irresignado, o agravado interpôs agravo interno, pugnando pela reforma do *decisum* (evento 11), e, posteriormente, juntou novos documentos, para demonstrar a plausibilidade de suas alegações (duas atas notariais que contêm fotos e textos disponíveis no perfil da ré Emese Takács na rede social Facebook em 16.05.2016, posteriormente por ela apagados), reiterando a urgência do pedido, ante a iminência do término do prazo para inscrição das atletas nos Jogos Olímpicos (evento 12).

A despeito de correta a impugnação do *decisum* por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC), o seu processamento até o julgamento por esta colenda 4ª Turma demandará tempo superior a 30 (trinta) dias, porquanto indispensáveis a intimação da parte adversa e a posterior inclusão do feito em pauta.

Todavia, a relevância e a repercussão do caso na esfera jurídica das partes envolvidas reclamam a análise mais célere do recurso, sob pena de ineficácia da medida que eventualmente vier a favorecer o agravado.

Por essa razão, e em caráter excepcional, submeto a decisão monocrática do evento 3 ao referendo da 4ª Turma, sem prejuízo de ulterior apreciação do agravo de instrumento, que será regularmente processado.

Consigno que mantenho, *por ora*, o *decisum*, tal como proferido, ante a impossibilidade de acolher a irresignação do agravado (que pretende tutela de natureza eminentemente satisfativa) antes de oportunizada a manifestação de Emese Takács e da União acerca dos documentos acostados no evento 12, os quais serão devidamente valorados por ocasião do julgamento do recurso.

Ante o exposto, voto por suscitar e solver a questão de ordem, para referendar a decisão do evento 3.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior: Trata-se de questão de ordem suscitada pela relatora em agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu medida liminar em ação popular. A questão de ordem pretende que a Turma referende a decisão inicial da relatora, que deferiu efeito suspensivo e cassou a decisão agravada.

A ação popular 5021296-34.2016.4.04.7000 foi interposta por Giocondo Cezar Cabral contra Emese Takács e União Federal (posteriormente acrescentando-se ao polo passivo o Secretário Nacional de Justiça), discutindo a naturalização concedida a Emese Takács (húngara naturalizada brasileira) por portaria publicada no DOU de 16.04.2015.

Na petição inicial da ação popular, o autor alegou que essa naturalização ofendeu "o princípio da legalidade, pois não foram observados os requisitos legais previstos nos arts. 12, inciso III, e 113, parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.851/1980)". Pediu liminar para que "seja determinada a sustação dos efeitos da Portaria 57, de 14.04.2015, publicada no Diário Oficial da União de 16.04.2015, na parte em que concede a nacionalidade brasileira por naturalização à ré EMESE TAKÁCS" (evento 1 do processo originário).

Após manifestação da União na ação popular (evento 8), a juíza federal Anne Karina Stipp Amador Costa deferiu o pedido de liminar, suspendendo os efeitos da portaria "na parte em que concede nacionalidade brasileira por naturalização a Emese Takács" (evento 10). Ao fazê-lo, assim fundamentou a decisão:

> "3. Ainda que, no ev8, pet1, páginas 3-10, a União pugne pelo indeferimento da inicial, motivada pela ausência dos pressupostos processuais exigíveis à propositura da ação popular (ser o autor cidadão brasileiro, ser o ato ilegal ou ilegítimo e, ainda, lesivo ao patrimônio público), entendo que comete equívoco. Explico.
>
> O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal estabelece que 'qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência'.
>
> A certidão anexada no ev1, certneg3, comprova que o autor é cidadão brasileiro e está devidamente inscrito na Justiça Eleitoral.
>
> Embora a apuração acerca da ilegalidade ou abusividade do ato administrativo somente possa ser perfeitamente concluída quando da prolação de sentença (ocasião em que será

realizada análise aprofundada dos documentos carreados aos autos), o fato é que, na exordial, apontou o requerente, dentre outras irregularidades no ato de concessão de naturalização brasileira a Emese Takács, a ausência de cumprimento dos requisitos constantes no art. 112, III e IV, da Lei nº 6.815/80, a saber, ausência de prazo mínimo de residência contínua de Emese Takács no Brasil (pois a residência reduzida de um ano, regulamentada no art. 113, I e parágrafo único, da lei referida não pode ser considerada, em face da realização de casamento fraudulento com o brasileiro Rafael de França Barreto) e ausência de domínio do idioma nacional (ler e escrever).

O requisito domínio do idioma nacional por parte da naturalizada somente poderá ser corretamente verificado na fase de instrução probatória, mas, *no que tange ao requisito residência contínua no território nacional, há prova documental oriunda da Polícia Federal – Coordenação-Geral de Polícia de Imigração – (ev1, ofic7) demonstrando que, no período imediatamente anterior ao protocolo do pedido de naturalização de Emese Takács (13.05.2014 – ev8, procadm4, páginas 1-3), ela sequer estabeleceu residência contínua no território nacional.*

Isso porque, a partir do momento em que Emese Takács passou a ter visto permanente no Brasil (concessão em 15.08.2013, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil – ev8, parecer3, p. 3, item 'a') até 13.05.2014, permaneceu no território nacional por apenas 35 dias (em um prazo pouco inferior a 9 meses), conforme ev1, ofic7, páginas 2 e 4.

Ora, não é plausível que, no período de quase 9 meses anteriores à data em que Emese Takács protocolou pedido para concessão de naturalização brasileira, restasse configurada residência contínua no território brasileiro somente com a permanência, neste país, por 35 dias.

Logo, havendo forte indício de que o requisito do art. 112, III, da Lei nº 6.815/80 não foi cumprido, há probabilidade de ser verossímil a alegação de que a Portaria nº 57/2015 (ev1, port6) padece do vício de ilegalidade de objeto – a qual, na definição dada pelo art. 2º, c *e parágrafo único,* c*, da Lei nº 4.717/65, ocorre 'quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo'.*

Assim, ante a possibilidade de o ato administrativo ser ilegal (como dito alhures, a conclusão definitiva somente é possível por ocasião da prolação de sentença, oportunidade na qual será realizada análise minuciosa e detalhada de todos os elementos carreados aos autos), a naturalização concedida por meio da portaria referida causa lesão à moralidade administrativa.

Cumpridos, portanto, os requisitos exigidos para ajuizamento da ação popular, afasto a preliminar apontada pela União.

Intime-se.

4. Passo à análise da liminar.

Para a concessão da tutela antecipada, deve estar configurada a probabilidade das alegações formuladas na inicial e haver risco/perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a medida venha a ser concedida por sentença.

Assim, a concessão de medida antecipatória somente pode ocorrer quando presentes requisitos mínimos justificadores do adiantamento do provimento final, de forma que a parte-autora, violada em seu direito, não sofra as consequências da demora na prestação jurisdicional e também para garantir que, ao final, seja a tutela útil àquele que a buscou.

4.1. No caso em comento, entendo que estão plenamente cumpridos os requisitos exi-

gidos para a concessão da liminar. Explico.

O art. 70 do Código Civil disciplina que 'o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo'.

Existem dois elementos, portanto, no conceito de domicílio, a saber, o objetivo (fixação da pessoa em determinado lugar) e o subjetivo (intenção de permanecer em determinado lugar, com ânimo definitivo).

Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195), estabelece distinção entre habitação ou moradia e domicílio, ensinando que,

'na habitação ou moradia, tem-se uma mera relação de fato, ou seja, é o local em que a pessoa permanece, acidentalmente, sem o ânimo de ficar (p. ex., quando alguém hospeda-se em um hotel, em uma estância climática ou aluga uma casa de praia, para passar o verão). A residência é o lugar em que habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente. O domicílio é um conceito jurídico, por ser o local onde a pessoa responde, permanentemente, por seus negócios e atos jurídicos, sendo importantíssimo para a determinação do lugar onde se devem celebrar tais atos, exercer direitos, propor ação judicial, responder pelas obrigações (CC, arts 327 e 1.785).'

Ora, como já destacado no tópico anterior, *no prazo imediatamente anterior a 8 meses e 28 dias do pedido de naturalização (período no qual Emese Takács obteve visto permanente no Brasil, por 2 anos), Emese Takács permaneceu no território nacional por apenas 35 dias, conforme relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal no ev1, ofic7, páginas 2 e 4.*

Mesmo que se some o período no qual Emese Takács possuía visto de turista (permanência por apenas 90 dias) e visto permanente de 2 anos, verifica-se que, de 05.05.2011 até 13.05.2014 (3 anos e 8 dias), permaneceu no Brasil por aproximadamente 144 dias (equivalentes a menos de 5 meses).

Tal não preenche o requisito objetivo do domicílio, que é a fixação espacial permanente de Emese Takács no território nacional.

Aliás, se há fixação espacial de Emese Takács em determinado lugar, presume-se que é em Budapeste, na Hungria, conforme dezenas de fotografias lançadas no Facebook, com marcação de seu nome (juntamente com o húngaro Attila Szábo), datadas de 12 de junho de 2012 em diante e anexadas no ev1, ata 10 – o que, por conseguinte, permite questionar em que condições foi celebrado seu casamento com Rafael de França Barreto, em 16.05.2013 (ev2, certcas3).

A mera existência de conta telefônica em seu nome, com endereço residencial na cidade do Rio de Janeiro (documento esse que sequer foi anexado aos autos), não gera presunção relativa de veracidade da existência de seu domicílio no Brasil, sendo apenas mero indício de prova, que deve ser confrontado com os demais elementos anexados aos autos (mormente, o relatório da Polícia Federal no ev1, ofic7) – o mesmo se podendo dizer com relação a sua inclusão, como cônjuge, na DIRPF de Rafael de França Barreto.

Assim, diferentemente do que ocorre com a verificação do requisito domínio do idioma nacional – que depende do ingresso na fase probatória (o mero esclarecimento constante no ev8, parecer3, p. 3 não faz prova cabal de que Emese Takács leia e escreva a língua portuguesa) –, entendo que, na análise do requisito residência contínua no território nacional, há forte probabilidade de as alegações formuladas na inicial serem verossímeis, no sentido

de que a portaria do ev1, port6, padece, a princípio, de vício de ilegalidade do objeto, em face da ausência de cumprimento do requisito exigido no art. 112, III, da Lei nº 6.815/80.

Destaque-se, neste ponto, que, não obstante a União defenda a legalidade do ato no evento 8, anexou o Parecer 3 no referido evento, oriundo do Ministério da Justiça, no qual expressamente reconhece a juntada de documentos novos nos presentes autos de ação popular, consignando 'que se recomenda sejam remetidos ao Departamento da Polícia Federal, em reforço ao Ofício 52/2016/DPMIG/DEMIG/SNJ-MJ'.

4.2. Entendo, ainda, configurado o requisito perigo de dano irreparável, já que, malgrado a portaria em questão tenha sido publicada no Diário Oficial da União há mais de um ano, há fortes indícios de que Emese Takács, na condição de brasileira naturalizada, possa vir a ser indicada como membro da equipe brasileira de esgrima para participar dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro (os quais terão início em 03 de agosto do corrente ano), conforme ev1, ofic9, restando, pois, caracterizada a urgência a justificar a concessão da liminar, não se podendo admitir a participação da requerida, como atleta representante do Brasil, havendo suspeita de fraude na obtenção de sua naturalização.

4.3. Forte no exposto, em face do cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 300, *caput*, do NCPC, defiro o pedido de liminar, suspendendo os efeitos da Portaria nº 57, de 14.04.2015, publicada no DOU de 16.04.2015, na parte em que concede nacionalidade brasileira por naturalização a Emese Takács."

Foi também determinada a expedição de cartas precatórias para citação dos réus. As cartas precatórias foram expedidas (eventos 19 e 20), mas somente se teve notícia da citação do Secretário Nacional de Justiça (evento 46). A União foi citada eletronicamente (evento 15). Ainda não se tem notícia da citação da ré Emese Takács (evento 19).

A União interpôs este agravo de instrumento (evento 1 deste recurso), juntando documentos (eventos 1 e 2) e alegando que a decisão deve ser reformada porque: (a) há incompetência absoluta do juízo agravado, já que se discute naturalização, e então é inaplicável o regramento de competência próprio da ação popular, devendo prevalecer o domicílio da naturalizada; (b) não é cabível ação popular para anulação de naturalização, uma vez que existe procedimento específico regrado na Lei 818/49, que deve ser observado, inclusive porque não se tem aqui dano ao patrimônio público; (c) o autor popular não tem legitimidade e interesse para demandar a anulação porque "resta evidentíssimo o interesse meramente pessoal do autor popular, a defender claramente os seus interesses pessoais como treinador e os de seus atletas", como inclusive consta da petição inicial quando menciona que estaria inconformado com o ato que retirou vaga de brasileiras como membros da equipe brasileira de esgrima; (d) não houve a prévia e necessária

oitiva da naturalizada-ré, sendo então inviável cancelamento de naturalização sem sentença judicial de que trata o artigo 12, par. 4º, da Constituição; (e) não há verossimilhança no que foi alegado pela parte-autora, havendo a presunção de fé pública e legitimidade das certidões trazidas ao processo de naturalização, preenchendo a naturalizada todos os requisitos legais e constitucionais para naturalizar-se, inclusive o prazo de residência contínua de um ano em território nacional; (f) há desproporção na decisão agravada, já que extrapola o mero interesse do autor popular em impedir a convocação da ré-naturalizada e acaba violando a dignidade da pessoa humana ao suspender liminarmente sua naturalização.

No agravo de instrumento, pediu então a União fosse,

"desde logo, atribuído efeito suspensivo ao recurso, conforme autoriza o artigo 1.019, I, do CPC, para o fim de ser suspensa a decisão ora recorrida, considerando-se a incompetência absoluta do juízo, a inadequação a ação popular, a violação ao contraditório e ao devido processo legal, bem como a inexistência de prova robusta do alegado pelo autor popular."

Então a relatora do agravo de instrumento deferiu efeito suspensivo em 01.06.2016 (evento 3), com esta fundamentação:

"Dada a complexidade da causa, *permeada por questões de natureza fática*, é imprescindível o prévio contraditório e a oitiva da parte interessada para a formação de um convencimento acerca da existência de irregularidades no processo de naturalização de Emese Takács, concedida pela Portaria nº 57, de 14.04.2015, publicada no DOU de 16.04.2015.

Por ora, deve prevalecer, em juízo de cognição sumária, a presunção de legitimidade do ato administrativo impugnado, até porque as alegações de ordem fática reclamam dilação probatória, inviável na via estrita do agravo de instrumento.

Além disso, a situação jurídica ora impugnada perdura desde 16.04.2015, o que mitiga a urgência da prestação jurisdicional reclamada, e os prejuízos decorrentes da perda dos efeitos da naturalização, que afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, são evidentes, tanto que justificam a previsão constitucional de que a perda da nacionalidade brasileira, por cancelamento de naturalização, dar-se-á por *sentença judicial* (art. 12, § 4º, inciso I, da CRFB), o que recomenda sejam restabelecidos, de imediato, os efeitos da Portaria nº 57/2015.

O cabimento da ação popular e a competência do juízo *a quo* para processá-la e julgá-la também reclamam contraditório, devendo ser oportunamente analisados.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal.

(...)"

O autor popular (agravado) ingressou em 09.06.2016 com agravo interno contra a decisão da relatora (eventos 11 e 13), com fundamento nos artigos 1.021 do CPC-2015 e 283 do RITRF4, pedindo que o relator reconsiderasse a decisão agravada ou então fosse provido pela Turma

o agravo interno, restabelecendo-se a liminar deferida na ação popular.

Houve contrarrazões pela União (evento 13).

A relatora então apresentou em mesa, na sessão de 29.06.2016, questão de ordem (eventos 15 e 16), votando no sentido de referendar a sua decisão inicial, que havia deferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento e suspendido os efeitos da decisão agravada (evento 19), por estes fundamentos:

"(...)

Irresignado, o agravado interpôs agravo interno, pugnando pela reforma do *decisum* (evento 11), e, posteriormente, juntou novos documentos, para demonstrar a plausibilidade de suas alegações (duas atas notariais que contêm fotos e textos disponíveis no perfil da ré Emese Takács na rede social Facebook em 16.05.2016, posteriormente por ela apagados), reiterando a urgência do pedido, ante a iminência do término do prazo para inscrição das atletas nos Jogos Olímpicos (evento 12).

A despeito de correta a impugnação do *decisum* por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC), o seu processamento até o julgamento por esta colenda 4ª Turma demandará tempo superior a 30 (trinta) dias, porquanto indispensáveis a intimação da parte adversa e a posterior inclusão do feito em pauta.

Todavia, a relevância e a repercussão do caso na esfera jurídica das partes envolvidas reclamam a análise mais célere do recurso, sob pena de ineficácia da medida que eventualmente vier a favorecer o agravado.

Por essa razão, e em caráter excepcional, submeto a decisão monocrática do evento 3 ao referendo da 4ª Turma, sem prejuízo de ulterior apreciação do agravo de instrumento, que será regularmente processado.

Consigno que mantenho, *por ora*, o *decisum*, tal como proferido, ante a impossibilidade de acolher a irresignação do agravado (que pretende tutela de natureza eminentemente satisfativa) antes de oportunizada a manifestação de Emese Takács e da União acerca dos documentos acostados no evento 12, os quais serão devidamente valorados por ocasião do julgamento do recurso.

Ante o exposto, voto por suscitar e solver a questão de ordem, para referendar a decisão do evento 3."

Pedi vista para melhor examinar a questão, e agora apresento em mesa, na sessão seguinte, este voto-vista, nestes termos:

1 – Evento relevante na ação popular (evento 51)

Durante a elaboração deste voto-vista, consultando os autos da ação popular, constatei que, em 01.07.2016, foi juntada carta precatória não cumprida (evento 51).

Era a precatória remetida para citação da ré-naturalizada Emese Takács, que havia sido dirigida ao endereço que ela havia fornecido e

onde residiria juntamente com seu cônjuge brasileiro.

A carta precatória não foi cumprida porque a ré-naturalizada era desconhecida naquele endereço, assim tendo certificado o oficial de justiça (evento 51):

"CERTIFICO que, na data abaixo, às 15h34min, em cumprimento à r. carta precatória em referência, dirigi-me à Estrada do Barro Vermelho, 640, Rocha Miranda, RJ, RJ, onde *deixei de proceder à citação e à intimação da Sra. Emese Takács, visto que essa senhora é pessoa desconhecida no local da diligência*, conforme declaração do Sr. André Vasconcelos, morador, o qual estava de saída e não pôde se identificar, razão pela qual passo a descrevê-lo: magro, com aproximadamente 1,75m, aparentando ter uns 38 anos de idade e cabelo curto. Ainda assim, pelo lado externo do condomínio, no portão de ferro, interfonei para o apartamento 205, onde, da janela, falou comigo uma senhora que se disse chamar Maria, a qual me disse que eles não tinham porteiro; que também *nunca ouvira falar no nome da Sra. Emese Takács; que, portanto, desconhecia essa senhora e que não conhecia nenhuma estrangeira que morasse ali*, e mais não disse. Já no apartamento 302, falei com uma senhora, que não quis se identificar, mas me *deu declaração no mesmo sentido dos demais moradores acima*, e mais não disse. O referido é verdade e DOU FÉ. Rio de Janeiro, 22 de junho de 2016. Anibal L. da Silva, Analista Judiciário/Execução de Mandados."

Ainda que isso não fosse decisivo para elaboração do meu voto-vista, que estava praticamente pronto quando tomei conhecimento desse relevante elemento probatório, fico agora mais convencido do acerto da solução emprestada pelo juízo de origem na ação popular, com as ressalvas e nos termos que passo a examinar neste voto-vista.

Apenas destaco que este tópico foi incluído depois de concluído o voto-vista, quando estava em fase de revisão. Portanto, em algumas passagens onde consta que a ré-naturalizada não foi ainda citada e não se tem notícia do retorno da carta precatória, deve-se retificar para ler que a ré-naturalizada ainda não foi citada, mas que a carta precatória retornou sem que ela tivesse sido localizada no endereço indicado e que o oficial de justiça diligenciou por sua localização, mas obteve três relatos de pessoas distintas que moravam no local de que a ré-naturalizada era desconhecida e nenhuma "estrangeira" morava ou era conhecida ali.

2 – Conhecimento da questão de ordem

Em princípio, a lei processual atribui ao relator do recurso poderes diretivos e cautelares (artigo 932, I e II, do CPC-2015), que incluem "apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos

processos de competência originária do tribunal", os quais se aplicam especialmente aos agravos de instrumento, onde está previsto que o relator "poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão" (artigo 1.019, I, do CPC-2015).

Portanto, fica reservado ao relator do recurso o exame das tutelas provisórias ou urgentes, o que pode inclusive fazer sem audiência da parte contrária. Para a turma julgadora, fica reservado o julgamento do mérito do agravo de instrumento (artigo 1.020 do CPC-2015) e eventual agravo interno (artigo 1.021 do CPC-2015).

É certo que a decisão monocrática do relator que examina efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal pode ser levada ao julgamento da turma, mas isso deve ser feito por agravo interno (artigo 1.021 do CPC-2015), não havendo no novo CPC norma restritiva semelhante àquela que existia no código anterior (parágrafo único do artigo 527 do CPC-1973), que expressamente vedava recorrer da decisão liminar proferida pelo relator.

Entretanto, para que a matéria seja levada ao colegiado, seja no julgamento do agravo de instrumento (artigo 1.019, II, do CPC-2015), seja por meio de agravo interno (artigo 1.021, par. 2º, do CPC-2015), há requisito importante a ser previamente observado: o contraditório deve ter sido assegurado (contrarrazões pelo agravado).

Então, o sistema do CPC-2015 parece atribuir com exclusividade ao relator dar conta das situações de urgência, e reservar para a turma julgadora o enfrentamento das questões somente depois que, necessariamente, tenham sido observados o contraditório e a ampla defesa (contrarrazões do agravado).

Portanto, salvo em situações excepcionais, não se poderia suprimir do relator do recurso esses poderes cautelares que lhe permitem, inclusive, decidir de forma provisória e tutelar a urgência mesmo sem a audiência da parte contrária (agravado).

Situações complexas como a dos autos, em que a ausência do contraditório completo (não citação de litisconsorte passivo interessado; ausência de contrarrazões do agravado) impede que se tenha segurança quanto à matéria fática envolvida, comprovam o quanto foi sábio o sistema do CPC-2015 em reservar para o relator a tutela monocrática

da urgência (mesmo que sem contraditório e sem audiência da parte contrária) e reservar para a turma colegiada o conhecimento dessas questões apenas quando já tenham sido submetidas a contraditório prévio e pleno (contrarrazões).

Entretanto, como justificou a relatora, aqui estamos diante de uma situação excepcional: a tutela provisória tem repercussões muito relevantes quanto à composição da equipe brasileira de esgrima, que em breve estará disputando a Olimpíada. A tutela provisória praticamente resolverá quem representará o Brasil em uma das vagas da modalidade (INF4 do evento 1 deste recurso), se a ré Emese Takács (húngara naturalizada brasileira em 2015, nascida em abril de 1978, segunda do *ranking* nacional, com 492 pontos) ou se Amanda Netto Simeão (aparentemente brasileira nata, nascida em junho de 1994, quarta do *ranking* nacional, com 384 pontos, que não é parte neste processo) (*ranking* do INF5 do evento 1 deste recurso).

Portanto, ainda que se estivesse alterando o sistema do CPC-2015, que reserva para a turma colegiada o conhecimento das questões litigiosas apenas depois de formado o contraditório (contrarrazões), parece que aqui temos questão urgente e relevante a ser imediatamente decidida.

Essa questão urgente e relevante diz respeito ao referendo da decisão inicial da relatora, por ela solicitado ao colegiado da turma, em uma situação em que não se pode aguardar a formação do contraditório pleno (citação e contrarrazões), já que sequer temos notícias do cumprimento da precatória remetida para citação da ré Emese Takács para o Rio de Janeiro (onde provavelmente não venha a ser encontrada, porque poderá estar no exterior, em treinamento para a Olimpíada de 2016) e já que a relatora entendeu conveniente submeter sua decisão inicial ao referendo do colegiado.

Nos limites em que a matéria foi trazida pela relatora ao colegiado (não enfrentando ainda as questões pertinentes à competência e à adequação da ação popular, mas restringindo-se apenas àquilo que foi examinado na sua decisão do evento 3 do recurso – efeito suspensivo atribuído ao agravo de instrumento pelos motivos que a relatora declinou), também *voto por conhecer da questão de ordem*, passando então a examinar a manutenção ou a reconsideração da solução

determinada pela relatora (manter suspensa a decisão agravada, como feito pela relatora, ou restabelecer a vigência da medida liminar da ação popular, como pretendido pelo agravo interno).

3 – Requisitos do efeito suspensivo pelo relator

Passando ao exame do mérito da questão de ordem, destaco que a lei processual previu que é possível ao relator "atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal" (artigo 1.019, I, do CPC-2015).

Os requisitos para isso parecem ser aqueles do artigo 995, parágrafo único, do CPC-2015, a saber: "A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos *houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação*, e *ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*".

Atento ao que foi até agora provado nos autos do agravo de instrumento e da ação popular originária, em juízo sumário próprio de medidas liminares e tutela provisória (porque ainda sem contraditório pleno, em face da ausência de citação da litisconsorte passiva Emese Takács), cabe examinar se está presente o duplo requisito que autoriza a manutenção do efeito suspensivo inicial e monocraticamente deferido pela relatora, a saber: (a) existência de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação; (b) demonstração de probabilidade de provimento do recurso.

4 – Risco de grave dano, de difícil ou impossível reparação

A petição inicial aponta ocorrência de fraude na obtenção de nacionalidade brasileira por naturalização de cidadã húngara: (a) simulação de casamento com brasileiro; (b) inexistência de prazo mínimo de um ano de domicílio contínuo no Brasil.

Se a ação popular estivesse apenas pretendendo suspender os efeitos do ato fraudulento, entenderia que não temos situação de grave dano que justificasse os drásticos e fortes efeitos da medida liminar deferida na ação popular: os particulares e os agentes públicos envolvidos na obtenção e na concessão da nacionalidade brasileira por naturalização respondem inclusive criminalmente por seus atos, e eventual fraude ou simulação que tivesse sido praticada seria objeto de apuração nas esferas

administrativa e criminal, inclusive podendo o Ministério Público adotar medidas nesse sentido, já que obrigatoriamente participa da ação popular justamente para que esse tipo de providência seja observado.

Mas, nesta ação popular, a questão ganha uma dimensão dramática, como narrado na petição inicial, que inclusive motiva o próprio interesse pessoal do autor popular (treinador de atleta excluída pela inclusão da húngara naturalizada brasileira na delegação olímpica brasileira): manter a situação fática atual importa permitir que a ré-naturalizada represente o Brasil na Olimpíada de 2016, ao mesmo tempo que retira da delegação olímpica uma brasileira que – não fosse a naturalização da ré – integraria essa equipe (a atual reserva passaria a ser a última integrante, e alguém excluído seria chamado a ser reserva).

Isso consta nos documentos trazidos pela União (INF4 e INF5 do evento 1 deste agravo), onde encontramos o *ranking* brasileiro de espada (feminino), em que constam as seguintes atletas ocupando as primeiras posições:

LUGAR – ATLETA – DATA DE NASCIMENTO – PONTOS
1º – Moellhausen Nathalie – dez/1985 – 840
2º – Takács Emese – abr/1978 – 492
3º – Costa Rayssa – mar/1991 – 480
4º – Netto Simeão Amanda – jun/1994 – 384
5º – Miller Katherine – maio/1994 – 309

A seguir, há comunicado da Confederação Brasileira de Esgrima, datado de 10.05.2016, divulgando a convocação dos atletas que integrarão a equipe brasileira que participará dos Jogos Olímpicos Rio 2016, tendo assim sido formada a equipe de espada feminina:

ESPADA FEMININA:
1) Nathalie Moellhausen
2) Emese Takács
3) Rayssa Costa
Reserva da equipe: Amanda Netto Simeão
Técnica: Laura Flessel

Ou seja, pode ser que duas jovens brasileiras (Amanda Netto Simeão, nascida em junho de 1994, e Katherine Miller, nascida em maio de 1994, ambas com 21 anos de idade), que treinaram e competiram nos últimos anos se preparando para a Olimpíada, não possam comparecer por conta da naturalização da ré Emese Takács. Se a naturalização tiver sido fraudulenta (como se examinará no tópico seguinte e é discutido na ação popular), então esse ato ilícito estará gerando efeitos irreversíveis quanto aos outros brasileiros e à equipe brasileira.

Aqui convém mencionar que a questão de atletas estrangeiros que se naturalizam não é exclusiva do Brasil. Outros países têm enfrentado a mesma questão, quando atletas estrangeiros recebem a nacionalidade de outro país para poder representar esse último em competições esportivas. Por exemplo, um cidadão chinês tentou se naturalizar canadense para competir pela equipe canadense de tênis de mesa na Olimpíada de Londres em 2012:

"*The Canadian Olympic Committee urged Immigration Minister Jason Kenney's office to fast-track the Canadian citizenship of a Chinese-born table tennis star in time for him to compete for Canada at the summer Games, a newly released document shows.*

A short time later, Eugene Zhen Wang, the top-ranked table tennis player in North America, was a Canadian citizen.

'I am writing to you regarding Mr. Zhen Wang's request for an exceptional early granting of Canadian citizenship', says a May 11 letter to Kenney's office." (Disponível em: <www.nationalpost.com/m/wp/blog.html?b=news.nationalpost.com/news/canada/eugene-zhen-wang-canadian-citizenship>)

Ali a discussão é um pouco menos complexa, porque esse chinês que se naturalizou canadense parece que era o melhor jogador do *ranking* da América do Norte naquele esporte, então provavelmente havia interesse do país em que ele competisse em seu favor, porque haveria boa chance de bons resultados sem prejudicar os demais atletas nacionais (ele somaria pontos para a equipe canadense e não estaria enfrentando diretamente os atletas canadenses).

Em outras oportunidades, o assunto também foi objeto de discussão, examinando-se quais são os laços que devem vincular o atleta à equipe do país por que compete. Por exemplo, para competir pelo país, basta a nacionalidade, sem qualquer envolvimento emocional ou traço de pertencimento que vincule o atleta à pátria que defenderá?

"*We might call them 'strange nationalities.' In the run-up to biennial Olympic festivities*

(winter then summer) the media reports on athletes competing for countries with which they only have tenuous ties. In Beijing, it was American-born basketball players Becky Hammon and J.R. Holden playing hoops for Russia. In Vancouver, Canadian native Dale Begg-Smith was booed when he took gold in skiing for Australia. As we approach the London Olympics, the U.K.'s Daily Mail has been running a campaign against dozens of naturalized 'plastic Brits' on Team G.B.

Under Rule 41 of the Olympic Charter, all athletes must hold citizenship in the country for which they compete. But many athletes play for countries to which they have little or no emotional attachment. In some cases, it's taking advantage of a grandparent's birthplace. That's the case with scores of American citizens who couldn't make the U.S. team but will march behind their other flag of nationality – sometimes for countries they have never even visited.

(...)

It's time to eliminate Olympic nationality rules altogether. No longer do the Olympics supply a sort of surrogate battlefield for real-world conflict, as they did during the Cold War. For lack of a better organizing principle (corporate sponsorship as the unappealing alternative), geography can continue to set nominal dividing lines, especially in team sports. But the uniform the player wears should suffice to establish sporting loyalties, for players and fans alike." (Disponível em: <www.nytimes.com/roomfordebate/2012/07/26/which-country-did-you-say-you-were-playing-for-in-the-olympics/eliminate-nationality-rules>)

Mas, no caso dos autos, o que chama atenção, pelo *ranking* que foi trazido pela União no agravo de instrumento (INF4 do evento 1), é que a ré-naturalizada está muito próxima do *ranking* de outras atletas brasileiras mais jovens, não parecendo que houvesse grande vantagem para o Brasil em trocar suas atletas pela estrangeira naturalizada:

LUGAR – ATLETA – DATA DE NASCIMENTO – PONTOS
1º – Moellhausen Nathalie – dez/1985 – *840 pontos*
2º – Takács Emese – abr/1978 – 492 pontos
3º – Costa Rayssa – mar/1991 – *480 pontos*
4º – Netto Simeão Amanda – jun/1994 – *384 pontos*
5º – Miller Katherine – maio/1994 – *309 pontos*

Ou seja, no país de nacionalidade originária da ré-naturalizada (Hungria), provavelmente ela não mais estivesse no topo do *ranking* e talvez até não tivesse mais condições de ter índices para competir nos Jogos Olímpicos de 2016, representando a Hungria.

Buscou assim se naturalizar brasileira (já que esse parece ser o seu único vínculo com o Brasil, pela prova que até agora existe nos autos)

para aproveitar aqui o seu melhor índice em relação às atletas brasileiras (país que, inclusive, sediará a Olimpíada).

Ainda que esses sejam efeitos apenas indiretos da naturalização e da ação popular, parece-me que devam ser considerados para evitar que eventualmente a nacionalidade brasileira e a administração pública brasileira pudessem ser utilizadas não apenas como instrumento para fraude (se ficar comprovado que o casamento foi simulado ou que a estrangeira não tem vínculo nem domicílio contínuo no Brasil), mas também para alijar expectativa legítima de jovens atletas brasileiros de participarem, por seus méritos, por seu treinamento e com seus índices de *ranking*, desse importante evento esportivo internacional (Jogos Olímpicos de 2016), que provavelmente será único na vida de cada um de nós e das atletas: dificilmente haverá outra Olimpíada em terras nacionais na nossa geração.

Se eventualmente se alegar que o autor popular não tem motivo legítimo para defender interesse público na ação popular (porque estaria querendo defender apenas os interesses das jovens atletas brasileiras que treina), esse argumento não me convence. Ao contrário, temos aqui um interesse nacional relevante a ser protegido: não apenas a rigidez do sistema de nacionalidade/naturalização, mas também o próprio interesse do esporte nacional, que é bem cultural e social constitucionalmente protegido pelo artigo 217 da Constituição Federal, a saber:

"Seção III
DO DESPORTO

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social."

Comentando esse inciso IV do artigo 217 da Constituição, diz a

doutrina:

"O inciso coloca como princípio a proteção à criação do esporte não apenas *no*, mas também *do* país. Isso, evidentemente, não exclui o fomento a outras modalidades que possam ser consideradas 'importadas', na medida em que a prática esportiva, como um todo, tem o apoio do Estado. A colocação do constituinte refere-se a uma proteção específica para as práticas que tenham sido criadas e desenvolvidas no Brasil. *Tal proteção e incentivo propiciam a aceitação de determinado esporte como oficialmente reconhecido, o que o leva a ser considerado como um daqueles que contarão com o apoio oficial, sendo assim incluído como esporte educacional ou de profissionalização do praticante*, com reflexos na regulamentação de profissão, entidade profissional etc. *Poder-se-ia, inclusive, considerar uma prática desportiva criada no país como um bem cultural e imaterial*, que estaria protegido com base no Decreto 3.551/2000, o qual institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, na medida em que *a organização desportiva do país integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social*, tudo de acordo com o artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.615, de 24.03.1998, com redação dada pela Lei 10.672/2003." (MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. *Constituição Federal interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 1092-1093)

No instante em que atletas brasileiras deixam de integrar a delegação olímpica e não participam desses Jogos Olímpicos de 2016, estão sendo privadas de experiência em competições internacionais e de real possibilidade de evoluírem e melhorarem dentro do esporte respectivo.

Quem sabe, se participarem nessa agora de 2016, ainda que tenham baixa pontuação no *ranking*, com seus 21 anos de idade, adquiram experiência e na próxima Olimpíada, em 2020, não tenham melhores condições de competir em representação do Brasil? Ou então em 2024, quando tiverem 29 anos de idade (a ré-naturalizada tem agora 38 anos de idade), já terão granjeado a mesma experiência internacional que lhes irá permitir postular uma medalha para o Brasil?

Ainda nas considerações sobre o risco de grave dano, observa-se que, ao que tudo indica, a ré-naturalizada retornou ao seu país de origem, para continuar lá treinando e residindo. Só retornará ao Brasil para os Jogos Olímpicos de 2016 (quando então seria citada para esta demanda e somente então seria viável o contraditório – destaco que, no evento 51 da ação popular, consta que a carta precatória citatória retornou sem cumprimento porque ninguém conhecia "estrangeira" que residisse no endereço indicado pela ré Emese quando se naturalizou).

Aqui se percebe como está cômoda sua posição: sem maiores vínculos com o Brasil, apenas aproveita a nacionalidade brasileira e

retorna ao estrangeiro para concluir seu treinamento (como aliás fazem tantas atletas, inclusive brasileiras, com a diferença de que as atletas brasileiras "vão ao estrangeiro", enquanto a ré-naturalizada parece apenas estar "retornando"). Só vem ao Brasil para competir nos Jogos Olímpicos, quando então já não produzirá efeito qualquer citação, defesa ou contrarrazões na ação popular e neste agravo de instrumento.

Ora, tudo isso forma um quadro fático, ainda que provisório, precário e sumário, que me parece deva ser considerado. E esse quadro é relevante, tanto que a relatora submeteu sua decisão ao referendo da Turma. Por isso me parece que realmente existe situação concreta de dano grave, causado não apenas pelo deferimento da liminar (quando a ré-naturalizada não poderá competir), mas também pelo indeferimento da liminar (quando então as atletas treinadas pelo autor popular não poderão competir).

Seja qual perspectiva se adote (deferir ou indeferir a liminar), o risco de dano grave existe, e é apenas questão de tempo para que se consume para uma das partes envolvidas (autor popular *vs.* ré-naturalizada), porque os Jogos Olímpicos de 2016 começarão em poucas semanas.

É importante afirmar aqui que *não se pode culpar o autor popular pela demora em ajuizar a ação popular*: não se poderia exigir que acompanhasse o Diário Oficial para saber quais atletas estrangeiros obtêm nacionalidade brasileira, ainda mais quando o dano concreto somente começou a se consumar quando as atletas que treina foram preteridas pela convocação da atleta naturalizada brasileira, quando foi definida a convocação para integrar a seleção feminina de espada.

Essa convocação ocorreu pelo ofício de 10.05.2016 (INF4 do evento 1 do recurso), quando a Presidência da Confederação Brasileira de Esgrima dá conta de quais seriam os atletas convocados. Mas *nessa data, quando o autor popular fica sabendo da convocação da atleta naturalizada brasileira, ré Emese Takács, ele já tinha ajuizado a ação popular, em 29.04.2016*.

Ou seja, o autor popular ajuizou a ação popular em 29.04.2016, mas a convocação definitiva somente foi comunicada em 10.05.2016, o que indica que não se pode imputar-lhe omissão ou mora na busca dos direitos que defende na ação popular. Não houve oportunismo nem desídia de sua parte, não havendo outra opção senão ajuizar a ação

popular às vésperas da competição.

O argumento forte em favor da ré-naturalizada é ela ainda não ter sido citada, não ter apresentado resposta na ação popular, não ter ainda sido ouvida em contrarrazões neste agravo de instrumento. Como dito, isso seria realmente obstáculo para que a matéria viesse a ser conhecida pela turma julgadora (porque o julgamento do agravo interno e o do agravo de instrumento pressupõem contrarrazões e contraditório), já que a ré-naturalizada poderia exercer o contraditório e trazer elementos robustos de prova de seu vínculo com o Brasil, da realidade de seu casamento, da residência contínua no Brasil, etc.

Entretanto, aqui devo ponderar que, se isso for feito e quando isso for feito (defesa e contrarrazões da ré-naturalizada, trazendo novas provas e alegações para os autos), então estaremos diante de fatos novos que, se forem relevantes, poderão ser imediatamente considerados pelo juízo de origem ou pela relatora do agravo de instrumento, levando-os em consideração, valorando-os em cotejo com o restante da prova dos autos, inclusive para então alterar ou ajustar o provimento liminar até então deferido (restabelecer a naturalização e cassar a medida liminar). Isto é inerente à tutela provisória de urgência, que pode ser revista e modificada quando surgem novos elementos de prova ou o juízo se convence do contrário.

Então, em um momento como este, de tutela sumária e urgente, com todas essas circunstâncias e particularidades, parece-me inviável a solução de simplesmente optar pela manutenção do *status quo* (manter a naturalização da ré Emese Takács) ao argumento de que teríamos presunção absoluta em favor da naturalizada brasileira apenas porque foi publicada a portaria de naturalização.

Se fizermos essa opção pelos *status quo*, estaremos optando pela posição da ré-naturalizada (que sequer é conhecida no endereço em que disse residir – evento 51) e também negando os interesses e os direitos que o autor popular defende nesta ação popular (parece-me que de forma legítima).

Optar pela manutenção da situação "oficial" reconhecida (eficácia e validade da naturalização da ré Emese Takács até que seja desconstituído o ato administrativo) não parece ser o caminho possível, por estas razões:

Primeiro, porque nega o direito de ação do autor popular. Não é só o réu que tem direito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, LIV, da Constituição), mas o autor tem também direito à inafastável proteção jurisdicional de seus direitos, não podendo sequer a lei excluir "da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (artigo 5º, XXXV, da Constituição). Direito de ação e direito de defesa são duas conquistas do Estado de direito democrático e da civilização, e devem estar à disposição de todos os cidadãos, um não podendo prevalecer sobre o outro, e ambos devendo ser compatibilizados pelo devido processo legal.

Segundo, porque essa compatibilização entre direito de ação e direito de defesa se dá no devido processo legal por meio não apenas dos procedimentos legalmente estabelecidos (petição inicial, contestação, instrução, sentença e recurso), mas também por meio da tutela cautelar e das tutelas provisórias de urgência. Afinal, há muito tempo se abandonou a ideia de deixar apenas para a decisão transitada em julgado a produção de efeitos jurídicos e processuais. Na maioria das vezes, as partes não podem nem estão obrigadas a esperar a longa tramitação de um processo judicial para obterem a tutela jurisdicional que postulam. Não é preciso esperar a sentença definitiva nem o trânsito em julgado, muito menos o exaurimento dos recursos legalmente previstos. Ao contrário, o ordenamento processual prevê uma gama cada vez maior de instrumentos que permitem ao juiz decidir com base na cognição sumária e provisória, atendendo situações urgentes em que as partes nem sempre podem esperar para ver a sentença virar coisa julgada.

Poderia aqui repetir lições doutrinárias de professores e processualistas reconhecidos, inclusive penso que bastaria abrir as páginas dos livros do saudoso professor Ovídio Baptista da Silva ou do nosso também saudoso Galeno Lacerda para encontrar preciosos trechos doutrinários, que poderia citar para ilustrar este voto-vista, mas creio que tudo isso é conhecido e não precisaria sequer ser explicitado, porque está na mentalidade de cada jurista e julgador de hoje que não há espaço para sempre se confiar no "oficial" e absolutizar a presunção de legitimidade que deriva de atos administrativos.

Aliás, acredito que as lições de Ovídio Baptista da Silva, de Galeno Lacerda e de outros tantos processualistas acabaram sedimentadas

em um dispositivo incluído no final do rol dos direitos individuais do cidadão na Constituição de 1988, tornando cláusula pétrea, a partir da EC 45/2004, o disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição:

"LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Portanto, ainda que existam atos administrativos que gozem de presunção de (relativa) legitimidade e de legalidade, há espaço no ordenamento processual brasileiro para que essa presunção seja posta de lado de forma sumária e provisória mediante as tutelas de urgência previstas nas leis processuais e agora amparadas não mais apenas na lição de doutrinadores ilustres, mas também no próprio texto constitucional (EC 45/2004).

Terceiro, porque a Constituição não se preocupou apenas com o direito de defesa e contraditório dos litigantes (artigo 5º, LIV, da Constituição), mas também estabeleceu uma série de regramentos e condicionantes da atuação das autoridades, dos agentes e dos órgãos administrativos brasileiros, conforme se verifica no *caput* do artigo 37 da Constituição, que estabelece que a administração pública brasileira (aí incluídos os agentes e as autoridades da polícia de imigração, de estrangeiros e de nacionalidade) deverá observar os princípios de "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Com tanta coisa que se tem lido nos noticiários e na imprensa, é difícil para o julgador emprestar obediência cega ao texto do ato administrativo apenas porque ele foi ato emanado de autoridade pública. É preciso estar atento para os desvios e os abusos que muitas vezes são cometidos por agentes públicos e autoridades oficiais, sendo justamente essa a função do Judiciário: controlar os atos administrativos e fazer cumprir as leis e os princípios que devem orientar a atuação administrativa.

