

# revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



PORTO ALEGRE/RS

2016

ANO  
**27**

NÚMERO  
**90**

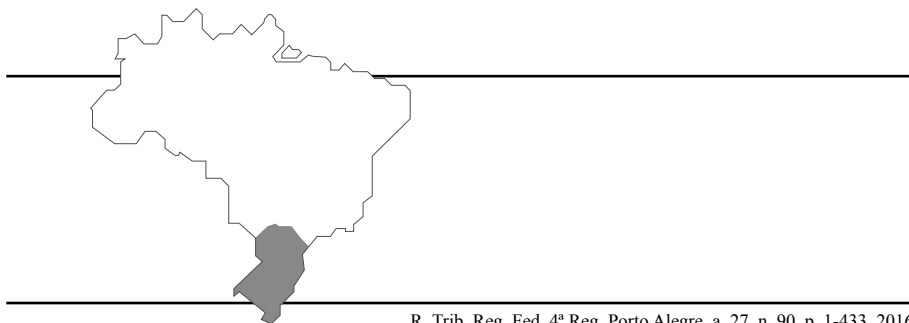
**revista  
do  
tribunal  
regional  
federal**

QUARTA REGIÃO



# revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 27, n. 90, p. 1-433, 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

I. 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

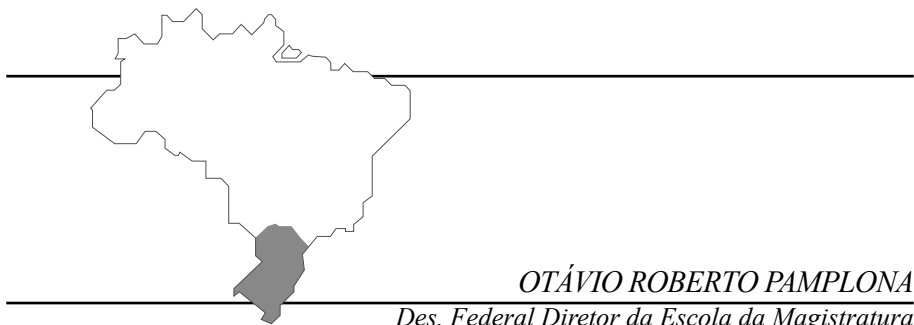
[www.trf4.jus.br/revista](http://www.trf4.jus.br/revista)

*e-mail:* [revista@trf4.jus.br](mailto: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 10 de março de 2016

- Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó – 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 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 – *Conselheiro da Emagis*
- Des. Federal Joel Ilan Paciornik – 14.08.2006 – *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
- Des. Federal Márcio Antônio Rocha – 26.04.2010 – *Vice-Corregedor Regional*
- Des. Federal Rogerio Favreto – 11.07.2011
- Des. Federal Jorge Antonio Maurício – 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
- Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado)
- Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado)
- Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene (convocada)
- Juíza Federal Taís Schilling Ferraz (convocada)
- Juiz Federal Marcelo De Nardi (convocado)
- Juiz Federal Luiz Carlos Canalli (convocado)
- Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior (convocado)
- Juiz Federal Roger Raupp Rios (convocado)
- Juiz Federal Marcelo Malucelli (convocado)
- Juiz Federal Artur César de Souza (convocado)
- Juíza Federal Claudia Maria Dadico (convocada)
- Juíza Federal Daniela Tocchetto Cavalheiro (convocada)



## **CORTE ESPECIAL**

Em 25 de fevereiro 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 João Batista Pinto Silveira
- Des. Federal Celso Kipper – *Corregedor Regional*
  - 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 – *Conselheiro da Emagis*
  - 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 16 de março 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 Otávio Roberto Pamplona  
Des. Federal Joel Ilan Paciornik  
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  
Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado em razão da  
aposentadoria do Des. Federal Tadaaqui Hirose)  
Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado em razão da  
aposentadoria do Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon)

### **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 Joel Ilan Paciornik

### **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  
Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado em razão da  
aposentadoria do Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon)

### **SEXTA TURMA**

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – *Presidente*  
Des. Federal João Batista Pinto Silveira  
Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado em razão da  
aposentadoria do Des. Federal Tadaaqui Hirose)

### **SÉTIMA TURMA**

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

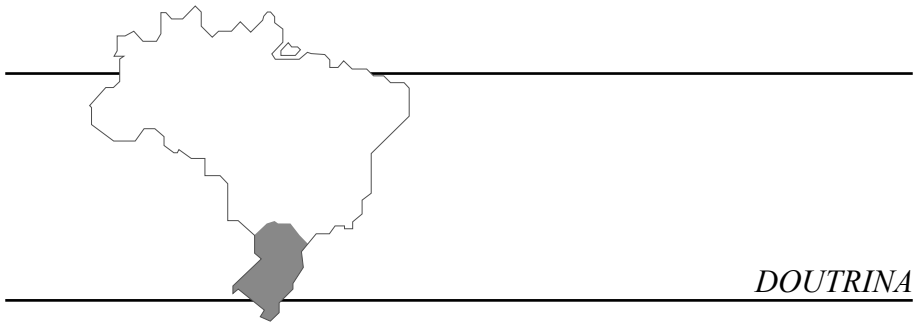
### **OITAVA TURMA**

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

## SUMÁRIO

DOCTRINA .....	13
10 anos do falecimento do Ministro Rodrigues Alckmin <i>Francisco Rezek</i> .....	15
O jurista Eloy José da Rocha <i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i> .....	21
Competência penal da Justiça Federal <i>Leandro Paulsen</i> .....	33
O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha <i>Bodo Pieroth</i> .....	109
ACÓRDÃOS.....	127
Direito Administrativo e Direito Civil .....	129
Direito Penal e Direito Processual Penal .....	211
Direito Previdenciário .....	229
Direito Processual Civil .....	265
Direito Tributário .....	315
ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	341
SÚMULAS .....	401
RESUMO.....	411

ÍNDICE NUMÉRICO.....	415
ÍNDICE ANALÍTICO .....	419
ÍNDICE LEGISLATIVO .....	429



*DOUTRINA*



## 10 anos do falecimento do Ministro Rodrigues Alckmin\*

*Francisco Rezek\*\**

Recordo-o, de pé, em meio a um círculo denso de atentas criaturas, a discursar com sobriedade no salão branco da Suprema Corte, vizinho ao plenário, onde a tradição impede que se pronuncie mais que a breve fórmula ritual ao ensejo da posse de um novo ministro. Recordo, naquela tarde de 11 de outubro de 1972, sua declarada homenagem às lições do cotidiano, ao contato da realidade social que imprime no magistrado as virtudes maiores. O Tribunal recebia então, no seu reduzido quadro, o corregedor de São Paulo, cuja escolha fora motivo de transparente entusiasmo. A vaga preenchida resultara da aposentadoria, por implemento da