Portanto, estamos aqui diante de uma situação de risco de dano grave, que nos obriga a decidir de forma sumária e provisória antes de termos todos os elementos necessários (decidir sem contraditório pleno e sem instrução concluída).

Seja qual for o caminho que escolhermos (acolher uma ou outra pretensão), estamos causando dano a uma das partes (deferindo o pedido de uma e negando o de outra), e não parece lógico nem legítimo

que esse peso recaia, no caso concreto, apenas sobre o autor popular em benefício da ré-naturalizada, que não está no país, que sequer é conhecida no endereço do casamento e da naturalização (certidão do oficial de justiça do evento 51) e pode ter se valido da naturalização para alcançar objetivo não permitido em lei (nacionalidade sem os requisitos legais), em detrimento de outros cidadãos brasileiros (excluí-los dos Jogos Olímpicos, ocupando a vaga que a eles pertenceria).

O perigo de dano existe para as duas partes, e parece necessário que o julgador avalie as pretensões com o que tem de provas e documentos nos autos até o presente momento (instante da decisão), decidindo com base no *fumus boni juris* que daí decorra em favor de uma das partes, ainda que precária e provisoriamente. É preciso examinar quem pareceria que hoje tem direito, com as provas que se tem, provisoriamente, até se esclarecerem melhor os fatos. Para isso serve a tutela provisória da urgência. É assim que são previstas medidas cautelares e liminares. É por isso que o juiz pode revisá-las a qualquer tempo se surgem novos elementos que apontam para a necessidade de sua readequação ao caso concreto e ao que até então está provado nos autos.

Aqui, mantida a medida liminar deferida pelo juízo de origem na ação cautelar, a posição da ré-naturalizada Emese Takács não é de todo destruída nem é irremediavelmente (irreversivelmente) aniquilada, porque:

(a) já temos o contraditório parcial com as contrarrazões da outra ré, a União Federal, que trouxe subsídios importantes para mostrar como se deu o processo administrativo de naturalização e o que nele esteve envolvido, e isso adiante será examinado (e vou tentar mostrar como isso me pareceu relevante e suficiente para comprovar que não foi lícita a naturalização, ao menos da forma como deferida);

(b) a qualquer tempo, retornando ao Brasil ou vindo aos autos, a ré-naturalizada Emese Takács poderá trazer fatos novos e apresentar documentos e provas suficientes para convencer o juiz ou a relatora de que preenche os requisitos da naturalização, quando então imediatamente poderão ser restabelecidos integralmente seus direitos, revertendo-se a situação causada pela liminar.

Seja como for, não me parece possível usar apenas o *status quo* vigente para negar o direito das partes à inafastabilidade da tutela jurisdicional,

ao prazo célere para proteção do direito e aos instrumentos de tutela provisória e de urgência previstos na lei processual.

Portanto, *reconheço que existe risco de grave dano, de difícil reparação, em favor do autor popular*, se não mantida a liminar deferida pela juíza de origem, sem prejuízo de, sendo trazidos novos elementos aos autos, a questão ser reapreciada pelo órgão então competente (juízo, relator ou turma).

5 – Probabilidade de provimento do recurso

Cabe avançar no exame da probabilidade de provimento do agravo de instrumento da União, que seria o que justificaria manter a decisão inicial da relatora (que suspendeu a liminar da ação popular).

Menciono que as questões relativas ao cabimento/à adequação da ação popular e à competência para o processo não estão em discussão neste momento, porque a relatora entendeu que não eram relevantes e não as submeteu à apreciação do colegiado.

Cabe, portanto, à relatora decidir a respeito, mas desde já me parece que não se tenha nenhuma circunstância que alterasse a decisão da juíza de origem, porque: *(a)* sequer se tem provas de que a ré-naturalizada Emese Takács tenha domicílio no Rio de Janeiro, já que a carta precatória que para lá foi endereçada para sua citação retornou não apenas sem cumprimento, mas também com diligências realizadas pelo oficial de justiça dando conta de que ela não era conhecida naquele endereço que declarou, tendo três moradores do prédio afirmado que a desconheciam e que nenhuma "estrangeira" havia ali residido; *(b)* a regra de competência que deve prevalecer é a da ação popular, já que é de ação popular que se trata; *(c)* a ação popular tem previsão constitucional, é *writ* constitucional e instrumento de exercício da cidadania e de controle dos atos estatais, sendo razoável que prevaleça sobre o interesse particular que move quem se naturaliza brasileiro, não havendo motivo para regra específica de competência nesse tipo de ação popular; *(d)* a ação popular se mostra apropriada para o controle dos atos administrativos que concederam a nacionalidade brasileira e reconheceram o direito da ré-naturalizada à naturalização, estando aqui envolvidas regras e princípios previstos nos artigos 12 e 37 da CF, bem como na respectiva legislação federal; *(e)* o exame do preenchimento

dos requisitos para naturalização, na parte que é discutida nesta ação popular, não é questão livre que estivesse submetida à discricionariedade do administrador (Polícia Federal e Ministério da Justiça), mas depende de regime constitucional e legal, rigidamente delimitados, com requisitos estritos previstos na lei respectiva; *(f)* não há margem para que o administrador público atue de forma discricionária, escolhendo quais requisitos devem ser preenchidos e como devem ser provados os requisitos relacionados ao casamento com brasileiro e ao domicílio contínuo em território nacional por determinado tempo; *(g)* o decidido pelo STF no ROMS 27.840/DF não trata de questão semelhante à discutida na ação popular, mas de situação diversa, que envolve a perda de nacionalidade brasileira na situação do artigo 12, § 4º, I, da Constituição, a qual deve dar-se por sentença judicial e não poderia ser decretada por autoridade administrativa, o que não é a discussão que é feita nos autos; *(h)* o artigo 217 da CF disciplina o desporto, trazendo-o para dentro da ordem social brasileira, fazendo assim legítima a atuação do autor popular, ainda que também na defesa das atletas que treina e representa, de fazer prevalecer as regras vigentes quanto às competições oficiais de que o Brasil participa.

Mas, deixando de lado essas questões, cabe examinar se o argumento da União, acolhido pela relatora, se sustenta: a presunção decorrente do ato de naturalização da ré Emese Takács é suficiente para negar o deferimento da liminar na ação popular e impedir que se pudesse questionar seus efeitos imediatos em relação à participação da ré-naturalizada em competição esportiva internacional, representando o Brasil???

Parece-me que não. É certo que o ato de naturalização estabelece presunção forte em favor da ré-naturalizada, que adquire a nacionalidade brasileira e passa a gozar do respectivo estatuto de cidadã brasileira para todos os efeitos, inclusive com reflexos sobre sua dignidade, sobre sua condição pessoal, sobre o estado de sua pessoa, sobre a possibilidade de representar o Brasil em competição olímpica, etc.

Mas não me parece que isso seja suficiente (essa mera presunção) para impedir que o ato de naturalização fosse discutido na via judicial apropriada, inclusive com recurso à tutela cautelar, de urgência ou provisória pertinentes.

Como já foi dito, é de ato administrativo que se trata, submetido aos princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição, com requisitos constitucionais e legais próprios (artigo 12 da Constituição; Lei 6.815/80) e passível de controle jurisdicional inafastável (artigo 5º, XXXV, da Constituição), inclusive em tempo célere (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição e artigos 294 e seguintes do CPC-2015).

Além disso, não se aplicaria aqui a exigência do artigo 12, § 4º, I, da Constituição de que somente por sentença judicial se pudesse cancelar a naturalização de estrangeiro naturalizado. A hipótese aqui é absolutamente distinta daquela prevista no artigo 12, § 4º, I, da Constituição, porque não se trata aqui de cancelamento da naturalização em decorrência de "atividade nociva ao interesse nacional". O que estamos discutindo aqui é apenas a anulação de ato administrativo, com efeitos *ex tunc*, porque, se houve fraude na concessão da nacionalidade brasileira à estrangeira, teremos nulidade do processo de naturalização que contamina o próprio ato concessivo, não produz efeitos jurídicos lícitos nem pode ser convalidado.

O que foi ilícito não se convalida, é isso que se trata de discutir na ação popular: saber se estavam ou não presentes os requisitos legais para deferimento da nacionalidade brasileira, por naturalização, à ré Emese Takács. Não é de cancelamento de naturalização em virtude de atividade nociva ao interesse nacional que se trata aqui, mas apenas discussão sobre a validade e a regularidade de atos administrativos que, sendo nulos, não poderão produzir efeitos lícitos e deverão ser anulados *ex tunc*.

A propósito, dizem os intérpretes da Constituição em plano doutrinário:

"A primeira hipótese de perda da nacionalidade brasileira é exclusiva de brasileiros naturalizados. A nacionalidade será cancelada por sentença judicial, em razão de atividade nociva ao interesse nacional. Ou seja, *a presente hipótese considera a concessão válida de nacionalidade pelo Estado brasileiro. Não se perquirirá, no curso do processo, se houve nulidade ou anulabilidade quando da concessão da nacionalidade. Portanto, o primeiro pressuposto é a nacionalidade brasileira válida*. O segundo pressuposto é que a naturalização seja cancelada por sentença judicial. Ou seja, o cancelamento só poderá advir depois de processo judicial no qual deverá ser garantida ao naturalizado a ampla defesa. Trata-se de processo previsto em lei especial (Lei 818/49), cuja sentença terá efeitos *ex nunc*, uma vez que, como bem pontua José Afonso da Silva, *trata-se de cancelamento de uma nacionalidade considerada válida, pelo fato de o naturalizado ter incorrido em uma hipótese constitucional*

de perda da nacionalidade, e não da declaração de nulidade de nacionalidade concedida em uma situação de vício ou fraude. O terceiro pressuposto é ter o naturalizado incorrido em 'atividade nociva ao interesse nacional', ou seja, aquela tendente a, de alguma maneira, afetar os interesses precípuos do Estado brasileiro, como, dentre outros, aqueles consignados nos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. Ou seja, o estrangeiro que atentar contra o Estado Democrático de Direito, a soberania nacional ou promover o racismo, por exemplo, pode ter essas atividades enquadradas como nocivas ao interesse nacional." (MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. *Constituição Federal interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 83)

Isso parece afastar qualquer dúvida quanto à absoluta improcedência da argumentação da União no sentido de que a naturalização poderia ser cancelada apenas por sentença judicial. Pela União foi dito na petição do agravo que:

"Exas., exatamente por comportar o pedido de cancelamento de naturalização um rito específico, e também por atingir direitos que são afetos à própria dignidade da pessoa humana, por ser reconhecido como cidadão de determinado país e poder desfrutar de todos os direitos civis e políticos a ele concedidos, é que a Constituição de 1988 e também a Lei 818/49 somente preveem que a naturalização possa ser cancelada – e, por consequência, suspensos os seus efeitos – por sentença judicial." (p. 24 da petição do evento 1)

A prevalecer essa argumentação da União, uma vez concedida a naturalização, ela somente poderia ser cancelada por sentença judicial!!!! Ora, como foi visto acima, não é assim que acontece: a sentença judicial somente é exigida constitucionalmente para aquela hipótese específica de cancelamento de naturalização em virtude de atividade nociva aos interesses nacionais, o que não se confunde com anulação por falta de requisitos ou por vícios do procedimento de naturalização, quando então até mesmo por procedimento administrativo pode ser cancelada (anulada), como inclusive previsto no artigo 112, § 2º, da Lei 6.815/80:

"§ 2º *Verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos* neste artigo ou nos arts. 113 e 114 desta lei, *será declarado nulo o ato de naturalização* sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida.

§ 3º A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior *processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada*, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação."

Superadas essas questões, parece-me imprescindível avançar sobre o mérito da questão, ainda que a título precário, sumário e provisório, apenas com as provas e os documentos que foram considerados pelo

juízo de origem e que constam dos autos, para ver se existe probabilidade de vitória do autor popular quanto à sua pretensão de anulação do ato de naturalização da ré Emese e dos atos administrativos praticados pela União.

Aqui teremos de enfrentar o ato que concedeu nacionalidade brasileira, por naturalização, à ré Emese Takács: Os requisitos legais foram observados quanto ao conteúdo e quanto à forma pela autoridade administrativa? Esse ato parece nulo? Há fortes motivos para parecer nulo?

A Constituição prevê quem são os brasileiros natos (artigo 12, I) e também abre possibilidade de que outros possam se naturalizar brasileiros (artigo 12, II), estabelecendo para estes últimos duas possibilidades:

"*a)* os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira."

Esta ação popular discute naturalização concedida com base na primeira hipótese (artigo 12, II, *a*, da Constituição), que é aquela adquirida pelos estrangeiros "na forma da lei".

Essa lei é privativamente a lei federal editada pela União, conforme competência legislativa privativa (artigo 22, XIII, da Constituição), tendo sido recepcionado o Estatuto do Estrangeiro da Lei 6.815/80, que continua vigente quanto à naturalização, sendo os respectivos requisitos previstos nos artigos 111 a 113 dessa Lei 6.815/80, a saber:

"Art. 111. A concessão da naturalização nos casos previstos no artigo 145, item II, alínea *b*, da Constituição é faculdade exclusiva do Poder Executivo e far-se-á mediante portaria do Ministro da Justiça.

Art. 112. São condições para a concessão da naturalização:

I – capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II – ser registrado como permanente no Brasil;

III – residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;

IV – ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;

V – exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;

VI – bom procedimento;

VII – inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por

crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e

VIII – boa saúde.

§ 1º Não se exigirá a prova de boa saúde a nenhum estrangeiro que residir no país há mais de dois anos.

§ 2º Verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos neste artigo ou nos arts. 113 e 114 desta lei, será declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida.

§ 3º A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação.

Art. 113. O prazo de residência fixado no artigo 112, item III, poderá ser reduzido se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições:

I – ter filho ou *cônjuge brasileiro*;

II – ser filho de brasileiro;

III – haver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça;

IV – recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística; ou

V – ser proprietário, no Brasil, de bem imóvel, cujo valor seja igual, pelo menos, a mil vezes o Maior Valor de Referência; ou ser industrial que disponha de fundos de igual valor; ou possuir cota ou ações integralizadas de montante, no mínimo, idêntico, em sociedade comercial ou civil, destinada, principal e permanentemente, à exploração de atividade industrial ou agrícola.

Parágrafo único. A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V."

Com base nessa legislação e limitando-me ao que está em discussão na ação popular, verifico que dois requisitos principais foram objeto de impugnação na ação popular e estão em discussão no agravo de instrumento: *(a)* casamento da ré-naturalizada com brasileiro; *(b)* domicílio contínuo por um ano no Brasil.

(Deixo de examinar o requisito pertinente a saber o naturalizado ler e escrever a língua portuguesa porque isso foi atestado pelo agente público competente e nada de relevante foi trazido para provar que o requisito não estivesse preenchido, motivo pelo qual ele não está em discussão neste agravo de instrumento.)

Parece-me que não se possa de plano afastar o preenchimento do requisito relativo ao casamento da estrangeira com cônjuge brasileiro, porque: *(a')* há certidão pública atestando o casamento e sua realização, e, em princípio, disso decorre presunção bastante forte, que depende de dilação probatória e contraditório para ser elidida; *(b')* o autor popular

ainda não trouxe provas robustas para comprovar que esse casamento tivesse sido simulado ou fosse falso, com intenção exclusiva de facilitar a obtenção da nacionalidade brasileira, uma vez que as provas trazidas são circunstanciais (publicações em redes sociais, Facebook, matéria jornalística, etc.), terão ainda de ser submetidas ao contraditório e poderão ser desconstituídas por contraprova; *(c')* se houve prática de ato simulado para obtenção de resultados não permitidos pela legislação, talvez se tenha até prática de crime, passível de persecução por ação penal no tocante à celebração do casamento, questão que deverá ser aferida pela instância competente, inclusive participando o Ministério Público Federal da ação popular e do agravo de instrumento, com condições suficientes para tutelar os interesses da coletividade a respeito; *(d')* a forma como se dá a relação do casal, por ora, não nos interessa, uma vez que existem diversas formas de composição de uma família e de estabelecimento de relacionamentos afetivos ou matrimoniais, matéria que não se teria espaço para perquirir em uma ação popular sem o devido e necessário contraditório e ampla dilação probatória.

Portanto, ao menos por ora, nada se poderia dizer de ilícito ou simulado quanto ao casamento com cônjuge brasileiro que a ré-naturalizada Emese Takács apresentou para reduzir seu tempo de permanência no Brasil. Até prova em contrário, que ainda depende de contraditório, ampla defesa e adequada instrução, *não está de plano demonstrada simulação ou invalidade do casamento que o tornasse ilícito ou impedisse fosse considerado no processo de naturalização para fins de redução do prazo de residência* (artigo 113, I e parágrafo único, da Lei 6.815/80).

Entretanto, ainda que o casamento com cônjuge brasileiro reduzisse o tempo de domicílio no Brasil para o estrangeiro se naturalizar, para um ano de residência contínua mínima (artigos 112, III, e 113, I, da Lei 6.815/80), é imperioso que tenha sido cumprido esse prazo mínimo para que a naturalização pudesse ser concedida.

Aqui parece existir vício flagrante no pedido de naturalização da ré Emese Takács, por estes motivos:

Primeiro, porque, quando apresentou administrativamente seu pedido junto à autoridade brasileira (Polícia Federal), o pedido sequer chegou a

ser recebido porque ela não preenchia os requisitos de residência mínima. Precisou a estrangeira ingressar com mandado de segurança junto à Justiça Federal do Rio de Janeiro para que o pedido fosse recebido e processado pela autoridade administrativa, ainda que sem os requisitos pertinentes (Mandado de Segurança 0008676-74.2014.4.02.5101 – MAND2 do evento 2 da ação popular). Ainda que a sentença tenha sido favorável à estrangeira, isso não assegurava seu direito à naturalização. Apenas se determinou à autoridade administrativa que protocolasse o pedido, o processasse e, ao final, decidisse como entendesse decidir, não lhe assegurando o mandado de segurança resultado favorável no processo administrativo de naturalização, mas apenas processamento administrativo do pedido.

Segundo, porque não tinha um ano de residência contínua no Brasil, na forma exigida pela legislação pertinente (artigos 112, III, e 113, I, da Lei 6.815/80), quando apresentou o pedido de naturalização.

A Lei 6.815/80 é clara e inequívoca ao exigir, como requisito para a concessão da naturalização, que o estrangeiro tenha "residência *contínua* no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, *imediatamente* anteriores ao pedido de naturalização" (artigo 112, III).

Ainda que o prazo seja reduzido para um ano no caso de casamento com cônjuge brasileiro (artigo 113, I e parágrafo único, da Lei 6.815/80), isso não dispensa que a residência seja "contínua" e que o prazo seja contado nos meses "imediatamente anteriores ao pedido de naturalização".

Aqui é importante destacar que não se trata de residência em território nacional, mas de residência "contínua" em território nacional. E que não se trata de residência em qualquer tempo, mas em períodos "imediatamente anteriores ao pedido de naturalização".

Portanto, a legislação é clara e unívoca, os conceitos estão bem definidos e os critérios são vinculados. Não sobra espaço para o administrador inventar ou interpretar os requisitos legais, estabelecendo requisitos ou dispensando condições além daquilo que está previsto na respectiva legislação.

O tempo de residência até pode ser reduzido para um ano se houver casamento com cônjuge brasileiro, mas é preciso que o estrangeiro tivesse residência contínua no território nacional no prazo imediatamente

anterior ao pedido de naturalização.

Terceiro, porque a ré Emese Takács não comprova que possuísse esse ano de residência contínua imediatamente anterior ao pedido de naturalização. Ao contrário, ela apenas comprova suas entradas e saídas em território nacional em períodos menores de tempo, parecendo-me mais do que evidente que não preencheu o requisito legalmente previsto: não possuía um ano de residência contínua em território nacional quando requereu a naturalização nem quando a naturalização lhe foi deferida por bondade da autoridade brasileira.

Quarto, porque não há como dispensar o prazo mínimo de residência no Brasil, pois a lei fala em residência "contínua", e tem um motivo para isso: para que o estrangeiro comprove vínculo com o país, com a nacionalidade que está aceitando. Não é um negócio comercial ou arranjado para se beneficiar ou ter vantagem que de outra forma não teria. A nacionalidade é algo sério, é algo que invoca aquilo que há de mais sagrado no contrato social que firmamos para viver em sociedade, que é a ideia de Nação, de Pátria, de valores que existem antes de nós e que nos ligam como participantes e cidadãos de um mesmo Estado Nacional, ainda que possamos divergir e ter diferenças entre nós.

Aliás, esse requisito da residência contínua não é simples capricho do legislador, mas se constitui em um dos mais importantes requisitos para obtenção da naturalização, como reconhecido na doutrina de Yussef Said Cahali, em clássico sobre o Estatuto do Estrangeiro:

> "Refere Haroldo Valladão *ser esta a mais importante das condições*, na medida em que representa o tempo de prova para que se possa ajuizar devidamente o valor do estrangeiro; *quanto maior tempo esteve ele sob as nossas vistas, melhor será possível aquilatar* suas qualidades e seus defeitos, sua conduta e seu passado, *a sinceridade dos propósitos que manifesta*." (CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 465)

Quinto, porque os treinos da ré Emese Takács em território estrangeiro, embora fossem comuns para outros atletas de elite (inclusive para brasileiros), no caso dos autos, não eram suficientes para dispensar a ré do requisito de permanência mínima em território nacional.

Aliás, é estranho que a ré Emese Takács tenha escolhido adquirir a nacionalidade justamente do país que sediaria a próxima Olimpíada. Certamente será muito importante ouvir sua defesa, seu depoimento pessoal, suas contrarrazões, quando ela poderá trazer elementos para

mostrar aos julgadores que tem vínculos com o Brasil e que esses vínculos justificam que seja mantida sua nacionalidade brasileira, que adquiriu por opção.

Se e quando ela vier aos autos e trouxer essas provas mínimas, com certeza o juízo ou a relatora poderão reexaminar os fatos e a decisão e corrigir eventual equívoco havido na apreciação do que até agora consta dos autos, inclusive quanto aos treinos realizados no estrangeiro no curto período que antecedeu sua naturalização. Mas, por ora, não há como compará-la a outros atletas nacionais que, gozando da nacionalidade brasileira, vão buscar no estrangeiro aprimorar suas habilidades e adquirir experiência em países mais avançados naquela modalidade esportiva (aliás, é isso que as atletas brasileiras representadas pelo autor popular postulam, a oportunidade de competir pelos seus próprios méritos e de ganhar experiência em eventos internacionais, agora que são jovens, para que no futuro, quem sabe, tenham índices que as tornem competitivas para sonhar com uma medalha olímpica).

Claro que não se poderia ignorar por completo que a ré-naturalizada Emese Takács pudesse ter se afastado por alguns períodos durante esse ano em que deve comprovar residência contínua, já que a própria doutrina adverte que a residência contínua pode sofrer mitigação quando o candidato a brasileiro naturalizado se afasta por alguns dias:

"Mas adverte Dardeau de Carvalho a respeito: por falar a lei em residência contínua, isto é, ininterrupta, *não se há de concluir que qualquer ausência do Brasil implique interrupção do prazo, 'pois seria absurdo exigir de um estrangeiro, aqui radicado há vinte ou trinta anos, por exemplo, que passasse mais cinco no país, só porque se ausentara por um ou dois dias, em viagem de turismo ou de negócio'* (Leo de Alencar, Parecer, *in* Prc. 24.667/59); *seria absurdo, realmente, exigir-se de um estrangeiro, nas condições descritas, que passasse mais cinco anos no país para poder naturalizar-se, ainda que se tivesse ausentado, não diremos por um ou dois dias, mas por dois ou três meses*, pois o próprio bom senso repeliria essa interpretação; *não seria menos absurdo, porém, que o estrangeiro residente no Brasil há dois anos, por exemplo, pudesse igualmente naturalizar-se, depois de ter passado um ano fora do território brasileiro, sem se considerar interrompido o prazo de residência*, que, em condições semelhantes, deverá recomeçar do momento da nova chegada ao Brasil." (CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 466)

A ressalva feita pela lição doutrinária acima (um estrangeiro que morasse vinte ou trinta anos no país e se ausentasse por alguns dias) parece razoável, como também parece razoável a restrição feita ao final quanto ao abuso na aplicação da ressalva, quando o doutrinador diz

que seria absurdo que um estrangeiro residente no país há dois anos, que tivesse se ausentado por um ano, pudesse ter sua naturalização reconhecida.

Pois bem, no caso dos autos, como adiante vamos destacar, o que está em jogo não é uma ausência eventual ou breve, como as mencionadas pelo doutrinador, mas, ao que tudo indica, o próprio retorno ao país de origem, com permanência no Brasil por poucos dias durante o ano, com tudo indicando desvio de finalidade e intenção de fraudar a legislação brasileira.

Sexto, porque o exame feito pela autoridade policial parece ter sido sumário ("sofrível" seria um bom qualificativo), principalmente porque não estava ali presente questão discricionária, que permitisse liberdade para o administrador dispensar requisitos ou avaliá-los segundo critérios de oportunidade e conveniência.

Aliás, até mesmo se os requisitos fossem comprovados, eles não assegurariam deferimento puro e simples da naturalização ao estrangeiro, uma vez que o artigo 121 da Lei 6.815/80 ainda ressalva: "A satisfação das condições previstas nesta lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização".

Os requisitos legais não podem ser dispensados, ignorados nem relevados pela autoridade responsável. Afinal, se, mesmo presentes os requisitos, isso não assegura "ao estrangeiro direito à naturalização", com muito mais razão a naturalização não pode ser concedida se sequer os requisitos legais estiverem preenchidos.

Sétimo, porque é importante o exame detalhado do processo de naturalização (PROCADM2 e PROCADM3 do evento 31 e PET1 do evento 35 da ação popular), quando então se pode formar juízo bastante razoável no sentido de que o serviço público brasileiro falhou ao aceitar as condições apresentadas pela ré Emese Takács como hábeis à sua naturalização, quando esta não preenchia o requisito do tempo mínimo de residência contínua no Brasil.

Em nota técnica (p. 22-24 do PROCADM3 do evento 31), o Ministério da Justiça esclarece os critérios que adotou para decidir favoravelmente ao pedido de naturalização da ré Emese Takács, de onde destaco o que interessa ao requisito da residência contínua e imediata:

"16.3. Residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos,

imediatamente anteriores ao pedido de naturalização.

16.3.1. No caso de imigrante casada com brasileiro, a lei estabelece a redução no prazo de residência contínua para 1 (um) ano. Assim, considerando-se que a então imigrante era casada com brasileiro à época da solicitação, o prazo de residência contínua reduziu-se para 1 (um) ano, *tendo sido demonstrado o cumprimento deste requisito pela interessada por meio de certidão de casamento realizado em 16.05.2013, fl. 85, com brasileiro, conforme certidão de nascimento do cônjuge de fl. 37, indicação de domicílio, disponibilização de documentos como conta de telefone em seu nome com endereço residencial na cidade do Rio de Janeiro/RJ, fl. 35, e sua inclusão na declaração de imposto de renda do cônjuge, fl. 91-101*.

16.3.2. A *análise da unidade indicou a razoabilidade em aceitar as provas de domicílio e de vínculo e de considerar como capazes de sustentar a continuidade da residência, bem como o* animus *de retornar ao domicílio conjugal, conforme assinalado pela então naturalizanda, de entrada no Brasil constante na sua RNE, fl. 09, e datas de registros e entradas no Brasil em seu passaporte* em:

08.02.2013 – fl. 59
11.11.2013 – fl. 51
20.11.2013 – fl. 51
18.04.2014 – fl. 67
24.05.2014 – fl. 67

16.3.3. *A então naturalizanda justificou como suficientemente razoáveis suas ausências do território nacional, necessárias à sua ocupação, avaliadas pela equipe como motivo relevante*.

16.3.4. No processo *constam, portanto, documentos que demonstram que a requerente e seu marido têm domicílio no endereço Estrada do Barro Vermelho, 640/205, Rocha Miranda, Rio de Janeiro/RJ, quais sejam: declaração de próprio punho da requerente de que reside com seu marido no referido endereço, fl. 87; conta de telefone em nome da requerente com o referido endereço, fl. 35; declaração de renda referente ao ano de 2013 do marido da requerente com a informação de que ele reside no referido endereço, fls. 91-101*. Nenhum desses elementos documentais foi atacado por qualquer diligência ou ato de impugnação ao tempo da análise, sendo a prova documental, em sua fé pública, tomada como verdadeira e, portanto, satisfazendo o respectivo critério.

(...)

17. Além dos requisitos previstos no art. 112 da Lei 6.815/1980, esta Divisão entende necessária a análise pormenorizada dos pontos sugeridos na informação reduzida a termo pela escrivã.

17.1. Período de estada.

17.1.1. No presente caso, conforme o inciso III do art. 112 da Lei 6.815/1980, o que se exige é a residência contínua. Observe-se:

'Art. 112. São condições para a concessão da naturalização:

I – (...);

II – (...);

III – residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;

(...)'

17.1.2. Assim, *o texto de lei fala em residência contínua. Destaque-se que, da leitura da lei, esta Divisão é forçada a distinguir textualmente residência e período de estada (ao qual se refere a informação), sendo este um dos indicativos que podem ser levados em consideração. Residência é o local onde a pessoa habita, com demonstração de ânimo definitivo ou de retorno habitual; expressa, portanto, o equivalente funcional do domicílio do Código Civil, não podendo se reduzir à contagem de dias com presença física em território nacional, sendo essa uma das referências que informa a análise. Esta não é elemento necessário, sequer suficiente*.

17.1.3. Por óbvio, *a residência contínua não pode ser entendida por desconstituída ante saídas temporárias, sem contextualização. Os retornos constantes ao país, especialmente em casos tais, que envolvem justificação em base profissional, acadêmica ou de forma de ocupação, por pessoas que, por exemplo, ostentam condição de permanente em decorrência de vínculo matrimonial, são um elemento a ser considerado*.

17.1.4. O Código Civil de 2002, ao tratar do domicílio, relaciona-o, de modo esclarecedor, ao conceito de residência, senão vejamos:

'Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

Art. 74. Muda-se o domicílio transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.

Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares que deixa e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.'

17.1.5. *A leitura dos dispositivos do Estatuto do Estrangeiro, harmonizados com as previsões do Código Civil acima, deixa claro que o que se pretende com o requisito da 'residência contínua', fixado no inciso III do art. 112 da Lei 6.815/1980, é que o candidato à naturalização mantenha esse vínculo com o território nacional, que pode ser objetivo ou subjetivo*.

17.1.6. *No caso concreto, a então naturalizanda fez prova de sua condição de permanente no país, do casamento com pessoa brasileira, e forneceu elementos de contextualização para suas ausências, o que foi reforçado por declaração prestada por entidade vinculada a essas atividades, no caso, a Confederação Brasileira de Esgrima, dando mostra de boa-fé*.

17.1.7. Assim, entende esta Divisão que se encontra devidamente adimplido o requisito do inciso III.

17.2. Devido registro na condição de permanente com motivação de fato/direito, conforme amparo legal.

17.2.1. O presente requisito decorreu, no caso concreto, da conjugação de dois juízos administrativos encadeados, emitidos pelo Ministério das Relações Exteriores (visto perma-

nente com base em casamento) e pelo Departamento de Polícia Federal (registro permanente).

17.2.2. Na primeira fase (visto permanente), a então naturalizanda apresentou à unidade consular brasileira no exterior pedido de visto permanente amparada na reunião familiar com cônjuge brasileiro.

17.2.3. Já na segunda fase (registro permanente), a unidade da Polícia Federal procedeu ao registro da naturalizanda na condição de permanente amparada no vínculo matrimonial com cidadão brasileiro.

17.2.4. Não havendo qualquer relato de indícios de fraude ou falsidade na documentação constante do processo, a esta Divisão de Nacionalidade e Naturalização coube, como de fato o fez, reconhecer a condição de permanente da então naturalizanda."

O requerimento de naturalização é datado de 13.05.2014 (p. 3 do PROCADM2 do evento 31). Se considerarmos os termos da legislação brasileira vigente (artigos 112, III, e 113, I, da Lei 6.815/80), a estrangeira deveria ter comprovado possuir residência contínua em território nacional pelo prazo mínimo de um ano imediatamente antes do requerimento de naturalização, isto é, *a estrangeira deveria comprovar residência contínua no Brasil pelo menos de 13.05.2013 a 12.05.2014*.

Entretanto, não obstante a engenharia jurídica feita pela autoridade administrativa brasileira para tentar justificar e explicar algo que seria simples (residência contínua de 13.05.2013 a 12.05.2014), as razões da autoridade administrativa não convencem.

Isso porque as provas de residência contínua levadas pela então estrangeira Emese Takács no processo de naturalização chegam a ser quase risíveis. Quase chega a surpreender o fato de a autoridade policial brasileira, sempre tão zelosa com o interesse público, ter deferido nacionalidade brasileira a alguém que comprovou sua residência contínua em território nacional com apenas uma conta de telefone celular do mês de janeiro de 2015 (p. 35 do PROCADM2 do evento 35 da ação popular).

Esse é o único documento com prova de residência em nome de Emese Takács, embora também tenham sido apresentados e considerados: *(a)* certidões negativas de antecedentes (p. 15 a 32 do PROCADM2 do evento 35); *(b)* conta de energia elétrica de janeiro de 2015 em nome de Josué Gonzaga de França (p. 33 do PROCADM2 do evento 35); *(c)* documentos relativos ao cônjuge da naturalizanda, como certidão de nascimento e matrícula de imóveis (p. 37 a 43 do PROCAMD2 do evento 35); *(d)* cópias do passaporte húngaro (p. 45 a 83 do PROCADM2

do evento 35); *(e)* certidão de casamento celebrado em 16.05.2013 com Rafael de França Barreto (p. 85 do PROCADM2 do evento 35); *(f)* declaração de residência datada de 09.05.2014, assinada pela ré Emese Takács (p. 87 do PROCADM2 do evento 35); *(g)* declaração da Confederação Brasileira de Esgrima, datada de 05.05.2014, de que "a esgrimista EMESE TAKÁCS (...) encontra-se em processo de naturalização objetivando, em um futuro próximo e de posse da nova cidadania, filiar-se a um clube nacional a fim de tentar uma classificação e possível participação nos Jogos Olímpicos – Rio 2016", e também declarando que haveria interesse da entidade em que o processo de naturalização tramitasse com celeridade junto à Polícia Federal (p. 89 do PROCADM2 do evento 35); *(h)* declaração de imposto de renda do exercício 2014 do cônjuge da ré Emese Takács, onde ela consta como dependente (p. 91 a 101 do PROCADM2 do evento 35); *(i)* alvará de licenciamento de 05.03.2010 em favor do cônjuge da ré Emese Takács (p. 103 do PROCADM2 do evento 35); *(j)* cópia de cartão de crédito ilegível (p. 105 do PROCADM2 do evento 35).

Ora, por mais que se tivesse boa vontade em interpretar e valorar esses documentos em favor da ré Emese Takács, não é possível dispensá-la da residência contínua em território brasileiro pelo prazo mínimo de um ano imediatamente antes do requerimento de naturalização.

Aliás, a tal conta telefônica (celular) que comprovaria a residência no mês de janeiro de 2015 não se refere a período anterior ao pedido de naturalização (datado de 13.05.2014).

Quando se consideram os períodos em que a ré Emese Takács esteve em território nacional nos anos de 2013 e 2014, então vai por terra qualquer possibilidade razoável de reconhecer seu vínculo contínuo com o território nacional no período de 13.05.2013 a 12.05.2014. Isso porque o delegado da Polícia Federal responde sobre os movimentos migratórios de Emese Takács em 29.03.2016, remetendo certidão e planilha "com cálculos de dias de estada no Brasil, desde sua primeira entrada (em 14/jan/99) até a data de 13/mar/15 (considerando que foi dada entrada de seu pedido de naturalização em 11/mar/15)" (p. 1 do OFIC7 do evento 1 da ação popular).

Ali (p. 4 do OFIC7 do evento 1 da ação popular) temos o seguinte resumo de entradas e saídas até 11.03.2015:

ORDEM – ENTRADA – SAÍDA – DIAS
I – 14/jan/99 – 19/jan/99 – 06 dias
II – 05/maio/11 – 09/maio/11 – 05 dias
III – 06/fev/13 – 20/maio/13 – 104 dias
IV – 11/nov/13 – 20/nov/13 – 10 dias
V – 19/abr/14 – 24/maio/14 – 36 dias
VI – 20/fev/15 – 13/mar/15 – 22 dias
TOTAL: 183 dias

Se considerarmos o período imediatamente anterior àquela data constante no pedido de naturalização (13.05.2014 – p. 3 do PROCADM2 do evento 31), teríamos que considerar o período que vai de 13.05.2013 a 12.05.2014. Então a ré Emese Takács esteve em território nacional apenas 42 dias.

Se considerarmos o período imediatamente anterior àquela data dita como sendo a da entrada do pedido de naturalização (13.05.15 – p. 1 do OFIC7 do evento 1), teríamos que considerar o período que vai de 13.05.14 a 12.05.15. Então a ré Emese Takács esteve em território nacional apenas 33 dias.

Ou seja, ela ganhou nacionalidade brasileira comprovando apenas 42 ou 33 dias de permanência em território nacional, tendo a autoridade brasileira aceito esses 42 ou 33 dias como sendo aquele período mínimo de um ano de residência contínua em território nacional de que trata a Lei 6.815/80.

Ora, por mais que se tivesse boa vontade com a tese jurídica defendida pela União e até que se concretize o contraditório e a ré Emese Takács possa mais bem esclarecer os fatos (comprovar seu vínculo com o território brasileiro no restante do ano de residência mínima contínua que precisava comprovar), não posso deixar de reconhecer que existem fortes indícios que apontam para a ocorrência de fraude na concessão da nacionalidade brasileira por naturalização à atleta húngara, já que não parece que ela tenha preenchido o requisito de um ano de residência contínua mínima no período imediatamente anterior ao pedido de naturalização, e já que não parece que o exame feito pela autoridade administrativa brasileira tenha observado os princípios do artigo 37, *caput*, da CF e ao menos os requisitos dos artigos 112, III, e 113, I, da

Lei 6.815/80 no processo administrativo de naturalização.

A decisão da juíza de origem, que deferiu a liminar, parece-me que examinou bem essas questões, com estes fundamentos, naquilo que interessa ao requisito específico agora examinado:

"(...)

O requisito domínio do idioma nacional por parte da naturalizada somente poderá ser corretamente verificado na fase de instrução probatória, mas, *no que tange ao requisito residência contínua no território nacional, há prova documental oriunda da Polícia Federal* – Coordenação-Geral de Polícia de Imigração – (ev1, ofic7) *demonstrando que, no período imediatamente anterior ao protocolo do pedido de naturalização de Emese Takács* (13.05.2014 – ev8, procadm4, páginas 1-3), *ela sequer estabeleceu residência contínua no território nacional*.

Isso porque, *a partir do momento em que Emese Takács passou a ter visto permanente no Brasil* (concessão *em 15.08.2013*, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil – ev8, parecer3, p. 3, item 'a') *até 13.05.2014, permaneceu no território nacional por apenas 35 dias* (em um prazo pouco inferior a 9 meses), conforme ev1, ofic7, páginas 2 e 4.

Ora, não é plausível que, no período de quase 9 meses anteriores à data em que Emese Takács protocolou pedido para concessão de naturalização brasileira, restasse configurada residência contínua no território brasileiro somente com a permanência, neste país, por 35 dias.

Logo, havendo forte indício de que o requisito do art. 112, III, da Lei nº 6.815/80 não foi cumprido, há probabilidade de ser verossímil a alegação de que a Portaria nº 57/2015 (ev1, port6) padece do vício de ilegalidade de objeto – a qual, na definição dada pelo art. 2º, *c* e parágrafo único, *c*, da Lei nº 4.717/65, ocorre 'quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo'.

(...)"

"(...)

O art. 70 do Código Civil disciplina que 'o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo'.

Existem dois elementos, portanto, no conceito de domicílio, a saber, o objetivo (fixação da pessoa em determinado lugar) e o subjetivo (intenção de permanecer em determinado lugar, com ânimo definitivo).

Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2003. p. 195), estabelece distinção entre habitação ou moradia e domicílio, ensinando que,

'na habitação ou moradia, tem-se uma mera relação de fato, ou seja, é o local em que a pessoa permanece, acidentalmente, sem o ânimo de ficar (p. ex., quando alguém hospeda-se em um hotel, em uma estância climática ou aluga uma casa de praia, para passar o verão). A residência é o lugar em que habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente. O domicílio é um conceito jurídico, por ser o local onde a pessoa responde, permanentemente, por seus negócios e atos jurídicos, sendo importantíssimo para a determinação do lugar onde se devem celebrar tais atos, exercer direitos, propor ação judicial, responder pelas obrigações (CC, arts. 327 e 1.785).'

Ora, como já destacado no tópico anterior, *no prazo imediatamente anterior a 8 meses e 28 dias do pedido de naturalização (período no qual Emese Takács obteve visto permanente no Brasil, por 2 anos), Emese Takács permaneceu no território nacional por apenas 35 dias, conforme relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal* no ev1, ofic7, páginas 2 e 4.

Mesmo que se some o período no qual Emese Takács possuía visto de turista (permanência por apenas 90 dias) e visto permanente de 2 anos, verifica-se que, de 05.05.2011 até 13.05.2014 (3 anos e 8 dias), permaneceu no Brasil por aproximadamente 144 dias (equivalentes a menos de 5 meses).

Tal não preenche o requisito objetivo do domicílio, que é a fixação espacial permanente de Emese Takács no território nacional.

Aliás, *se há fixação espacial de Emese Takács em determinado lugar, presume-se que é em Budapeste, na Hungria*, conforme dezenas de fotografias lançadas no Facebook, com marcação de seu nome (juntamente com o húngaro Attila Szábo), datadas de 12 de junho de 2012 em diante e anexadas no ev1, ata 10 – o que, por conseguinte, permite questionar em que condições foi celebrado seu casamento com Rafael de França Barreto, em 16.05.2013 (ev2, certcas3).

A mera existência de conta telefônica em seu nome, com endereço residencial na cidade do Rio de Janeiro (documento esse que sequer foi anexado aos autos), *não gera presunção relativa de veracidade da existência de seu domicílio no Brasil, sendo apenas mero indício de prova, que deve ser confrontado com os demais elementos anexados aos autos* (mormente, o relatório da Polícia Federal no ev1, ofic7) – o mesmo se podendo dizer com relação a sua inclusão, como cônjuge, na DIRPF de Rafael de França Barreto.

Assim, diferentemente do que ocorre com a verificação do requisito domínio do idioma nacional – que depende do ingresso na fase probatória (o mero esclarecimento constante no ev8, parecer3, p. 3 não faz prova cabal de que Emese Takács leia e escreva a língua portuguesa) –, entendo que, na análise do requisito residência contínua no território nacional, há forte probabilidade de as alegações formuladas na inicial serem verossímeis, no sentido de que a Portaria do ev1, port6, padece, a princípio, de vício de ilegalidade do objeto, em face da ausência de cumprimento do requisito exigido no art. 112, III, da Lei nº 6.815/80.

Destaque-se, neste ponto, que, *não obstante a União defenda a legalidade do ato no evento 8, anexou o Parecer 3 no referido evento, oriundo do Ministério da Justiça, no qual expressamente reconhece a juntada de documentos novos nos presentes autos de ação popular, consignando 'que se recomenda sejam remetidos ao Departamento da Polícia Federal*, em reforço ao Ofício 52/2016/DPMIG/DEMIG/SNJ-MJ'.

(...)"

Portanto, considerando isso que foi dito, não há como deixar de reconhecer que *é muito plausível a pretensão do autor popular, estando presentes elementos probatórios suficientes (ainda que precários e provisórios) capazes de sustentar a medida liminar que foi deferida pelo juízo de origem, não me parecendo existir probabilidade de que o agravo de instrumento da União pudesse vir a ser provido*, ao menos com a prova que até agora consta dos autos.

6 – Consequências quanto ao referendo da decisão da relatora

Dito tudo isso, peço vênia para divergir do entendimento da relatora e não referendá-lo, como sugerido, uma vez que:

(a) ainda que não se tenha citação, defesa e contrarrazões da ré Emese Takács, a União exerceu contraditório e ampla defesa, e documentos ou fatos novos que a ré Emese Takács trouxer aos autos poderão ser imediatamente considerados pelo juízo de origem ou pela relatora, assegurando-se seus direitos e reexaminando-se a liminar;

(b) existem fortes elementos probatórios apontando para a ocorrência de fraude na concessão da nacionalidade brasileira por naturalização à ré Emese Takács pela não comprovação de tempo mínimo de um ano de residência "contínua" no Brasil, em período "imediatamente" anterior ao pedido de naturalização;

(c) os direitos e os interesses representados pelo autor popular são relevantes e podem ser veiculados por ação popular, seja porque o desporto é constitucionalmente disciplinado e protegido (artigo 217 da CF), seja porque a atuação administrativa é vinculada e deve respeito à legislação vigente (artigo 37, *caput*, da CF), seja porque o controle jurisdicional é inafastável inclusive quanto à tutela provisória e de urgência (artigo 5º, XXXV e LXXVIII, da CF);

(d) a intervenção judicial é urgente e necessária no caso presente, havendo risco de prejuízos graves e de difícil reparação tanto pelo deferimento quanto no indeferimento da medida liminar na ação popular, devendo então a tutela provisória ser apreciada com base nos elementos de prova até agora existentes nos autos, protegendo-se cautelarmente aquele que parece (disparado) ser o melhor direito, que é a posição material defendida pelo autor popular, em detrimento do interesse aparentemente privado da ré-naturalizada Emese Takács.

7 – Proporcionalidade da medida liminar deferida pelo juízo

A única dúvida que tenho é sobre o alcance da medida liminar deferida na ação popular, se não estaria sendo desproporcional para atingir os fins pretendidos pelo autor popular na tutela de urgência.

Explico: o juízo de origem deferiu integralmente a liminar, suspendendo todos os efeitos do ato de naturalização, o que com certeza

teria graves consequências sobre a condição pessoal da ré Emese Takács, que se vê privada da nacionalidade brasileira de forma sumária e imediata. A privação é para todos os efeitos, inclusive impedindo que participe da Olimpíada de 2016 como representante do Brasil na modalidade para a qual se classificou.

Embora a decisão da relatora me parecesse inadequada (manter a nacionalidade brasileira, sem qualquer restrição), essa solução proposta pela medida liminar parece desproporcional: vai além do que é necessário neste momento para tutelar a urgência. Porque a tutela da urgência, naquilo que imediatamente interessa ao autor popular, é restringir o direito da ré-naturalizada de participar da Olimpíada de 2016 na equipe brasileira, considerando as dúvidas lançadas sobre o processo de naturalização (que entendi relevantes nos itens anteriores).

Pois bem, talvez aqui o adequado fosse um deferimento parcial da medida liminar na ação popular, cassando parcialmente os efeitos da naturalização brasileira *tão somente* para determinar que a ré-naturalizada Emese Takács não representasse o Brasil em competições esportivas internacionais (inclusive na Olimpíada de 2016), até que seja resolvida a ação popular que questiona sua naturalização.

Dessa forma, estaríamos garantindo os interesses do autor popular e dos atletas brasileiros de participarem da Olimpíada de 2016 (tutelando a aparência e a evidência da fumaça do bom direito que defendem), ao mesmo tempo que não estaríamos privando a ré-naturalizada dos demais atributos de sua personalidade e da sua condição pessoal de naturalizada brasileira, ao menos até que lhe seja assegurada ampla defesa e contraditório (garantindo que a tutela provisória seja proporcional e restrita ao que é necessário à tutela do que parece ser o bom direito).

Entretanto, essa questão deve ser eventualmente resolvida pelo juízo de origem ou pela relatora, se eventualmente sua decisão não for referendada ou se se entender de em parte reconsiderá-la, não estando compreendida dentro daquilo que envolve o referendo da decisão inicial da relatora e que agora está em julgamento.

8 – Conclusão

Ante o exposto, voto por *não referendar a decisão inicial* da relatora

(evento 3 deste recurso), *mantendo a decisão do juízo de origem que deferiu a medida liminar na ação popular*, nos termos e com as ressalvas mencionadas neste voto.

PETIÇÃO (VICE-PRESIDÊNCIA) CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5028649-76.2016.4.04.0000/TRF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Requerentes: Luiz Osório da Luz Silveira
Inacio Chevalier Junior
Nelson Wedekin
Nivio Junior Lewis Delgado
Ricardo Athanásio Felinto de Oliveira
Advogado: Dr. Israel Cesar Oliveira Selbach
Requerida: Superintendência de Seguros Privados – Susep
Requerido: Hugo Leandro Espindola Abrão
Advogado: Dr. Leonardo Bica de Freitas Rezende
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Conflito de competência. Hipóteses do art. 66 do CPC/2015 não configuradas. Inexistência de conflito de competência entre o juízo de primeira instância que declinou da competência para julgar as demandas e a turma que declinou da competência para apreciar o recurso de agravo.

1. De qualquer ângulo que se analise a questão, não há conflito de competência a ser solucionado, seja porque não há conflito de competência entre o juízo de primeira instância que declinou da

competência para julgar as demandas e a turma que declinou da competência para apreciar o recurso de agravo; seja porque não poderia haver conexão entre uma demanda já sentenciada há anos e outra que há poucos dias foi distribuída; seja porque, no âmbito do agravo, qualquer que seja o entendimento, será a 4ª Turma do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* a competente para apreciar o recurso; seja, finalmente, porque o conflito decorre da própria omissão dos requerentes, ora suscitantes, ao distribuírem ações posteriores sem sequer mencionar a existência de uma ação anteriormente distribuída envolvendo as mesmas partes e causa de pedir.

2. Conflito de competência não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do conflito de competência, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2016.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: O parecer do MPF (evento 6 – PARECER1) expõe com precisão a controvérsia*, verbis*:

"Trata-se de conflito de competência, suscitado por LUIZ OSÓRIO DA LUZ SILVEIRA E OUTROS em face da SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP e de HUGO LEANDRO ESPINDOLA ABRÃO, com fulcro no artigo 66, inciso III, do vigente Código de Processo Civil, combinado com os artigos 199 e seguintes do Regimento Interno desse Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO.

Arguem os suscitantes que dois julgadores, autoridades judiciárias vinculadas ao TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, reuniram ações judiciais de forma discrepante.

A SUSEP e o requerido HUGO LEANDRO ESPINDOLA ABRÃO apresentaram resposta ao presente conflito de competência, respectivamente, nos eventos 06 e 08.

É o breve relatório."

Prestadas as informações pelo Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo

Teixeira do Valle Pereira (evento 25 – OFIC1) e pela Exma. Juíza Federal Substituta da 10ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, Dra. Ana Maria Wickert Theisen (evento 27 – INF2), manifestaram-se pela inexistência e pela impossibilidade de conflito.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Em seu parecer, anotou o douto MPF, *verbis*:

"FUNDAMENTAÇÃO

Sustentam os requerentes, ora suscitantes, que dois julgadores, autoridades judiciárias vinculadas ao TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, reuniram ações judiciais de forma discrepante, a saber:

'a) A mm. Juíza Federal Dra. Ana Maria Wickert Theisen, da 10ª Vara Federal, entendeu que o juízo da 2ª Vara Federal de Porto Alegre, em virtude da Ação nº 5026080-45.2016.4.04.7100, que trata do instituto da extensão de regime especial para o mercado fiscalizado da Susep, estaria prevento para os processos:

(i) 5032561-24.2016.4.04.7100 (ajuste técnico);

(ii) 5036602-34.2016.4.04.7100 (capital mínimo);

(iii) 5040428-68.2016.4.04.7100 (afastamento dos interventores).

b) Por seu turno, o preclaro Desembargador Federal Dr. Ricardo Teixeira do Valle Pereira decidiu, de ofício, que o juízo prevento para a Ação nº 5032561-24.2016.4.04.7100 (ajuste técnico) era aquele que julgou a ação de avaliação, qual seja, a 4ª Vara Federal de Porto Alegre, em razão da Ação nº 5005236-79.2013.4.04.7100, e, como consequência, o agravo de instrumento deveria ser direcionado à colenda turma que havia julgado a apelação daquele processo (Apelação Cível 5005236-79.2013.4.04.7100/RS, relator Desembargador Federal Dr. Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle). Por desdobramento lógico, as ações judiciais 5036602-34.2016.4.04.7100 (capital mínimo) e 5040428-68.2016.4.04.7100 (afastamento dos interventores), *a priori*, ficariam mantidas no mm. juízo da 10ª Vara, visto que o critério de interligação estaria restrito ao anterior ajuizamento da ação sobre a avaliação dos imóveis (4ª Vara Federal de Porto Alegre, Ação nº 5005236-79.2013.4.04.7100).'

No entender dos requerentes, ora suscitantes, 4 (quatro) ações judiciais foram reunidas de forma discrepante por duas autoridades judiciais vinculadas a esse TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, caracterizando o conflito de competência, nos termos do artigo 66, inciso III, do vigente Código de Processo Civil, combinado com os artigos 199 e seguintes do Regimento Interno desse Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, *ex vi legis*:

Código de Processo Civil:

'Art. 66. Há conflito de competência quando:

(...)

III – entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou da separação de processos.

Parágrafo único.

O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.'

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

'Art. 199. O conflito de competência poderá ocorrer entre autoridades judiciárias vinculadas ao Tribunal.'

Ocorre, no entanto, que não pode haver conflito entre uma decisão de primeiro grau, de uma juíza singular, que declina competência para julgar uma demanda a outro juiz, que considera prevento (e que ainda não se manifestou sobre o tema, aceitando ou não a sua competência), e uma decisão de segundo grau, de um desembargador, que determina a redistribuição, para apreciar o agravo, a outra turma (preventa por ter julgado recurso anterior envolvendo a mesma matéria).

In casu, afiguram-se irrefutáveis as alegações lançadas na petição do evento 08, da lavra de HUGO LEANDRO ESPINDOLA ABRÃO, ora suscitado, *verbis*:

'(...) Os requerentes estão alegando conflito entre a decisão da Juíza ANA MARIA WICKERT THEISEN, da 10ª Vara Federal (que corretamente declinou a competência dos feitos sob sua jurisdição para o juízo da 2ª Vara Federal, prevento ao despachar o processo 5026080-45.2016.4.04.7100), e a decisão do Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira (que declinou a competência para apreciar o agravo à 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

Ocorre que, ardilosamente, os suscitantes afirmam em sua petição que o douto desembargador '(...) decidiu, de ofício, que o juízo prevento para a Ação nº 5032561-24.2016.4.04.7100 (ajuste técnico) era aquele que julgou a ação de avaliação, qual seja, a 4ª Vara Federal de Porto Alegre, em razão da Ação nº 5005236-79.2013.4.04.7100'.

Trata-se de uma inverdade, uma vez que a decisão do relator apenas determina a redistribuição do agravo à turma que julgou o recurso de apelação daqueles autos, nada mencionando quanto à competência originária de primeira instância para apreciar os feitos.

Pretendem os requerentes dar a entender que haveria conflito de competência entre os juízos da 10ª Vara (processo 5032561-24.2016.4.04.7100) e da 4ª Vara (processo 5005236-79.213.4.04.7100), conflito esse que seria impossível, a teor da Súmula 235 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'.

Isso porque o processo que tramitou na 4ª Vara foi sentenciado em 12.08.2013, tendo o juízo de primeiro grau encerrado sua jurisdição, encontrando-se hoje na pendência de julgamento de embargos infringentes nesse e. TRF.

Logo, a única hipótese de conflito de competência, no caso concreto, seria se o juízo da 2ª Vara Federal, para o qual a juíza da 10ª Vara Federal declinou a competência para apreciar os feitos pela prevenção, não aceitasse sua condição de prevento. Este fato não ocorreu.

Poderia ainda se alegar conflito no âmbito recursal, uma vez que a Susep, em petição dirigida ao relator do agravo que tramita na 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, solicitou a redistribuição do feito à 4ª Turma, em virtude de este colegiado ter julgado anteriormente agravo decorrente de decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal (para o qual foi declinada a competência dos feitos originários), e o relator, contudo, determinou a redistribuição não em decorrência da prevenção aludida, mas sim em virtude do julgamento pretérito do recurso de apelação 5005236-79.2013.4.04.7100, também à 4ª Turma.

Como se vê, em ambos os casos o recurso de agravo seria apreciado pela 4ª Turma,

não havendo aqui também hipótese de conflito de competência entre órgãos desse Tribunal Regional Federal.

Por fim, há um ponto de vital importância que, por isso, merece ser exposto e minuciosamente relatado, senão vejamos:

A confusão processual que culminou na suscitação deste conflito de competência decorre de um só fato: os suscitantes, ao distribuírem, em 06.05.2016, nova ação (5032561-24.2016.4.04.7100), OMITIRAM EM SUA INICIAL A EXISTÊNCIA DA AÇÃO ANTERIOR, distribuída em 15.04.2016 (5026080-45.2016.4.04.7100/RS, perante a 2ª Vara Federal de Porto Alegre), que pretendia liminarmente afastar o regime de intervenção na Aplub Capitalização, cujos autores também são Ricardo Athanásio Felinto de Oliveira e Luiz Osório da Luz Silveira e cuja ré também é a Susep, na qual lhes foi negado o provimento liminar tanto pelo juízo monocrático quanto pelo colegiado, em sede de agravo de instrumento.

Aliás, é para o juízo dessa ação anterior (da 2ª Vara, inegavelmente prevento) que o juízo da ação posterior e das duas que a sucederam (da 10ª Vara) declinou competência.

É também para o juízo dessa ação anterior (da 2ª Vara, inegavelmente prevento) que o juízo da nova ação envolvendo a celeuma e com o peticionante novamente incluído no polo passivo (da 3ª Vara – 5040650-36.2016.4.04.7100) igualmente declinou competência.'

Como se vê, resta evidente que, de qualquer ângulo que se analise a questão, não há conflito de competência a ser solucionado, seja porque não há conflito de competência entre o juízo de primeira instância que declinou a competência para julgar as demandas e a turma que declinou a competência para apreciar o recurso de agravo; seja porque não poderia haver conexão entre uma demanda já sentenciada há anos e outra que há poucos dias foi distribuída; seja porque, no âmbito do agravo, qualquer que seja o entendimento, será a 4ª Turma do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO a competente para apreciar o recurso; seja, finalmente, porque o conflito decorre da própria omissão dos requerentes, ora suscitantes, ao distribuírem ações posteriores sem sequer mencionar a existência de uma ação anteriormente distribuída envolvendo as mesmas partes e causa de pedir.

Dessa forma, é de ser julgado IMPROCEDENTE o presente conflito de competência.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pela IMPROCEDÊNCIA do presente conflito de competência, manejado por LUIZ OSÓRIO DA LUZ SILVEIRA E OUTROS, nos termos adrede expostos."

Com efeito, não se amoldam às hipóteses elencadas no art. 66 do NCPC a decisão de juízo de primeira instância que declina da competência para julgar as demandas e a decisão de relator de turma que declina da competência para apreciar recurso de agravo de instrumento.

Na linha da jurisprudência do egrégio STJ, somente se instaura o conflito de competência quando dois juízos se declaram competentes ou incompetentes para processamento e julgamento de uma *mesma demanda*, ou quando, por regra de conexão, houver controvérsia entre eles acerca da reunião ou da separação dos processos, inocorrente nos autos.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR FISCAL E EXECUÇÕES FISCAIS. ART. 115 DO CPC. PRESSUPOSTOS DO CONFLITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXECUÇÕES FISCAIS EM TRÂMITE PERANTE DIVERSOS JUÍZOS. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO OU PRÁTICA DE ATOS, POR QUALQUER DOS JUÍZOS SUSCITADOS, RECONHECENDO A COMPETÊNCIA PARA O MESMO PROCESSO. 1. *Para caracterizar-se o conflito de competência, é indispensável a manifestação expressa de dois ou mais juízos que se considerem competentes ou incompetentes para processar e julgar a 'mesma demanda' (Corte Especial, rel. Min. Castro Meira, DJe de 14.10.2011). Com efeito, para a configuração de conflito, positivo ou negativo, é necessário que duas ou mais autoridades judiciárias, de esferas diversas, declarem-se competentes ou incompetentes para apreciar e julgar o 'mesmo feito', ou que incida a prática de atos processuais 'na mesma causa', por mais de um juiz (2ª Seção, AgRg no CC 120.584/GO, rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 01.08.2012)*. 2. Quando não configurados os pressupostos do conflito de competência, tal incidente processual pode ser decidido monocraticamente, a teor do que dispõem os arts. 34, XVIII, do RISTJ, 38 da Lei 8.038/90 e 120, parágrafo único, do CPC. 3. No caso, não se está diante de um conflito positivo de competência, pois, além de cada juízo suscitado encontrar-se atuando em sua própria esfera de jurisdição, sem, portanto, praticar atos processuais na 'mesma causa', não se constata, principalmente, que tais atos sejam excludentes entre si. 4. *O conflito de competência não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, bem como não se presta a resolver questões que devem ser dirimidas nas instâncias ordinárias*. 5. Agravos regimentais não providos." (AGRCC 201200381627, Mauro Campbell Marques, STJ – Primeira Seção, DJe, data: 02.04.2013)

"AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO LIMINAR INDEFERIDO.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, somente se instaura o conflito de competência quando dois juízos se declarem competentes ou incompetentes para processamento e julgamento de uma mesma demanda, ou quando, por regra de conexão, houver controvérsia entre eles acerca da reunião ou da separação dos processos.

2. Segundo a Súmula nº 235/STJ, a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

3. Ausentes os requisitos para a concessão do pedido liminar, é imperioso o seu indeferimento.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no CC 144.591/SP, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 25.05.2016, DJe 02.06.2016)

"AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO LIMINAR INDEFERIDO. ATOS REALIZADOS PELO JUÍZO DEPRECADO NO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS SUSCITADOS PARA A PRÁTICA DOS MESMOS ATOS PROCESSUAIS NA CAUSA EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PRESENTES NO ART. 115 DO CPC.

1. Para a caracterização do conflito positivo de competência, é indispensável que haja manifestação expressa dos dois juízos considerando-se competentes para processar

e julgar a mesma demanda.

2. No caso dos autos, as decisões dos juízos suscitados foram proferidas dentro das respectivas competências, não havendo manifestação por parte de ambos os julgadores no sentido de avocar competência jurisdicional para a prática dos mesmos atos processuais na causa em curso.

3. O conflito de competência não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso próprio.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no CC 128.148/RJ, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 09.10.2013, DJe 16.10.2013) (destacou-se)

In casu, em razão de constar nos autos originários (5032561-24.2016.4.04.7100/RS) pedido de cumprimento da decisão proferida no processo nº 5005236-79.2013.4.04.7100, cuja apelação foi julgada pela 4ª Turma deste Regional, o Exmo. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira determinou a redistribuição do AI nº 5025468-67.2016.4.04.0000/RS à 4ª Turma.

Referida manifestação, contudo, não é hábil a consubstanciar a instauração de conflito de competência em vista da decisão do juízo de primeira instância que declinou da competência para julgar as demandas, porquanto diz apenas com a competência no âmbito recursal, a ser aferida pelos des. federais que compõem as 3ª e 4ª Turmas desta Corte.

Não por outra razão, redistribuído o agravo à 4ª Turma, sob a relatoria da Exma. Desa. Federal Vivian Josete Panteleão Caminha, esta determinou o encaminhamento do processo ao Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, para exame de eventual prevenção, considerando que a Apelação Cível nº 5005236-79.2013.4.04.7100 está sob a relatoria desse desembargador. Não obstante, o Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle concluiu pela inexistência de prevenção,

"Considerando: os termos da petição da Susep (evento 2); a decisão de origem que determinou a remessa dos autos à 2ª Vara Federal, reconhecendo continência com o processo 5026080-45.2016.404.7100; a suspensão do feito de origem, em razão do Conflito de Competência nº 5028649-76.2016404.0000, com pedido de que a competência do presente agravo seja fixada perante a 3ª Turma, conforme distribuído o feito; que *os autos da AC 5005236-79.2013.404.7100 já foram apreciados pelo colegiado*; e, ainda, que a Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha encontra-se com a relatoria do AI nº 5021723-79.2016.404.0000/RS",

estando os autos do AI nº 5025468-67.2016.4.04.0000/RS atualmente sob a relatoria da Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha (grifou-se).

Conforme se verifica, a Ação de Avaliação nº 5005236-79.2013.4.04.7100, que tramitou na 4ª Vara Federal de Porto Alegre, foi

sentenciada em 12.08.2013.

Dessa forma, ao contrário do que concebido pelos requerentes, seria impossível cogitar-se da existência de conflito de competência entre o juízo da 4ª Vara Federal de Porto Alegre (proc. 5005236-79.2013.4.04.7100) e qualquer outro juízo, a teor da Súmula 235 do STJ, que assim dispõe: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Nessa senda, "a única hipótese de conflito de competência, no caso concreto, seria se o juízo da 2ª Vara Federal, para o qual a juíza da 10ª Vara Federal declinou a competência para apreciar os feitos pela prevenção, não aceitasse sua condição de prevento. Este fato não ocorreu", conforme exposto na petição do evento 8.

Logo, reporto-me ao bem lançado parecer do Ministério Público Federal:

"(...) de qualquer ângulo que se analise a questão, *não há conflito de competência a ser solucionado*, seja porque não há conflito de competência entre o juízo de primeira instância que declinou a competência para julgar as demandas e a turma que declinou a competência para apreciar o recurso de agravo; seja porque não poderia haver conexão entre uma demanda já sentenciada há anos e outra que há poucos dias foi distribuída; seja porque, no âmbito do agravo, qualquer que seja o entendimento, será a 4ª Turma do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO a competente para apreciar o recurso; seja, finalmente, porque o conflito decorre da própria omissão dos requerentes, ora suscitantes, ao distribuírem ações posteriores sem sequer mencionar a existência de uma ação anteriormente distribuída envolvendo as mesmas partes e causa de pedir."

Ante o exposto, voto por *não conhecer* do conflito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5031424-64.2016.4.04.0000/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique

Agravante: União – Fazenda Nacional
Agravada: Termojet Produtos Termoplásticos Ltda.

EMENTA

Execução fiscal. Crédito tributário. Incidente do art. 133 do novo CPC. Incompatibilidade.

O incidente de que trata o art. 133 do CPC de 2015 é incompatível com as execuções propostas para satisfação de créditos tributários, por meio do rito da Lei nº 6.830/80.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de agosto de 2016.

Des. Federal *Jorge Antonio Maurique*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, diante do pedido de redirecionamento da execução fiscal contra sócio da empresa executada, determinou a intimação da União para promover o incidente de desconsideração da personalidade jurídica de que trata o art. 133 do CPC de 2015.

A agravante sustenta que as regras e os princípios que norteiam a cobrança dos créditos fazendários tornam incompatível o incidente do art. 133 do CPC com o rito da execução fiscal. Destaca que a suspensão do processo prevista no § 3º do art. 134 do CPC dificulta a persecução de bens do devedor e facilita a dilapidação patrimonial. Argumenta que o pedido de redirecionamento da execução fiscal com base no art. 135 do CTN e na Súmula 435 do STJ não se equipara à desconsideração da

personalidade jurídica da pessoa jurídica. Trata-se, segundo alega, de responsabilização pessoal de terceiros por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Aduz que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica demanda dilação probatória, o que somente é permitido, na execução fiscal, quando o juízo estiver garantido, com o oferecimento de embargos.

Requer o provimento do recurso para se determinar a apreciação do pedido de redirecionamento da execução fiscal sem a necessidade de adoção do rito previsto nos artigos 133 a 137 do CPC/15.

Ausentes as contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique: A solução da controvérsia passa pela interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.830/80, que regula a execução fiscal, estabelecendo regras próprias para satisfação dos créditos públicos, com um conjunto de outras regras e princípios presentes no ordenamento, em especial os arts. 183 a 193 do CTN, que dispõem sobre as garantias e os privilégios do crédito tributário, os quais têm por base o princípio da supremacia do interesse público, dada a posição de superioridade de que desfruta o crédito tributário.

O art. 135 do CTN confere eficácia concreta a essas regras e princípios. As causas e a motivação que inspiraram o legislador ao introduzir o citado dispositivo no Código são por demais conhecidas para que se ampliem considerações a respeito.

Entendo que o incidente de que trata o art. 133 do CPC de 2015 é incompatível com as execuções propostas para satisfação de créditos tributários, por meio do rito da Lei nº 6.830/80.

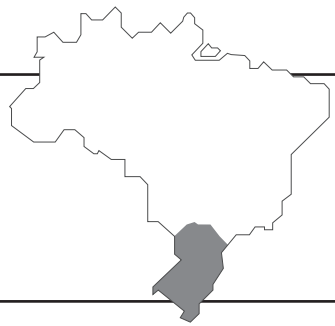
É essa, de resto, a conclusão a que chegaram os integrantes do II Fonef – Fórum Nacional de Execução Fiscal, realizado em 17 de março de 2016. O Enunciado 1, aprovado por unanimidade, tem a seguinte redação:

"O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no art. 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da Súmula 435 do STJ."

A exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal, com base no art. 135, III, do CTN, em face da dissolução irregular da empresa executada, conforme a presunção consolidada na Súmula 435 do STJ.

O pedido deve ser analisado pelo julgador de primeira instância.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento para que o pedido de redirecionamento seja apreciado na origem.



DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5008805-14.2015.4.04.7102/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona

Apelante: Jorge Santos Tratores Máquinas Ltda.
Advogado: Dr. Fábio Canazaro
Apelada: União – Fazenda Nacional
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Tributário. PIS e Cofins. Receitas financeiras. Restabelecimento das alíquotas. Decreto nº 8.426/15. Ofensa aos princípios da legalidade e da não cumulatividade. Não ocorrência.

1. Para fins de definição da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins não cumulativas, instituídas pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, respectivamente, não há confundir os conceitos de faturamento e de receita. Faturamento, na acepção constitucional, constitui a receita bruta decorrente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, ou, ainda, aquela decorrente do objeto principal da empresa. Já o conceito de receita é mais amplo, abrangendo todos os ingressos na empresa (receitas operacionais e não operacionais, inclusive financeiras).

2. O Decreto nº 8.426/15, editado com fundamento no art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/04, não implicou ofensa aos princípios da legalidade

e da segurança jurídica, uma vez que não promoveu a majoração ou a instituição de novo tributo, mas apenas o restabelecimento de alíquota cuja cobrança já estava autorizada pela legislação, na medida em que os elementos essenciais para a validade e a exigibilidade do tributo (hipótese de incidência, sujeição passiva, alíquota e base de cálculo) foram devidamente definidos pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03.

3. O regime não cumulativo do PIS e da Cofins foi relegado à disciplina infraconstitucional. Logo, a lei pode estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal. Assim, não havendo previsão legal para apuração de créditos de PIS e Cofins sobre as receitas financeiras, resta inviável o creditamento pleiteado.

4. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de junho de 2016.

Des. Federal *Otávio Roberto Pamplona*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Jorge Santos Tratores Máquinas Ltda*. contra ato do *delegado da Receita Federal do Brasil em Santa Maria – RS*, objetivando o reconhecimento da impossibilidade de incidência das contribuições PIS e Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa, bem como a compensação dos valores recolhidos indevidamente a tal título desde o ajuizamento do *mandamus*, atualizados monetariamente.

A impetrante sustenta que não existe autorização legal ou constitucional para a exigência das contribuições PIS e Cofins sobre as receitas financeiras, visto que o art. 195, inc. I, alínea *b*, da CF, com

a alteração promovida pela EC nº 20/98, passou a prever como base de cálculo das referidas exações a "receita" ou o "faturamento", cujos conceitos coincidem, visto que por "receita" deve-se entender "receita bruta *ou* faturamento". Afirma que as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, em seus arts. 1º, §§ 1º, fazem remissão expressa ao conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.973/14, não prevendo a incidência sobre as receitas financeiras. Alega que o Decreto nº 8.426/15 não tem a simples função de "restabelecer as alíquotas do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras", mas de constitucionalizar a referida incidência, razão pela qual deveria ter sido veiculado por lei complementar, já que se trata de nova fonte de custeio (art. 195, § 4º, da CF). Caso superados os argumentos anteriormente aduzidos, defende a necessidade de lei formal para alteração das alíquotas das contribuições, sob pena de violação ao princípio da legalidade (arts. 150, inc. I, e 153, § 1º, da CF e 97 do CTN), bem como de concessão de créditos em relação à referida exigência, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade.

Prestadas as informações e colhido o parecer do Ministério Público Federal, sobreveio sentença que denegou a segurança pleiteada.

Irresignada, apelou a impetrante, reiterando os argumentos aduzidos na inicial em defesa da procedência do pedido. Requer a reforma da sentença, a fim de que seja concedida a segurança pretendida.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Nesta instância, o *Parquet* federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona: Discute-se nos presentes autos acerca da exigência, prevista no Decreto nº 8.426/15, alterado pelo Decreto nº 8.451/15, de PIS e de Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pela pessoa jurídica, a contar de 01.07.2015, porquanto editado com fundamento na delegação contida no § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/04.

Pois bem.

As Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 instituíram as contribuições PIS

e Cofins não cumulativas, incidentes às alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente, sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica (art. 1º, *caput*).

Posteriormente, a Lei nº 10.865/04, em seu art. 27, § 2º, autorizou o Poder Executivo a reduzir e a restabelecer as alíquotas das referidas exações, incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, consoante se verifica, *in verbis*:

"Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.

(...)

§ 2º *O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do* caput *do art. 8º desta lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar*." (destaquei)

A seu turno, dispõe o art. 8º, incs. I e II, da Lei nº 10.865/04 o seguinte:

"Art. 8º As contribuições serão calculadas mediante aplicação, sobre a base de cálculo de que trata o art. 7º desta lei, das alíquotas: (Redação dada pela Lei nº 13.137, de 2015)

I – na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º, de: (Redação dada pela Lei nº 13.137, de 2015)

a) 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para a contribuição para o PIS/Pasep -Importação; e (Incluído pela Lei nº 13.137, de 2015)

b) 9,65% (nove inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), para a Cofins-Importação; e (Incluído pela Lei nº 13.137, de 2015)

II – na hipótese do inciso II do *caput* do art. 3º, de: (Redação dada pela Lei nº 13.137, de 2015)

a) 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento), para a contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e (Incluído pela Lei nº 13.137, de 2015)

b) 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), para a Cofins-Importação. (Incluído pela Lei nº 13.137, de 2015)

(...)"

Assim, o Poder Executivo, com base na autorização conferida pelo art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/04, editou o Decreto nº 5.164/04, que reduziu a zero as alíquotas do PIS e da Cofins incidentes sobre receitas financeiras de pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração

não cumulativa, exceto as oriundas de juros sobre capital próprio e as decorrentes de operações de *hedge*.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 5.442/05, que revogou o Decreto nº 5.164/04 e estendeu o benefício da alíquota zero também para as operações realizadas para fins de *hedge*, mantendo a tributação relativamente aos juros sobre o capital próprio.

Essa situação perdurou até 01.04.2015, quando o Decreto nº 8.426 revogou expressamente, a partir de 01.07.2015, o Decreto nº 5.442/05 e restabeleceu a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa, às alíquotas de 0,65% para o PIS e 4% para a Cofins.

A impetrante alega que o art. 195, inc. I, alínea *b*, da CF, com a alteração promovida pela EC nº 20/98, passou a prever como base de cálculo das referidas exações a "receita" ou o "faturamento", cujos conceitos coincidem, visto que por "receita" deve-se entender "receita bruta *ou* faturamento", e que as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 (art. 1º, § 1º) fazem remissão expressa ao conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.973/14, não prevendo a incidência sobre as receitas financeiras.

Nada mais equivocado.

Com efeito, não há confundir os conceitos de faturamento e de receita. Faturamento, na acepção constitucional, constitui a receita bruta decorrente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, ou, ainda, aquela decorrente do objeto principal da empresa. Já o conceito de receita é muito mais amplo, abrangendo todos os ingressos na empresa (receitas operacionais e não operacionais, inclusive financeiras).

Observe-se, a propósito, a atual redação do art. 1º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03:

"Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre *o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º *Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do* caput *do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o total das receitas auferidas

pela pessoa jurídica, conforme definido no *caput* e no § 1º.

(...)"

"Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre *o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º *Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do* caput *do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no *caput* e no § 1º.

(...)"

E o disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e no art. 183, *caput*, inc. VIII, da Lei nº 6.404/76:

"Art. 12. A receita bruta compreende: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II – o preço da prestação de serviços em geral;

III – o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

I – devoluções e vendas canceladas;

II – descontos concedidos incondicionalmente;

III – tributos sobre ela incidentes;

IV – valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta.

§ 2º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas autoriza presunção de omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

§ 3º Provada, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a omissão de receita, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.648, de 1978)

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário.

§ 5º *Na receita bruta incluem-se* os tributos sobre ela incidentes e *os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do* caput *do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no* caput*, observado o disposto no § 4º*."

"Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

(...)

VIII – *os elementos do ativo decorrentes de operações de longo prazo serão ajustados a valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante*. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007) (*Vide* Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) das matérias-primas e dos bens em almoxarifado, o preço pelo qual possam ser repostos, mediante compra no mercado;

b) dos bens ou direitos destinados à venda, o preço líquido de realização mediante venda no mercado, deduzidos os impostos e demais despesas necessárias para a venda, e a margem de lucro;

c) *dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros*;

d) *dos instrumentos financeiros, o valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro*: (Incluída pela Lei nº 11.638, de 2007)

1) *o valor que se pode obter em um mercado ativo com a negociação de outro instrumento financeiro de natureza, prazo e risco similares*; (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

2) *o valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros para instrumentos financeiros de natureza, prazo e risco similares*; ou (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

3) o valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros.

(...)"

Consoante se pode depreender, ao contrário do que alega a recorrente, as receitas financeiras integram, sim, a base de cálculo das contribuições PIS e Cofins.

Portanto, sob essa perspectiva, não há falar em violação ao comando legal e constitucional.

Quanto ao Decreto nº 8.426/15 propriamente dito, alterado pelo Decreto nº 8.451/15, a evolução normativa nos permite concluir que este não ofende o princípio da legalidade, previsto no art. 150, inc. I, e no art. 195, § 4º, da CF, bem como no art. 97 do CTN, porquanto editado ao abrigo de prévia e expressa autorização legal (art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/04), com a observância dos elementos essenciais para a validade e a exigibilidade das exações definidas formal e materialmente pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Impende ressaltar que o art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/04 não autorizou o Poder Executivo a elevar as alíquotas das contribuições

PIS e Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, mas, tão somente, a "reduzir" ou a "restabelecer" essas contribuições, dentro dos limites indicados na própria lei.

Com efeito, o fato de inexistir expressa autorização constitucional para que o Poder Executivo edite ato normativo elevando ou reduzindo as alíquotas das exações ora discutidas, a exemplo do que ocorre com o imposto de importação, o imposto de exportação, o imposto sobre operações financeiras, o imposto sobre produtos industrializados e a Cide relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo, gás natural e álcool (arts. 153, § 1º, e 177, § 4º, inc. I, alínea *b*, da CF), não implica inconstitucionalidade do Decreto nº 8.426/15, visto que amparado em autorização legal, bem como porque não houve inovação em relação ao texto legal, que prevê todos os elementos essenciais para a validade e a exigibilidade do tributo (hipótese de incidência, sujeição passiva, alíquota e base de cálculo).

Ademais, eventual reconhecimento de inconstitucionalidade obrigaria à identificação da norma aplicável em substituição àquela afastada, o que conduziria ao necessário restabelecimento do *status quo ante* à publicação da Lei nº 10.865/04, qual seja, o retorno às alíquotas então vigentes (1,65% para o PIS e 7,6% para a Cofins), em evidente prejuízo ao interesse da impetrante.

Também não se verifica a alegada ofensa ao princípio da não cumulatividade, visto que, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a impropriamente chamada "não cumulatividade" das contribuições PIS e Cofins, diferentemente da não cumulatividade atinente ao IPI e ao ICMS, está sujeita à conformação da lei.

Em que pese a redação original das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 previsse a apuração de créditos de PIS e de Cofins sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos (art. 3º, inc. V), a Lei nº 10.865/04 excluiu tal possibilidade. Dessa forma, não havendo, atualmente, previsão legal para apuração de créditos de PIS e Cofins sobre as despesas correlatas, resta inviável o creditamento pleiteado.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. DECRETO 8.426/2015. PRINCÍPIO DA LEGALI-

DADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REGIME NÃO CUMULATIVO. REGRAMENTO LEGAL.

1. O Decreto 8.426/2015 não se mostra ofensivo ao princípio da legalidade, uma vez que não se trata de instituição ou majoração de tributo, e sim de redução e posterior restabelecimento, dentro dos limites indicados na própria lei (art. 27, § 2º, da Lei 10.865/2004), das alíquotas de contribuição para o PIS e a Cofins sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo. Não há se falar em inconstitucionalidade.

2. O regime não cumulativo do PIS e da Cofins foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa. Logo, a lei pode estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, bem como modificar o regime, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras, pois não existe direito adquirido a determinado regime legal. Não havendo previsão legal para apuração de créditos de PIS/Cofins sobre as receitas financeiras, resta inviável o creditamento pleiteado." (Apelação Cível nº 5015436-68.2015.404.7200, 1ª Turma, rel. Des. Federal Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 18.12.2015)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. RESTABELECIMENTO DAS ALÍQUOTAS DE PIS/COFINS LEVADO A EFEITO PELO DECRETO Nº 8.426/2015. POSSIBILIDADE. CREDITAMENTO. LEI 10.865/04. VEDAÇÃO.

O art. 27, parágrafo 2º, da Lei nº 10.865/2004 prevê que 'O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 8º desta lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar'.

O restabelecimento da alíquota realizado por intermédio do Decreto 8.426/2015 foi perpetrado dentro do permissivo legal.

Impossibilidade de creditamento do PIS e da Cofins sobre as chamadas despesas financeiras, porquanto a Lei nº 10.865/04, ao dar nova redação ao artigo 3º, V, das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, vedou a apropriação de tais créditos." (Apelação Cível nº 5005444-80.2015.404.7104, 2ª Turma, rel. Juíza Federal Claudia Maria Dadico, juntado aos autos em 27.04.2016)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5032336-71.2015.4.04.9999/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde

Apelante: Edoel José Ferreira Alves
Advogada: Dra. Marilice Perazzoli Collin
Apelante: União – Fazenda Nacional
Apelados: Os mesmos

EMENTA

Embargos à execução fiscal. ITR. CDA. Lei nº 9.393/96. Reserva legal. Necessidade de averbação. Natureza constitutiva, e não apenas declaratória. Plano de manejo florestal. ADA. Área de preservação permanente. Exclusão da base de cálculo. Adequação da CDA. Reserva legal de 80%. Amazônia Legal. Averbação. VTN aleatório. Honorários. Encargo legal.

1. No caso em comento, as CDAs que fundamentam a execução fiscal tratam da cobrança de ITR, relativo ao período de apuração 01/1999. Consoante disposto no art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.393/96, com a redação vigente na época dos fatos geradores, são isentas da tributação de ITR as áreas (a) de preservação permanente, (b) de reserva legal, (c) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior, e (d) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual.

2. Em que pese a jurisprudência deste Tribunal tenha se pacificado anteriormente no sentido de que não havia previsão, no art. 10 da Lei nº 9.363/96, para a exigência de averbação das áreas de reserva legal à margem da inscrição do imóvel no registro de imóveis competente, um novo entendimento passou a prevalecer a partir do acórdão proferido em embargos de divergência pela Primeira Seção do STJ no EREsp nº 1.027.051/SC, de relatoria do Exmo. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 21.10.2013. De acordo com esse novo paradigma, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser necessária a averbação, na matrícula do imóvel, da área de reserva legal, para fins de isenção do ITR.

3. O ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória, para fins tributários, sendo imprescindível para que o contribuinte obtenha a isenção do ITR. Precedente do STJ.

4. As averbações de reserva legal realizadas em momento posterior ao fato gerador não podem ser aceitas para fins de isenção do ITR em relação ao período anterior, uma vez que o ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel deve ser prévio, revelando natureza constitutiva, e não apenas declaratória, para fins tributários.

5. A exigência de averbação na matrícula do imóvel diz respeito apenas à área de reserva legal, e não às demais áreas, como as de preservação permanente e as declaradas de interesse ecológico.

6. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96.

7. Consoante entendimento jurisprudencial, o ato declaratório ambiental (ADA) não é requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR. Precedentes.

8. A exclusão da área de preservação permanente da base de cálculo do ITR pode ser feita por simples cálculo aritmético, não sendo o caso de se anular a CDA. Precedentes.

9. O fato de hoje ser exigido, no mínimo, 80% de cada propriedade como reserva legal em relação aos imóveis localizados na Amazônia Legal (art. 12, I, *a*, da Lei nº 12.651/12) não afasta o entendimento já exposto de que, para fins tributários, a reserva legal deve estar previamente averbada na matrícula do imóvel.

10. No caso em comento, restou afastada a nulidade das CDAs e determinado que a Fazenda Nacional proceda ao recálculo do ITR em relação às CDAs nºs 90.8.06.000086-70 e 90.8.06.000087-51, com a exclusão da área de preservação permanente da base de cálculo do ITR.

11. Condenada a Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) dos valores excluídos das CDAs nºs 90.8.06.000086-70 e 90.8.06.000087-51 após o seu recálculo, devidamente corrigidos pelo IPCA-E.

12. Sendo a União Federal a parte-exequente/embargada, é incabível

a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios, na medida em que, de acordo com a Súmula nº 168 do TFR, "o encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

13. Apelação do embargante improvida.

14. Apelação da Fazenda Nacional parcialmente provida, para afastar a nulidade das CDAs e determinar que se proceda ao recálculo de duas CDAs, com a exclusão das áreas de preservação permanente da base de cálculo do ITR.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do embargante e dar parcial provimento à apelação da embargada, para afastar a nulidade das CDAs e determinar que se proceda ao recálculo de duas CDAs, com a exclusão das áreas de preservação permanente da base de cálculo do ITR, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 24 de agosto de 2016.

Des. Federal *Amaury Chaves de Athayde*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde: Trata-se de apelações interpostas nos autos de embargos à execução fiscal (valor da causa de R$ 371.456,83) contra sentença que julgou procedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito (inciso I do art. 269 do CPC/73), para anular as certidões de dívida ativa nºs 90806000086-70, 90806000087-51, 90806000112-05, 90806000113-88, 90806000114-69, 90806000115-40 e 90806000116-20. Por decorrência disso, o magistrado extinguiu a Execução Fiscal 1/2007, por ausência de pressuposto processual (art. 267, V, do CPC) (evento 1 – OUT109). O mm. juízo *a quo* condenou a União ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência, fixados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Apelou o embargante, postulando a majoração da verba honorária. Asseverou que devem ser considerados, para fins de fixação dos honorários, a atuação dos advogados, o trabalho especializado demandado, o grau de zelo dos causídicos, o tempo despendido pelos profissionais, as intervenções no curso da ação, a complexidade dos temas debatidos, a prevalência das teses ambientais arguidas, a autuação em outra comarca, distante daquela do seu escritório. Requereu que os honorários fossem fixados entre 10% e 20% do valor hodierno da causa (evento 1 – OUT117).

Apelou a Fazenda Nacional, postulando a reforma do *decisum*. Sustentou que a existência de plano de manejo florestal e de contrato de manutenção de floresta não significa que a área seja de utilização limitada para fins de isenção do ITR. Frisou que o plano de manejo florestal constitui-se apenas em uma condição exigida pela legislação para a exploração da floresta e a obtenção de benefícios econômicos e sociais respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo, na forma do Decreto nº 1.282/94. Asseverou que as áreas de reserva legal são somente aquelas que foram averbadas pelo embargante nas matrículas dos imóveis, correspondentes a 50% das respectivas áreas, sendo que tais averbações foram devidamente consideradas pela autoridade fiscal. Asseverou que, em relação às inscrições nºs 90806000086-70 e 90806000087-51, inexistiam áreas de reserva legal averbadas nas respectivas matrículas ao tempo do fato gerador, e os ADAs apresentados pelo contribuinte sequer registravam a existência de qualquer área de preservação permanente ou de utilização limitada a ser considerada, sendo, portanto, correto o lançamento ao computar a integralidade da área dos imóveis como tributável. Afirmou que todas as áreas de reserva legal averbadas nas matrículas dos imóveis ao tempo do fato gerador foram consideradas como não tributáveis pela autoridade fiscal, não havendo controvérsia a ser dirimida nesse ponto. Arguiu que, em relação às averbações de áreas de reserva legal efetuadas em data posterior, relativas às CDAs nºs 90806000086-70 e 90806000087-51, o embargante não cumpriu os requisitos previstos em lei para o reconhecimento da isenção pretendida. Asseverou que a área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição da matrícula do imóvel, sendo que, em relação às CDAs nºs 90806000086-70 e

90806000087-51, o embargante não fez a prévia averbação. Sustentou que a existência de averbação da reserva legal no CRI contemporânea ao fato gerador é condição para o gozo da isenção do ITR. Asseverou que, caso se entenda pela possibilidade de reconhecimento da área de reserva legal independentemente de averbação, há que se considerar somente o percentual de 50% da área dos imóveis, que foi posteriormente averbado pelo embargante (matrículas nas fls. 943-946 e 890-892). Ainda, que, com exceção das CDAs nos 90806000086-70 e 90806000087-51, o contribuinte não indicou a existência de áreas de preservação permanente em sua declaração. Aduziu que não é possível o reconhecimento das APPs sem o preenchimento dos requisitos previstos em lei, notadamente a apresentação do ato declaratório ambiental. Expendeu que o embargante, além de não apresentar o ato declaratório ambiental, emitido pelo Ibama, para a demonstração das áreas de preservação permanente, sequer delimitou quais seriam essas áreas ou demonstrou, por meio de mapa topográfico e laudo técnico emitido por engenheiro agrônomo/florestal, acompanhado de ART, sua discriminação e sua quantificação. Defendeu ser obrigatório o ADA para obtenção da isenção do ITR. Alegou que, na hipótese de se reconhecer eventual área de reserva legal e de preservação permanente, não há falar em desconstituição integral do lançamento, uma vez que sua adequação depende unicamente de recálculo aritmético do tributo, com a inclusão das áreas nos campos específicos na distribuição da área do imóvel. Insurgiu-se contra sua condenação aos honorários de sucumbência (evento 18).

Presentes as contrarrazões (evento 19), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde:

ITR

Compulsando o feito, verifico que os presentes embargos (evento 1 – OUT2) foram opostos contra a Execução Fiscal nº 1/2007, ajuizada para a cobrança das CDAs nos *90.8.06.000086-70*, *90.8.06.000087-*

51, *90.8.06.000112-05*, *90.8.06.000113-88*, *90.8.06.000114-69*, *90.8.06.000115-40* e *90.8.06.000116-20* (evento 1 – OUT4 – fl. 63), que tratam da cobrança de ITR, multa e consectários legais.

A *CDA nº 90.8.06.000116-20* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *Seringal Solidade I e Solidade II* (Nirf 3366684-9), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT5), da consulta inscrição (evento 1 – OUT6), do auto de infração (evento 1 – OUT7) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT8). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT84 e OUT85.

A *CDA nº 90.8.06.000112-05* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *Seringal Aurora I* (Nirf 3366687-3), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT9), da consulta inscrição (evento 1 – OUT10), do auto de infração (evento 1 – OUT11) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT12). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT83 e OUT84.

A *CDA nº 90.8.06.000114-69* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *Seringal Soriano* (Nirf 3366705-5), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT13), da consulta inscrição (evento 1 – OUT14), do auto de infração (evento 1 – OUT15) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT16). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT82 e OUT83.

A *CDA nº 90.8.06.000115-40* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *Seringal Taoca I e Taoca II* (Nirf 3366707-1), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT17), da consulta inscrição (evento 1 – OUT18), do auto de infração (evento 1 – OUT19) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT20). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT81 e OUT82.

A *CDA nº 90.8.06.000086-70* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *São Luiz do Mamoria I, II e Luzitania* (Nirf 3366685-7), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT21), da consulta inscrição (evento 1 – OUT22), do auto de infração (evento 1 – OUT23) e de parte do

processo administrativo (evento 1 – OUT24). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT87 e OUT88.

A *CDA nº 90.8.06.000087-51* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *São Luiz do Mamoria III ou Terras de Daua* (Nirf 3366688-1), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT25), da consulta inscrição (evento 1 – OUT26), do auto de infração (evento 1 – OUT27) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT28). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT86 e OUT87.

A *CDA nº 90.8.06.000113-88* refere-se à cobrança de ITR relativo ao período de apuração 01/1999 e ao imóvel *Seringal Aurora II* (Nirf 3366686-5), tendo sido juntadas, neste feito, as fotocópias da CDA (evento 1 – OUT29), da consulta inscrição (evento 1 – OUT30), do auto de infração (evento 1 – OUT31) e de parte do processo administrativo (evento 1 – OUT32). O processo administrativo foi juntado no evento 1 – OUT85 e OUT86.

Verifico que a exordial dos embargos veio acompanhada de diversos documentos, tendo sido apresentada impugnação pela Fazenda Nacional (evento 1 – OUT92) e réplica pelo embargante (evento 1 – OUT96).

Sobreveio sentença (evento 1 – OUT109), julgando procedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito (inciso I do art. 269 do CPC), para anular as CDAs nºs 90806000086-70, 90806000087-51, 90806000112-05, 90806000113-88, 90806000114-69, 90806000115-40 e 90806000116-20. Por decorrência disso, o magistrado extinguiu a Execução Fiscal 1/2007, por ausência de pressuposto processual (art. 267, V, do CPC) (evento 1 – OUT109).

Contra o referido entendimento, interpôs a Fazenda Nacional o seu recurso de apelação (evento 18).

O embargante interpôs seu recurso de apelação, postulando a majoração da verba honorária (evento 1 – OUT117).

Passo a examinar os argumentos apresentados pelas partes.

Plano de manejo florestal sustentado, áreas de utilização limitada, reserva legal, área de preservação permanente, ADA

No caso em comento, o embargante defendeu a não incidência do ITR nas propriedades acima nominadas, uma vez que essas propriedades

foram destinadas integralmente ao plano de manejo florestal sustentado, inclusive com a assinatura de termo de manutenção de florestas. Frisou que as áreas são localizadas na região amazônica, apresentando predominantemente áreas de reserva legal, além de área de preservação permanente.

A Fazenda Nacional, por sua vez, sustenta que a existência de plano de manejo florestal e de contrato de manutenção de floresta não significa que a área seja de utilização limitada para fins de isenção do ITR. Frisa que o plano de manejo florestal constitui-se apenas em uma condição exigida pela legislação para a exploração da floresta e a obtenção de benefícios econômicos e sociais respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo, na forma do Decreto nº 1.282/94. Salienta, ainda, que

"as averbações existentes nas matrículas e que se referem à existência de contrato de manutenção de florestamento, autorizando a exploração florestal sob a forma de manejo e em regime de rendimento sustentado desde que autorizado pelo Ibama, não significam que a área se constitui em área de reserva legal ou em qualquer outra área de utilização limitada prevista em lei para fins de isenção do ITR."

Aduziu, ademais, que

"As áreas de reserva legal são somente aquelas que foram averbadas pelo embargante nas matrículas dos imóveis, correspondentes a 50% das respectivas áreas, registrando-se desde já que aquelas averbações existentes ao tempo do fato gerador foram devidamente consideradas pela autoridade fiscal.

Há que se observar que as matrículas trazidas aos autos contemplam duas averbações substancialmente distintas. As primeiras delas declaram qual área seria destinada à exploração sob regime de manejo sustentado, e as segundas referem-se a averbações efetuadas em datas posteriores, as quais registram qual percentual da área do imóvel, declarado por ato privativo do proprietário, seria de reserva legal. Somente estas últimas, as áreas de reserva legal, podem ser consideradas para fins de isenção do ITR." (evento 18 – p. 5)

O texto legal que cuida da matéria é a Lei nº 9.393/96. Transcrevo o artigo pertinente para o deslinde da questão, com a redação vigente na época dos fatos geradores, *verbis*:

"Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:

I – VTN, o valor do imóvel, excluídos os valores relativos a:

a) construções, instalações e benfeitorias;

b) culturas permanentes e temporárias;

c) pastagens cultivadas e melhoradas;

d) florestas plantadas;

II – área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:

a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989;

b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;

c) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual;

III – VTNt, o valor da terra nua tributável, obtido pela multiplicação do VTN pelo quociente entre a área tributável e a área total;

IV – área aproveitável, a que for passível de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, excluídas as áreas:

a) ocupadas por benfeitorias úteis e necessárias;

b) de que tratam as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II;

V – área efetivamente utilizada, a porção do imóvel que no ano anterior tenha:

a) sido plantada com produtos vegetais;

b) servido de pastagem, nativa ou plantada, observados índices de lotação por zona de pecuária;

c) sido objeto de exploração extrativa, observados os índices de rendimento por produto e a legislação ambiental;

d) servido para exploração de atividades granjeira e aquícola;

e) sido objeto de implantação de projeto técnico, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993;

VI – Grau de Utilização – GU, a relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável.

§ 2º As informações que permitam determinar o GU deverão constar do Diat.

§ 3º Os índices a que se referem as alíneas *b* e *c* do inciso V do § 1º serão fixados, ouvido o Conselho Nacional de Política Agrícola, pela Secretaria da Receita Federal, que dispensará da sua aplicação os imóveis com área inferior a:

a) 1.000 ha, se localizados em municípios compreendidos na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;

b) 500 ha, se localizados em municípios compreendidos no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental;

c) 200 ha, se localizados em qualquer outro município.

§ 4º Para os fins do inciso V do § 1º, o contribuinte poderá valer-se dos dados sobre a área utilizada e a respectiva produção fornecidos pelo arrendatário ou parceiro, quando o imóvel, ou parte dele, estiver sendo explorado em regime de arrendamento ou parceria.

§ 5º Na hipótese de que trata a alínea *c* do inciso V do § 1º, será considerada a área total objeto de plano de manejo sustentado, desde que aprovado pelo órgão competente, cujo cronograma esteja sendo cumprido pelo contribuinte.

§ 6º Será considerada como efetivamente utilizada a área dos imóveis rurais que, no

ano anterior, estejam:

I – comprovadamente situados em área de ocorrência de calamidade pública decretada pelo poder público, de que resulte frustração de safras ou destruição de pastagens;

II – oficialmente destinados à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura."

Consoante disposto no art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.393/96, com a redação vigente na época dos fatos geradores, são isentas da tributação de ITR as áreas (a) de *preservação permanente*, (b) de *reserva legal*, (c) de *interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas*, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior, e (d) *comprovadamente imprestáveis* para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual.

Quanto à necessidade de averbação das áreas de reserva legal à margem da inscrição do imóvel, no registro de imóveis competente, faz-se necessária a leitura do art. 16, § 2º, da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), incluído pela Lei nº 7.803/89 (que passou a corresponder, de certo modo, ao § 8º desse mesmo art. 16 após a edição da MP nº 2.166-67/2001). Veja-se o teor da disposição vigente na época dos fatos geradores, *verbis*:

"Art. 16. As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições:

(...)

§ 2º A *reserva legal*, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, *deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente*, sendo vedada a alteração de sua destinação nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área. (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989)"

Eis a redação do § 8º do art. 16 da Lei nº 4.771/65 após a edição da MP nº 2.166-67/2001, *verbis*:

"§ 8º A área de *reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente*, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)"

Em que pese a jurisprudência deste Tribunal tenha se pacificado

anteriormente no sentido de que não havia previsão, no art. 10 da Lei nº 9.363/96, para a exigência de averbação das áreas de reserva legal à margem da inscrição do imóvel no registro de imóveis competente, um novo entendimento passou a prevalecer a partir do acórdão proferido em embargos de divergência pela Primeira Seção do STJ no EREsp nº 1.027.051/SC, de relatoria do Exmo. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 21.10.2013.

De acordo com esse novo paradigma, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser necessária a averbação, na matrícula do imóvel, da área de reserva legal, para fins de isenção do ITR. Nesse sentido, transcrevo a ementa, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ITR. ISENÇÃO. ART. 10, § 1º, II,* a*, DA LEI 9.393/96. AVERBAÇÃO DA ÁREA DA RESERVA LEGAL NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ART. 16, § 8º, DA LEI 4.771/65.*

1. Discute-se nestes embargos de divergência se a isenção do imposto territorial rural (ITR) concernente à reserva legal, prevista no art. 10, § 1º, II, *a*, da Lei 9.393/96, está, ou não, condicionada à prévia averbação de tal espaço no registro do imóvel. O acórdão embargado, da Segunda Turma e de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, entendeu pela imprescindibilidade da averbação.

2. Nos termos da Lei de Registros Públicos, é obrigatória a averbação 'da reserva legal' (Lei 6.015/73, art. 167, inciso II, nº 22).

3. A isenção do ITR, na hipótese, apresenta inequívoca e louvável finalidade de estímulo à proteção do meio ambiente, tanto no sentido de premiar os proprietários que contam com reserva legal devidamente identificada e conservada como no de incentivar a regularização por parte daqueles que estão em situação irregular.

4. Diversamente do que ocorre com as áreas de preservação permanente, cuja localização se dá mediante referências topográficas e a olho nu (margens de rios, terrenos com inclinação acima de quarenta e cinco graus ou com altitude superior a 1.800 metros), a fixação do perímetro da reserva legal carece de prévia delimitação pelo proprietário, pois, em tese, pode ser situada em qualquer ponto do imóvel. O ato de especificação faz-se tanto à margem da inscrição da matrícula do imóvel como administrativamente, nos termos da sistemática instituída pelo novo Código Florestal (Lei 12.651/2012, art. 18).

5. Inexistindo o registro, que tem por escopo a identificação do perímetro da reserva legal, não se pode cogitar de regularidade da área protegida e, por conseguinte, de direito à isenção tributária correspondente. Precedentes: REsp 1.027.051/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.05.2011; REsp 1.125.632/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.310.871/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.09.2012.

6. Embargos de divergência não providos." (STJ, Embargos de Divergência em REsp nº 1.027.051 – SC [2011/0231280-0], rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 28.08.2013, DJe 21.10.2013)

Acórdãos mais recentes desta 1ª Turma passaram a corroborar esse entendimento. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. ITR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. AVERBAÇÃO PRÉVIA. EXIGÊNCIA. *1. Realinhada a posição jurisprudencial desta Corte à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para fins de isenção do ITR, é exigível a averbação da área protegida no Registro de Imóveis na hipótese de 'reserva legal', dada a necessidade de prévia delimitação pelo proprietário*. 2. Hipótese em que a área de reserva legal foi averbada na matrícula do imóvel em data posterior aos fatos geradores, não fazendo jus, à época dos fatos, portanto, à isenção, por ausência de requisitos legais. 3. Apelo improvido." (TRF4, Apelação Cível nº 5024407-60.2015.404.7000, 1ª Turma, Des. Federal Jorge Antonio Maurique, por unanimidade, juntado aos autos em 31.03.2016)

"APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (ITR). ISENÇÃO. LEI Nº 9.393/96. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) E DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (APA). ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL. INEXIGIBILIDADE. *ÁREA DE RESERVA LEGAL. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. REQUISITO INDISPENSÁVEL*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. VALOR ENVOLVIDO NA CAUSA. Embora um imóvel contido nos limites de uma área de proteção ambiental (APA) não possa ser automaticamente considerado de interesse ecológico para fins de exclusão do ITR, o fato de ele apresentar cobertura vegetal de Mata Atlântica, especialmente protegida e declarada de interesse ecológico, permite o gozo de tal benefício (artigos 10, § 1º, da Lei nº 9.393/96 e 104, parágrafo único, da Lei nº 8.171/91). *O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, para fins de isenção do ITR, só é exigível a averbação da área protegida no Registro de Imóveis na hipótese de 'reserva legal', dada a necessidade de prévia delimitação pelo proprietário*. A exigência do ato declaratório ambiental (ADA) deve ser relativizada, pois visa, basicamente, dispensar vistoria *in loco* por parte do ente tributante e oficializar a área de interesse ecológico, podendo o contribuinte comprovar por outros meios que a área declarada se enquadra nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 9.393/96. Vencida a Fazenda Pública, incide a regra do parágrafo 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, a qual não impõe ao julgador a aplicação dos limites percentuais mínimo e máximo, tampouco estabelece a base de cálculo da verba, como ocorre no parágrafo 3º do mesmo artigo, sendo essencial definir, para a fixação da verba honorária, a natureza e a complexidade da causa, o trabalho desenvolvido pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço, bem como o valor da causa ou da condenação." (TRF4, Apelação Cível nº 5007716-33.2013.404.7002, 1ª Turma, Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, por unanimidade, juntado aos autos em 12.12.2014)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. EXIGÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRÉVIA AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. 1. A Lei nº 9.393/1996 não institui dever de apresentação do ato declaratório ambiental – ADA, mas apenas a obrigação de prestar declaração para o fim de isenção do ITR, nos instrumentos apropriados para tal objetivo (documento de informação e atualização cadastral do ITR – Diac e documento de informação e apuração do ITR – Diat), por meio dos quais são prestadas anualmente as informações solicitadas no

interesse da fiscalização. 2. A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, ao incluir o § 7º no art. 10 da Lei nº 9.393, dirimiu a questão, esclarecendo que não mais cabe erigir a apresentação do ADA como requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR. 3. O § 7º do art. 10 da Lei nº 9.393/1996 possui cunho interpretativo, visto que a redação original do art. 10 já previa, no inciso II do § 1º, a exclusão das áreas de preservação permanente e de reserva legal da área tributável, e, como tal, retroage para beneficiar o contribuinte, a teor do art. 106, inciso I, do CTN. *4. Tendo em vista a orientação traçada pelo STJ no EREsp 1.027.051/SC, exige-se a prévia averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel rural, para que o contribuinte faça jus à isenção de ITR estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.393/1996.* 5. Interpretando-se sistematicamente as prescrições da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal) e da Lei nº 9.363/1996, de acordo com a orientação do STJ, a simples informação no Diac/Diat sobre área de reserva legal, mesmo antes da vigência da MP nº 2.166-67/2001, não é suficiente para o reconhecimento da isenção do ITR, fazendo-se necessária a averbação na matrícula do imóvel. 6. O contribuinte logrou demonstrar que parte do imóvel efetivamente consiste em área de preservação permanente, conforme a definição dada pelo art. 2º da Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989, como prova o levantamento planimétrico georreferenciado juntado aos autos. O fato de o documento ser posterior aos exercícios em discussão não impede o reconhecimento da área como não tributável, pois apenas corrobora, em parte, a declaração do contribuinte. 7. Provimento em parte do apelo, para afastar a inexigibilidade do ITR sobre a área de reserva legal, já que não houve a averbação na matrícula do imóvel." (TRF4, Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008, 1ª Turma, Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, julgado em 27.07.2016)

Cito, ainda, julgados mais recentes do e. STJ em que se verifica que o ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória, para fins tributários, sendo imprescindível para que o contribuinte obtenha a isenção do ITR. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *ITR. RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ATO CONSTITUTIVO*. MULTIFÁRIOS PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A isenção de ITR, garantida às áreas de reserva legal, depende, para sua eficácia, do ato de *averbação na matrícula do imóvel*, no registro imobiliário competente, *porquanto tal formalidade revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória*.

II. De fato, 'nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, 'é imprescindível a averbação da área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, para que o contribuinte obtenha a isenção do imposto territorial rural prevista no art. 10, inc. II, alínea a*, da Lei nº 9.393/96'* (AgRg no REsp 1.366.179/SC, rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 20.03.2014)' (STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18.05.2015).

III. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.450.992 – SC [2014/0096798-0], rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgamento em 15.03.2016, DJe 17.03.2016)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. *INCLUSÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA BASE DE CÁLCULO DO ITR. CABIMENTO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO*.

1. Inicialmente, tendo em conta o caráter manifestamente infringente e em face do princípio da fungibilidade recursal, os presentes embargos de declaração devem ser recebidos como agravo regimental.

2. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp nº 1.027.051/SC, firmou compreensão no sentido de que a fruição da isenção fiscal prevista no art. 10, § 1º, II, *a*, da Lei nº 9.393/96, relativa ao imposto territorial rural, está condicionada à *prévia* averbação da área de reserva legal no respectivo registro imobiliário. No mesmo sentido: EREsp nº 1.310.871/PR, rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 04.11.2013.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 550.482 – RS [2014/0176965-1], rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgamento em 06.08.2015, DJe 21.08.2015)

Esclareço, ainda, que a exigência de averbação na matrícula do imóvel diz respeito apenas à área de reserva legal, e não às demais áreas, como as de preservação permanente e as declaradas de interesse ecológico. Nesse sentido, cito os seguintes julgados, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. SÚMULA Nº 283/STF. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE SUMULAR. DEVIDA IMPUGNAÇÃO DAS RAZÕES DO ACÓRDÃO. ITR. *ISENÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. DESNECESSIDADE. ÁREA DE RESERVA LEGAL. AUMENTO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO PARA FINS DE GOZO DA ISENÇÃO. NECESSIDADE*. PRECEDENTES.

1. A alegação da agravante quanto à inviabilidade de conhecimento do apelo nobre em decorrência de incidência da Súmula nº 283/STF reveste-se de inovação recursal, porquanto em nenhum momento foi suscitada nas contrarrazões do recurso especial, configurando manobra amplamente rechaçada pela jurisprudência desta Corte, pois implica reconhecimento da preclusão consumativa.

2. Ademais, é inaplicável o óbice apontado. Primeiro, porque 'o exame de mérito do apelo nobre já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito a esse respeito' (EDcl no REsp 705.148/PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.04.2011, DJe 12.04.2011). Segundo, porque o recurso tratou de impugnar todos os fundamentos do acórdão, deixando clara a tese recursal no sentido de que a isenção de ITR depende de averbação da área de preservação permanente e da área de reserva legal no registro de imóvel, bem como suscitou a inviabilidade de aumentar a área de reserva legal por ato voluntário do contribuinte.

3. A área de preservação permanente não necessita estar averbada no registro do imóvel

para gozar da isenção do ITR, exigência essa obrigatória apenas para a área de reserva legal, inclusive aquela majorada por ato espontâneo do proprietário do imóvel rural.

4. O § 7º do art. 10 da Lei nº 9.393/96 (incluído pela MP 2.166/2001) apenas legitima ao contribuinte a declaração, sponte sua*, do que entende devido a título de ITR, sem revogar as exigências previstas no art. 16 c/c o art. 44 da Lei nº 4.771/1965, que impõem a averbação da reserva legal à margem da matrícula do imóvel, cuja ausência inviabiliza o gozo do benefício fiscal e, consequentemente, a glosa do valor declarado.*

Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.429.300 – SC [2014/0005592-9], rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 16.06.2015, DJe 25.06.2015)

"TRIBUTÁRIO. ITR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ISENÇÃO. RESERVA LEGAL. EXIGÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRÉVIA AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. 1. A Lei nº 9.393/1996 não institui dever de apresentação do ato declaratório ambiental – ADA, mas apenas a obrigação de prestar declaração para o fim de isenção do ITR, nos instrumentos apropriados para tal objetivo (documento de informação e atualização cadastral do ITR – Diac e documento de informação e apuração do ITR – Diat), por meio dos quais são prestadas anualmente as informações solicitadas no interesse da fiscalização. 2. A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, ao incluir o § 7º no art. 10 da Lei nº 9.393, dirimiu a questão, esclarecendo que não mais cabe erigir a apresentação do ADA como requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR. 3. O § 7º do art. 10 da Lei nº 9.393/1996 possui cunho interpretativo, visto que a redação original do art. 10 já previa, no inciso II do § 1º, a exclusão das áreas de preservação permanente e de reserva legal da área tributável, e, como tal, retroage para beneficiar o contribuinte, a teor do art. 106, inciso I, do CTN. 4. O fato de o imóvel apresentar cobertura vegetal de Mata Atlântica, especialmente protegida e declarada de interesse ecológico, permite o gozo do benefício da isenção do ITR (artigos 10, § 1º, da Lei nº 9.393/96 e 104, parágrafo único, da Lei nº 8.171/91). *O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, para fins de isenção do ITR, só é exigível a averbação da área protegida no Registro de Imóveis na hipótese de 'reserva legal', dada a necessidade de prévia delimitação pelo proprietário. Quanto às demais áreas, como as de preservação permanente e as declaradas de interesse ecológico, no entanto, como são instituídas por disposição legal, não há nenhum condicionamento para que ocorra a isenção do ITR*." (TRF4, Apelação Cível nº 5040050-29.2013.404.7000, 1ª Turma, Des. Federal Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, juntado aos autos em 20.03.2015)

Assim, considerando o disposto no art. 16, § 2º, da Lei nº 4.771/65 e no art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.393/96, com as redações vigentes na época dos fatos geradores, e tendo em vista a orientação do e. STJ e desta 1ª Turma nos julgados acima colacionados, conclui-se que é necessária a averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel para que o contribuinte possa gozar da isenção do ITR.

Passo a examinar separadamente os documentos e as matrículas dos

imóveis que geraram a cobrança de ITR em relação a cada uma das CDAs:

a) CDA nº 90.8.06.000116-20

A matrícula do imóvel *Solidade I e Solidade II* foi juntada no evento 1 – OUT84 – fl. 783-783v. Nessa matrícula, é possível visualizar que houve a averbação de reserva legal no percentual de 50% (AV-03-954), o que foi considerado no cálculo do ITR, consoante acórdão proferido no processo administrativo nº 10283.006358/2003-21 (evento 1 – OUT8). Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT84 – fl. 784) referente a esse imóvel, protocolado no Ibama em janeiro de 2003, faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96. Ressalto, ainda, que não há indicação, na declaração apresentada para fins de ITR, de qualquer área de preservação permanente (evento 1 – OUT84 – fl. 793). Dessa maneira, não há como considerar, como pretende o embargante, a totalidade da área do imóvel como de utilização limitada.

b) CDA nº 90.8.06.000112-05

A matrícula do imóvel *Aurora I* foi juntada no evento 1 – OUT83 – fls. 733-735. Nessa matrícula, é possível visualizar que houve a averbação de reserva legal no percentual de 50% (AV-R-02-958), o que foi considerado no cálculo do ITR, consoante acórdão proferido no processo administrativo nº 10283.006333/2003-28 (evento 1 – OUT12). Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT83 – fl. 736) referente a esse imóvel foi protocolado no Ibama em janeiro de 2003 e faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96. Ressalto, ainda, que não há indicação, na declaração apresentada para fins de ITR, de qualquer área de preservação permanente (evento 1 – OUT83 – fl. 746).

Dessa maneira, não há como considerar, como pretende o embargante, a totalidade da área do imóvel como de utilização limitada.

c) CDA nº 90.8.06.000114-69

A matrícula do imóvel *Soriano* foi juntada no evento 1 – OUT82 – fls. 685-685v. Nessa matrícula, é possível visualizar que houve a averbação de reserva legal no percentual de 50% (AV-03-954), o que foi considerado no cálculo do ITR, consoante acórdão proferido no processo administrativo nº 10283.006336/2003-61 (evento 1 – OUT16). Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT82 – fl. 686) referente a esse imóvel foi protocolado no Ibama em janeiro de 2003 e faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96. Ressalto, ainda, que não há indicação, na declaração apresentada para fins de ITR, de qualquer área de preservação permanente (evento 1 – OUT82 – fl. 695). Dessa maneira, não há como considerar, como pretende o embargante, a totalidade da área do imóvel como de utilização limitada.

d) CDA nº 90.8.06.000115-40

A matrícula do imóvel *Taoca I e Taoca II* foi juntada no evento 1 – OUT81 – fls. 636-637. Nessa matrícula, é possível visualizar que houve a averbação de reserva legal no percentual de 50% (AV-R-02-958), o que foi considerado no cálculo do ITR, consoante acórdão proferido no processo administrativo nº 10283.006357/2003-87 (evento 1 – OUT20). Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT81 – fl. 638) referente a esse imóvel foi protocolado no Ibama em janeiro de 2003 e faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96. Ressalto, ainda, que não há indicação, na declaração apresentada para fins de ITR, de

qualquer área de preservação permanente (evento 1 – OUT81 – fl. 647). Dessa maneira, não há como considerar, como pretende o embargante, a totalidade da área do imóvel como de utilização limitada.

e) CDA nº 90.8.06.000086-70

A matrícula do imóvel *São Luiz do Mamoria I e II e Luzitania* foi juntada no evento 1 – OUT87 – fls. 943-946. Nessa matrícula, é possível visualizar que foram feitas averbações a título de reserva legal em maio/junho de 2000, no percentual não inferior a 50% do total da propriedade (AV-19/604, AV-20/604 e AV-21/604).

Ressalto que, como essas averbações foram realizadas em *maio/junho de 2000*, isto é, foram feitas em momento posterior à ocorrência do fato gerador (ocorridos em *01/1999*), não podem ser aceitas para fins de isenção do ITR relativo ao período de apuração *01/1999*, uma vez que, consoante julgado abaixo colacionado, o ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel deve ser prévio, revelando natureza constitutiva, e não apenas declaratória, para fins tributários. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ITR. *RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ATO CONSTITUTIVO*. MULTIFÁRIOS PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A isenção de ITR, garantida às áreas de reserva legal, depende, para sua eficácia, do ato de averbação na matrícula do imóvel, no registro imobiliário competente, porquanto tal formalidade revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória.

II. De fato, 'nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, 'é imprescindível a averbação da área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, para que o contribuinte obtenha a isenção do imposto territorial rural prevista no art. 10, inc. II, alínea *a*, da Lei nº 9.393/96' (AgRg no REsp 1.366.179/SC, rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 20/03/2014)' (STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18.05.2015)'."

Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT87 – fl. 947) referente a esse imóvel, protocolado no Ibama apenas em janeiro de 2003, faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. Ressalto que a existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover

a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96.

No que tange à área de preservação permanente (APP), faço ver que houve indicação, na declaração do contribuinte, de APP equivalente a *458,90 ha* (evento 1 – OUT88 – fl. 956). O fato de o ADA não fazer menção a essa APP não afasta o seu reconhecimento, uma vez que a indicação dessa área está expressa em sua declaração, sendo corroborada por laudo técnico juntado no evento 1 – OUT81.

Saliento, ainda, que, consoante entendimento jurisprudencial, o ato declaratório ambiental (ADA) não é requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. EXIGÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRÉVIA AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. *1. A Lei nº 9.393/1996 não institui dever de apresentação do ato declaratório ambiental – ADA, mas apenas a obrigação de prestar declaração para o fim de isenção do ITR, nos instrumentos apropriados para tal objetivo (documento de informação e atualização cadastral do ITR – Diac e documento de informação e apuração do ITR – Diat), por meio dos quais são prestadas anualmente as informações solicitadas no interesse da fiscalização. 2. A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, ao incluir o § 7º no art. 10 da Lei nº 9.393, dirimiu a questão, esclarecendo que não mais cabe erigir a apresentação do ADA como requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR*. 3. O § 7º do art. 10 da Lei nº 9.393/1996 possui cunho interpretativo, visto que a redação original do art. 10 já previa, no inciso II do § 1º, a exclusão das áreas de preservação permanente e de reserva legal da área tributável, e, como tal, retroage para beneficiar o contribuinte, a teor do art. 106, inciso I, do CTN. 4. Tendo em vista a orientação traçada pelo STJ no EREsp 1.027.051/SC, exige-se a prévia averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel rural para que o contribuinte faça jus à isenção de ITR estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.393/1996. 5. Interpretando-se sistematicamente as prescrições da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal) e da Lei nº 9.363/1996, de acordo com a orientação do STJ, a simples informação no Diac/Diat sobre área de reserva legal, mesmo antes da vigência da MP nº 2.166-67/2001, não é suficiente para o reconhecimento da isenção do ITR, fazendo-se necessária a averbação na matrícula do imóvel. 6. O contribuinte logrou demonstrar que parte do imóvel efetivamente consiste em área de preservação permanente, conforme a definição dada pelo art. 2º da Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989, como prova o levantamento planimétrico georreferenciado juntado aos autos. O fato de o documento ser posterior aos exercícios em discussão não impede o reconhecimento da área como não tributável, pois apenas corrobora, em parte, a declaração do contribuinte. 7. Provimento em parte do apelo, para afastar a inexigibilidade do ITR sobre a área de reserva legal, já que não houve a averbação na matrícula do imóvel." (TRF4, Apelação/Remessa

Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008, 1ª Turma, Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, por unanimidade, julgado em 27.07.2016)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ITR. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE AVERBAÇÃO OU DE ATO DECLARATÓRIO DO IBAMA. INCLUSÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL ANTE A AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO.

1. A orientação das turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que 'o imposto territorial rural – ITR é tributo sujeito a lançamento por homologação que, nos termos da Lei 9.393/1996, permite a exclusão da sua base de cálculo de área de preservação permanente, sem necessidade de ato declaratório ambiental do Ibama' (REsp 665.123/PR, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05.02.2007). No mesmo sentido: REsp 1.112.283/PB, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01.06.2009; REsp 812.104/AL, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 10.12.2007; e REsp 587.429/AL, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.08.2004.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.395.393/MG, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19.03.2015, DJe 31.03.2015)

"TRIBUTÁRIO. ITR. ISENÇÃO. ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. ÁREA DE RESERVA LEGAL. AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'é desnecessário apresentar o ato declaratório ambiental – ADA para que se reconheça o direito à isenção do ITR, mormente quando essa exigência estava prevista apenas em instrução normativa da Receita Federal (IN SRF 67/97)' (AgRg no REsp 1.310.972/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 15.06.2012).

2. Quando se trata de 'área de reserva legal', as turmas da Primeira Seção firmaram entendimento no sentido de que é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel para o gozo do benefício isencional vinculado ao ITR.

3. Concluir que se trata de área de preservação permanente, e não de área de reserva legal, não é possível, uma vez que a fase de análise de provas pertence às instâncias ordinárias, pois examinar, em recurso especial, matérias fático-probatórias encontra óbice da Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no AREsp 510.529/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.09.2014, DJe 06.10.2014)

Dessa maneira, deve ser excluída da base de cálculo do ITR a área de preservação permanente equivalente a 458,90 ha, não sendo o caso de se anular a CDA, uma vez que a adequação da CDA pode ser feita mediante simples cálculo aritmético. No mesmo sentido, cito julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL – ITR. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. REGULARIDADE. REMESSA A ENDEREÇO INDICADO NA DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO ITR. ANÁLISE DA EXORDIAL (ART. 515, § 2º, DO CPC). DE-

CADÊNCIA DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO (ART. 173, I, DO CTN). INOCORRÊNCIA. ÁREA DO IMÓVEL RURAL. EQUÍVOCO PERPETRADO PELO CONTRIBUINTE. *REDUÇÃO DA ÁREA TRIBUTÁVEL. RETIFICAÇÃO DO VALOR DA CDA. POSSIBILIDADE*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Conforme previsto na legislação pertinente, o contribuinte deve indicar o endereço em que pretende receber a notificação de lançamento do ITR na própria Dirt – Declaração de Imposto Territorial Rural. Nesse passo, muito embora o endereço indicado em sua DIRPF/98, entregue em 29.04.1999, seja diferente do endereço constante da declaração de informações do ITR, se a notificação foi remetida a este último, não há que ser reconhecido qualquer cerceamento de defesa. Precedente: TRF3, 3ª Turma, AC 00573822420084039999, rel. Des. Federal Nery Júnior, j. 16.04.2009, e-DJF3 Judicial 2 de 12.05.2009, p. 225.

2. Análise dos fundamentos contidos na exordial com fulcro no § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.352/2001.

3. A fruição do prazo decadencial para o ITR segue a regra geral estipulada no art. 173, I, do CTN, tendo como termo final a data da constituição do crédito, quando então tem início o lapso prescricional.

4. Os débitos inscritos na dívida ativa dizem respeito ao ITR/96, e o termo inicial do direito de lançar deu-se em 01.01.1997. A constituição do crédito tributário deu-se mediante a notificação pessoal do lançamento, via AR, em 27.08.1999, ou seja, antes do termo final do prazo decadencial. Precedente: REsp Representativo de Controvérsia nº 973.733/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009.

5. A declaração apresentada em 27.06.1995, relativamente ao ITR/94, com a informação equivocada de que a área do imóvel era de 30.000,0 ha, e não 3.000,0 ha (fl. 22), gerou a incorreção no lançamento do ITR/96 exigido na respectiva execução fiscal, tendo o imóvel sido declarado com área 10 (dez) vezes superior à área real (matrícula 2.583 no 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itacoatiara/AM).

6. Administrativamente, foi proferido despacho decisório pela Equipe de Julgamento da Secretaria de Controle e Acompanhamento Tributário, pertencente à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Manaus – DRF/MNS/Secat, que reconheceu a incorreção do valor lançado do ITR/96 e propôs a revisão do lançamento, haja vista o erro no tocante à área do imóvel rural.

7. Reduzido o valor da área tributada, tenho ser possível a retificação do valor da CDA mediante simples cálculo aritmético, o que não implica mácula à certeza, à liquidez ou à exigibilidade do título, nem resulta na nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir para a cobrança do valor revisado do lançamento. Confira-se: TRF3, 6ª Turma, AC nº 13024508319954036108, rel. Juiz Conv. Miguel Di Pierro, j. 22.08.2007, DJU 05.11.2007.

8. Honorários advocatícios fixados em sucumbência recíproca.

9. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas. Pedido dos embargos julgado parcialmente procedente, com fulcro no art. 515, § 2º, do CPC." (TRF3, Apelação Cível nº 0060557-26.2008.4.03.9999/SP, rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, DE 06.07.2015)

No mesmo sentido, cito excerto da fundamentação do acórdão proferido na *Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008*, de

minha relatoria, julgado em 27.07.2016, que reconheceu como não tributável a área de preservação permanente, excluindo-a da base de cálculo do ITR. Nesse sentido, *verbis*:

"No caso dos autos, não havendo a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, a área correspondente a 11,800 hectares deve ser considerada tributável. Entretanto, cabe ponderar que o contribuinte logrou demonstrar que parte do imóvel consiste em área considerada de preservação permanente por força de lei, conforme a definição dada pelo art. 2º da Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989, consoante o levantamento planimétrico georreferenciado juntado aos autos (evento 24, OUT4). O fato de o documento ser posterior aos exercícios em discussão (2005 e 2006) não impede o reconhecimento da área como não tributável, pois apenas corrobora, em parte, a declaração do contribuinte. *Assim, a área de preservação permanente, correspondente a 99,700 hectares, deve ser excluída da base de cálculo do ITR*." (TRF4, Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008, 1ª Turma, Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, por unanimidade, julgado em 27.07.2016)

f) CDA nº 90.8.06.000087-51

A matrícula do imóvel *São Luiz do Mamoria III ou Terras de Daua* foi juntada no evento 1 – OUT86 – fls. 890-892. Nessa matrícula, é possível visualizar que foi feita averbação a título de reserva legal em maio/junho de 2000, no percentual não inferior a 50% do total da propriedade (AV-3-026).

Ressalto que, como essa averbação foi realizada em *maio/junho de 2000*, isto é, foi feita em momento posterior à ocorrência do fato gerador (ocorrido em *01/1999*), não pode ser aceita para fins de isenção do ITR relativo ao período de apuração *01/1999*, uma vez que, consoante julgado abaixo colacionado, o ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel deve ser prévio, revelando natureza constitutiva, e não apenas declaratória, para fins tributários. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ITR. *RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ATO CONSTITUTIVO*. MULTIFÁRIOS PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A isenção de ITR, garantida às áreas de reserva legal, depende, para sua eficácia, do ato de averbação na matrícula do imóvel, no registro imobiliário competente, porquanto tal formalidade revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória.

II. De fato, 'nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, 'é imprescindível a averbação da área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, para que o contribuinte obtenha a isenção do imposto territorial rural prevista no art. 10, inc. II, alínea *a*, da Lei nº 9.393/96' (AgRg no REsp 1.366.179/SC, rel.

Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20.02.2014, DJe 20.03.2014)' (STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18.05.2015)."

Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT86 – fl. 893) referente a esse imóvel foi protocolado no Ibama em janeiro de 2003 e faz menção apenas à área com plano de manejo florestal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. A existência de plano de manejo florestal não é suficiente para promover a isenção do ITR, uma vez que a exclusão de áreas no cálculo desse imposto deve respeitar o disposto no art. 10 da Lei nº 9.393/96.

No que tange à área de preservação permanente (APP), faço ver que houve indicação, na declaração do contribuinte, de APP equivalente a *285,70 ha* (evento 1 – OUT28 – fl. 152). O fato de o ADA não fazer menção a essa APP não afasta o seu reconhecimento, uma vez que a indicação dessa área está expressa em sua declaração, sendo corroborada por laudo técnico juntado no evento 1 – OUT79.

Saliento, ainda, que, consoante entendimento jurisprudencial, o ato declaratório ambiental (ADA) não é requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR. Nesse sentido, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. EXIGÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRÉVIA AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. *1. A Lei nº 9.393/1996 não institui dever de apresentação do ato declaratório ambiental – ADA, mas apenas a obrigação de prestar declaração para o fim de isenção do ITR, nos instrumentos apropriados para tal objetivo (documento de informação e atualização cadastral do ITR – Diac e documento de informação e apuração do ITR – Diat), por meio dos quais são prestadas anualmente as informações solicitadas no interesse da fiscalização. 2. A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, ao incluir o § 7º no art. 10 da Lei nº 9.393, dirimiu a questão, esclarecendo que não mais cabe erigir a apresentação do ADA como requisito necessário para demonstrar a destinação das áreas de preservação permanente e de reserva legal, bastando a entrega da declaração de isenção de ITR*. 3. O § 7º do art. 10 da Lei nº 9.393/1996 possui cunho interpretativo, visto que a redação original do art. 10 já previa, no inciso II do § 1º, a exclusão das áreas de preservação permanente e de reserva legal da área tributável, e, como tal, retroage para beneficiar o contribuinte, a teor do art. 106, inciso I, do CTN. 4. Tendo em vista a orientação traçada pelo STJ no EREsp 1.027.051/SC, exige-se a prévia averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel rural para que o contribuinte faça jus à isenção de ITR estabelecida no

art. 10 da Lei nº 9.393/1996. 5. Interpretando-se sistematicamente as prescrições da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal) e da Lei nº 9.363/1996, de acordo com a orientação do STJ, a simples informação no Diac/Diat sobre área de reserva legal, mesmo antes da vigência da MP nº 2.166-67/2001, não é suficiente para o reconhecimento da isenção do ITR, fazendo-se necessária a averbação na matrícula do imóvel. 6. O contribuinte logrou demonstrar que parte do imóvel efetivamente consiste em área de preservação permanente, conforme a definição dada pelo art. 2º da Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989, como prova o levantamento planimétrico georreferenciado juntado aos autos. O fato de o documento ser posterior aos exercícios em discussão não impede o reconhecimento da área como não tributável, pois apenas corrobora, em parte, a declaração do contribuinte. 7. Provimento em parte do apelo, para afastar a inexigibilidade do ITR sobre a área de reserva legal, já que não houve a averbação na matrícula do imóvel." (TRF4, Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008, 1ª Turma, Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, por unanimidade, julgado em 27.07.2016)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ITR. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE AVERBAÇÃO OU DE ATO DECLARATÓRIO DO IBAMA. INCLUSÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL ANTE A AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO.

1. A orientação das turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que 'o imposto territorial rural – ITR é tributo sujeito a lançamento por homologação que, nos termos da Lei 9.393/1996, permite a exclusão da sua base de cálculo de área de preservação permanente, sem necessidade de ato declaratório ambiental do Ibama' (REsp 665.123/PR, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05.02.2007). No mesmo sentido: REsp 1.112.283/PB, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01.06.2009; REsp 812.104/AL, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 10.12.2007; e REsp 587.429/AL, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.08.2004.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1395393/MG, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19.03.2015, DJe 31.03.2015)

"TRIBUTÁRIO. ITR. ISENÇÃO. ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL (ADA). PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. ÁREA DE RESERVA LEGAL. AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'é desnecessário apresentar o ato declaratório ambiental – ADA para que se reconheça o direito à isenção do ITR, mormente quando essa exigência estava prevista apenas em instrução normativa da Receita Federal (IN SRF 67/97)' (AgRg no REsp 1.310.972/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 15.06.2012).

2. Quando se trata de 'área de reserva legal', as turmas da Primeira Seção firmaram entendimento no sentido de que é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel para o gozo do benefício isencional vinculado ao ITR.

3. Concluir que se trata de área de preservação permanente, e não de área de reserva legal, não é possível, uma vez que a fase de análise de provas pertence às instâncias ordinárias, pois examinar, em recurso especial, matérias fático-probatórias encontra óbice da Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no AREsp 510.529/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.09.2014, DJe 06.10.2014)

Dessa maneira, deve ser excluída da base de cálculo do ITR a área de preservação permanente equivalente a 285,70 ha, não sendo o caso de se anular a CDA, uma vez que a adequação da CDA pode ser feita mediante simples cálculo aritmético. No mesmo sentido, cito julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL – ITR. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. REGULARIDADE. REMESSA A ENDEREÇO INDICADO NA DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO ITR. ANÁLISE DA EXORDIAL (ART. 515, § 2º, DO CPC). DECADÊNCIA DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO (ART. 173, I, DO CTN). INOCORRÊNCIA. ÁREA DO IMÓVEL RURAL. EQUÍVOCO PERPETRADO PELO CONTRIBUINTE. *REDUÇÃO DA ÁREA TRIBUTÁVEL. RETIFICAÇÃO DO VALOR DA CDA. POSSIBILIDADE*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Conforme previsto na legislação pertinente, o contribuinte deve indicar o endereço em que pretende receber a notificação de lançamento do ITR na própria Dirt – Declaração de Imposto Territorial Rural. Nesse passo, muito embora o endereço indicado em sua DIRPF/98, entregue em 29.04.1999, seja diferente do endereço constante da declaração de informações do ITR, se a notificação foi remetida a este último, não há que ser reconhecido qualquer cerceamento de defesa. Precedente: TRF3, 3ª Turma, AC 00573822420084039999, rel. Des. Federal Nery Júnior, j. 16.04.2009, e-DJF3 Judicial 2 de 12.05.2009, p. 225.

2. Análise dos fundamentos contidos na exordial com fulcro no § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.352/2001.

3. A fruição do prazo decadencial para o ITR segue a regra geral estipulada no art. 173, I, do CTN, tendo como termo final a data da constituição do crédito, quando então tem início o lapso prescricional.

4. Os débitos inscritos na dívida ativa dizem respeito ao ITR/96, e o termo inicial do direito de lançar deu-se em 01.01.1997. A constituição do crédito tributário deu-se mediante a notificação pessoal do lançamento, via AR, em 27.08.1999, ou seja, antes do termo final do prazo decadencial. Precedente: REsp Representativo de Controvérsia nº 973.733/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009.

5. A declaração apresentada em 27.06.1995, relativamente ao ITR/94, com a informação equivocada de que a área do imóvel era de 30.000,0 ha, e não 3.000,0 ha (fl. 22), gerou a incorreção no lançamento do ITR/96 exigido na respectiva execução fiscal, tendo o imóvel sido declarado com área 10 (dez) vezes superior à área real (matrícula 2.583 no 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itacoatiara/AM).

6. Administrativamente, foi proferido despacho decisório pela Equipe de Julgamento da Secretaria de Controle e Acompanhamento Tributário, pertencente à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Manaus – DRF/MNS/Secat, que reconheceu a incorreção do valor lançado do ITR/96 e propôs a revisão do lançamento, haja vista o erro no tocante à área do imóvel rural.

7. Reduzido o valor da área tributada, tenho ser possível a retificação do valor da CDA mediante simples cálculo aritmético, o que não implica mácula à certeza, à liquidez ou à

exigibilidade do título, nem resulta na nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir para a cobrança do valor revisado do lançamento. Confira-se: TRF3, 6ª Turma, AC nº 13024508319954036108, rel. Juiz Conv. Miguel Di Pierro, j. 22.08.2007, DJU 05.11.2007.

8. Honorários advocatícios fixados em sucumbência recíproca.

9. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas. Pedido dos embargos julgado parcialmente procedente, com fulcro no art. 515, § 2º, do CPC." (TRF3, Apelação Cível nº 0060557-26.2008.4.03.9999/SP, rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, DE 06.07.2015)

No mesmo sentido, cito excerto do acórdão proferido na *Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008*, de minha relatoria, julgado em 27.07.2016, que reconheceu como não tributável a área de preservação permanente, excluindo-a da base de cálculo do ITR. Nesse sentido, *verbis*:

"No caso dos autos, não havendo a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, a área correspondente a 11,800 hectares deve ser considerada tributável. Entretanto, cabe ponderar que o contribuinte logrou demonstrar que parte do imóvel consiste em área considerada de preservação permanente por força de lei, conforme a definição dada pelo art. 2º da Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989, consoante o levantamento planimétrico georreferenciado juntado aos autos (evento 24, OUT4). O fato de o documento ser posterior aos exercícios em discussão (2005 e 2006) não impede o reconhecimento da área como não tributável, pois apenas corrobora, em parte, a declaração do contribuinte. *Assim, a área de preservação permanente, correspondente a 99,700 hectares, deve ser excluída da base de cálculo do ITR*." (TRF4, Apelação/Remessa Necessária nº 5000309-55.2013.404.7008, 1ª Turma, Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, por unanimidade, julgado em 27.07.2016)

g) CDA nº 90.8.06.000113-88

A matrícula do imóvel *Aurora II* foi juntada no evento 1 – OUT85 – fls. 840-841 e no evento 1 – OUT86 – fl. 842. Nessa matrícula, é possível visualizar que houve a averbação de reserva legal no percentual de 50% (AV-R-02-958), o que foi considerado no cálculo do ITR, consoante acórdão proferido no processo administrativo nº 10283.006335/2003-17 (evento 1 – OUT32). Saliento, ainda, que o ato declaratório ambiental (ADA) (evento 1 – OUT86 – fl. 843) referente a esse imóvel foi protocolado no Ibama em 2002 e faz menção apenas à área de reserva legal, não havendo qualquer menção acerca da existência de áreas de preservação permanente ou de utilização limitada. Embora na ADA conste a totalidade da área como de reserva legal, a averbação na matrícula do imóvel refere-se apenas a 50%, de modo que este último

percentual é o que deve ser considerado. Ressalto, ainda, que não há indicação, na declaração apresentada para fins de ITR, de qualquer área de preservação permanente (evento 1 – OUT86 – fl. 852). Dessa maneira, não há como considerar, como pretende o embargante, a totalidade da área do imóvel como de utilização limitada.

Dessa maneira, considerando que restou afastada a nulidade das CDAs e determinado o recálculo do tributo nas CDAs nºs 90.8.06.000086-70 e 90.8.06.000087-51, com a exclusão da área de preservação permanente da base de cálculo do ITR, passo a examinar os demais argumentos apresentados pelo embargante em sua exordial, por força do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/73.

CDAs

Aponta o embargante erro formal nas CDAs, uma vez que os títulos executivos trazem informação de ITR relativo ao ano de 2006. Igualmente, sustenta que nenhuma CDA apresenta a forma de calcular juros/correções/atualizações/acréscimos, o que torna o título executivo nulo de pleno direito.

Analisando as CDAs que fundamentam a execução fiscal (evento 1 – OUT5, OUT9, OUT13, OUT17, OUT21, OUT25 e OUT29), verifico que seus requisitos foram adequadamente preenchidos, nos termos do art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80. De qualquer modo, a menção a 2006 na primeira página de cada CDA não afasta a validade dos títulos executivos, visto que essa informação se refere apenas à série da respectiva CDA. Ademais, verifico que, em cada CDA, há expressa alusão ao período de apuração do tributo, que, *in casu*, refere-se a 01/1999.

Reserva legal de 80%

Sustenta o embargante que, hodiernamente, a área de reserva legal na Amazônia Legal é de, no mínimo, 80% de cada propriedade.

Saliento, inicialmente, que a questão relativa à área de reserva legal já foi analisada quando se examinou cada uma das CDAs. O fato de hoje ser exigido, no mínimo, 80% de cada propriedade como reserva legal em relação aos imóveis localizados na Amazônia Legal (art. 12, I, *a*, da Lei nº 12.651/12) não afasta o entendimento já exposto de que,

para fins tributários, a reserva legal deve estar previamente averbada na matrícula do imóvel. Ressalto que esse exame já foi feito quando restou examinada cada uma das CDAs.

VTN aleatório

Sustenta o embargante que a autoridade fiscal valeu-se de VTN aleatório para lançar o valor das propriedades, desconsiderando as características dos imóveis e as demais situações norteadoras do valor da terra nua na região amazônica.

Não tem razão o embargante, uma vez que o valor considerado pela autoridade fiscal foi aquele declarado pelo próprio contribuinte. A título de exemplo, cito os cálculos apresentados no julgamento dos processos administrativos (evento 1 – OUT8 e OUT31).

Conclusão

Em face do acima exposto, deve ser afastada a nulidade das CDAs e determinado que a Fazenda Nacional proceda ao recálculo do ITR em relação às CDAs nos 90.8.06.000086-70 e 90.8.06.000087-51, com a exclusão da área de preservação permanente da base de cálculo do ITR, consoante fundamentação *supra*.

Honorários advocatícios

No caso em comento, restou configurada a sucumbência recíproca, uma vez que duas CDAs deverão ter seus valores recalculados, com a exclusão das áreas de preservação permanente da base de cálculo do ITR. Desse modo, em conformidade com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, deve ser condenada a Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) dos valores excluídos das CDAs nos 90.8.06.000086-70 e 90.8.06.000087-51 após o seu recálculo, devidamente corrigido pelo IPCA-E.

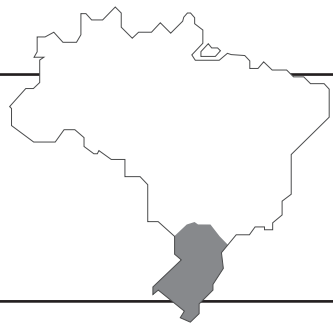
Deixo de condenar o embargante ao pagamento dos honorários advocatícios, uma vez que está sendo cobrado nas CDAs o encargo legal de 20%. Sendo a União Federal a parte-exequente/embargada, é incabível a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios, na medida em que, de acordo com a Súmula nº 168 do TFR, "o encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-Lei 1.025, de

1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

Prequestionamento

Em arremate, consigno que o enfrentamento das questões suscitadas em grau recursal, assim como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar nas instâncias superiores os dispositivos que as fundamentam. Assim, deixo de aplicar os dispositivos legais ensejadores de pronunciamento jurisdicional distinto do que até aqui foi declinado. Desse modo, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão somente para esse fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (artigo 538 do CPC/73).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação do embargante e dar parcial provimento à apelação da embargada, para afastar a nulidade das CDAs e determinar que se proceda ao recálculo de duas CDAs, com a exclusão das áreas de preservação permanente da base de cálculo do ITR.



ARGUIÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5012935-13.2015.4.04.0000/TRF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Suscitante: 5ª Turma do TRF da 4ª Região
Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Interessada: Marcia Rauber Schmitt
Advogados: Dra. Alessandra Gruendling
Dr. Eduardo Ferreira Fischer
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Constitucional. Previdenciário. Arguição de inconstitucionalidade. Aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio. Incidência do fator previdenciário. Artigo 29, I e § 9º, incisos II e III, da Lei nº 8.213/91. Arts. 5º, 6º e 201, §§ 7º e 8º, da CF. Adequado tratamento de benefício dotado de densidade constitucional. Princípio da proporcionalidade. Princípio da isonomia. Reconhecimento de inconstitucionalidade especificamente em relação à situação dos professores de ensino infantil, fundamental e médio.

– Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria dos professores de ensino infantil, fundamental e médio

caracteriza modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição.

– Também segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário de benefício das aposentadorias por tempo de contribuição não viola a Constituição Federal.

– O § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, porém, ao reconhecer ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio o direito à aposentadoria por tempo de contribuição com redução de cinco anos, conferiu à categoria e, por extensão, ao benefício *status* diferenciado; agregou-lhes valor que deve ser respeitado pela lei ordinária, não se podendo olvidar, ademais, que a previdência social constitui direito social (art. 6º da CF), logo fundamental, a ser prestigiado pelo legislador infraconstitucional.

– A regulamentação, pela legislação infraconstitucional, de direito assegurado pela Constituição Federal e dotado de especial proteção deve ser feita de forma adequada, de modo a respeitar a densidade que lhe foi conferida pelo constituinte. Assim, norma infraconstitucional que restrinja o direito assegurado pela Constituição somente será válida se guardar a devida proporcionalidade e o respeito às demais cláusulas constitucionais.

– A densidade do direito fundamental à aposentadoria diferenciada a que têm direito os professores de ensino infantil, fundamental e médio não foi respeitada pelo legislador ordinário na disciplina estabelecida pelo artigo 29 da Lei 8.213/91, pois, ainda que se tenha por hígido, genericamente, o fator previdenciário, foi-lhes impingida, em rigor, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma perda maior no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, e isso simplesmente porque, justamente por força de norma constitucional, estão autorizados a se aposentar mais precocemente.

– A sistemática estabelecida ofende também o princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois, como sabido, seu verdadeiro sentido compreende o tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Deixando de tratar o professor da educação infantil e do ensino fundamental e médio na medida da desigualdade de sua situação específica em relação aos

demais trabalhadores, a Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99, violou o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

– Mesmo que o fator previdenciário, segundo a dicção do Supremo Tribunal Federal, no plano genérico, seja constitucional, o adequado tratamento à aposentadoria por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio pressupõe sistemática que considere não somente a mitigação dos efeitos da variável tempo de contribuição, mas, também, da variável idade, até porque esta tem influência mais incisiva na apuração do índice multiplicador em discussão (fator previdenciário).

– Ao Judiciário, de regra, não é dado atuar como legislador positivo, não se mostrando possível, assim, diante da inconsistência da sistemática estabelecida pela legislação de regência, determinar a alteração da fórmula do cálculo do fator previdenciário para os professores, ou mesmo a modificação das variáveis a serem consideradas na referida fórmula, de modo a mitigar, nos termos em que reputar mais acertados (logo, mediante juízo de discricionariedade incompatível com a atuação judicial), os efeitos da idade no resultado final a ser obtido. Só resta, assim, reconhecer, especificamente quanto aos professores da educação infantil e do ensino fundamental e médio, a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

– Reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, pelo fato de não terem conferido à aposentadoria do professor de ensino infantil, fundamental e médio, direito fundamental que tem relevante densidade constitucional, adequado tratamento, com o consequente afastamento da incidência do fator previdenciário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a colenda Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, afirmar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos

professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de junho de 2016.

Des. Federal *Ricardo Teixeira do Valle Pereira*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira: *Marcia Rauber Schmitt* ajuizou a ação ordinária nº 5004320-12.2013.404.7111/RS contra o INSS, objetivando a revisão da aposentadoria de professora, mediante a não utilização do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial.

Em face do juízo de improcedência, a autora interpôs apelação, alegando, em síntese, que a aposentadoria do professor é uma espécie de aposentadoria especial e, portanto, o fator previdenciário não deve ser aplicado no cálculo do salário de benefício. Pretende que sejam prequestionados especificamente o artigo 201, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal, os artigos 28, inciso II, 29, incisos I e II e §§ 7º a 9º, da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 9.876/99, os artigos 56 e 57 da mesma Lei 8.213/1991, os artigos 31 a 35 e 39, inciso IV, alínea *c*, do Decreto 3.048/99 e o artigo 67 da Lei 9.394/96.

Na sessão datada de 17.03.2015, a colenda 5ª Turma solveu questão de ordem no sentido de submeter à Corte Especial a arguição de inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo legal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do incidente suscitado, ao fundamento de se tratar de matéria infraconstitucional, afeta ao Superior Tribunal de Justiça, o qual já firmou entendimento no sentido de que a aposentadoria de professor entra na categoria de aposentadoria especial, razão pela qual não tem incidência o fator previdenciário (evento 5).

Tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade constitucional do requerente, foi deferida a participação da União Federal no presente incidente de arguição de inconstitucionalidade na condição de *amicus curiae*, a qual sustentou a constitucionalidade das

normas sob exame, requerendo a rejeição do incidente.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira: Como já referido, trata-se de ação ordinária ajuizada contra o INSS, objetivando a revisão de aposentadoria de professora, pretendendo a parte-autora o afastamento da utilização do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial.

Tenho que a arguição deve ser conhecida e acolhida, impondo-se o afastamento das normas restritivas.

Com efeito, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 18/81, os critérios para a aposentadoria dos professores passaram a ser fixados pela própria Constituição Federal. Predominou o entendimento, assim, de que foram revogadas as disposições do Decreto nº 53.831/64. O panorama não se alterou com o advento do Decreto nº 611/92, que, em seu artigo 292, previu:

"Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física."

Prevaleceu, quanto à questão, o preceito constitucional, de superior hierarquia, não havendo de se falar em repristinação no tópico.

A atual Constituição Federal não modificou esse quadro, prevendo, quanto aos professores, seja na redação original, seja com as modificações da EC nº 20/98, 30/25 anos para a aposentadoria (homem/mulher).

Assim estabelece o artigo 201 da CF/88:

"Art. 201.

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

(...)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cincos anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio."

A despeito da discussão que possa o tema suscitar, o Supremo Tribunal Federal vem negando à aposentadoria do professor de educação infantil, ensino fundamental e médio a qualidade de aposentadoria especial. Nesse sentido, precedente de março de 2014 do Supremo Tribunal Federal:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MAGISTÉRIO. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. SERVIÇO PRESTADO ANTES DA EC 18/81. POSSIBILIDADE.

1. No regime anterior à Emenda Constitucional 18/81, a atividade de professor era considerada como especial (Decreto 53.831/64, Anexo, Item 2.1.4). Foi a partir dessa emenda que a aposentadoria do professor passou a ser espécie de benefício por tempo de contribuição, com o requisito etário reduzido, e não mais uma aposentadoria especial.

2. Agravo regimental a que se dá parcial provimento." (ARE 742.005 AgR, relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 18.03.2014, processo eletrônico, DJe-064, divulg. 31.03.2014, public. 01.04.2014)

Colhe-se do condutor voto do Ministro Teori Albino Zavascki:

"2. Existem dois períodos distintos na natureza jurídica da atividade de magistério no Regime Geral de Previdência Social (RGPS): (a) até 8 de julho de 1981, dia anterior à data da publicação da Emenda Constitucional 18/81, em que era considerada atividade especial; (b) e a partir de 9 de julho de 1981, quando passou a ser tratada como uma espécie de benefício por tempo de contribuição.

Inicialmente, o Decreto 53.831/64, que regulamentava a aposentadoria especial, inseriu a atividade de professor em seu anexo, na relação das atividades profissionais submetidas à aposentadoria especial:

'CÓDIGO / CAMPO DE APLICAÇÃO / SERVIÇOS E ATIVIDADES PROFISSIONAIS / CLASSIFICAÇÃO / TEMPO DE TRABALHO MÍNIMO / OBSERVAÇÕES (...)

2.1.4 / MAGISTÉRIO / Professores / Penoso / 25 anos / (...)'

Portanto, a atividade de professor era presumidamente considerada como nociva à saúde, motivo pelo qual gerava direito à aposentadoria especial, com o consequente direito subsidiário à conversão de tempo especial em comum para aproveitamento em outro benefício.

3. Com a publicação da Emenda Constitucional 18/81, que alterou o inciso XX do art. 165 da Constituição de 1969, a aposentadoria do professor passou a ser uma espécie de benefício por tempo de contribuição com o requisito etário reduzido:

'XX – a aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.'

Seguindo essa mudança, as normas da Constituição de 1988 que asseguram o direito dos professores a uma aposentadoria com idade reduzida fazem remissão à aposentadoria voluntária (nos regimes próprios de previdência social) e à aposentadoria por tempo de contribuição (no Regime Geral de Previdência Social):

'Art. 40. (...) § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

(...)

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, *a*, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.'

'Art. 201. (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

(...)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.'

Da mesma forma, seu fundamento legal no RGPS está no art. 56 da Lei 8.213/91, inserido entre as regras da aposentadoria por tempo de serviço:

'Subseção III

Da aposentadoria por tempo de serviço

(...)

Art. 56. O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério, poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, observado o disposto na Seção III deste capítulo.

Subseção IV

Da aposentadoria especial

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.'

Por essa razão, a redução de 5 anos para os professores não incide sobre as aposentadorias especial e por idade, mas apenas sobre a aposentadoria por tempo de contribuição. Em consequência, não é possível efetuar a 'conversão' de tempo trabalhado como professor para aproveitamento em outras espécies de aposentadoria, porque não mais se trata de tempo especial."

O tempo de atividade como professor após 8 de julho de 1981, portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal, não é especial. A ordem constitucional, desde então, simplesmente, quanto aos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções

de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, passou a assegurar aposentadoria por tempo de contribuição em bases diferenciadas, com redução do tempo necessário à inativação.

A Lei 8.213/91 segue essa orientação.

O artigo 56 da Lei nº 8.213/91 assim dispõe sobre aposentadoria por tempo de serviço dos professores:

"Art. 56. O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério, poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, observado o disposto na Seção III deste capítulo."

Cabe aqui o registro de que, em razão da nova redação dada ao § 8º do art. 201 da Constituição Federal pelo art. 1º da EC 20/98, a aposentadoria por tempo de contribuição para o professor aos trinta anos de contribuição e para a professora aos vinte e cinco anos de contribuição é cabível somente quando comprovado exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. O artigo 56 da Lei 8.213/91, portanto, deve ser interpretado à luz da nova ordem constitucional.

De qualquer sorte, a Seção III da Lei 8.213/91, referida no artigo 56 do mesmo diploma, estatui o seguinte:

"Seção III
Do cálculo do valor dos benefícios

Subseção I
Do salário de benefício

(...)
Art. 29. O salário de benefício consiste:
I – *para os benefícios de que tratam as alíneas* b *e* c *do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário*;
II – *para os benefícios de que tratam as alíneas* a, d, e *e* h *do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo*.
(...)" (grifei)

O artigo 18 da Lei 8.213/91, de seu turno, estatui:

"Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
I – quanto ao segurado:

(...)
b) aposentadoria por idade;
c) aposentadoria por tempo de contribuição;
(...)"

Como se vê, em se tratando de aposentadoria por tempo de contribuição, garante a legislação ao professor ou à professora que tenha desempenhado exclusivamente funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio a redução, em cinco anos, no tempo de serviço/contribuição necessário à concessão da aposentadoria integral (100% do salário de benefício). No restante não há qualquer diferença, inclusive no tocante ao cálculo da renda mensal inicial. E o salário de benefício é calculado na forma do art. 29, I, da Lei 8.213/91, representando "média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, *multiplicada pelo fator previdenciário*" (destaquei).

Não sendo, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria dos professores uma aposentadoria especial como aquelas previstas no artigo 57 da Lei 8.213/91, não há como se defender, ao menos com base na legislação ordinária, a não incidência da regra do inciso II do artigo 29 do mesmo diploma, a qual afasta a utilização do fator previdenciário no cálculo do salário de benefício.

A Lei 8.213/91, a propósito, tanto determina a aplicação do fator previdenciário no cálculo do salário de benefício do professor ou da professora que se aposentar com cômputo de tempo posterior a 28.11.99, que expressamente estabelece regras acerca da matéria no § 9º de seu artigo 29 (redação dada pela Lei 9.876/99):

"Art. 29 (...)
(...)
§ 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados:
I – cinco anos, quando se tratar de mulher;
II – cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;
III – dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.
(...)"

O professor ou a professora que tenha desempenhado exclusivamente funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, portanto, segundo o ordenamento vigente, faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição com redução quanto ao número de anos exigido, haja vista o disposto no art. 201, § 8º, da CF e no art. 56 da Lei 8.213/91, e bem assim tratamento diferenciado na aplicação do fator previdenciário, mediante majoração do tempo de contribuição (variável a ser considerada no respectivo cálculo), por força do que estabelece o § 9º do art. 29 da Lei 8.213/91.

Cumpre registrar que o fator previdenciário não constitui multiplicador a ser aplicado após a apuração do salário de benefício. Representa, para os benefícios referidos no inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, uma variável a ser utilizada para a própria definição do salário de benefício. A aplicação do fator previdenciário, portanto, por si só, reputada constitucional sua instituição, não está em contradição com o direito dos professores ao coeficiente de 100% do salário de benefício com tempo de contribuição reduzido.

De acordo com a Constituição Federal, como se percebe, na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria do professor é uma aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que com redução do tempo necessário à inativação. Por outro lado, a legislação de regência expressamente prevê a incidência do fator previdenciário no caso da aposentadoria por tempo de contribuição dos professores, ainda que lhe conferindo tratamento diferenciado (acréscimo no tempo de contribuição).

Sendo esse o quadro, somente se pode cogitar de não incidência do fator previdenciário se eventualmente a respectiva disciplina for inconstitucional.

O tema é polêmico.

De fato, rejeitada a proposta original de emenda (que resultou na EC 20/98), a qual estabelecia idade mínima para a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição, é discutível a possibilidade de adoção de fator previdenciário com fórmula que considere a variável idade, de modo a, mesmo que não compulsoriamente, estabelecer uma idade mínima para a obtenção de aposentadoria efetivamente integral por tempo de contribuição. Ademais, a expectativa de sobrevida constitui

variável dependente de situação fática que se modifica continuamente, pois a incidência da mortalidade sofre modificações com o decurso do tempo, as alterações na sociedade e o progresso da medicina, de modo que regularmente o IBGE revisa as respectivas tábuas. Assim, considerando a imprevisibilidade da expectativa de sobrevida, ao segurado muitas vezes pode ser difícil programar a data exata para a obtenção da aposentadoria em bases integrais, ainda que tenha mais de 35 anos de contribuição, o único requisito em rigor exigido pela Constituição Federal.

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, já se manifestou, ainda que provisoriamente, pela constitucionalidade do fator previdenciário, ao entendimento de que a Emenda Constitucional 20/98 – promulgada com a finalidade de manter o equilíbrio atuarial da Previdência, de modo a cobrir todos os riscos por ela garantidos – desconstitucionalizou os critérios de cálculo dos benefícios previdenciários, delegando à lei ordinária função antes desempenhada pela Carta Maior.

Assim, a Lei 9.876/99, após a Emenda Constitucional 20/98, alterou a forma de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Referido diploma, em seu artigo 2º, alterou o artigo 29 da Lei de Benefícios, estabelecendo novo critério para o cálculo do salário de benefício. As novas regras modificaram o período básico de cálculo, de modo a abranger 80% do período contributivo, e criaram o fator previdenciário, o qual considera o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de sobrevida do segurado para fixação do valor da renda mensal inicial da aposentadoria. Essas alterações, entendeu o Supremo Tribunal Federal, encontram apoio na Constituição, e se deram com o propósito de cumprir as novas exigências por ela trazidas, equilibrando as despesas da Previdência Social e aproximando o valor dos benefícios à realidade das contribuições efetuadas pelos segurados. Genericamente, portanto, não há falar em inconstitucionalidade na instituição do fator previdenciário.

Segue o precedente do Supremo Tribunal Federal que, ainda que provisoriamente, afirmou a constitucionalidade da instituição do fator previdenciário:

"EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA

SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, *CAPUT*, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual, 'sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora', não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da ADI deve indicar 'os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações'. Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a ação direta de inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da CF, com a redação dada pela EC nº 20, de 15.12.1998, cuidou apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 05.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da EC nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida 'aos termos da lei', a que se referem o *caput* e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao *caput* e ao parágrafo 7º do novo art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no *caput* do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da CF pelo art. 3º da lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da lei, só depois vieram ou vierem

a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a ação direta de inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (ADI 2.111 MC, relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 16.03.2000, DJ 05.12.2003, PP-00017, Ement. VOL-02135-04, PP-00689)

A aposentadoria do professor, portanto, segundo a dicção do Supremo Tribunal Federal, não é uma aposentadoria especial, e, segundo a legislação de regência, no cálculo da respectiva renda mensal inicial, deve ser considerado o fator previdenciário, multiplicador que pode majorar ou diminuir a renda mensal inicial e que, também segundo a dicção do Supremo Tribunal Federal, não é inconstitucional.

Nesse sentido, considerando os precedentes do Supremo Tribunal Federal, vários julgados desta Casa afirmaram a incidência do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial das aposentadorias por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Aprofundando a apreciação da matéria, todavia, mesmo sendo certo que, segundo manifestação preliminar da Excelsa Corte, o fator previdenciário é constitucional, é necessário analisar a validade especificamente das normas que disciplinam a incidência do fator previdenciário na aposentadoria do professor. E essa análise está a indicar a ausência de constitucionalidade no tratamento que a Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99, confere especificamente às aposentadorias por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Digo isso porque o § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, ao reconhecer ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio o direito à aposentadoria por tempo de contribuição com redução de cinco anos, certamente conferiu à categoria e, por extensão, ao benefício *status* diferenciado; agregou-

lhes valor que deve ser respeitado pelo legislador ordinário. A disciplina do direito assegurado pela Constituição, assim, deve ser feita de forma adequada. Norma que restrinja de alguma forma o direito assegurado pela Constituição, portanto, somente será válida se guardar a devida proporcionalidade e o respeito às demais cláusulas constitucionais.

Deve ser lembrado, ademais, que, nos termos do que estabelece o artigo 6º da Constituição Federal, a previdência social é um direito social, logo fundamental, a ser prestigiado pelo legislador infraconstitucional.

A Lei 9.876/99, portanto, ao instituir o fator previdenciário, está, em rigor, a disciplinar direito. Mais do que isso, a disciplinar direito fundamental. E, no caso específico dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a disciplinar espécie de aposentadoria que, conquanto não seja especial, goza de indiscutível *status* constitucional. Se a Lei 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99, disciplina, no que toca especificamente à aposentadoria dos professores, direito fundamental previsto na Constituição Federal, a margem de discrição do legislador no processo de conformação do direito no nível infraconstitucional, à evidência, está sujeita a limites.

E nesse sentido avulta a importância do princípio da proporcionalidade.

Pertinentes, no ponto, as ponderações de *Suzana de Toledo Barros*, segundo a qual deve haver uma preocupação com o controle dos vícios de inconstitucionalidade substancial das normas, decorrentes do excesso de poder legislativo, uma vez que "o controle de constitucionalidade material pelo contraste direto entre as normas escritas não é suficiente para determinar um juízo definitivo de obediência da lei à Constituição". Surge, assim, a necessidade de o Judiciário exercer um controle da incompatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, emergindo nesse contexto o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, com efeito, "tem como principal campo de atuação o dos direitos e das garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência" (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica,

2000. p. 24 e 28).

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), registre-se, é, segundo a doutrina alemã (de onde foi importado na seara constitucional), formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: "a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito" (op. cit., p. 75).

O subprincípio da adequação ou da idoneidade "restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?". A adequação "dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional". "O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada". Já proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que "um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus". É, em suma, a razoabilidade (op. cit., p. 76, 78 e 85).

A respeito da matéria, apropriadas também as palavras de Paulo Bonavides, que com maestria discorre:

"A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e aufere um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.

(...)

Com efeito, 'cânone de grau constitucional' com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, 'as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos-fundamentais', como assevera ainda o mesmo publicista espanhol [Penalva – observação nossa], o princípio da proporcionalidade assume, de último, importância que só faz crescer, qual se depreende do estudo de Stelzer, constante da mais recente biografia austríaca de direito constitucional e estampado em 1991.

(...)

Ministra-nos ele [Pierre Muller – observação nossa], em síntese lapidar, a latitude dessa reflexão: 'É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da pro-

porcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada torna-se assim condição de legalidade'.

A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é 'excessiva', 'injustificável', ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade.

(...)

Em nosso ordenamento constitucional, não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e das liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo com todo vigor no uso jurisprudencial.

Em verdade trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.

(...)

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.

(...)

A vedação de excessos (*Übermassverbot*), ínsita ao inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, rege a aplicação da norma aí contida, a qual, sendo restritiva, de natureza, não pode – por obra do arbítrio do legislador ordinário –converter-se em regra de ação do poder público para derrogar princípios constitucionais estabelecidos no *caput* daquele artigo.

Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador.

O princípio da proporcionalidade é, de conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e das garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição." (*Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 317, 319 e 352-4)

Dito isso, volto ao texto da Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada

pela Lei 9.876/99:

"Art. 29. *O salário de benefício consiste*:

I – *para os benefícios de que tratam as alíneas* b *e* c *do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário*;

(...)

§ 7º *O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do anexo desta lei*.

§ 8º *Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos*.

§ 9º *Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados*:

I – cinco anos, quando se tratar de mulher; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

II – *cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*;

III – *dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*." (grifei)

Para compensar o fato de que a aposentadoria do professor se dá com tempo reduzido, determina a lei o acréscimo de tempo fictício ao tempo de contribuição (cinco anos se homem e dez anos se mulher) para obtenção do fator previdenciário.

Conquanto a previsão legal possa acarretar redução dos efeitos negativos do fator previdenciário para a aposentadoria do professor, parece-me que não dá ela adequado tratamento ao direito fundamental assegurado pela Constituição, por ausência de proporcionalidade, ofendendo, ademais, o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pois deixa de tratar desiguais observada a medida de suas desigualdades.

Explico.

O fator previdenciário, nos termos da Lei 8.213/91, é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo fórmula constante do anexo do citado diploma:

f = Tc*a/Es*[1+(Id+Tc*a)/100)]

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Da análise da fórmula, constata-se que, a partir da situação particular do segurado, duas variáveis impactam o cálculo do fator previdenciário (multiplicador que, se inferior a 1, diminuirá a renda mensal inicial do benefício, e, se superior a 1, aumentará a renda mensal inicial do benefício):

(i) a idade do segurado, que, em rigor, incide duas vezes, haja vista a consideração, também, da expectativa de sobrevida na equação, e

(ii) o tempo de contribuição, que, da mesma forma, incide duas vezes na equação.

Mais do que isso, percebe-se que, dentre as variáveis ligadas à situação particular do segurado, a idade é a que tem tendência a influir mais no valor final obtido.

Com efeito, se tomarmos a situação de uma mulher com 55 anos de idade e 30 anos de tempo de contribuição, por exemplo, e que tem, pela Tábua Completa de Mortalidade do IBGE, uma expectativa de sobrevida de 25,5 anos, percebemos que seu fator previdenciário será igual a 0,5992.

Acrescidos 10 anos ao tempo de contribuição no caso de uma mulher com cinquenta e cinco anos, haveria a obtenção de fator previdenciário superior. Teria a mulher 55 anos de idade, 40 anos de tempo de contribuição e a mesma expectativa de sobrevida (25,5 anos). O fator previdenciário seria igual a 0,8140.

Agora vejamos o resultado se forem acrescidos 10 anos à idade, mantidos, todavia, 30 anos de contribuição. A mulher, neste caso, teria 30 anos de contribuição e 65 anos de idade. Sua expectativa de sobrevida seria de 18,00 anos. O fator previdenciário seria igual a 0,9005.

Percebe-se, pois, que:

– Tomada a situação de uma mulher com 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, com média de salários de contribuição, suponhamos,

de R$ 2.000,00, seu salário de benefício, com a incidência do fator previdenciário, seria de R$ 1.198,40 (R$ 2.000,00*0,5992);

– Se essa mulher tivesse 55 anos de idade, mas 40 anos de contribuição, seu salário de benefício, com a incidência do fator previdenciário, seria de R$ 1.627,60 (R$ 2.000,00*0,8140);

– Se essa mulher tivesse 30 anos de contribuição, mas 65 anos de idade, seu salário de benefício, com a incidência do fator previdenciário, seria de R$ 1.800,80 (R$ 2.000,00*0,9005).

Os exemplos acima apresentados evidenciam que duas variáveis obtidas concretamente a partir da situação particular do segurado (idade e tempo de contribuição) influenciam no cálculo do fator previdenciário e, mais do que isso, que a variável idade tem uma influência um pouco maior.

Voltemos agora ao caso dos professores.

O que fez a Lei 8.213/91 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99) para, considerando o valor especial conferido à aposentadoria por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, conferir-lhe um tratamento ajustado à ordem constitucional? Determinou, em seu artigo 29, § 9º, o acréscimo, ao tempo de contribuição, de 5 anos, quando se tratar de professor, e de 10 anos, quando se tratar de professora. Em relação à variável idade, justamente aquela que tem maior impacto no cálculo do fator previdenciário, todavia, não foi adotada qualquer medida tendente a obviar de alguma forma os eventuais efeitos deletérios causados no cálculo do fator previdenciário.

Veja-se, novamente a título ilustrativo, que, se uma professora com 50 anos de idade (expectativa de sobrevida de 29,2 anos) se aposentasse atualmente com 25 anos de contribuição, o acréscimo de 10 anos ao tempo de contribuição determinado pelo artigo 29, § 9º, da Lei 8.213/91 (por ficção teria 35 anos de tempo de contribuição) acarretaria a obtenção de um fator previdenciário igual a 0,5895. Assim, seu salário de benefício, tomada uma média hipotética de salários de contribuição de R$ 2.000,00, seria de R$ 1.179,00 (R$ 2.000,00*0,5895). Se a essa mesma professora fossem acrescidos não somente 10 anos ao tempo de contribuição (por ficção teria 35 anos de tempo de contribuição), mas

também 10 anos à idade (por ficção teria 60 anos de idade e expectativa de sobrevida de 21,6 anos), o fator previdenciário seria igual a 0,8935. Assim, seu salário de benefício, tomada a mesma média hipotética de salários de contribuição de R$ 2.000,00, seria de R$ 1.787,00 (R$ 2.000,00*0,8935).

Os exemplos referidos no parágrafo anterior demonstram que o adequado tratamento à aposentadoria por tempo de contribuição dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, benefício que tem especial dignidade constitucional, somente seria alcançado se os efeitos da idade tivessem sido igualmente mitigados pelo legislador ordinário.

Note-se que, se a Constituição estabelece que o professor e a professora têm direito a se aposentar com 30 e 25 anos de tempo de contribuição, respectivamente (enquanto os demais trabalhadores têm direito a se aposentar ordinariamente com 35 e 30 anos de tempo de contribuição), é evidente que o constituinte ponderou o fato de que a aposentadoria, necessariamente, para os professores, ocorreria com idade inferior aos demais trabalhadores. A conclusão é lógica.

Trabalhemos novamente com exemplos para demonstrar o desacerto da sistemática estabelecida.

Tomado o caso de um professor que tenha começado a trabalhar aos 16 anos de idade (atualmente a idade mínima para ingresso no mercado de trabalho – artigo 7º, inciso XXXIII, da CF, na redação dada pela EC 20/98), ao completar 30 anos de tempo de contribuição, ele terá 46 anos de idade. Menos, evidentemente, do que um homem, não professor, que terá de trabalhar 35 anos para se aposentar, e que atingirá isso aos 51 anos de idade. Por presunção, a fim de reduzir o impacto no cálculo do fator previdenciário, como determinado pela Lei 8.213/91, será considerado para o professor tempo de contribuição igual a 35 anos (acréscimo de 5 anos). Mas cabe a pergunta: se a presunção é de que o professor trabalhou por 35 anos, embora tenha somente 46 anos de idade, seria lógico e razoável considerar que ele, também por presunção, teria ingressado no mercado de trabalho aos 11 anos de idade? Evidentemente que não, até porque isso atentaria contra a Constituição Federal, que veda o trabalho dos menores de 16 anos. A conclusão que se pode extrair a partir de

uma interpretação afeiçoada à Constituição Federal é de que, se ao professor com 46 anos de idade e 30 anos de contribuição reconhece-se, por determinação legal, tempo de contribuição de 35 anos, sua idade, também por presunção, necessariamente seria de 51 anos de idade.

Em outras palavras: conferido tratamento diferenciado ao cálculo do fator previdenciário para o professor mediante consideração de mais 5 ou 10 anos de tempo de contribuição, esse período acrescido, jurídica e cronologicamente, só pode ser referente ao tempo futuro; jamais ao passado. A majoração do tempo de contribuição sem a consideração dos impactos na variável idade subverte a lógica e, consequentemente, viola o ordenamento jurídico. Volta-se a frisar: o tempo a mais de contribuição (referente à atividade presumidamente exercida pelo professor), jurídica e cronologicamente, só pode ser para frente (futuro); jamais para trás (passado).

Voltando ao princípio da proporcionalidade, o quadro acima delineado está a evidenciar que o tratamento dispensado pelo legislador à aposentadoria do professor não confere ao benefício, que tem especial atenção do constituinte, adequado tratamento. A sistemática estabelecida pelo legislador não resiste ao crivo da adequação (*Geeignetheit*), e mesmo da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). A densidade do direito fundamental não restou, na sistemática estabelecida, respeitada pelo legislador infraconstitucional, pois, ainda que constitucional genericamente o fator previdenciário, aos professores especificamente foi impingida, em rigor, uma perda maior no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição do que aos demais trabalhadores, e isso simplesmente porque, justamente por força de norma constitucional, eles estão autorizados a se aposentar mais precocemente.

Ao mesmo tempo, a sistemática estabelecida ofende o princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois, como sabido, seu verdadeiro sentido é o tratamento isonômico aos iguais, mas, também, o tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Deixando de tratar os professores na medida da desigualdade de sua situação específica, que se apresenta como um valor constitucional, a Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada pela Lei 9.876/99, violou o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A solução, assim, é o reconhecimento da inconstitucionalidade, sem redução de texto, do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, para afastar a interpretação que conduza à aplicação do fator previdenciário ao caso dos professores, e bem assim da inconstitucionalidade, com redução de texto, evidentemente, dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo.

Registro que a solução cabível é, de fato, o pronunciamento da inconstitucionalidade nos termos propostos. Há uma disciplina legal sobre a incidência do fator previdenciário ao caso dos professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a qual está estabelecida na aplicação conjugada dos artigos 56 e 29, inciso I e § 9º, incisos II e III, da Lei 8.213/29. Não há, assim, como se reconhecer eventual direito à aposentadoria por tempo de contribuição para esses profissionais, com afastamento do fator previdenciário, sem que ocorra a pronúncia da invalidade das normas que disciplinam justamente a incidência do elemento de cálculo em discussão. A observância da cláusula do *full bench* no caso em apreço impõe-se, até em observância à Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal:

> "Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência no todo ou em parte."

Ao arremate, consigno que ao Judiciário, de regra, não é dado atuar como legislador positivo. No caso em apreço, não há possibilidade de o Judiciário, diante da inconsistência da sistemática estabelecida pela legislação de regência, determinar a alteração da fórmula do cálculo do fator previdenciário para os professores, ou mesmo a modificação das variáveis a serem consideradas na referida fórmula, de modo a mitigar, nos termos em que reputar mais acertados (portanto, mediante juízo de discricionariedade incompatível com a atuação judicial), os efeitos da idade no resultado final a ser obtido. Só resta, assim, reconhecer, quando aos professores, a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

Em conclusão:

a) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria dos professores é uma aposentadoria por tempo de contribuição;

b) também segundo o Supremo Tribunal Federal, a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário de benefício das aposentadorias

por tempo de contribuição não viola a Constituição Federal;

c) não obstante, pelo fato de não dar especificamente à aposentadoria do professor, direito fundamental que tem relevante densidade constitucional, adequado tratamento, principalmente no que toca à variável idade, o artigo 29 da Lei 8.213/91 viola os artigos 5º, *caput*, 6º e 201, § 8º, e bem assim o princípio da proporcionalidade.

Ante o exposto, voto por afirmar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha: Pedi vista dos autos para compreender melhor a questão *sub judice*, acerca da alegada inconstitucionalidade da legislação que determina a aplicação do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria de professor perante a Previdência Social.

Como consignou o exmo. relator, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já afirmou a constitucionalidade do fator previdenciário, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.111, cuja ementa está transcrita em seu voto.

Em relação à aplicação do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição de professor, constato que há precedentes de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal decidindo que a ofensa à Constituição seria reflexa nessa hipótese:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. 1. A incidência do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria especial de professor, quando *sub judice* a controvérsia, revela uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 689.879-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.09.2012, e ARE 702.764-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 04.12.2012. 2. *In casu*, o acórdão recorrido manteve a sentença, por seus próprios fundamentos, a qual dispôs: 'A aposentadoria dos professores não se confunde com a aposentadoria especial prevista no regime geral de

previdência social. As normas constitucionais e infraconstitucionais existentes, no caso dos professores, tratam apenas de aposentadoria por tempo de serviço de caráter excepcional, assim como faz também, por exemplo, com a aposentadoria por idade do segurado especial. Verifica-se, assim, que a lei compensa, com o acréscimo de cinco anos para o professor e de dez anos para a professora, as reduções de tempo de contribuição em relação à aposentadoria comum, com trinta e cinco anos. Portanto, tendo a lei tratado as peculiaridades das diferentes aposentadorias de forma diversa, de modo a corrigir as distorções que poderiam ser causadas pela aplicação pura e simples do fator previdenciário, não sendo punido com a aplicação de um fator maior aquele professor ou professora que exercer seu direito de aposentadoria com tempo reduzido em relação aos demais trabalhadores, não foi ferido o princípio isonômico'. 3. Agravo regimental desprovido." (ARE 718.275 AgR, relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08.10.2013)

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Fator previdenciário. Constitucionalidade. Aposentadoria especial. Professor. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI nº 2.111/DF-MC, relator o Ministro Sydney Sanches, concluiu pela constitucionalidade do fator previdenciário previsto no art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.876/99. 2. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 636. 3. Agravo regimental não provido." (ARE 689.879 AgR, relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11.09.2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. LEI 9.876/1999. CONSTITUCIONALIDADE. ADI 2.111-MC/DF. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS PROFESSORES. CÁLCULO DO MONTANTE DEVIDO. APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 2.111-MC/DF, rel. Min. Sydney Sanches, entendeu constitucional o fator previdenciário previsto no art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei 8.213/1991, com redação dada pelo art. 2º da Lei 9.876/1999. II – Naquela oportunidade, o Tribunal afirmou, ainda, que a matéria atinente ao cálculo do montante do benefício previdenciário já não possui disciplina constitucional. Por essa razão, a utilização do fator previdenciário, previsto na Lei 9.876/1999, no cálculo do valor devido à recorrente a título de aposentadoria, não implica qualquer ofensa à Carta Magna. De fato, por ser matéria remetida à disciplina exclusivamente infraconstitucional, a suposta violação do Texto Maior se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. III – Agravo regimental improvido." (ARE 702.764 AgR, relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13.11.2012)

Em se tratando de ofensa reflexa à Constituição, porquanto dependente de exame de legislação infraconstitucional, já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal que a matéria não se submete ao controle abstrato:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS – ATO DESTITUÍDO DE NORMATI-

VIDADE – INSUFICIÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM* – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo poder público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame *in abstracto* do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e em um desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado. Precedente: ADI 842/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO. – Crises de legalidade – que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo – revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. Precedentes. – O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do poder público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem ao ato estatal a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação *per relationem*, que inocorre ausência de fundamentação quando o ato decisório – o acórdão, inclusive – reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que, nestas, se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida. Precedentes. Doutrina. O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos fático-jurídicos expostos no parecer do Ministério Público – e ao invocá-los como expressa razão de decidir –, ajusta-se, com plena fidelidade, à exigência jurídico-constitucional de motivação a que estão sujeitos os atos decisórios emanados do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX).” (ADI 2.630 AgR, relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16.10.2014)

Retornando ao caso concreto, que diz respeito à aplicação do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria de professor, compartilho da compreensão do relator acerca da necessidade de preservar a valoração constitucionalmente conferida à relevante atividade desempenhada pelos profissionais da educação.

Perfilho-me, também, na constatação de que o cálculo do fator previdenciário, na fórmula legislativa destinada à aposentadoria do professor, mediante o acréscimo ficto de 5 anos (para o homem) ou 10 anos (para a mulher), somente no tempo de contribuição, como previsto nos incisos II e III do § 9º do artigo 29 da Lei nº 8.213/1991, produz resultado particularmente danoso, na medida em que, como bem explicitado no voto do relator, a variável que mais influi na redução da RMI não é o tempo de contribuição, mas a idade do segurado.

Tal efeito redutor tem menos repercussão negativa no cálculo da RMI da aposentadoria por tempo de serviço dos demais segurados porque, como aquela parcela do tempo de contribuição não é ficta, mas real, ela é compensada com a respectiva e proporcional parcela de idade, concomitante ao próprio tempo de contribuição.

Assim, penso que a correção da distorção gerada pela aplicação do fator previdenciário no cálculo da RMI da aposentadoria de professor não passa pelo exclusão do próprio fator previdenciário (sob pena de contrariar o entendimento do Supremo Tribunal Federal).

Com efeito, assim estabelece o artigo 201 da Constituição Federal:

"Art. 201.

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

(...)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio."

Transcrevo as disposições do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, no que se refere à matéria em discussão:

"Art. 29. O salário de benefício consiste:

I – para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento

de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II – para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

(...)

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do anexo desta lei.

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

§ 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados:

(...)

II – cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

III – dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio."

Tendo em vista a disposição legal, que determina a inclusão de tempo ficto para fins de cálculo do fator previdenciário, para compensar a redução de tempo de contribuição prevista no art. 201, § 8º, da Constituição, entendo que a interpretação dessa disposição legal, para os fins do preceito constitucional, deve ser feita no sentido de determinar a referida compensação em ambas as variáveis do cálculo (tempo de contribuição e idade), ou seja, estabelecendo fórmula de cálculo idêntica àquela utilizada na fixação da RMI dos demais segurados.

Assim, a correção da distorção no valor da RMI é alcançada mediante a aplicação respectiva e proporcional do tempo ficto de 5 ou 10 anos, não apenas na variável do tempo de contribuição, mas, também, na variável da idade, sendo essa a interpretação do art. 29 da Lei nº 8.213/91 que considero conforme a Constituição, no que se refere ao cálculo da aposentadoria especial do professor.

Essa solução compensa o efeito redutor do fator previdenciário que, por força da idade, na prática, anula o benefício da aposentadoria ao professor com menor tempo de contribuição, concedido pelo artigo 201, § 8º, da Constituição, e também atende ao princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição, pois trata igualmente

os segurados, na medida de suas desigualdades.

Tal interpretação não determina a inconstitucionalidade do fator previdenciário, previsto no inciso I do *caput* do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, tampouco dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, mas, apenas, a aplicação integral destes últimos na fórmula de cálculo da RMI da aposentadoria de professor, vale dizer, acrescendo-se o tempo ficto respectiva e proporcionalmente em ambas as variáveis (tempo de contribuição e idade).

Trata-se, portanto, somente de interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição, e não de declaração de sua inconstitucionalidade.

Ante o exposto, voto por dar à legislação infraconstitucional questionada no presente incidente a interpretação constitucional exposta na fundamentação, sem declaração de inconstitucionalidade.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Pedi vista para melhor refletir sobre o encaminhamento proposto pelo eminente Des. Federal Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, que apresentou a proposição original no sentido de afirmar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Convencido do acerto do voto, decido acompanhar.

Ante o exposto, *voto por afirmar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio*.

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani: Pedi vista dos autos para melhor me esclarecer sobre a questão relativa à incidência do fator previdenciário, prevista no inciso I do art. 29 da Lei nº 8.213/91, no cálculo da renda mensal inicial das aposentadorias dos professores na educação infantil e no ensino fundamental e médio, bem

como à sua alegada inconstitucionalidade.

Na esteira do judicioso voto lançado pelo e. Des. Federal Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, igualmente entendo que o comando normativo instituidor do fator previdenciário confronta-se com a previsão constitucional que conferiu tratamento diferenciado ao segurado que tenha exercido exclusivamente as funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A pretensa mitigação prevista no § 9º do art. 29 da Lei 8.213/91 (com a redação dada pela Lei 9.876/99), majorando fictamente o tempo de contribuição em cinco anos quando se tratar de professor e dez anos quando se tratar de professora, não aplaca, por si só, o desequilíbrio impingido aos(às) professores(as) pela adoção do fator previdenciário *se comparado com os demais segurados*.

A manutenção do critério idade na atual fórmula do fator previdenciário para tal classe trabalhadora, sem qualquer mecanismo compensatório, traduz gravame desproporcional, afirmando assim manifesta inconstitucionalidade em sua aplicação nos termos como propostos pela legislação ordinária.

E como bem lançado no voto do e. relator, postulando vênia para transcrever, "não há possibilidade de o Judiciário, diante da inconsistência da sistemática estabelecida pela legislação de regência, determinar a alteração da fórmula do cálculo do fator previdenciário para os professores, ou mesmo a modificação das variáveis a serem consideradas na referida fórmula, de modo a mitigar, nos termos em que reputar mais acertados (portanto, mediante juízo de discricionariedade incompatível com a atuação judicial), os efeitos da idade no resultado final a ser obtido", o que acompanho integralmente.

Ante o exposto, voto por *afirmar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio*.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5029170-55.2015.4.04.0000/TRF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti

Suscitante: 2ª Turma do TRF da 4ª Região
Interessada: FRS S/A Agro Avícola Industrial
Advogado: Dr. João Joaquim Martinelli
MPF: Ministério Público Federal
Interessada: União – Fazenda Nacional

EMENTA

Contribuição social. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Lei Complementar nº 110, de 2001.

Não se mostra inconstitucional, nem mesmo de forma superveniente, o artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, que instituiu contribuição social em favor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Otávio Roberto Pamplona, Ricardo Teixeira do Valle Pereira, João Pedro Gebran Neto, Paulo Afonso Brum Vaz, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, João Batista Pinto Silveira e Márcio Antônio Rocha, *rejeitar* a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de junho de 2016.

Des. Federal *Rômulo Pizzolatti*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: O relator da Apelação Cível nº 5061693-34.2013.4.04.7100/RS proferiu, na 2ª Turma, o seguinte voto:

"*RELATÓRIO*

Trata-se de ação ordinária ajuizada por FRS S.A. AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL (nova razão social da Doux Frangosul S.A. Agro Avícola Industrial) contra a União, visando à declaração de inexigibilidade de pagamento de contribuição adicional do FGTS, sendo devida a compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos últimos cinco anos, devidamente atualizados. Deu à causa o valor de R$ 287.297,57 (ev. 16).

Sobreveio sentença, exarada nos seguintes termos:

'Ante o exposto, *julgo IMPROCEDENTES* os pedidos, forte no art. 269, I, do CPC.

Condeno a parte-autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 5.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.'

Em suas razões de apelação, a União aduz serem irrisórios os honorários advocatícios fixados – em R$ 5.000,00, ou 1,74% do valor da causa –, pugnando pela sua majoração.

A parte-autora, por sua vez, em preliminar, alega cerceamento de defesa pela ausência de intimação da 'Caixa Econômica Federal – CEF; do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – CCFGTS; bem como do Tribunal de Contas da União, para que apresentassem manifestação acerca do cumprimento dos objetivos da contribuição imposta pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2011, indicando o valor total das indenizações e o valor total arrecadado com as contribuições da respectiva Lei Complementar, a cargo das empresas e do poder público'.

No mérito, repisa os argumentos da exordial, no sentido da inconstitucionalidade da contribuição prevista no artigo 1º da Lei Complementar 110/01. Destacou o exaurimento e o desvio da finalidade para a qual foi instituída referida contribuição.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte. É o relatório.

VOTO

Da preliminar de cerceamento de defesa

A Caixa Econômica Federal, o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o Tribunal de Contas da União são terceiros estranhos ao processo, sendo descabido o reconhecimento de nulidade pela não intimação destes.

O juiz possui ampla liberdade na condução do feito, devendo zelar pela célere solução da controvérsia, como estabelecem os artigos 5°, LXXVIII, da Constituição Federal, 131 e 125, II, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, reunidos os elementos de prova necessários ao convencimento do juízo, e sobrevindo decisão motivada sobre a questão, não caracteriza vulneração do direito à ampla defesa o indeferimento da intimação de terceiros para se manifestarem sobre o cumprimento dos objetivos da contribuição imposta pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2011.

Do exaurimento da contribuição ao FGTS

Criação e constitucionalidade da contribuição instituída pelo art. 1º da Lei Complementar n° 110/2001

Com a edição da Lei Complementar nº 110/2001 foram instituídas novas contribuições para o FGTS, nos seguintes termos:

'Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a

vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Art. 2º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.'

Note-se que o legislador, no artigo 1º, ao invés de simplesmente majorar a multa rescisória de 40% sobre os depósitos vertidos ao fundo, em caso de despedida sem justa causa, para 50%, optou por instituir uma nova contribuição social com destinação específica, no percentual de 10% sobre o valor dos depósitos.

Quanto à contribuição social de que trata o artigo 2º da mesma lei complementar, infere-se que a base de cálculo é a folha de salários, uma vez que incide sobre a remuneração devida pelo empregador ao empregado, acrescida dos valores descritos no artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

Essas novas contribuições, ao contrário da anterior, têm natureza tributária, adequando-se ao conceito de tributo, insculpido no art. 3º do Código Tributário Nacional, *verbis*:

'Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.'

Ressalte-se que as contribuições em questão não possuem a mesma destinação da tradicional contribuição ao FGTS, pois foram criadas para possibilitar o pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, diante dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Trata-se, pois, de contribuições sociais gerais, a teor do disposto no artigo 149 da Constituição Federal.

A LC nº 110/2001 já foi, inclusive, objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da medida cautelar interposta incidentalmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556-2, cuja ementa transcrevo a seguir:

'Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar.

– A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na subespécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.

– Não ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição.

– Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT.

– Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à arguição de inconstitucionalidade do artigo 14, *caput*, quanto à expressão 'produzindo efeitos', e seus incisos I e II da lei complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto.

Liminar deferida em parte, para suspender, *ex tunc* e até final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do *caput* do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001.'

Transcrevo ainda parte do voto lavrado pelo Min. Moreira Alves:

'Não sendo as duas contribuições em causa impostos, é de se afastar, desde logo, nesse exame sumário, a plausibilidade jurídica das alegadas ofensas à Constituição por afronta aos artigos:

a) – 145, § 1º, não só porque diz ele respeito aos impostos, e não aos tributos em geral, mas também porque, a título de reforço, tais contribuições não têm caráter de tributo pessoal, para que se faculte à administração tributária identificar, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; e

b) – 154, I, 157, II, e 167, IV, porquanto esses dispositivos se aplicam, expressamente, aos impostos, e não aos tributos em geral.'

Cabe-nos, portanto, examinar a questão que a Suprema Corte deixou em aberto, pertinente à subsistência da contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001.

Para tanto, é mister explicitar certas premissas teóricas, as quais condicionam a legitimidade da cobrança das contribuições especiais à subsistência da finalidade que justificou a sua instituição.

Perda de objeto da contribuição do art. 1º da LC 110/2001

Caráter teleológico das contribuições especiais

A peculiaridade básica das contribuições frente aos impostos reside no fato de serem afetadas, pela própria legislação tributária, à realização de finalidades estatais específicas. Até mesmo quem nega autonomia às contribuições especiais vê na afetação finalística o seu traço fundamental.

Trata-se de afetação jurídico-tributária. É a própria lei instituidora do tributo que vincula os recursos angariados a finalidade específica, de forma expressa (pela indicação da destinação das receitas) ou tácita (pela mera denominação da contribuição ou indicação da sua finalidade).

Pontuo que, para fins de enquadramento conceitual, releva a afetação, e não a destinação da contribuição. É no momento da instituição que se deve averiguar a espécie tributária que foi criada, e não no do emprego dos recursos arrecadados. Tributo criado com as características de contribuição, contribuição é, mesmo que os seus recursos sejam totalmente desviados pela legislação orçamentária. E tributo não afetado no momento da sua instituição jamais se qualificará como contribuição, a menos que sofra uma metamorfose jurídica, em razão de modificação que lhe dê feições diversas.

O que se deve reter neste momento é o fato de a afetação jurídica ser traço conceitual das contribuições especiais, e não mero requisito de validade. Tributo instituído sob a forma de contribuição, mas não afetado sequer de modo implícito, de contribuição tem apenas o rótulo. Não é vera contribuição. Nem mesmo contribuição inconstitucional. É imposto. Provavelmente inconstitucional, mas imposto, jamais contribuição.

Da afetação dos seus recursos, decorre outra nota conceitual: o seu caráter finalístico.

É certo que, como observa Navarro Coêlho, finalidades podem ser vislumbradas até mesmo nos impostos, nomeadamente a de financiar as atividades estatais *uti universi* (*Contribuições no Direito brasileiro*: seus problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 33). Porém, não há como se negar que as contribuições, diversamente dos impostos, são tributos voltados a promover finalidades específicas.

As contribuições especiais constituem instrumentos para a realização de fins determinados, aos quais estão indissociavelmente vinculadas. São esses fins que autorizam a sua

instituição e justificam a carga tributária diferenciada imposta aos seus sujeitos passivos.

Com efeito, do caráter finalístico das contribuições decorre uma consequência indiscutível: o condicionamento da sua validade jurídica à presença da causa que motivou a sua instituição, ou, se se preferir, à efetiva necessidade de serem promovidas as atividades públicas que são vocacionadas a financiar (presença da finalidade).

Daí se empregar a expressão 'tributos causais', cunhada por Renato Alessi, para designar as contribuições especiais. Como preleciona Marco Aurélio Greco, 'na medida em que a contribuição se qualifica pela finalidade, ela é um tributo causal', de modo que a 'competência tributária só pode ser exercida 'com fundamento em uma específica situação substancial objeto de previsão pelo legislador, apta a justificar socialmente a exigência de riqueza privada por parte do Ente Público'. Nestes, 'a legitimidade da imposição da exigência em si está ligada à existência da situação justificadora'' (Contribuições de intervenção no domínio econômico – Elementos para um modelo de controle. *Revista Fórum de Direito Tributário*, a. 4, n. 20, p. 27-45, mar./abr. 2006).

Necessidade: pressuposto de validade e de eficácia

Se a própria Constituição da República concebeu as contribuições especiais como tributos teleológicos, que se distinguem dos impostos pela sua afetação finalística e que se justificam precisamente pela persecução de finalidades determinadas, indicadas nas normas atributivas de competência, é evidente que a competência constitucional para a sua instituição não pode ser exercida senão na medida do estritamente necessário para que tais finalidades sejam alcançadas.

Todo excesso injustificado na cobrança de contribuições é inconstitucional, por malferir a própria norma que confere competência para a sua instituição.

Se a desnecessidade era evidente já no momento em que a contribuição foi instituída ou majorada (desnecessidade originária), ela estará eivada de inconstitucionalidade, no todo ou em parte. O vício maculará a sua validade, na parcela equivalente ao excesso – ou até mesmo *in totum*, caso se apure que houve deliberado abuso do poder de legislar.

A propósito, vale recordar a primorosa advertência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o poder de legislar é essencialmente limitado e não pode ser exercido abusivamente, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade e à garantia fundamental do devido processo legal, na sua acepção substantiva:

'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do poder público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou

discricionário do legislador.' (STF, Pleno, ADI 1.407 MC, rel. Min. Celso de Mello, 3.1996)

Ora, se o legislador institui ou majora contribuição com o escopo único ou precípuo de financiar atividade ou despesa diversa da que justifica a sua cobrança, resta escancarado o abuso no exercício do poder legiferante, a macular o próprio fruto do seu ato de infidelidade à Carta da República e ao Estado Democrático de Direito.

A desnecessidade superveniente, contudo, não afeta a validade da contribuição. Macula a sua eficácia. Mais precisamente, afeta a sua vigência, vindo a ab-rogá-la (se for total) ou derrogá-la (se for parcial).

Ineficácia da contribuição do art. 1º da LC 110/2001

Questão não apreciada na ADI 2.556

Antes de apreciar o alegado exaurimento da necessidade financeira que justifica a cobrança da contribuição do art. 1º da LC 110/2001, afigura-se oportuno transcrever advertência feita pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a sua legitimidade constitucional:

'*O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)*: Senhores ministros, após a liberação destas ações diretas de inconstitucionalidade para julgamento, a entidade-requerente solicitou o adiamento do exame da matéria. Deferi o pedido e concedi audiência aos representantes da entidade-requerente, para exposição de informações relevantes acerca da situação do financiamento dos gastos governamentais com o FGTS. Em síntese, a requerente expôs que a finalidade da exação fora alcançada, pois a União teria ressarcido integralmente todos os beneficiários do FGTS cuja lesão foi reconhecida no julgamento do RE 226.855.

[...]

Para o administrado, como contribuinte ou cidadão, a cobrança de contribuições somente se legitima se a exação respeitar os limites constitucionais e legais que a caracterizam.

Assim, a existência das contribuições, com todas as suas vantagens e condicionantes, somente se justifica se preservadas sua destinação e sua finalidade. Afere-se a constitucionalidade das contribuições pela necessidade pública atual do dispêndio vinculado (motivação) e pela eficácia dos meios escolhidos para alcançar essa finalidade.

Daí a ressalva, na conclusão, à oportuna apreciação da inconstitucionalidade superveniente da contribuição em apreço:

Portanto, *ressalvado o exame oportuno da inconstitucionalidade superveniente da contribuição pelo suposto atendimento da finalidade à qual o tributo fora criado*, julgo prejudicadas estas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao tributo instituído no art. 2º da LC 110/2007.'

Ajuizamento da ADI 5.050

Tendo sido relegada a questão, no julgamento da ADI 2.556, à apreciação ulterior, confederações patronais ajuizaram a ADI 5.050, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, que recebeu a ação e submeteu-a ao rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/1999, *in verbis*:

'DECISÃO: Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, cuja validade foi reconhecida na ADI 2556. Alegação de novas circunstâncias fáticas que teriam ocasionado inconstitucionalidade superveniente. 1. Possibilidade teórica de que o Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante.

2. Indeferimento do pedido liminar, tendo em vista o longo período de vigência da lei questionada e a necessidade de que as autoridades requeridas sejam ouvidas quanto às premissas fáticas em que se baseia a impugnação. 3. Aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. 1. Trata-se de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, na qual se postula a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. 2. O dispositivo impugnado institui Contribuição Social a ser paga nos casos de demissão sem justa causa, devida pelo empregador. A contribuição é calculada com base em uma alíquota de 10%, incidente sobre a totalidade dos depósitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) efetuados durante a vigência do contrato de trabalho, acrescida dos rendimentos correspondentes. 3. *A referida contribuição foi criada para compensar o pagamento, imposto por decisões desta Corte, dos resíduos de atualização monetária referentes aos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Verão e Collor I*. 4. A constitucionalidade do tributo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2556, julgada sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Sem prejuízo disso, o requerente sustenta que a eficácia vinculante dessa decisão não impediria o próprio Tribunal de rediscutir a matéria, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na compreensão jurídica dominante. O ponto teria sido objeto de menção na própria ADI 2556, tendo a Corte optado por não analisar, naquela oportunidade, a alegada perda de objeto da contribuição pelo cumprimento da finalidade que havia justificado a sua instituição. 5. Considero possível, de fato, que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade de lei declarada constitucional em determinado momento, não sendo razoável que o ato seja blindado, de forma permanente e incondicionada, contra eventuais novas impugnações. Como é natural, porém, a superação do entendimento inicial da Corte estará sujeita a um ônus argumentativo consideravelmente mais elevado, sobretudo quando não seja possível indicar a ocorrência de mudanças significativas na realidade. 6. Em linha de princípio, entendo plausível a alegação de que alterações no contexto fático podem justificar um novo exame acerca da validade do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. Não verifico, porém, a existência de elementos suficientes para a concessão da medida liminar postulada. Não apenas pelo longo período de vigência da lei, como também pela necessidade de se ouvirem as autoridades requeridas quanto às questões econômicas suscitadas pelo autor. Tendo em vista a relevância econômica e social da questão controvertida, aplico à presente ação direta o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. [...]' (ADI 5050 MC, relator(a): Min. Roberto Barroso, julgado em 11.10.2013, publicado em Processo Eletrônico DJe-207, divulg. 17.10.2013, public. 18.10.2013)

Análise do exaurimento da finalidade

Pois bem, as contribuições instituídas pela LC 110/2001 foram criadas para a exclusiva finalidade de financiar 'o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal' (Exposição de motivos – Mensagem nº 291, de 2001, *Diário do Senado Federal*, n. 74, publicado em 01.06.2001, p. 10.821).

A fim de aclarar esse fato, transcrevo as seguintes passagens da exposição de motivos supracitada:

‘MENSAGEM Nº 291, DE 2001

Senhores membros do Congresso Nacional,

Nos termos do § 1º do art. 64 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de vossas excelências o texto do projeto de lei complementar que ‘Institui contribuições sociais, autoriza créditos em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – *FGTS* de complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências’.

Brasília, 29 de março de 2001. – Fernando Henrique Cardoso

EM. INTERMINISTERIAL Nº 1 – MTE/MF

Em 29 de março de 2001

Excelentíssimo senhor presidente da República,

Temos a honra de submeter à elevada consideração de vossa excelência a anexa minuta de projeto de lei complementar *que autoriza o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal,* ***sob condição da aprovação da contribuição social de 10% (dez por cento) dos depósitos do FGTS****, devida nos casos de despedida sem justa causa*, e da contribuição social de 0,5% (cinco décimos por cento), incidente sobre a folha de pagamento, ora propostas.

[...]

O reconhecimento por parte do Poder Judiciário de que os saldos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foram corrigidos a menor na implementação dos Planos Verão e Collor I teve o efeito de aumentar o passivo do FGTS sem o correspondente aumento do ativo necessário para evitar um desequilíbrio patrimonial no fundo. Diante dessa decisão da Justiça, e devido à possibilidade de que um número excessivamente elevado de trabalhadores ajuizasse demandas para correção dos saldos na mesma proporção, o que teria o efeito de paralisar o processo judiciário no país, vossa excelência *decidiu estender a todos os trabalhadores a correção automática de seus saldos, independentemente de decisão judicial. Isso criou uma necessidade de geração de patrimônio no FGTS da ordem de R$ 42 bilhões*.

A cobertura de um passivo de tamanha magnitude, correspondente a quase 4% do total do produto gerado no país, não é uma tarefa fácil. [...]

Foi exatamente para evitar tais desdobramentos que Vossa Excelência decidiu que a conta não poderia ser paga exclusivamente pelo Tesouro Nacional e promoveu, com as centrais sindicais e confederações patronais que participam do Conselho Curador do *FGTS*, um processo de negociação que viabilizasse o pagamento do montante devido aos trabalhadores.

No processo de negociações várias propostas foram apresentadas e discutidas pelas partes envolvidas.

A proposta daí resultante pode ser resumida da seguinte forma:

– ***contribuição social devida nos casos de despedida sem justa causa, destinada ao FGTS, de 10% dos depósitos referentes ao fundo****;*

[...]

Com estas medidas, o *FGTS* conseguirá alcançar 92% dos titulares de contas vinculadas, que têm complementos de atualização monetária não superiores a R$ 1.000,00, até junho de 2002. Os demais titulares, que têm valores acima desse montante, terão o complemento creditado em suas contas entre julho de 2002 e junho de 2006, *finalizando o pagamento em*

cinco anos, contados a partir de julho de 2001.

[...]

A urgência solicitada se deve à necessidade de que os recursos das contribuições que ora se propõe criar sejam coletados pelo *FGTS* no mais breve período de tempo, a fim de que os trabalhadores possam receber a complementação de atualização monetária nos prazos propostos na anexa minuta de projeto de lei complementar.'

É evidente que a contribuição em apreço *não se destina ao financiamento geral do FGTS, senão à quitação de uma despesa específica*. Recordem-se, a propósito, os seguintes excertos da ementa da ADI 2.556 e do voto do relator:

'Ementa: Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

[...]

Em síntese, esta Suprema Corte considera constitucionais ambas as contribuições criadas pela LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, *b*, da Constituição) 1. *Os dois tributos tinham por objetivo custear os dispêndios da União decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou devido o reajuste dos saldos do FGTS* (RE 226.855, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13.10.2000).' (excerto do voto do relator)

Da sua intrínseca afetação à quitação da despesa gerada pelo reconhecimento dos expurgos do FGTS no julgamento do RE 226.855, decorre a inexorável conclusão de que se reveste de *caráter transitório*, e não permanente.

Resta, apenas, aferir se os recursos necessários à quitação de tal despesa (pagamento dos expurgos) já foram arrecadados.

A resposta é hialina: a necessidade financeira que justificou a instituição da contribuição exauriu-se há muito tempo.

No entanto, o Governo Federal optou por continuar cobrando a exação, *para financiar outras atividades*, completamente alheias à razão que justificou a sua criação.

Esse quadro restou tão evidente que o Congresso Nacional aprovou um projeto de lei complementar (nº 198/2007) para estabelecer, de forma expressa, um termo final para a cobrança da contribuição, mas a Presidente da República o vetou, alegando que os recursos seriam necessários para financiar *outras atividades estatais, como o Programa Minha Casa, Minha Vida*:

'Senhor presidente do Senado Federal,

Comunico a vossa excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar integralmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei Complementar nº 200, de 2012 (nº 198/07 no Senado Federal), que 'Acrescenta § 2º ao art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, para estabelecer prazo para a extinção de contribuição social'.

Ouvidos, os Ministérios do Trabalho e Emprego, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda manifestaram-se pelo veto ao projeto de lei complementar conforme as seguintes razões:

'*A extinção da cobrança da contribuição social geraria um impacto superior a R$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por ano nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS*, contudo a proposta não está acompanhada das estimativas de

impacto orçamentário-financeiro e da indicação das devidas medidas compensatórias, em contrariedade à Lei de Responsabilidade Fiscal. *A sanção do texto levaria à* ***redução de investimentos em importantes programas sociais e em ações estratégicas de infraestrutura****, notadamente naquelas realizadas por meio do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS. Particularmente,* ***a medida impactaria fortemente o desenvolvimento do Programa Minha Casa, Minha Vida****, cujos beneficiários são majoritariamente os próprios correntistas do FGTS*.'

Essas, senhor presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos senhores membros do Congresso Nacional.' (Mensagem nº 301, de 23 de julho de 2013)

Despiciendas digressões adicionais para se concluir pelo exaurimento da finalidade e, consequentemente, da vigência da contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001.

Ressalto, por fim, que a Constituição da República e, em particular, as regras constitucionais que autorizam a cobrança de contribuições especiais para a promoção de finalidades específicas *devem ser levadas a sério*, não se admitindo a cobrança de tributos desnecessários e, muito menos, de impostos travestidos de contribuições.

Definição do termo final de vigência da contribuição

Para se determinar o termo inicial do direito à restituição do indébito, deve-se, primeiramente, definir o momento em que cessou a vigência da contribuição do art. 1º da LC 110/2001, o que pode ser feito com base nas demonstrações contábeis do FGTS, disponíveis na rede mundial de computadores (http://www.fgts.gov.br/downloads.asp).

No balanço patrimonial de 2011, constata-se um débito pendente de R$ 1.611.177,00, na rubrica 'ativo diferido', cuja descrição consta na seguinte nota explicativa:

'*9 Ativo diferido*

Corresponde aos valores de despesa de atualização monetária de créditos complementares, conforme previsto pela Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, cuja amortização, com base em estudos sobre o prazo de recebimento das contribuições sociais e com base na faculdade prevista na lei, vem sendo efetuada exponencialmente pelo prazo de 132 meses (Nota 12).

No exercício de 2011, foi amortizado o montante de R$ 3.375.155 (2010 – R$ 3.592.063), ficando o saldo a diferir em R$ 1.611.177 (2010 – R$ 4.986.332).

Conforme permitido pela Medida Provisória nº 449/08, o saldo remanescente do ativo diferido em 31 de dezembro de 2008, que não pôde ser alocado ao ativo imobilizado e intangível, permanecerá no ativo sob essa classificação até sua completa amortização, porém sujeita à análise periódica de sua recuperação.

Analisando-se o balanço patrimonial do ano seguinte, constata-se que essa rubrica se encontra zerada. Por outro lado, a arrecadação da contribuição em apreço foi de R$ 3.155.625.000,00, evidenciando o total exaurimento da despesa que motivou a sua criação.

Como não há dados mais detalhados, pode-se estabelecer o termo *ad quem* da vigência da contribuição por uma proporcionalidade matemática, nestes termos:

R$ 3.155.625.000,00 – 365 dias;

R$ 1.611.177.000,00 – x dias.

Chega-se, portanto, ao seguinte resultado: 186,36 dias de vigência, o que implica o esgotamento no dia 04 de julho de 2012.

Consectariamente, a parte-autora tem direito à restituição do indébito a partir de 05 de julho de 2012, devidamente atualizado pela Selic.

Honorários advocatícios

Tendo em vista o parcial provimento do recurso de apelação da parte-autora, resta caracterizada a sucumbência recíproca, razão pela qual determino a compensação total dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC.

Prequestionamento

Saliento, por fim, que o enfrentamento das questões apontadas em grau de recurso, bem como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar nas instâncias superiores os dispositivos que as embasam. Deixo de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado. Dessa forma, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão somente para esse fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (artigo 538 do CPC).

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação da parte autora e julgar prejudicada a apelação da União.

Juiz Federal ANDREI PITTEN VELLOSO
Relator"

O voto do relator foi acompanhado pela juíza convocada Claudia Maria Dadico, que votava na sequência.

Para melhor exame do caso, inclusive porque o voto do relator, acompanhado pelo da juíza convocada Claudia Maria Dadico, divergia da orientação que vinha sendo seguida pela 2ª Turma, em sua composição permanente, suscitei questão de ordem com a finalidade de que fosse cumprida a cláusula de reserva de plenário, na forma do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

'*QUESTÃO DE ORDEM*

Embora não o diga expressamente, o voto do relator, em síntese, reconhece a *inconstitucionalidade superveniente* do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, a pretexto de que atingida a finalidade para a qual foi instituída.

Aliás, o próprio relator reporta-se a julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceram que, em tese, o caso seria de inconstitucionalidade superveniente (ADI nº 2.556, rel. Joaquim Barbosa), cabendo inclusive ao próprio STF examinar tal inconstitucionalidade superveniente (ADI nº 5.050, rel. Luís Roberto Barroso). Confira-se:

Voto vencedor do relator Joaquim Barbosa, ADI nº 2.556, 13.06.2012:

'Portanto, ressalvado o exame oportuno da inconstitucionalidade superveniente da contribuição pelo suposto atendimento da finalidade à qual o tributo fora criado, julgo pre-

judicadas essas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao tributo instituído no art. 2º da LC 110/2007. Conheço das ações quanto aos demais artigos impugnados, julgando-as parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do art. 14, *caput*, I e II, de referida lei complementar, no que se refere à expressão 'produzindo efeitos'.

É como voto.'

Decisão liminar na ADI 5.050, rel. Luís Roberto Barroso, 11.10.2013:

'Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA O ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001, CUJA VALIDADE FOI RECONHECIDA NA ADI 2556. ALEGAÇÃO DE NOVAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE TERIAM OCASIONADO INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. 1. Possibilidade teórica de que o Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante. 2. Indeferimento do pedido liminar, tendo em vista o longo período de vigência da lei questionada e a necessidade de que as autoridades requeridas sejam ouvidas quanto às premissas fáticas em que se baseia a impugnação. 3. Aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

1. Trata-se de ação declaratória de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, na qual se postula a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001.

2. O dispositivo impugnado institui Contribuição Social a ser paga nos casos de demissão sem justa causa, devida pelo empregador. A contribuição é calculada com base em uma alíquota de 10%, incidente sobre a totalidade dos depósitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) efetuados durante a vigência do contrato de trabalho, acrescida dos rendimentos correspondentes.

3. A referida contribuição foi criada para compensar o pagamento, imposto por decisões desta Corte, dos resíduos de atualização monetária referentes aos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Verão e Collor I.

4. A constitucionalidade do tributo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2556, julgada sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Sem prejuízo disso, o requerente sustenta que a eficácia vinculante dessa decisão não impediria o próprio Tribunal de rediscutir a matéria, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na compreensão jurídica dominante. O ponto teria sido objeto de menção na própria ADI 2556, tendo a Corte optado por não analisar, naquela oportunidade, a alegada perda de objeto da contribuição pelo cumprimento da finalidade que havia justificado a sua instituição.

5. Considero possível, de fato, que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade de lei declarada constitucional em determinado momento, não sendo razoável que o ato seja blindado, de forma permanente e incondicionada, contra eventuais novas impugnações. Como é natural, porém, a superação do entendimento inicial da Corte estará sujeita a um ônus argumentativo consideravelmente mais elevado, sobretudo quando não seja possível indicar a ocorrência de mudanças significativas na realidade.

6. Em linha de princípio, entendo plausível a alegação de que alterações no contexto fático podem justificar um novo exame acerca da validade do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. Não verifico, porém, a existência de elementos suficientes para a concessão da medida liminar postulada. Não apenas pelo longo período de vigência da lei, como também pela necessidade de se ouvirem as autoridades requeridas quanto às

questões econômicas suscitadas pelo autor. Tendo em vista a relevância econômica e social da questão controvertida, aplico à presente ação direta o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. Assim, determino as seguintes providências:

(1) solicitem-se informações à presidenta da República e ao presidente do Congresso Nacional, no prazo de dez dias;

(2) em seguida, encaminhem-se os autos ao advogado-geral da União para manifestação, no prazo de cinco dias;

(3) sucessivamente, colha-se o parecer do procurador-geral da República, no prazo de cinco dias.

Publique-se.'

Parecer da PGR na ADI nº 5.050, 21.07.2014:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR 110, DE 29 DE JUNHO DE 2001. I. PRELIMINARES. INCOMPATIBILIDADE COM EMENDA CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE (EC 33, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2001): REVOGAÇÃO. DECLARAÇÃO NÃO CABÍVEL EM AÇÃO DIRETA. DESVIO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA. REAPRECIAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LC 110/2001, POR EXAURIMENTO DA FINALIDADE PARA A QUAL FOI CRIADA A CONTRIBUIÇÃO: POSSIBILIDADE. II. MÉRITO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL GERAL DE CARÁTER PERMANENTE. DESTINAÇÃO EXPRESSA AO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS).

I. Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade fundada em suposta incompatibilidade da lei pretérita com norma constitucional superveniente, pois aí se tem revogação da lei infraconstitucional, cuja declaração não cabe em ação direta. Precedentes.

II. Desvio do produto da arrecadação de contribuição social enseja declaração de inconstitucionalidade da norma orçamentária que desnatura a exigência da exação, não da norma instituidora do tributo.

III. É possível rediscussão da constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fundada em significativa alteração da realidade subjacente à norma ou da interpretação constitucional.

IV. A destinação a finalidade constitucionalmente prevista compõe a estrutura da norma de competência tributária das contribuições. É inconstitucional tanto a lei que crie contribuição sem destinação quanto a lei orçamentária que a destine a finalidade outra que não a prevista na Constituição da República.

V. A contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001, conquanto criada para recompor expurgos inflacionários nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (*mens legislatoris*), foi expressamente destinada pelo art. 3º, § 1º, ao FGTS, em suas diversas finalidades (*mens legis*), com mera autorização de creditamento, às expensas do fundo, do complemento da atualização monetária relativo aos Planos Verão e Collor I.

VI. A preponderância da vontade objetiva da lei (*mens legis*) sobre a intenção do legislador (*mens legislatoris*) constitui regra hermenêutica a ser observada no que se refere à destinação constitucional das contribuições especiais.

Parecer pelo parcial conhecimento da ação direta e, nessa extensão, pela improcedência do pedido.'

Diante de tais posicionamentos do STF, entendo que a inconstitucionalidade, ainda que

superveniente, do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, só pode ser declarada pela Corte Especial deste Tribunal, como determina o art. 97 da Constituição Federal e está reconhecido pela Súmula Vinculante nº 10 do STF, *in verbis*:

'Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.'

Ante o exposto, voto por *suscitar questão de ordem*, propondo que seja acolhida para submeter a questão da inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, à apreciação da Corte Especial.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI"

Acolhida a arguição de inconstitucionalidade pela 2ª Turma, o feito foi-me distribuído, agora como relator da Corte Especial, competente para o julgamento de arguições de inconstitucionalidade.

Com vista dos autos, a Procuradoria Regional da República opinou pela *rejeição* da arguição de inconstitucionalidade.

A parte-autora veio aos autos postular nova remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de que se manifestasse sobre a inexigibilidade da contribuição em exame, tendo em vista as alterações promovidas pela EC nº 33, de 2001, que restringiram as bases de cálculo das contribuições sociais gerais de que trata o art. 149 da Constituição, e pediu que esse fundamento autônomo fosse enfrentado pela Corte Especial.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal limitou-se a reiterar a manifestação anterior.

A Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes, Religiosos e Filantrópicos do Estado do Rio Grande do Sul compareceu aos autos para requerer sua admissão na lide como *amicus curiae*, com base no parágrafo 3º do artigo 482 do Código de Processo Civil, o que foi indeferido por este relator, a pretexto de que a matéria não apresenta relevância suficiente à ampliação subjetiva do debate.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: A Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, criou duas contribuições sociais ao FGTS, uma de natureza permanente (art. 1º) e outra de natureza transitória (art. 2º):

"Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de

despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas. (*Vide*: ADIN 2.556-2 e ADIN 2.568-6)

Parágrafo único. Ficam isentos da contribuição social instituída neste artigo os empregadores domésticos.

Art. 2º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. (*Vide*: ADIN 2.556-2 e ADIN 2.568-6)

§ 1º Ficam isentas da contribuição social instituída neste artigo:

I – as empresas inscritas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples, desde que o faturamento anual não ultrapasse o limite de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

II – as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados domésticos; e

III – as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados rurais, desde que sua receita bruta anual não ultrapasse o limite de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

§ 2º A contribuição será devida pelo prazo de sessenta meses, a contar de sua exigibilidade."

Como é notório, a Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, foi destinada a trazer novos recursos ao FGTS, em uma conjuntura em que esse fundo perdera seu equilíbrio financeiro, máxime em decorrência do posicionamento judicial, chancelado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855-7/RS, rel. Min. Moreira Alves (acórdão publicado no DJ de 13.10.2000), de que a Caixa Econômica Federal deveria corrigir os expurgos inflacionários sofridos pelos depositantes, em decorrência do Plano Verão (janeiro/89) e do Plano Collor I (abril/90).

O relator do caso, na 2ª Turma, entendeu que mesmo a contribuição do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, seria transitória. Com efeito, afirma:

"Da sua intrínseca afetação à quitação da despesa gerada pelo reconhecimento dos expurgos do FGTS no julgamento do RE 226.855, decorre a inexorável conclusão de que se reveste de *caráter transitório*, e não permanente.

Resta, apenas, aferir se os recursos necessários à quitação de tal despesa (pagamento dos expurgos) já foram arrecadados."

Trata-se, a meu ver, de uma interpretação que se encaminha fatalmente para o reconhecimento da inconstitucionalidade (superveniente) da referida contribuição, por exaurimento de sua finalidade.

Contudo, como as leis se presumem constitucionais, devendo o contrário ficar rigorosamente demonstrado, não se há de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei se existe alguma interpretação razoável que a compatibilize com a Constituição. Explica-o *C.A. Lucio Bittencourt*, ao examinar as regras que deve observar o Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes, cabendo destacar a 5ª regra:

"*Dupla interpretação*

5ª) Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição

Também este princípio já mereceu o nosso estudo, no capítulo referente à chamada presunção de constitucionalidade. Se a lei, pelos seus termos, permite duas interpretações, uma que a põe na órbita constitucional e outra que a torna incompatível com a lei suprema, deve o juiz preferir aquela e desprezar esta última. Aí, realmente, tem pleno cabimento a presunção de que o legislador deve ter pretendido realizar obra válida, e não um diploma cuja eficácia pudesse ser contestada.

(...)" (BITTENCOURT, C.A.L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 118-19)

E, pelo exame do texto da lei, não se vê nenhuma indicação de que a Lei Complementar nº 110, de 2001, foi elaborada *exclusivamente* com a finalidade de resolver o déficit gerado pela necessidade de reparar os prejuízos sofridos pelos depositantes em decorrência dos planos Verão (janeiro/89) e Collor I (abril/90), podendo, razoavelmente, entender-se que a referida lei (especialmente seu artigo 1º) teve *também* o escopo de carrear para o FGTS um capital de proteção contra futuros desequilíbrios financeiros.

Por outro lado, como os recursos arrecadados com a contribuição social do art. 1º da LC nº 110, de 2001, são destinados ao FGTS, é evidente que o FGTS se robustece com tais recursos, o que significa dizer que a referida contribuição social é útil e cumpre sua finalidade.

Em tais condições, ainda que o déficit gerado pela reparação dos danos provocados pelos planos Verão (janeiro/89) e Collor I (abril/90) já tenha ocorrido, conforme informações contidas nas demonstrações contábeis do FGTS (trazidas aos autos e indicadas no voto do relator da 2ª Turma), *permanece* a utilidade da contribuição social do art. 1º da LC nº 110, de 2001, na medida em que protege o FGTS contra desequilíbrios financeiros – *atuais e futuros*.

Essa, aliás, é a conclusão a que chegou o Ministro Moreira Alves, relator da ADI nº 2.556-MC, no voto que foi acompanhado pela maioria do plenário do STF:

"(...)

Por outro lado, também não se me afigura que tenham plausibilidade jurídica suficiente para a concessão dessa medida excepcional que é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Constituição e ao artigo 10, I, de seu ADCT.

Com efeito, no tocante ao princípio do devido processo legal entendido em sentido material, a circunstância de essas contribuições incidirem também sobre salários de empregados cujas contas vinculadas ao FGTS não foram objeto de expurgo resultante de planos econômicos, e, portanto, de haver uma desvinculação entre o contribuinte e a finalidade para a qual é chamado a contribuir, a qual se pretende ter como semelhante ao caso de uma indústria de sapatos ser onerada com uma contribuição destinada a estimular o setor cinematográfico, não se me afigura que, no exame que ora se faz, viole esse princípio sob o ângulo da falta de razoabilidade da instituição delas, porquanto *é o fundo que, em primeiro lugar, com os seus recursos previstos no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.036/90, responde pela atualização monetária dos saldos dessas contas, e esses recursos podem ser reforçados com contribuição dos empregadores em favor de empregados ainda que não ligados diretamente àqueles, mas com essa finalidade social*; e, em segundo lugar, porque mais sem razoabilidade seria que, exauridos os recursos do fundo, *inclusive para as atualizações futuras dos saldos das contas de todos os empregados*, se procurasse resolver o problema com o repasse, pelo Tesouro Nacional, a esse fundo do montante total de recursos necessários (na ordem de quarenta e dois bilhões de reais, quase 4% de todo o produto gerado no país, segundo a exposição de motivos dos Ministros de Estado do Trabalho e Emprego e da Fazenda que acompanhou o projeto que se transformou na lei complementar em causa), repasse esse cujos reflexos atingiriam todos indiscriminadamente, como acentua a mesma exposição de motivos nesta passagem que está transcrita nas informações à ADIN 2568, depois de salientar as consequências econômicas dele na taxa de juros e da inflação:

(...)" [destaquei – RP]

Por fim, a Emenda Constitucional nº 33, de 2001, que modificou a redação do artigo 149 da Constituição, acrescentando-lhe parágrafo 2º, no qual está dito que "(...) as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (...) poderão ter alíquotas (...) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro", não altera as conclusões acima. De fato, o que está dito nesse dispositivo é que tais contribuições *podem* ter as bases de cálculo nele mencionadas, *sem prejuízo* das demais bases de cálculo já indicadas em outros lugares do próprio texto constitucional. A entender-se diferentemente, a contribuição social sobre a folha de salários, prevista no artigo 195 da Constituição, teria sido revogada pela

EC nº 33, de 2001, o que, evidentemente, não ocorre.

Ante o exposto, voto por *rejeitar* a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: *Concessa maxima venia*, divirjo do entendimento exarado no voto do ilustre relator.

Com efeito, na fundamentação de seu voto, com a lucidez que lhe é peculiar, o Exmo. Des. Federal *Rômulo Pizzolatti* reconheceu que, efetivamente, a interpretação conferida pela 2ª Turma desta Corte nos autos Apelação Cível nº 5061693-34.2013.4.04.7100/RS encaminha a solução da questão para o reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente da contribuição de que trata o artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001.

Esse entendimento, sem embargo, mostra-se inafastável, desde que reconhecida a cessação da causa que expressamente teria ensejado a instituição de mencionado tributo. Isso porque, consoante bem demonstrado no voto do relator de supracitado feito, o conteúdo teleológico das contribuições sociais é fator indissociável de sua conceituação, consistindo esse no elemento que as distingue, *a contrario sensu*, dos impostos que, por expressa determinação constitucional, não podem ter suas receitas vinculadas a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV, da CF).

Dito de outra forma, as contribuições sociais caracterizam-se como espécie tributária na qual a natureza teleológica da atividade estatal, expressa na afetação dos recursos angariados após a imposição da exação ao contribuinte, é condição inafastável de sua validade dentro da moldura legitimadora da Constituição Federal. Assim, inobservada tal finalidade, a própria exação perde seu suporte na ordem tributária constitucional vigente. Essa é a lição da melhor doutrina, conforme expõe Luciano Amaro:

> "Com efeito, temos que distinguir duas situações: ou o desvio de finalidade está na aplicação dos recursos arrecadados, ou ele radica na própria criação do tributo. Na primeira hipótese, se, por exemplo, uma contribuição para a seguridade social é validamente instituída e arrecadada pelo órgão previdenciário, o posterior desvio dos recursos para outras finalidades é ilícito das autoridades administrativas que não invalida o tributo. Mas, na segunda hipótese, se o tributo é instituído sem aquela finalidade, a afronta ao perfil constitucional da exação sem dúvida a contamina." (*in Direito Tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79)

O segundo caso exposto pelo ilustre tributarista amoldar-se-ia à exação instituída pelo art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, com a peculiaridade de que a perda de seu suporte constitucional seria superveniente, na medida em que cessada a condição de fato (possibilitar o pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FTGS, decorrentes dos expurgos de planos econômicos).

Todavia, o ilustre relator, ao fundamento de que não há de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei se há uma interpretação razoável que a compatibilize com a Constituição, tem por plenamente válida a contribuição de que ora tratamos, por entender que tal tributo não foi elaborado exclusivamente para sanar o déficit decorrente de planos econômicos, mas também para carrear ao FGTS capital de proteção contra desequilíbrios financeiros.

Porém, em que pesem os notáveis esforços de preservar a constitucionalidade de tal norma, sua própria criação e a interpretação sistemática dos demais dispositivos impõem entendimento diverso.

Com efeito, cumpre registrar que a Lei Complementar nº 110/2001 foi induvidosa ao criar duas contribuições com finalidades específicas e diferenciadas. No artigo 1º, instituiu-se contribuição social, no percentual de 10% sobre o valor dos depósitos, com a finalidade de fazer frente ao pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, diante dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Já em seu art. 2º delineou-se a criação de contribuição social destinada a carrear ao fundo capital de proteção contra desequilíbrios financeiros, incidindo sobre a remuneração devida pelo empregador ao empregado, à alíquota de 0,5%, sendo tal acrescida dos valores descritos no artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

Tal foi a *declarada* intenção da elaboração de ambas as exações, conforme se depreende da correspondente exposição de motivos (Mensagem nº 291, de 2001, *Diário do Senado Federal*, n. 74, publicado em 01.06.2001, p. 10.821), nos seguintes excertos (sem grifos no original):

"(...)

Temos a honra de submeter à elevada consideração de vossa excelência a anexa minuta

de projeto de lei complementar que autoriza o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal, sob condição da aprovação da contribuição social de 10% (dez por cento) dos depósitos do FGTS, devida nos casos de despedida sem justa causa, e da contribuição social de 0,5% (cinco décimos por cento), incidente sobre a folha de pagamento, ora propostas.

(...)

O reconhecimento por parte do Poder Judiciário de que os saldos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foram corrigidos a menor na implementação dos Planos Verão e Collor I teve o efeito de aumentar o passivo do FGTS sem o correspondente aumento do ativo necessário para evitar um desequilíbrio patrimonial no fundo. Diante dessa decisão da Justiça, e devido à possibilidade de que um número excessivamente elevado de trabalhadores ajuizasse demandas para correção dos saldos na mesma proporção, o que teria o efeito de paralisar o processo judiciário no país, vossa excelência decidiu estender a todos os trabalhadores a correção automática de seus saldos, independentemente de decisão judicial. Isso criou uma necessidade de geração de patrimônio no FGTS da ordem de R$ 42 bilhões.

(...)

A contribuição social devida nos casos de despedida sem justa causa, além de representar um importante instrumento de geração de recursos para cobrir o passivo decorrente da decisão judicial, terá como objetivo induzir a redução da rotatividade no mercado de trabalho brasileiro. Convém destacar que, apenas em 2000, ano de grande crescimento econômico, no qual o emprego formal apresentou o maior crescimento nos últimos 14 anos – de acordo com o Cadastro Geral de Emprego (Caged), o emprego cresceu 3,2% – foram despedidos, sem justa causa, 8,1 milhões de trabalhadores com contrato de trabalho regido pela CLT.

Com vistas ao fortalecimento e à consolidação do patrimônio do FGTS, propõe-se também a instituição de contribuição social de 0,5% (cinco décimos por cento) incidente sobre a remuneração dos empregados paga pelas empresas de médio e grande porte. A medida isenta as empresas inscritas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples. Isenta também da contribuição as pessoas físicas em relação à remuneração paga aos empregados domésticos e as pessoas físicas cuja renda se equipare à do empresário inscrito no Simples, em relação à remuneração paga aos empregados rurais.

(...)"

Descartada a consideração sobre o desejado induzimento da redução das despedidas sem justa causa no período (finalidade revestida de natureza não tributária e, portanto, não vocacionada a dar, por si só, suporte constitucional ao tributo), depreende-se que a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001 pretendia fazer frente ao déficit decorrente de decisão judicial relativa aos expurgos inflacionários dos planos econômicos suprarreferidos. Sendo objetivo da contribuição social instituída no art. 2º do mesmo diploma, essa sim, o fortalecimento e a consolidação do patrimônio do FGTS.

Ademais, não é apenas a exposição de motivos supracitada que informa a afetação da contribuição em apreço. Com efeito, em uma interpretação sistemática, *é a própria Lei Complementar nº 110/2001 que o faz, em seu art. 4º*, ao autorizar a Caixa Econômica Federal a creditar, nas contas dos empregados que firmarem o termo de adesão previsto no art. 6º, o complemento da atualização monetária decorrente dos expurgos inflacionários do Plano Verão (16,74%) e do Plano Collor (44,08%), *in verbis*:

"Art. 4º Fica a Caixa Econômica Federal autorizada a creditar nas contas vinculadas do FGTS, a expensas do próprio fundo, o complemento de atualização monetária resultante da aplicação, cumulativa, dos percentuais de dezesseis inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento e de quarenta e quatro inteiros e oito décimos por cento, sobre os saldos das contas mantidas, respectivamente, no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990, desde que:

I – o titular da conta vinculada firme o termo de adesão de que trata esta lei complementar; (...)"

Entender de outra forma implicaria afastar a interpretação sistemática da LC 110/2001, de modo a tratar os demais dispositivos de tal diploma como totalmente dissociados de seu artigo 1º.

Esse, aliás, foi o entendimento do relator das ADIs 2.256 e 2.568, Ministro Moreira Alves, que, embora não tenha avançado, junto com o colegiado, na análise sobre a subsistência da contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001, reconheceu que tal tributo teve por finalidade precípua destinar-se à reposição do FGTS de forma casuística, em virtude de perdas inflacionárias, como expôs em seu voto, nesses termos:

"(...) ao contrário do que pretendem os requerentes, a contribuição a que se refere o artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001 não aumenta, sequer indiretamente, a alíquota de 40%, a título indenizatório pela despedida de empregado sem justa causa, *uma vez que a quantia resultante dessa contribuição se destina ao fundo para fazer frente à atualização monetária, eliminados os expurgos dos planos econômicos em causa, dos saldos das contas vinculadas a ele*, em benefício, portanto, de empregados inespecíficos que firmaram o termo de adesão referido no artigo 4º da mencionada lei complementar."

Portanto, na presente hipótese, não se mostra possível conferir ao art. 1º da LC 110/2001 interpretação razoável que lhe atribua compatibilidade com a Constituição, tendo em vista que sua instituição teve finalidade expressa e induvidosa, a qual não dá margem a outra

interpretação, e de cujo esgotamento, com a recomposição do déficit do FGTS em decorrência dos Planos Verão e Collor I, decorre a superveniente perda de suporte constitucional da norma.

Ante o exposto, peço vênia para divergir do entendimento do ilustre relator, e *voto por acolher a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001*.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona: Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão posta em discussão e, após fazê-lo, concluo por divergir do entendimento manifestado pelo e. relator.

Trata-se, na espécie, de incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, em face do exaurimento da finalidade para a qual foi instituída a exação ora combatida.

Em alentado voto, proferido perante a 2ª Turma deste Tribunal por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 5061693-34.2013.4.04.7100, na qual, após questão de ordem apresentada pelo Des. Federal Rômulo Pizzolatti, foi suscitado o presente incidente, assim se manifestou o Juiz Federal Andrei Pitten Velloso, *in verbis*:

"*Do exaurimento da contribuição ao FGTS*

Criação e constitucionalidade da contribuição instituída pelo art. 1º da Lei Complementar n° 110/2001

Com a edição da Lei Complementar nº 110/2001, foram instituídas novas contribuições para o FGTS, nos seguintes termos:

'Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Art. 2º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.'

Note-se que o legislador, no artigo 1º, ao invés de simplesmente majorar a multa rescisória de 40% sobre os depósitos vertidos ao fundo, em caso de despedida sem justa causa, para 50%, optou por instituir uma nova contribuição social com destinação específica, no percentual de 10% sobre o valor dos depósitos.

Quanto à contribuição social de que trata o artigo 2º da mesma lei complementar, infere-se que a base de cálculo é a folha de salários, uma vez que incide sobre a remuneração devida pelo empregador ao empregado, acrescida dos valores descritos no artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

Essas novas contribuições, ao contrário da anterior, têm natureza tributária, adequando-se ao conceito de tributo, insculpido no art. 3º do Código Tributário Nacional, *verbis*:

'Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.'

Ressalte-se que as contribuições em questão não possuem a mesma destinação da tradicional contribuição ao FGTS, pois foram criadas para possibilitar o pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, diante dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Trata-se, pois, de contribuições sociais gerais, a teor do disposto no artigo 149 da Constituição Federal.

A LC nº 110/2001 já foi, inclusive, objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da medida cautelar interposta incidentalmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556-2, cuja ementa transcrevo a seguir:

'Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar.

– A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na subespécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.

– Não ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição.

– Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT.

– Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à arguição de inconstitucionalidade do artigo 14, *caput*, quanto à expressão 'produzindo efeitos', e seus incisos I e II da lei complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto.

Liminar deferida em parte, para suspender, *ex tunc* e até final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do *caput* do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001.'

Transcrevo ainda parte do voto lavrado pelo Min. Moreira Alves:

'Não sendo as duas contribuições em causa impostos, é de se afastar, desde logo, nesse exame sumário, a plausibilidade jurídica das alegadas ofensas à Constituição por afronta aos artigos:

a) – 145, § 1º, não só porque diz ele respeito aos impostos, e não aos tributos em geral, mas também porque, a título de reforço, tais contribuições não têm caráter de tributo pessoal, para que se faculte à administração tributária identificar, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; e

b) – 154, I, 157, II, e 167, IV, porquanto esses dispositivos se aplicam, expressamente, aos impostos, e não aos tributos em geral.'

Cabe-nos, portanto, examinar a questão que a Suprema Corte deixou em aberto, pertinente à subsistência da contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001.

Para tanto, é mister explicitar certas premissas teóricas, as quais condicionam a legitimidade da cobrança das contribuições especiais à subsistência da finalidade que justificou a sua instituição.

Perda de objeto da contribuição do art. 1º da LC 110/2001

Caráter teleológico das contribuições especiais

A peculiaridade básica das contribuições frente aos impostos reside no fato de serem afetadas, pela própria legislação tributária, à realização de finalidades estatais específicas. Até mesmo quem nega autonomia às contribuições especiais vê na afetação finalística o seu traço fundamental.

Trata-se de afetação jurídico-tributária. É a própria lei instituidora do tributo que vincula os recursos angariados a finalidade específica, de forma expressa (pela indicação da destinação das receitas) ou tácita (pela mera denominação da contribuição ou indicação da sua finalidade).

Pontuo que, para fins de enquadramento conceitual, releva a afetação, e não a destinação da contribuição. É no momento da instituição que se deve averiguar a espécie tributária que foi criada, e não no do emprego dos recursos arrecadados. Tributo criado com as características de contribuição, contribuição é, mesmo que os seus recursos sejam totalmente desviados pela legislação orçamentária. E tributo não afetado no momento da sua instituição jamais se qualificará como contribuição, a menos que sofra uma metamorfose jurídica, em razão de modificação que lhe dê feições diversas.

O que se deve reter neste momento é o fato de a afetação jurídica ser traço conceitual das contribuições especiais, e não mero requisito de validade. Tributo instituído sob a forma de contribuição, mas não afetado sequer de modo implícito, de contribuição tem apenas o rótulo. Não é mera contribuição. E nem mesmo contribuição inconstitucional. É imposto. Provavelmente inconstitucional, mas imposto, jamais contribuição.

Da afetação dos seus recursos, decorre outra nota conceitual: o seu caráter finalístico.

É certo que, como observa Navarro Coêlho, finalidades podem ser vislumbradas até mesmo nos impostos, nomeadamente a de financiar as atividades estatais *uti universi* (*Contribuições no Direito brasileiro*: seus problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 33). Porém, não há como se negar que as contribuições, diversamente dos impostos, são tributos voltados a promover finalidades específicas.

As contribuições especiais constituem instrumentos para a realização de fins determinados, aos quais estão indissociavelmente vinculadas. São esses fins que autorizam a sua instituição e justificam a carga tributária diferenciada imposta aos seus sujeitos passivos.

Com efeito, do caráter finalístico das contribuições decorre uma consequência indiscutível: o condicionamento da sua validade jurídica à presença da causa que motivou a sua instituição, ou, se se preferir, à efetiva necessidade de serem promovidas as atividades públicas que são vocacionadas a financiar (presença da finalidade).

Daí se empregar a expressão 'tributos causais', cunhada por Renato Alessi, para designar as contribuições especiais. Como preleciona Marco Aurélio Greco, 'na medida em que a contribuição se qualifica pela finalidade, ela é um tributo causal', de modo que a 'competência tributária só pode ser exercida 'com fundamento em uma específica situação substancial objeto de previsão pelo legislador, apta a justificar socialmente a exigência de riqueza privada por parte do ente público'. Nestes, 'a legitimidade da imposição da exigên-

cia em si está ligada à existência da situação justificadora" (Contribuições de intervenção no domínio econômico: elementos para um modelo de controle. *Revista Fórum de Direito Tributário*, a. 4, n. 20, p. 27-45, mar./abr. 2006).

Necessidade: pressuposto de validade e de eficácia

Se a própria Constituição da República concebeu as contribuições especiais como tributos teleológicos, que se distinguem dos impostos pela sua afetação finalística e que se justificam precisamente pela persecução de finalidades determinadas, indicadas nas normas atributivas de competência, é evidente que a competência constitucional para a sua instituição não pode ser exercida senão na medida do estritamente necessário para que tais finalidades sejam alcançadas.

Todo excesso injustificado na cobrança de contribuições é inconstitucional, por malferir a própria norma que confere competência para a sua instituição.

Se a desnecessidade era evidente já no momento em que a contribuição foi instituída ou majorada (desnecessidade originária), ela estará eivada de inconstitucionalidade, no todo ou em parte. O vício maculará a sua validade, na parcela equivalente ao excesso – ou até mesmo *in totum*, caso se apure que houve deliberado abuso do poder de legislar.

A propósito, vale recordar a primorosa advertência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o poder de legislar é essencialmente limitado e não pode ser exercido abusivamente, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade e à garantia fundamental do devido processo legal, na sua acepção substantiva:

'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do poder público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.' (STF, Pleno, ADI 1.407 MC, rel. Min. Celso de Mello, 3.1996)

Ora, se o legislador institui ou majora contribuição com o escopo único ou precípuo de financiar atividade ou despesa diversa da que justifica a sua cobrança, resta escancarado o abuso no exercício do poder legiferante, a macular o próprio fruto do seu ato de infidelidade à Carta da República e ao Estado Democrático de Direito.

A desnecessidade superveniente, contudo, não afeta a validade da contribuição. Macula a sua eficácia. Mais precisamente, afeta a sua vigência, vindo a ab-rogá-la (se for total) ou derrogá-la (se for parcial).

Ineficácia da contribuição do art. 1º da LC 110/2001

Questão não apreciada na ADI 2.556

Antes de apreciar o alegado exaurimento da necessidade financeira que justifica a cobrança da contribuição do art. 1º da LC 110/2001, afigura-se oportuno transcrever advertência feita pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a sua legitimidade constitucional:

'*O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)*: Senhores ministros, após a liberação destas ações diretas de inconstitucionalidade para julgamento, a entidade-requerente solicitou o adiamento do exame da matéria. Deferi o pedido e concedi audiência aos representantes da entidade-requerente, para exposição de informações relevantes acerca da situação do financiamento dos gastos governamentais com o FGTS. Em síntese, a requerente expôs que a finalidade da exação fora alcançada, pois a União teria ressarcido integralmente todos os beneficiários do FGTS cuja lesão foi reconhecida no julgamento do RE 226.855.

[...]

Para o administrado, como contribuinte ou cidadão, a cobrança de contribuições somente se legitima se a exação respeitar os limites constitucionais e legais que a caracterizam.

Assim, a existência das contribuições, com todas as suas vantagens e condicionantes, somente se justifica se preservadas sua destinação e sua finalidade. Afere-se a constitucionalidade das contribuições pela necessidade pública atual do dispêndio vinculado (motivação) e pela eficácia dos meios escolhidos para alcançar essa finalidade.'

Daí a ressalva, na conclusão, à oportuna apreciação da inconstitucionalidade superveniente da contribuição em apreço:

Portanto, *ressalvado o exame oportuno da inconstitucionalidade superveniente da contribuição pelo suposto atendimento da finalidade à qual o tributo fora criado*, julgo prejudicadas estas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao tributo instituído no art. 2º da LC 110/2007.

Ajuizamento da ADI 5.050

Tendo sido relegada a questão, no julgamento da ADI 2.556, à apreciação ulterior, confederações patronais ajuizaram a ADI 5.050, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, que recebeu a ação e submeteu-a ao rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/1999, *in verbis*:

'DECISÃO: Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, cuja validade foi reconhecida na ADI 2556. Alegação de novas circunstâncias fáticas que teriam ocasionado inconstitucionalidade superveniente. 1. Possibilidade teórica de que o Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante. 2. Indeferimento do pedido liminar, tendo em vista o longo período de vigência da lei questionada e a necessidade de que as autoridades requeridas sejam ouvidas quanto às premissas fáticas em que se baseia a impugnação. 3. Aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. 1. Trata-se de ação declaratória de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, na qual se postula a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. 2. O dispositivo impugnado institui contribuição social a ser paga nos casos de demissão sem justa causa, devida pelo empregador. A contribuição é calculada com base

em uma alíquota de 10%, incidente sobre a totalidade dos depósitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) efetuados durante a vigência do contrato de trabalho, acrescida dos rendimentos correspondentes. 3. *A referida contribuição foi criada para compensar o pagamento, imposto por decisões desta Corte, dos resíduos de atualização monetária referentes aos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Verão e Collor I*. 4. A constitucionalidade do tributo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2556, julgada sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Sem prejuízo disso, o requerente sustenta que a eficácia vinculante dessa decisão não impediria o próprio Tribunal de rediscutir a matéria, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na compreensão jurídica dominante. O ponto teria sido objeto de menção na própria ADI 2556, tendo a Corte optado por não analisar, naquela oportunidade, a alegada perda de objeto da contribuição pelo cumprimento da finalidade que havia justificado a sua instituição. 5. Considero possível, de fato, que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade de lei declarada constitucional em determinado momento, não sendo razoável que o ato seja blindado, de forma permanente e incondicionada, contra eventuais novas impugnações. Como é natural, porém, a superação do entendimento inicial da Corte estará sujeita a um ônus argumentativo consideravelmente mais elevado, sobretudo quando não seja possível indicar a ocorrência de mudanças significativas na realidade. 6. Em linha de princípio, entendo plausível a alegação de que alterações no contexto fático podem justificar um novo exame acerca da validade do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. Não verifico, porém, a existência de elementos suficientes para a concessão da medida liminar postulada. Não apenas pelo longo período de vigência da lei, como também pela necessidade de se ouvirem as autoridades requeridas quanto às questões econômicas suscitadas pelo autor. Tendo em vista a relevância econômica e social da questão controvertida, aplico à presente ação direta o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99. [...]' (ADI 5050 MC, relator(a): Min. Roberto Barroso, julgado em 11.10.2013, publicado em Processo Eletrônico DJe-207, divulg. 17.10.2013, public. 18.10.2013)

Análise do exaurimento da finalidade

Pois bem, as contribuições instituídas pela LC 110/2001 foram instituídas para a exclusiva finalidade de financiar 'o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal' (Exposição de motivos – Mensagem nº 291, de 2001, *Diário do Senado Federal*, n. 74, publicado em 01.06.2001, p. 10.821).

A fim de aclarar esse fato, transcrevo as seguintes passagens da exposição de motivos supracitada:

'MENSAGEM Nº 291, DE 2001

Senhores membros do Congresso Nacional,

Nos termos do § 1º do art. 64 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de vossas excelências o texto do projeto de lei complementar que 'Institui contribuições sociais, autoriza créditos em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS de complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.'

Brasília, 29 de março de 2001. – Fernando Henrique Cardoso

EM. INTERMINISTERIAL Nº 1 – MTE/MF

Em 29 de março de 2001

Excelentíssimo senhor presidente da República,

Temos a honra de submeter à elevada consideração de vossa excelência a anexa minuta de projeto de lei complementar *que autoriza o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal,* ***sob condição da aprovação da contribuição social de 10% (dez por cento) dos depósitos do FGTS****, devida nos casos de despedida sem justa causa*, e da contribuição social de 0,5% (cinco décimos por cento), incidente sobre a folha de pagamento, ora propostas.

[...]

O reconhecimento por parte do Poder Judiciário de que os saldos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foram corrigidos a menor na implementação dos Planos Verão e Collor I teve o efeito de aumentar o passivo do FGTS sem o correspondente aumento do ativo necessário para evitar um desequilíbrio patrimonial no fundo. Diante dessa decisão da Justiça, e devido à possibilidade de que um número excessivamente elevado de trabalhadores ajuizasse demandas para correção dos saldos na mesma proporção, o que teria o efeito de paralisar o processo judiciário no país, vossa excelência *decidiu estender a todos os trabalhadores a correção automática de seus saldos, independentemente de decisão judicial. Isso criou uma necessidade de geração de patrimônio no FGTS da ordem de R$ 42 bilhões*.

A cobertura de um passivo de tamanha magnitude, correspondente a quase 4% do total do produto gerado no país, não é uma tarefa fácil. [...]

Foi exatamente para evitar tais desdobramentos que vossa excelência decidiu que a conta não poderia ser paga exclusivamente pelo Tesouro Nacional e promoveu, com as centrais sindicais e confederações patronais que participam do Conselho Curador do *FGTS*, um processo de negociação que viabilizasse o pagamento do montante devido aos trabalhadores.

No processo de negociações várias propostas foram apresentadas e discutidas pelas partes envolvidas.

A proposta daí resultante pode ser resumida da seguinte forma:

– contribuição social devida nos casos de despedida sem justa causa, destinada ao FGTS, de 10% dos depósitos referentes ao fundo;

[...]

Com estas medidas, o *FGTS* conseguirá alcançar a 92% dos titulares de contas vinculadas, que têm complementos de atualização monetária não superiores a R$ 1.000,00, até junho de 2002. Os demais titulares, que têm valores acima desse montante, terão o complemento creditados em suas contas entre julho de 2002 e junho de 2006, *finalizando o pagamento em cinco anos, contados a partir de julho de 2001*.

[...]

A urgência solicitada se deve à necessidade de que os recursos das contribuições que ora se propõe criar sejam coletados pelo *FGTS* no mais breve período de tempo, a fim de que os trabalhadores possam receber a complementação de atualização monetária nos prazos propostos na anexa minuta de projeto de lei complementar.'

É evidente que a contribuição em apreço *não se destina ao financiamento geral do FGTS, senão à quitação de uma despesa específica*. Recordem-se, a propósito, os seguintes

excertos da ementa da ADI 2.556 e do voto do relator:

'Ementa: Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Em síntese, esta Suprema Corte considera constitucionais ambas as contribuições criadas pela LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, *b*, da Constituição) 1. *Os dois tributos tinham por objetivo custear os dispêndios da União decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou devido o reajuste dos saldos do FGTS* (RE 226.855, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13.10.2000).' (excerto do voto do relator)

Da sua intrínseca afetação à quitação da despesa gerada pelo reconhecimento dos expurgos do FGTS no julgamento do RE 226.855, decorre a inexorável conclusão de que se reveste de *caráter transitório*, e não permanente.

Resta, apenas, aferir se os recursos necessários à quitação de tal despesa (pagamento dos expurgos) já foram arrecadados.

A resposta é hialina: a necessidade financeira que justificou a instituição da contribuição exauriu-se há muito tempo.

No entanto, o Governo Federal optou por continuar cobrando a exação, *para financiar outras atividades*, completamente alheias à razão que justificou a sua criação.

Esse quadro restou tão evidente que o Congresso Nacional aprovou um projeto de lei complementar (nº 198/2007) para estabelecer, de forma expressa, um termo final para a cobrança da contribuição, mas a presidente da República o vetou, alegando que os recursos seriam necessários para financiar *outras atividades estatais*, como o Programa Minha Casa, Minha Vida:

'Senhor presidente do Senado Federal,

Comunico a vossa excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar integralmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei Complementar nº 200, de 2012 (nº 198/07 no Senado Federal), que 'Acrescenta § 2º ao art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, para estabelecer prazo para a extinção de contribuição social'.

Ouvidos, os Ministérios do Trabalho e Emprego, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda manifestaram-se pelo veto ao projeto de lei complementar conforme as seguintes razões:

'*A extinção da cobrança da contribuição social geraria um impacto superior a R$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por ano nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS*, contudo a proposta não está acompanhada das estimativas de impacto orçamentário-financeiro e da indicação das devidas medidas compensatórias, em contrariedade à Lei de Responsabilidade Fiscal. *A sanção do texto levaria* ***à redução de investimentos em importantes programas sociais e em ações estratégicas de infraestrutura****, notadamente naquelas realizadas por meio do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS. Particularmente,* ***a medida impactaria fortemente o desenvolvimento do Programa Minha Casa, Minha Vida****, cujos beneficiários são majoritariamente os próprios correntistas do FGTS*.'

Essas, senhor presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos senhores membros do Congresso Nacional.' (Men-

sagem nº 301, de 23 de julho de 2013)

Despiciendas digressões adicionais para se concluir pelo exaurimento da finalidade e, consequentemente, da vigência da contribuição instituída pelo art. 1º da LC 110/2001.

Ressalto, por fim, que a Constituição da República e, em particular, as regras constitucionais que autorizam a cobrança de contribuições especiais para a promoção de finalidades específicas *devem ser levadas a sério*, não se admitindo a cobrança de tributos desnecessários e, muito menos, de impostos travestidos de contribuições.

Definição do termo final de vigência da contribuição

Para se determinar o termo inicial do direito à restituição do indébito, deve-se, primeiramente, definir o momento em que cessou a vigência da contribuição do art. 1º da LC 110/2001, o que pode ser feito com base nas demonstrações contábeis do FGTS, disponíveis na rede mundial de computadores (http://www.fgts.gov.br/downloads.asp).

No balanço patrimonial de 2011, constata-se um débito pendente de R$ 1.611.177,00, na rubrica 'ativo diferido', cuja descrição consta na seguinte nota explicativa:

'*9 Ativo diferido*

Corresponde aos valores de despesa de atualização monetária de créditos complementares, conforme previsto pela Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, cuja amortização, com base em estudos sobre o prazo de recebimento das contribuições sociais e com base na faculdade prevista na lei, vem sendo efetuada exponencialmente pelo prazo de 132 meses (Nota 12).

No exercício de 2011, foi amortizado o montante de R$ 3.375.155 (2010 – R$ 3.592.063), ficando o saldo a diferir em R$ 1.611.177 (2010 – R$ 4.986.332).

Conforme permitido pela Medida Provisória nº 449/08, o saldo remanescente do ativo diferido em 31 de dezembro de 2008, que não pôde ser alocado ao ativo imobilizado e intangível, permanecerá no ativo sob essa classificação até sua completa amortização, porém sujeita à análise periódica de sua recuperação.'

Analisando-se o balanço patrimonial do ano seguinte, constata-se que essa rubrica se encontra zerada. Por outro lado, a arrecadação da contribuição em apreço foi de R$ 3.155.625.000,00, evidenciando o total exaurimento da despesa que motivou a sua criação.

Como não há dados mais detalhados, pode-se estabelecer o termo *ad quem* da vigência da contribuição por uma proporcionalidade matemática, nestes termos:

R$ 3.155.625.000,00 – 365 dias;

R$ 1.611.177.000,00 – x dias.

Chega-se, portanto, ao seguinte resultado: 186,36 dias de vigência, o que implica o esgotamento no dia 04 de julho de 2012." (destaques pertencentes ao original)

Como bem pontuado pelo e. magistrado, não há dúvida de que estamos diante de contribuição de natureza tributária, instituída com uma finalidade específica (afetação finalística), qual seja, custear o pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, em face dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Essa a *mens legis* do art. 1º da Lei

Complementar nº 110/01.

É o que se depreende da interpretação sistemática do referido diploma legal, que, a despeito de nada referir em seu art. 1º, traz, em seu art. 4º e seguintes, diversas disposições acerca da forma e do modo como deveria ser efetuado o creditamento nas contas vinculadas ao FGTS dos empregados que firmassem o termo de adesão disciplinado no art. 6º.

Não fosse isso, também as decisões e discussões proferidas pelo Pretório Excelso, especialmente na ADI nº 2.556/DF, tanto no julgamento da cautelar, cuja relatoria inicial foi do Min. Moreira Alves, quanto no julgamento do mérito, em que figurou como relator o Min. Joaquim Barbosa, bem assim na Medida Cautelar na ADI nº 5.050/DF, recentemente ajuizada, de relatoria do Min. Roberto Barroso, deixam claro, a meu juízo, que a instituição de tal contribuição se deu com a finalidade específica já referida anteriormente.

Note-se que na ementa da ADI nº 2.556/DF consta, de maneira explícita, o seguinte:

"*Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)*. Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, *b* (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. A segunda contribuição criada pela LC 110/2001, calculada à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, extinguiu-se por ter alcançado seu prazo de vigência (sessenta meses contados a partir da exigibilidade – art. 2º, § 2º, da LC 110/2001). Portanto, houve a perda superveniente dessa parte do objeto de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade. Esta Suprema Corte considera constitucional a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, *b*, da Constituição). *O argumento relativo à perda superveniente de objeto dos tributos em razão do cumprimento de sua finalidade deverá ser examinado a tempo e modo próprios*. Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em relação ao artigo 2º da LC 110/2001 e, quanto aos artigos remanescentes, parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, *caput*, no que se refere à expressão 'produzindo efeitos', bem como de seus incisos I e II." (Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.06.2012) (destaquei)

Ademais disso, do excerto do voto do relator da Medida Cautelar

na ADI nº 2.556/DF, Min. Moreira Alves, lançado pelo relator desta arguição em seu voto, extraio que as exações previstas na Lei Complementar nº 110/01 tinham, sim, a finalidade de cobrir o déficit decorrente dos expurgos cujo creditamento foi reconhecido pelo próprio STF. O ministro também deixa transparecer que seria possível a criação de uma nova contribuição para cobrir outros déficits, mas, em momento algum, na minha compreensão, deixa patente que a contribuição em discussão teria finalidade outra, além da que constou da exposição de motivos (*mens legislatoris*), citada pelo próprio Ministro Moreira Alves em seu voto.

Da mesma forma, a ementa da decisão do Ministro Roberto Barroso, lançada na ADI nº 5.050/DF, já transcrita no voto do Juiz Andrei Pitten Velloso, por mim encampado neste voto, é expressa quanto a essa finalidade da contribuição social.

Por outro lado, embora deva prevalecer no processo de interpretação a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*, esta não pode ser completamente desconsiderada no processo hermenêutico, dentro do seu contexto histórico, e, aqui, como visto inicialmente, a *mens legis*, em uma interpretação sistemática da Lei Complementar nº 110/01, coincide, sim, com a *mens legislatoris*, de modo a reforçar a finalidade para a qual foi instituída a exação.

Conquanto a exposição de motivos da Lei Complementar nº 110/01 não sirva como critério impositivo para a definição do processo interpretativo, não há dúvida de que serve como elemento coadjuvante para elucidar o sentido do texto legal, tanto que invocada por vários membros da Corte Suprema para auxiliar no deslinde da controvérsia, visto que ela se insere entre os elementos históricos que devem ser levados em consideração no processo de interpretação, que não se dá, apenas, pela utilização de um método, senão pela junção de vários (lexicológico, teleológico, histórico, sistemático, entre outros).

Assim, é inegável o caráter transitório da contribuição prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, cujo tempo de vigência, ao contrário da contribuição instituída pelo art. 2º, que foi estabelecido em 60 meses, não poderia ser estipulado de imediato, uma vez que dependente do atingimento da sua finalidade, qual seja, o exaurimento da despesa que justificou a sua criação, o que se deu em 04.07.2012,

conforme bem apontou o Juiz Federal Andrei Pitten Velloso.

Ante o exposto, voto por acolher a arguição de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade superveniente do art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, tendo em vista o atingimento da finalidade para a qual foi instituída a exação.

VOTO-VISTA (QUESTÃO DE ORDEM)

O Exmo. Sr. Des. Federal Celso Kipper: Pedi vista dos autos para melhor exame e trago o processo a julgamento na forma regimental.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, ao argumento de que a finalidade para a qual foi instituída já estaria exaurida.

O e. relator votou por "rejeitar a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001", sob o fundamento, em síntese, de que "não se há de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei se existe alguma interpretação razoável que a compatibilize com a Constituição", sendo que,

"pelo exame do texto da lei, não se vê nenhuma indicação de que a Lei Complementar nº 110, de 2001, foi elaborada *exclusivamente* com a finalidade de resolver o déficit gerado pela necessidade de reparar os prejuízos sofridos pelos depositantes em decorrência dos planos Verão (janeiro/89) e Collor I (abril/90), podendo, razoavelmente, entender-se que a referida lei (especialmente seu artigo 1º) teve *também* o escopo de carrear para o FGTS um capital de proteção contra futuros desequilíbrios financeiros."

O e. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz proferiu voto divergente para acolher a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, expondo que

"a Lei Complementar nº 110/2001 foi induvidosa ao criar duas contribuições com finalidades específicas e diferenciadas. No artigo 1º, instituiu-se contribuição social, no percentual de 10% sobre o valor dos depósitos, com a finalidade de fazer frente ao pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, diante dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Já em seu art. 2º delineou-se a criação de contribuição social destinada a carrear ao fundo capital de proteção contra desequilíbrios financeiros, incidindo sobre a remuneração devida pelo empregador ao empregado, à alíquota de 0,5%, sendo tal acrescida dos valores descritos no artigo 15 da Lei nº 8.036/90. Tal foi a *declarada* intenção da elaboração de ambas as exações, conforme se depreende

da correspondente exposição de motivos (Mensagem nº 291, de 2001, *Diário do Senado Federal*, n. 74, publicado em 01.06.2001, p. 10.821) (...)."

Foi, também, apresentado voto-vista pelo Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, que se manifestou no sentido de acolher o incidente, apontado, dentre outros pontos, ser

"inegável o caráter transitório da contribuição prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, cujo tempo de vigência, ao contrário da contribuição instituída pelo art. 2º, que foi estabelecido em 60 meses, não poderia ser estipulado de imediato, uma vez que dependente do atingimento da sua finalidade, qual seja, o exaurimento da despesa que justificou a sua criação, o que se deu em 04.07.2012, conforme bem apontou o Juiz Federal Andrei Pitten Velloso."

Acompanharam a divergência os Desembargadores Federais Ricardo Teixeira do Valle Pereira, João Gebran Neto, Paulo Afonso Brum Vaz, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz e João Batista Pinto Silveira.

De outro lado, votaram com o relator os Desembargadores Federais Jorge Antonio Maurique e Cândido Alfredo Silva Leal Júnior.

Na sessão da Corte Especial do dia 28.04.2016, pedi vista para melhor análise do feito e trago-o em mesa para suscitar a presente questão de ordem.

Discute-se, nos presentes autos, a suposta inconstitucionalidade superveniente da contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, em razão do exaurimento da finalidade para a qual teria sido criada.

A constitucionalidade da contribuição em tela foi, inicialmente, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 2.556, cujo julgamento ultimou-se em 13.06.2012. Na oportunidade, restou fixado o entendimento de que a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001 era constitucional, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, *b*, da Constituição). Não obstante, restou expressamente ressalvada a possibilidade de a referida contribuição vir a se tornar inconstitucional, em razão da perda superveniente de sua finalidade. Veja-se a ementa do julgado em tela:

"Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção monetária e atualização dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, *b* (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha

do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. A segunda contribuição criada pela LC 110/2001, calculada à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, extinguiu-se por ter alcançado seu prazo de vigência (sessenta meses contados a partir da exigibilidade – art. 2º, § 2º, da LC 110/2001). Portanto, houve a perda superveniente dessa parte do objeto de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade. *Esta Suprema Corte considera constitucional a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III,* b*, da Constituição). O argumento relativo à perda superveniente de objeto dos tributos em razão do cumprimento de sua finalidade deverá ser examinado a tempo e modo próprios*. Ações diretas de inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em relação ao artigo 2º da LC 110/2001 e, quanto aos artigos remanescentes, parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, *caput*, no que se refere à expressão 'produzindo efeitos', bem como de seus incisos I e II." (ADI 2556, relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2012, Acórdão Eletrônico DJe-185, divulg. 19.09.2012, public. 20.09.2012)

Posteriormente, contudo, a questão foi novamente levada à Suprema Corte, mediante o ajuizamento da ADI nº 5.050, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, que recebeu a ação e submeteu-a ao rito abreviado do artigo 12 da Lei 9.868/99, nos seguintes termos:

"DECISÃO: Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, cuja validade foi reconhecida na ADI 2556. Alegação de novas circunstâncias fáticas que teriam ocasionado inconstitucionalidade superveniente. 1. Possibilidade teórica de que o Supremo Tribunal Federal admita reexaminar a validade de ato normativo declarado constitucional em sede de controle abstrato, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na percepção jurídica dominante. 2. Indeferimento do pedido liminar, tendo em vista o longo período de vigência da lei questionada e a necessidade de que as autoridades requeridas sejam ouvidas quanto às premissas fáticas em que se baseia a impugnação. 3. Aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

1. Trata-se de ação declaratória de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, na qual se postula a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. 2. O dispositivo impugnado institui Contribuição Social a ser paga nos casos de demissão sem justa causa, devida pelo empregador. A contribuição é calculada com base em uma alíquota de 10%, incidente sobre a totalidade dos depósitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) efetuados durante a vigência do contrato de trabalho, acrescida dos rendimentos correspondentes. 3. A referida contribuição foi criada para compensar o pagamento, imposto por decisões desta Corte, dos resíduos de atualização monetária referentes aos expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos Verão e Collor I. 4. A constitucionalidade do tributo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI

2556, julgada sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Sem prejuízo disso, o requerente sustenta que a eficácia vinculante dessa decisão não impediria o próprio Tribunal de rediscutir a matéria, notadamente em face de alterações supervenientes na realidade fática ou na compreensão jurídica dominante. *O ponto teria sido objeto de menção na própria ADI 2556, tendo a Corte optado por não analisar, naquela oportunidade, a alegada perda de objeto da contribuição pelo cumprimento da finalidade que havia justificado a sua instituição*. 5. *Considero possível, de fato, que o próprio Supremo Tribunal Federal volte a analisar a constitucionalidade de lei declarada constitucional em determinado momento, não sendo razoável que o ato seja blindado, de forma permanente e incondicionada, contra eventuais novas impugnações*. Como é natural, porém, a superação do entendimento inicial da Corte estará sujeita a um ônus argumentativo consideravelmente mais elevado, sobretudo quando não seja possível indicar a ocorrência de mudanças significativas na realidade. 6. *Em linha de princípio, entendo plausível a alegação de que alterações no contexto fático podem justificar um novo exame acerca da validade do art. 1º da Lei Complementar n° 110, de 29 de junho de 2001. Não verifico, porém, a existência de elementos suficientes para a concessão da medida liminar postulada*. Não apenas pelo longo período de vigência da lei, como também pela necessidade de se ouvirem as autoridades requeridas quanto às questões econômicas suscitadas pelo autor. *Tendo em vista a relevância econômica e social da questão controvertida, aplico à presente ação direta o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99*. Assim, determino as seguintes providências: (1) solicitem-se informações à presidenta da República e ao presidente do Congresso Nacional, no prazo de dez dias; (2) em seguida, encaminhem-se os autos ao advogado-geral da União para manifestação, no prazo de cinco dias; (3) sucessivamente, colha-se o parecer do procurador-geral da República, no prazo de cinco dias. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2013. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, relator." (ADI 5050 MC, relator(a): Min. Roberto Barroso, julgado em 11.10.2013, publicado em Processo Eletrônico DJe-207, divulg. 17.10.2013, public. 18.10.2013)

Feitas essas considerações, entendo, s.m.j., que a melhor medida seja a suspensão do feito, considerando a expectativa de o próprio Supremo Tribunal Federal vir a se manifestar, em breve, de forma definitiva, sobre a questão objeto da presente arguição de inconstitucionalidade.

Saliento que tal postura (suspensão do julgamento) já foi adotada por esta Corte em situação análoga, tendo por objetivo garantir maior segurança jurídica, evitando-se julgamentos conflitantes.

Com efeito, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5025380-97.2014.4.04.0000/TRF (na qual se questionava a incidência de IRPJ e CSSL sobre a taxa Selic devida em virtude de repetição de indébito/levantamento de depósitos judiciais), foi apresentada, na sessão de 23.07.2015, Questão de Ordem pelo Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, em que este sustentou, em suma, a necessidade de suspensão do julgamento, em razão do *possível reflexo*

jurídico da futura análise constitucional da matéria na Suprema Corte, no que foi acompanhado por todos os demais membros da Corte Especial.

Ante o exposto, voto por suscitar a presente questão de ordem para suspender o feito até o julgamento definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI nº 5.050.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Celso Kipper: Pedi vista dos autos para melhor exame e trago o processo a julgamento na forma regimental.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, ao argumento de que a finalidade para a qual foi instituída já estaria exaurida.

O e. relator votou por "rejeitar a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001", sob o fundamento, em síntese, de que "não se há de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei se existe alguma interpretação razoável que a compatibilize com a Constituição", sendo que,

"pelo exame do texto da lei, não se vê nenhuma indicação de que a Lei Complementar nº 110, de 2001, foi elaborada *exclusivamente* com a finalidade de resolver o déficit gerado pela necessidade de reparar os prejuízos sofridos pelos depositantes em decorrência dos planos Verão (janeiro/89) e Collor I (abril/90), podendo, razoavelmente, entender-se que a referida lei (especialmente seu artigo 1º) teve *também* o escopo de carrear para o FGTS um capital de proteção contra futuros desequilíbrios financeiros."

O e. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz proferiu voto divergente para acolher a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 2001, expondo que

"a Lei Complementar nº 110/2001 foi induvidosa ao criar duas contribuições com finalidades específicas e diferenciadas. No artigo 1º, instituiu-se contribuição social, no percentual de 10% sobre o valor dos depósitos, com a finalidade de fazer frente ao pagamento da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, diante dos expurgos do Plano Verão (janeiro de 1989, no percentual de 16,74%) e do Plano Collor (abril de 1990, no percentual de 44,08%), de modo a recompor o próprio fundo. Já em seu art. 2º delineou-se a criação de contribuição social destinada a carrear ao fundo capital de proteção contra desequilíbrios financeiros, incidindo sobre a remuneração devida pelo empregador ao empregado, à alíquota de 0,5%, sendo tal acrescida dos valores descritos no artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

Tal foi a *declarada* intenção da elaboração de ambas as exações, conforme se depreende da correspondente exposição de motivos (Mensagem nº 291, de 2001, *Diário do Senado Federal*, n. 74, publicado em 01.06.2001, p. 10.821) (...)."

Prosseguindo o julgamento, foi apresentado voto-vista pelo Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, que se manifestou no sentido de acolher o incidente, apontado, dentre outros pontos, ser

"inegável o caráter transitório da contribuição prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, cujo tempo de vigência, ao contrário da contribuição instituída pelo art. 2º, que foi estabelecido em 60 meses, não poderia ser estipulado de imediato, uma vez que dependente do atingimento da sua finalidade, qual seja, o exaurimento da despesa que justificou a sua criação, o que se deu em 04.07.2012, conforme bem apontou o Juiz Federal Andrei Pitten Velloso."

Na sessão da Corte Especial do dia 28.04.2016, pedi vista dos autos.

Após detida análise do feito, *acompanho o e. relator*.

Com efeito, tenho que a contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001 não teve como objetivo exclusivo possibilitar a recomposição dos expurgos inflacionários nas contas vinculadas do FGTS, relativos aos Planos Verão e Collor I, destinando-se, em verdade, ao FGTS, *em suas várias finalidades*.

Quanto à questão, permito-me transcrever os argumentos lançados pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em defesa do referido ato normativo no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.050/DF, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal:

"(...) A Lei Complementar 110/2001, no art. 3º, § 1º, expressamente destina a receita das contribuições previstas nos arts. 1º e 2º ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Seu art. 4º apenas autorizou à Caixa Econômica Federal o creditamento, nas contas vinculadas do FGTS e às expensas do próprio fundo, do complemento da atualização monetária reconhecido pelas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal nos REs 248.188/SC e 226.855/RS, decorrentes de expurgos inflacionários gerados pelos Planos Verão e Collor I.

Essa Suprema Corte, ao julgar a medida cautelar nas ADIs 2.556/DF e 2.568/DF, assentou que a contribuição do art. 1º da LC 110/2001, além de haver sido instituída por prazo indeterminado, possuí natureza jurídica de contribuição social geral, justamente por destinar-se ao FGTS. Nas palavras do então relator, o eminente Ministro MOREIRA ALVES:

'[...] não integrando o produto da arrecadação delas [contribuições dos arts. 1º e 2º] a receita pública, por ser ele recolhido pela Caixa Econômica Federal diretamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), para depois, com os recursos desse fundo, que são vários, creditar nas contas vinculadas dos empregados o complemento de atualização monetária para cujo suporte foram essas exações criadas, não há que se pretender que sejam

impostos, por não gerarem receita pública. De outra parte, sendo exações tributárias que também se destinam ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, enquadram-se elas no disposto no artigo 217, IV e V, do Código Tributário Nacional, o qual alude a contribuição destinada a ele e admite-se a criação por lei de outras de fins sociais.

E, tendo ambas as exações tributárias ora impugnadas inequívoca finalidade social (atender ao direito social referido no inciso III do artigo 7º da Constituição de 1988), são contribuições sociais.'

É inegável que as contribuições sociais dos arts. 1º e 2º da LC 110/2001 foram criadas para recompor expurgos inflacionários nas contas vinculadas do FGTS, relativos aos Planos Verão e Collor I. A destinação eleita pelo legislador, sem embargo, foi ao FGTS, em suas várias finalidades, não para atender a despesa específica e temporária do fundo, relacionada a déficit nas contas vinculadas, decorrente dos expurgos inflacionários.

A finalidade constitucional que legitima a contribuição social do art. 1º da LC 110/2001 é a constante do art. 7º, III, da Constituição da República, não o reforço puro e simples, de cunho transitório, de caixa do FGTS para fazer frente ao complemento de atualização monetária do saldo das contas vinculadas desse fundo.

A exposição de motivos da LC 110/2001, conquanto justifique a criação das contribuições dos arts. 1º e 2º no déficit das contas vinculadas do FGTS, não vincula desse modo a lei elaborada a partir dessa proposição. Nada impede que a lei dê destinação diversa da constante na justificação da proposição legislativa, desde que para atender a finalidade constitucionalmente prevista e desde que seja válido o suporte linguístico da norma.

A vontade objetiva da lei prevalece sobre a intenção do legislador. A *mens legislatoris*, conquanto relevante para a interpretação autêntica da norma jurídica, não se sobrepõe à *mens legis*.

Já o esclarecia muito bem CARLOS MAXIMILIANO:

'A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetiva e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.

O aplicador extrai da fórmula concreta tudo o que ela pode dar implícita ou explicitamente, não só a ideia direta, clara, evidente, mas também a indireta, ligada à primeira por semelhança, deduzida por analogia. Eis por que se diz que 'a lei é mais sábia que o legislador' [...].

A pesquisa da intenção ou do pensamento contido no texto arrasta o intérprete a um terreno movediço, pondo-o em risco de tresmalhar-se em inundações subjetivas. Demais, restringe o campo da sua atividade: ao invés de a estender a toda a substância do Direito, limita ao elemento espiritual da norma jurídica, isto é, a uma parte do objeto da exegese e eventualmente um dos instrumentos desta. Reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o todo com a parte; seria útil, embora nem sempre realizável, aquela descoberta; constitui um dos elementos da Hermenêutica; mas, não o único; nem sequer o principal e o mais profícuo [...].

Procura-se, hoje, o sentido objetivo, e não se indaga do processo da respectiva formação, quer individual, no caso do absolutismo, quer coletiva, em havendo assembleia deliberante – como fundamento de todo o labor do hermeneuta. [...]

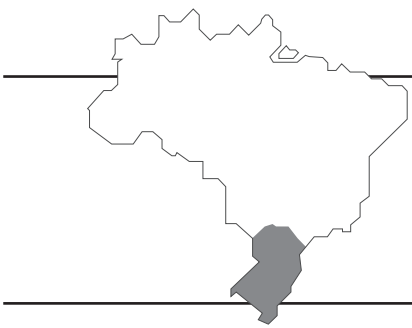
Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo

sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor. [...] Logo, ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva.'

A expressa destinação legal da contribuição do art. 1º da LC 110/2001 ao FGTS (art. 3º, § 1º, combinado com o art. 13), além de reforçar o prazo indeterminado do tributo, afasta, de pronto, o argumento de exaurimento da sua finalidade e, sob esse aspecto, inviabiliza modificar a decisão do Supremo Tribunal Federal no que se refere à constitucionalidade da norma (objeto das citadas ADIs 2.556/DF e 2.568/DF).

A contribuição em foco é, por conseguinte, compatível com a Constituição da República. (...)"

Ante o exposto, voto por rejeitar a arguição de inconstitucionalidade superveniente do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001.



SÚMULAS

SÚMULA Nº 1

"É inconstitucional a exigência do empréstimo compulsório instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986, na aquisição de veículos de passeio e utilitários." (DJ 02.10.91, p. 24.184)

SÚMULA Nº 2

"Para o cálculo da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, no regime precedente à Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, corrigem-se os salários de contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pela variação nominal da ORTN/OTN." (DJ 13.01.92, p. 241)

SÚMULA Nº 3

"Os juros de mora, impostos a partir da citação, incidem também sobre a soma das prestações previdenciárias vencidas." (DJ 24.02.92, p. 3.665)

SÚMULA Nº 4

"É constitucional a isenção prevista no art. 6° do Decreto-Lei n° 2.434, de 19.05.88." (DJ 22.04.92, p. 989)

SÚMULA Nº 5

"A correção monetária incidente até a data do ajuizamento deve integrar o valor da causa na ação de repetição de indébito." (DJ 01.05.92, p. 12.081)

SÚMULA Nº 6

"A autoridade administrativa não pode, com base na Instrução Normativa n° 54/81 – SRF, exigir a comprovação do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro." (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 7

"É inconstitucional o art. 8° da Lei n° 7.689 de 15 de dezembro de 1988." (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 8

"Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal." (DJ 20.05.92, p. 13.385)

SÚMULA Nº 9

"Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar." (DJ 06.11.92, p. 35.897)

SÚMULA Nº 10

"A impenhorabilidade da Lei n° 8.009/90 alcança o bem que, anteriormente ao seu advento, tenha sido objeto de constrição judicial." (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 11

"O desapropriante está desobrigado de garantir compensação pelo deságio que os títulos da dívida agrária venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente." (DJ 20.05.93, p.18.986) (Rep. DJ 14.06.93, p. 22.907)

SÚMULA Nº 12

"Na execução fiscal, quando a ciência da penhora for pessoal, o prazo para a oposição dos embargos de devedor inicia no dia seguinte ao da intimação deste." (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 13

"É inconstitucional o empréstimo compulsório incidente sobre a compra de gasolina e álcool, instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986." (DJ 20.05.93, p. 18.987)

SÚMULA Nº 14 (*)

"É constitucional o inciso I do artigo 3° da Lei 7.787, de 1989." (DJ 20.05.93, p. 18.987) (DJ 31.08.94, p. 47.563 (*)CANCELADA)

SÚMULA Nº 15

"O reajuste dos benefícios de natureza previdenciária, na vigência do Decreto-Lei n° 2.351, de 7 de agosto de 1987, vinculava-se ao salário mínimo de referência, e não ao piso nacional de salários." (DJ 14.10.93, p. 43.516)

SÚMULA Nº 16

"A apelação genérica, pela improcedência da ação, não devolve ao Tribunal o exame da fixação dos honorários advocatícios, se esta deixou de ser atacada no recurso." (DJ 29.10.93, p. 46.086)

SÚMULA Nº 17 (*)

"No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 70,28% relativo à correção monetária de janeiro de 1989." (DJ 02.12.93, p. 52.558) (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISADA)

SÚMULA Nº 18

"O depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença." (DJ 02.12.93, p. 52.558)

SÚMULA Nº 19

"É legítima a restrição imposta pela Portaria DECEX n° 8, de 13.05.91, no que respeita à importação de bens usados, dentre os quais pneus e veículos." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 20

"O art. 8°, parágrafo 1°, da Lei 8.620/93 não isenta o INSS das custas judiciais, quando demandado na Justiça Estadual." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 21

"É constitucional a Contribuição Social criada pelo art. 1° da Lei Complementar n° 70, de 1991." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 22

"É inconstitucional a cobrança da taxa ou do emolumento para licenciamento de importação, de que trata o art. 10 da Lei 2.145/53, com a redação da Lei 7.690/88 e da Lei 8.387/91." (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 23

"É legítima a cobrança do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, instituído pela Lei 4.156/62, inclusive na vigência da Constituição Federal de 1988." (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 24

"São autoaplicáveis os parágrafos 5° e 6° do art. 201 da Constituição Federal de 1988." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 25

"É cabível apelação da sentença que julga liquidação por cálculo, e agravo de instrumento da decisão que, no curso da execução, aprecia atualização da conta." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 26

"O valor dos benefícios previdenciários devidos no mês de junho de 1989 tem por base o salário mínimo de NCz$ 120,00 (art. 1° da Lei 7.789/89)." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 27

"A prescrição não pode ser acolhida no curso do processo de execução, salvo se superveniente à sentença proferida no processo de conhecimento." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 28

"São inconstitucionais as alterações introduzidas no Programa de Integração Social (PIS) pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 29

"Não cabe a exigência de estágio profissionalizante para efeito de matrícula em curso superior." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 30

"A conversão do regime jurídico trabalhista para o estatutário não autoriza ao servidor o saque dos depósitos do FGTS." (DJ 09.06.94, p. 30.113)

SÚMULA Nº 31

"Na ação de repetição do indébito tributário, os juros de mora incidem a partir do trânsito da sentença em julgado." (DJ 29.05.95, p. 32.675)

SÚMULA Nº 32 (*)

"No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 42,72% relativo à correção monetária de janeiro de 1989." (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISÃO DA SÚMULA 17)

SÚMULA Nº 33

"A devolução do empréstimo compulsório sobre combustíveis (art. 10 do Decreto-Lei n° 2.288/86) independe da apresentação das notas fiscais. (DJ 08.09.95, p. 58.814)

SÚMULA Nº 34

"Os municípios são imunes ao pagamento de IOF sobre suas aplicações financeiras." (DJ 22.12.95, p. 89.171)

SÚMULA Nº 35

"Inexiste direito adquirido a reajuste de vencimentos de servidores públicos federais com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990." (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 36

"Inexiste direito adquirido a reajuste de benefícios previdenciários com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990." (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 37

"Na liquidação de débito resultante de decisão judicial, incluem-se os índices relativos ao IPC de março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991." (DJ 14.03.96, p. 15.388)

SÚMULA Nº 38

"São devidos os ônus sucumbenciais na ocorrência de perda do objeto por causa superveniente ao ajuizamento da ação." (DJ 15.07.96, p. 48.558)

SÚMULA Nº 39

"Aplica-se o índice de variação do salário da categoria profissional do mutuário para o cálculo do reajuste dos contratos de mútuo habitacional com cláusula PES, vinculados ao SFH." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 40

"Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário de contribuição e o salário de benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 41

"É incabível o sequestro de valores ou bloqueio das contas bancárias do INSS para garantir a satisfação de débitos judiciais." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 42 (*)

"A União e suas autarquias estão sujeitas ao adiantamento das despesas do oficial de justiça necessárias ao cumprimento de diligências por elas requeridas." (DJ 16.04.97, p. 24.642-43) (DJ 19.05.97, p. 34.755 (*)REVISÃO)

SÚMULA Nº 43

"As contribuições para o FGTS não têm natureza tributária, sujeitando-se ao prazo prescricional de trinta anos." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 44

"É inconstitucional a contribuição previdenciária sobre o *pro labore* dos administradores, autônomos e avulsos, prevista nas Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 45

"Descabe a concessão de liminar ou de antecipação de tutela para a compensação de tributos." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 46

"É incabível a extinção do processo de execução fiscal pela falta de localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis (art. 40 da Lei n° 6.830/80)." (DJ 14.01.98, p. 330) (Rep. DJ 11.02.98, p. 725)

SÚMULA Nº 47

"Na correção monetária dos salários de contribuição integrantes do cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, em relação ao período de março a agosto de 1991, não se aplica o índice de 230,40%." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 48

"O abono previsto no artigo 9°, § 6°, letra b, da Lei n° 8178/91 está incluído no índice de 147,06%, referente ao reajuste dos benefícios previdenciários em 1° de setembro de 1991." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 49

"O critério de cálculo da aposentadoria proporcional estabelecido no artigo 53 da Lei 8.213/91 não ofende o texto constitucional." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 50

"Não há direito adquirido à contribuição previdenciária sobre o teto máximo de 20 salários mínimos após a entrada em vigor da Lei n° 7.787/89." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 51

"Não se aplicam os critérios da Súmula n° 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos aos benefícios previdenciários concedidos após a Constituição Federal de 1988." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 52 (*)

"São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar." (DJ 07.04.98, p. 382) (DJ 07.10.2003, p. 202 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 53

"A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é ultra ou extra petita." (DJ 07.04.98, p. 382)

SÚMULA Nº 54

"Os valores recebidos a título de incentivo à demissão voluntária não se sujeitam à incidência do imposto de renda." (DJ 22.04.98, p. 386)

SÚMULA Nº 55

"É constitucional a exigência de depósito prévio da multa para a interposição de recurso administrativo, nas hipóteses previstas pelo art. 93 da Lei n° 8.212/91 – com a redação dada pela Lei n° 8.870/94 – e pelo art. 636, § 1°, da CLT." (DJ 15.06.98, p. 584)

SÚMULA Nº 56

"Somente a Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva nas ações que objetivam a correção monetária das contas vinculadas do FGTS." (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 57

"As ações de cobrança de correção monetária das contas vinculadas do FGTS sujeitam-se ao prazo prescricional de trinta anos." (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 58

"A execução fiscal contra a Fazenda Pública rege-se pelo procedimento previsto no art. 730 do Código de Processo Civil." (DJ 18.11.98, p. 518)

SÚMULA Nº 59

"A UFIR, como índice de correção monetária de débitos e créditos tributários, passou a viger a partir de janeiro de 1992." (DJ 18.11.98, p. 519)

SÚMULA Nº 60

"Da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito." (DJ 29.04.99, p. 339)

SÚMULA Nº 61 (*)

"A União e o INSS são litisconsortes passivos necessários nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, não sendo caso de delegação de jurisdição federal." (DJ 27.05.99, p. 290) (DJ 07.07.2004, p. 240 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 62 (*)

"Nas demandas que julgam procedente o pedido de diferença de correção monetária sobre depósitos do FGTS, não são devidos juros de mora relativamente às contas não movimentadas." (DJ 23.02.2000, p. 578) (DJ 08.10.2004, p. 586 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 63

"Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional." (DJ 09.05.2000, p. 657)

SÚMULA Nº 64

"É dispensável o reconhecimento de firma nas procurações ad judicia, mesmo para o exercício em juízo dos poderes especiais previstos no art. 38 do CPC." (DJ 07.03.2001, p. 619)

SÚMULA Nº 65

"A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 66

"A anistia prevista no art. 11 da Lei nº 9.639/98 é aplicável aos agentes políticos, não aproveitando aos administradores de empresas privadas." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 67

"A prova da materialidade nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias pode ser feita pela autuação e notificação da fiscalização, sendo desnecessária a realização de perícia." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 68

"A prova de dificuldades financeiras, e consequente inexigibilidade de outra conduta, nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, pode ser feita através de documentos, sendo desnecessária a realização de perícia." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 69

"A nova redação do art. 168-A do Código Penal não importa em descriminalização da conduta prevista no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 70

"São devidos honorários advocatícios em execução de título judicial, oriundo de ação civil pública." (DJ 06.10.2003, p. 459)

SÚMULA Nº 71

"Os juros moratórios são devidos pelo gestor do FGTS e incidem a partir da citação nas ações em que se reclamam diferenças de correção monetária, tenha havido ou não levantamento do saldo, parcial ou integralmente." (DJ 08.10.2004, p. 586)

SÚMULA Nº 72

"É possível cumular aposentadoria urbana e pensão rural." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 73

"Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 74

"Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 75

"Os juros moratórios, nas ações previdenciárias, devem ser fixados em 12% ao ano, a contar da citação." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 76

"Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, devem incidir somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforme a sentença de improcedência." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 77

"O cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário concedido a partir de março de 1994 inclui a variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%)." (DJ 08.02.2006, p. 290)

SÚMULA Nº 78

"A constituição definitiva do crédito tributário é pressuposto da persecução penal concernente a crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90." (DJ 22.03.2006, p. 434)

SÚMULA Nº 79

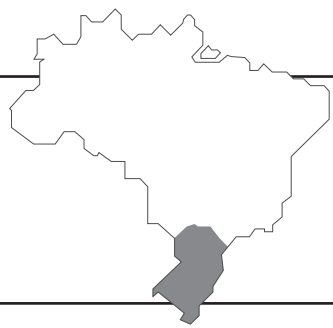
"Cabível a denunciação da lide à Caixa Econômica Federal nas ações em que os ex-procuradores do Banco Meridional buscam o pagamento de verba honorária relativamente aos serviços prestados para a recuperação dos créditos cedidos no processo de privatização da instituição." (DE 26.05.2009)

SÚMULA Nº 80

"Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio." (DE 01.07.2016)

SÚMULA Nº 81

"O transcurso de lapso temporal razoável superior a um ano é fundamento para a renovação do pedido de penhora *online* via BACENJUD." (DE 05.07.2016)



RESUMO

Resumo

Trata-se de publicação oficial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com periodicidade quadrimestral e distribuição nacional. A Revista contém inteiros teores de acórdãos recentes selecionados pelos Excelentíssimos Desembargadores, abordando as matérias de sua competência. Traz, ainda, discursos oficiais, arguições de inconstitucionalidade e as súmulas editadas pelo Tribunal, além de artigos doutrinários nacionais e internacionais de renomados juristas e, principalmente, da lavra dos Desembargadores Federais integrantes desta Corte.

Summary

This is about an official triannual publication of Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Federal Regional Court of Appeals of the 4th Circuit) in Brazil, distributed nationally. The periodical contains the entire up-to-date judgments selected by the federal judges, concerning to the matters of the federal competence. It also brings the official speeches, the arguings unconstitutionality and the law summarized cases edited by the Court, as well as the national and the international doctrinal articles, written by renowned jurists and mainly those written by the Judges of this Court.

Resumen

Esta es una publicación oficial del Tribunal Regional de la 4ª Región, con periodicidad cuatrimestral y distribución nacional. La

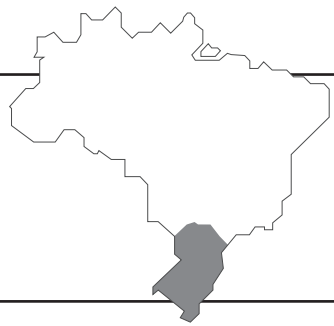
Revista contiene la íntegra de recientes decisiones, seleccionadas por Magistrados componentes de esta Casa, abordando materias de su competencia, también discursos oficiales, cuestiones sobre control de constitucionalidad, súmulas editadas por el propio Tribunal, artículos de doctrina nacional y internacional escritos por renombrados jurisconsultos y, principalmente, aquellos proferidos por Jueces que pertenecen a esta Corte.

Sintesi

Si tratta di pubblicazione ufficiale del Tribunale Regionale Federale della Quarta Regione, con periodicità quadrimestrale e distribuzione nazionale. La rivista riproducce l'integra di sentenze recenti selezionate dai egregi Consiglieri della Corte d'Appello Federale, relazionate alle materie della sua competenza. Riproducce, ancora, pronunciamenti ufficiali, ricorsi di incostituzionalità, la giurisprudenza consolidata publicata dal Tribunale e testi dottrinali scritti dai Consiglieri di questa Corte d'Appello e da rinomati giuristi nazionali ed internazionali.

Résumé

Il s'agit d'une publication officielle du Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Tribunal Régional Fédéral de la 4ème Région), dont la périodicité est quadrimestrielle et la distribution nationale. Cette revue publie les textes complets des arrêts les plus récents, sélectionnés par les Juges Conseillers de la Cour d'Appel, concernant des matières de leur compétence. En plus ce périodique apporte aussi bien des discours officiels, des argumentations d'inconstitutionnalité, des arrêts édités par le Tribunal, des articles doctrinaires, y compris des textes redigés par les Juges Conseillers de cette Cour de Justice et par des juristes nacionaux et internationaux renommés.



ÍNDICE NUMÉRICO

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL

5002236-48.2012.4.04.7216/SC (APELREEX) Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva 105
5025347-07.2015.4.04.7200/SC (AC) Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira..... 129
5069597-08.2013.4.04.7100/RS (AC) Rel. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle 140

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

0019925-72.2006.4.04.7000/PR (ENUL) Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha..... 165
5006661-52.2015.4.04.7107/RS (ACR) Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus..... 203
5012300-95.2016.4.04.0000/PR (HC) Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto 228
5032895-18.2016.4.04.0000/RS (HC) Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz 251

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

0004364-17.2015.4.04.9999/SC (AC) Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira 259
0018803-67.2014.4.04.9999/RS (EINF) Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz..... 272
2008.70.00.013902-7/PR (AC) Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira 290
5041344-10.2013.4.04.7100/RS (APELREEX) Rel. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz..... 312
5061478-33.2014.4.04.7000/PR (APELREEX) Rel. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene 331

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

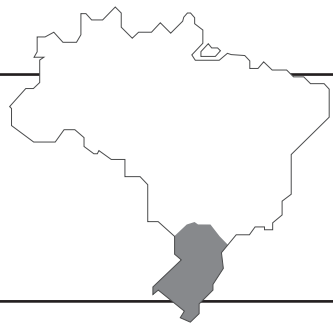
2000.71.00.041637-3/RS (ARESP) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz..... 349
5019381-82.2014.4.04.7205/SC (AC) Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti..... 353
5021485-60.2016.4.04.0000/PR (AG) Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior 361
5028649-76.2016.4.04.0000/TRF (CC) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 411
5031424-64.2016.4.04.0000/RS (AG) Rel. Des. Federal Jorge Antonio Maurique 419

DIREITO TRIBUTÁRIO

5008805-14.2015.4.04.7102/RS (AC) Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona..... 425
5032336-71.2015.4.04.9999/PR (AC) Rel. Des. Federal Amaury Chaves de Athayde..... 434

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

5012935-13.2015.4.04.0000/TRF (ARGINC) Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira 465
5029170-55.2015.4.04.0000/TRF (ARGINC) Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti 494



ÍNDICE ANALÍTICO

A

AGRAVO INTERNO
Improvimento. Inadequação, rediscussão, termo, acórdão, STJ, recurso paradigma. TRF, limitação, verificação, adequação, entre, próprio, julgado, e, decisão, representativa, controvérsia.
Novo, Código de Processo Civil, previsão, agravo interno, hipótese, decisão judicial, vice-presidente, negativa, seguimento, ou, sobrestamento, recurso especial, ou, recurso extraordinário 349

ALUNO
Aprendiz – Vide APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

APOSENTADORIA POR IDADE
Trabalhador rural, comprovação, implementação, requisito, idade, e, exercício, atividade rural, correspondência, período de carência, previsão legal, pela, apresentação, prova material, e, prova testemunhal. Irrelevância, segurado, afastamento, exercício, atividade rural, por, período, em, caráter temporário.
Observância, segurado, soma, número, mês, igualdade, período de carência, exigência, previsão legal, e, exercício, atividade rural, em, data, realização, requerimento, via administrativa.....272

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ
Trabalhador rural, mulher, comprovação, incapacidade laborativa permanente, sem, possibilidade, reabilitação profissional, decorrência, idade, e, condições pessoais. Descabimento, alegação, atividade rural, exercício, por, mulher, caracterização, trabalho, menos, pesado, em, comparação, atividade rural, exercício, por, homem. Observância, proibição, discriminação, por, sexo, e, gênero.
Concessão, auxílio-doença, momento, indeferimento, benefício previdenciário, via administrativa, e, determinação, conversão, em, aposentadoria por invalidez, a partir, data, laudo pericial 259

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
Professor – Vide REVISÃO DE BENEFÍCIO

APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO
Reconhecimento, período, exercício, atividade, como, aluno, aprendiz, decorrência, preenchimento, requisito, recebimento, retribuição, natureza pecuniária, pelo, orçamento, público. Descabimento, contagem, tempo de serviço especial, por, categoria profissional, professor, período, exercício, cargo, monitor, Fase, pela, não caracterização, periculosidade, atividade. Possibilidade, reconhecimento, atividade especial, equivalência, professor, apenas, até, ano, 1981. 312

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
Vide CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

ATIVIDADE CLANDESTINA
Parceria comercial – Vide SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO

C

CADASTRO INFORMATIVO DOS CRÉDITOS NÃO QUITADOS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES FEDERAIS (CADIN)
Inscrição − Vide DIREITO COLETIVO

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Ação civil pública − Vide DIREITO COLETIVO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Não conhecimento. Inexistência, conflito de competência, entre, juízo, primeira instância, declinação de competência, para, julgamento, ação judicial, e, turma, declinação de competência, para, apreciação, recurso judicial, agravo.
Impossibilidade, ocorrência, conexão, entre, demanda, objeto, sentença judicial, relevância, tempo, e, outra, recém, objeto, distribuição.
Competência jurisdicional, para, agravo, quarta turma, TRF.
Conflito, decorrência, própria, omissão, requerente, ou, suscitante, momento, distribuição, nova, ação judicial, sem, informação, petição inicial, sobre, existência, ação judicial, anterior, distribuição, com, mesma, parte processual, e, mesma, causa de pedir.....411

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
Incidência, sobre, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), hipótese, despedida sem justa causa, constitucionalidade. Natureza tributária.
Rejeição, arguição de inconstitucionalidade, artigo, lei complementar, ano, 2001, previsão, criação, contribuição social, para, FGTS, pagamento, pelo, empregador, hipótese, despedida sem justa causa. 494

D

DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO
Ação popular − Vide QUESTÃO DE ORDEM

DEFESA DO MEIO AMBIENTE
Manutenção, suspensão, turismo, observação, fauna marinha, com, embarcação, com, ou, sem, motor, estado, Santa Catarina, até, órgão público ambiental, comprovação, aplicação, medida, fiscalização, necessidade, para, equilíbrio, meio ambiente. Manutenção, atividade, observação, fauna marinha, por, terra.
Ação civil pública, objetivo, proteção, espécie em extinção, Demonstração, risco, fauna marinha, e, para, comunidade 105

DELAÇÃO PREMIADA
Vide INTERROGATÓRIO

DIREITO COLETIVO
Competência jurisdicional, ação civil pública, em, qualquer, juízo, lugar, ocorrência, ou, possibilidade, ocorrência, dano, com, efeito *erga omnes*. Descabimento, limitação, efeito jurídico, decisão judicial, apenas, para, parte, categoria.
Legitimidade ativa, Ministério Público, para, ajuizamento, ação civil pública, hipótese, discussão, direito coletivo, categoria, devedor, administração pública federal, administração direta, e, administração indireta, com, possibilidade, inscrição, Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin).
Secretaria da Receita Federal, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e, Procuradoria-Geral Federal, possibilidade, encaminhamento, notificação prévia, inscrição, Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin), para, último, endereço, indicação, pelo, devedor, em, cadastro, Secretaria da Receita Federal.....353

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO
Ação coletiva − Vide EMBARGOS À EXECUÇÃO

DISCRIMINAÇÃO
Sexo – Vide APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI
Concessionária, serviço público, conservação, rodovia, realização, termo aditivo, contrato, com, inclusão, nova, rodovia, decorrência, alegação, desequilíbrio contratual. Descabimento, alteração, contrato, sem, realização, licitação, hipótese, inexistência, previsão legal. Verificação, prejuízo, consumidor, pela, imposição, pagamento, maior, valor, pedágio, referência, rodovia, não, inclusão, concessão.
Caracterização, delito, previsão, Lei de Licitações. Inexigibilidade, dolo específico, e, prejuízo, para, Erário.....165

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Legitimidade extraordinária, sindicato. Substituição processual, sem, limitação, tempo, território, e, subjetivo. Irrelevância, exequente, não, mais, servidor público, data, ajuizamento, ação coletiva. Servidor público, credor, em, título judicial, origem, ação coletiva, ajuizamento, por, sindicato. Decisão judicial, procedência, direito individual homogêneo, em, ação coletiva, ajuizamento, por, sindicato, abrangência, totalidade, categoria. Sentença condenatória, contra, Fazenda Pública.
Extinção, embargos à execução, pedido, aplicação, TR, período, anterior, março, 2015. Improcedência, pedido, embargos à execução, aplicação, TR, período, posterior, março, 2015. 129

EXECUÇÃO FISCAL
Incidente processual, desconsideração da personalidade jurídica, previsão, novo, Código de Processo Civil, inaplicabilidade, em, caso, pedido, inclusão, terceiro, polo passivo, execução fiscal, crédito tributário, pelo, rito, previsão, Lei de Execução Fiscal. Hipótese, dissolução irregular de sociedade, executado. Necessidade, interpretação sistemática, Lei de Execução Fiscal. 419

F

FATOR PREVIDENCIÁRIO
Inconstitucionalidade – Vide REVISÃO DE BENEFÍCIO

FAUNA MARINHA
Risco − Vide DEFESA DO MEIO AMBIENTE

H

***HABEAS CORPUS* PREVENTIVO**
Prisão preventiva – Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

I

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)
Descabimento, exclusão, base de cálculo, área, reserva legal, averbação, em, matrícula, imóvel, em, momento, posterior, fato gerador. Para, obtenção, isenção tributária, ITR, exigibilidade, averbação, reserva legal, matrícula, imóvel, em, momento, anterior, fato gerador, decorrência, efeito constitutivo, averbação.
Existência, plano de manejo florestal, insuficiência, para, obtenção, isenção tributária,

Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural.
Descabimento, anulação, Certidão de Dívida Ativa. Possibilidade, exclusão, área de preservação permanente, base de cálculo, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, apenas, com, cálculo aritmético 434

INTERROGATÓRIO
Inexistência, direito subjetivo, ocorrência, interrogatório, após, réu, colaborador, hipótese, diversidade, réu, em, ação, penal, não, colaborador, em, acordo, delação premiada. Inexistência, previsão legal, e não ocorrência, violação, princípio do contraditório, e, princípio da ampla defesa. Observância, defesa, possibilidade, requerimento, novo, interrogatório, réu, colaborador 251

L

LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA
Sindicato − Vide EMBARGOS À EXECUÇÃO

M

MENOR DE DEZESSEIS ANOS
Comunidade indígena – Vide SALÁRIO-MATERNIDADE

MONITOR
Fase – Vide APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

N

NOTIFICAÇÃO PRÉVIA
Devedor − Vide DIREITO COLETIVO

O

OPERAÇÃO LAVA-JATO
Não conhecimento, *habeas corpus* preventivo, com, objetivo, juízo criminal, não, determinação, prisão preventiva, e, condução coercitiva, investigado, hipótese, inexistência, preenchimento, requisito. Necessidade, observância, condições pessoais, investigado, e, caráter específico, fato, ocorrência.
Improcedência, alegação, defesa, juízo criminal, possibilidade, fixação, prisão preventiva, para, indução, investigado, realização, acordo, delação premiada.....228

P

PENA DE DEMISSÃO
Desproporcionalidade − Vide PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

PIS
Cofins, descabimento, creditamento, sobre, receita, aplicação financeira, decorrência, inexistência, previsão legal. Receita, origem, aplicação financeira, integração, base de cálculo, PIS, e, Cofins.
Legalidade, decreto, alteração, alíquota, tributo. Observância, princípio da legalidade, e, princípio da segurança jurídica. Regime jurídico, não cumulatividade, PIS, e, Cofins, previsão, em, matéria infraconstitucional. Possibilidade, alteração, hipótese, aplicação, creditamento.....425

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Atividade clandestina − Vide SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
Decreto − Vide PIS

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
Vide PIS

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Improbidade administrativa. Afastamento, aplicação, pena de demissão, decorrência, desproporcionalidade, e, inadequação. Possibilidade, Poder Judiciário, apreciação, sobre, proporcionalidade, e, razoabilidade, aplicação, pena, origem, processo administrativo disciplinar.
Descabimento, pagamento, período, servidor público, permanência, em, afastamento do serviço, até, data, reintegração.
Não, violação, ampla defesa, nem, contraditório, portaria, instauração, processo administrativo disciplinar, não, indicação, fato, nem, conduta, depois, objeto, indiciamento, e, penalização. Indiciamento, adequação, momento, para, descrição, com, detalhe, fato, e, servidor público, após, citação, oportunidade, para, apresentação, defesa escrita.
Desnecessidade, trânsito em julgado, decisão judicial, para, ocorrência, perda, função pública.
Competência, autoridade, universidade federal, para, aplicação, pena de demissão, decorrência, subdelegação, ministro da educação 140

PROFESSOR
Fator previdenciário – Vide REVISÃO DE BENEFÍCIO

Q

QUESTÃO DE ORDEM
Manutenção, liminar, deferimento, em, ação popular. Suspensão, naturalização, decorrência, indício, fraude, e, ilegalidade.
Naturalização, repercussão, sobre, composição, equipe, Brasil, participação, Jogos Olímpicos, 2016. Caracterização, urgência, medida, pelo, risco, dano de difícil reparação. Ação popular, questionamento, sobre, concessão, nacionalidade, brasileiro, por, naturalização, para, estrangeiro. Não ocorrência, continuidade, domicílio, Brasil, período, anterior, pedido, naturalização, nem, autoridade administrativa, observância, requisito, para, concessão, ato administrativo vinculado. Observância, princípio da inafastabilidade da jurisdição.
Não, referendo, decisão monocrática, relator. Possibilidade, em, caráter excepcional, referendo, pelo, órgão colegiado, decisão monocrática, sobre, efeito suspensivo, em, agravo de instrumento.....361

R

RECURSO ESPECIAL
Sobrestamento − Vide AGRAVO INTERNO

RESERVA LEGAL
Isenção tributária − Vide IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)

REVISÃO DE BENEFÍCIO
Aposentadoria por tempo de contribuição, professor, exercício, magistério, com, exclusividade, em, ensino fundamental, e, ensino médio, afastamento, fator previdenciário, para, cálculo, renda mensal inicial. Verificação, inconstitucionalidade, aplicação, fator previdenciário, decorrência, violação, princípio da isonomia, e, princípio da proporcionalidade.
Reconhecimento, aposentadoria especial, professor, apenas, até, manutenção, vigência, emenda constitucional, ano, 1981. Após, caracterização, aposentadoria por tempo de contribuição.....465

Cálculo, aposentadoria, regulamentação, pela, lei, vigência, data, implementação, requisito, obtenção, benefício previdenciário. Inaplicabilidade, lei, edição, ano, 1989, hipótese, verificação, direito adquirido, cálculo, Renda Mensal Inicial, pelo, teto, salário de contribuição, vigência, em, lei anterior. Para, preservação, valor monetário, benefício previdenciário, possibilidade, reajuste, Renda Mensal Inicial, por, política salarial, posterior, com, observância, aplicação, Lei de Benefícios da Previdência Social.
Não ocorrência, decadência, revisão de benefício, hipótese, concessão, aposentadoria, antes, alteração, Lei de Benefícios da Previdência Social.....290

RODOVIA
Conservação – Vide DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI

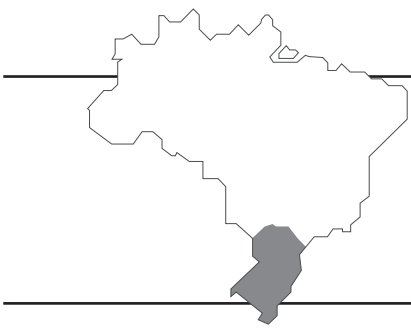
S

SALÁRIO-MATERNIDADE
Reconhecimento, direito, recebimento, benefício previdenciário, membro, comunidade indígena, menor de dezesseis anos. Caracterização, como, segurado especial. Constituição Federal, proteção, trabalho, e, direito previdenciário, referência, menor. Ministério Público, legitimidade ativa, para, propositura, ação civil pública, com, objetivo, defesa, direito individual homogêneo 331

SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO
Empresa, realização, atividade clandestina, como, provedor de serviços, Internet, sem, autorização, Anatel. Verificação, prestação de serviço, decorrência, parceria comercial, por, meio fraudulento, com, outra, empresa, apresentação, regularidade, autorização, Anatel.
Inaplicabilidade, princípio da insignificância, pela, quantidade, usuário, Internet, e, número, disponibilidade, serviço. Irrelevância, nível de potência, equipamento, utilização, pela, empresa 203

T

TRABALHADOR RURAL
Vide APOSENTADORIA POR IDADE



ÍNDICE LEGISLATIVO

Código de Defesa do Consumidor
Artigo 81 353

Código de Processo Civil (2015)
Artigo 133 419
Artigo 269 105
Artigo 294 361
Artigo 932 361
Artigo 1.013 129
Artigo 1.019 361
Artigo 1.021 349
Artigo 1.030 349
Artigo 1.036 349

Código de Processo Penal
Artigo 191 251
Artigo 196 251
Artigo 218 228

Código Tributário Nacional
Artigo 135 419
Artigo 183 419
Artigo 193 419

Constituição Federal
Artigo 5º 228/361/465
Artigo 6º 465
Artigo 7º 331
Artigo 8º 129

Artigo 12 361
Artigo 37.....165/361
Artigo 41 140
Artigo 129 .....331/353
Artigo 149 494
Artigo 170 105
Artigo 175 165
Artigo 201 465
Artigo 217 361
Artigo 225 105

Convenção nº 169 da OIT
Artigo 3º 331
Artigo 5º 331
Artigo 20 331

Decreto nº 3.048/99
Artigo 70 312

Decreto 4.339/2002 105

Decreto 6.698/2008
Artigo 1º 105
Artigo 2º 105
Artigo 3º 105

Decreto nº 8.426/2015 425

Decreto nº 8.451/2015 425

Emenda Constitucional nº 18/81 312
Artigo 1º 465

Instrução Normativa nº 3/2003 do Ministério do Meio Ambiente
Artigo 1º 105
Artigo 2º 105
Artigo 3º 105

Instrução Normativa nº 5/2004 do Ministério do Meio Ambiente 105

Instrução Normativa do INSS/PRES nº 77/2015
Artigo 158 272

Lei Complementar nº 110/2001
Artigo 1º 494

Lei nº 4.771/65
Artigo 16 434

Lei nº 6.001/73
Artigo 14 331

Lei nº 6.815/80
Artigo 112 361
Artigo 113 361

Lei nº 6.830/80 419

Lei nº 6.950/81 290

Lei nº 7.347/85
Artigo 1º 353
Artigo 5º 353

Lei nº 7.643/87
Artigo 1º 105

Lei nº 7.787/89 290

Lei nº 7.960/89
Artigo 1º 228
Artigo 2º 228

Lei nº 8.112/90
Artigo 128 140
Artigo 132 140
Artigo 161 140

Lei nº 8.213/91
Artigo 29 465
Artigo 39 272
Artigo 41 290
Artigo 42 259
Artigo 48 272
Artigo 55 272
Artigo 56 465

Artigo 59 259
Artigo 71 331
Artigo 142 272
Artigo 143 272

Lei nº 8.429/92
Artigo 11 140

Lei nº 8.666/93
Artigo 24 165
Artigo 65 165
Artigo 89 165

Lei nº 9.393/96
Artigo 10 434

Lei nº 9.472/97
Artigo 60 203
Artigo 61 203
Artigo 183 203

Lei nº 10.522/2002
Artigo 2º 353

Lei nº 10.637/2002
Artigo 1º 425

Lei nº 10.833/2003
Artigo 1º 425

Lei nº 10.865/2004
Artigo 27 425

Lei nº 12.850/2013
Artigo 4º 228

Portaria do Ibama nº 117/96
Artigo 2º 105
Artigo 4º 105

Portaria da PGFN nº 810/2009
Artigo 3º 353

Resolução da Anatel nº 259/2001
Artigo 17 203
Artigo 78 203
Artigo 79 203
Artigo 80 203

Resolução da Anatel nº 272/2001
Artigo 3º 203

Súmula do Superior Tribunal de Justiça
Nº 235 411
Nº 435 419

Súmula do Superior Tribunal Federal
Nº 359 290

Súmula do Tribunal de Contas da União
Nº 96 312

Impressão:
Gráfica e Editora Relâmpago
Rua São Manoel, 2351 - POA / RS
Fone: (51) 3336.7966 - (51) 3336.1334
E-mail: orcamento@graficarelampago.com.br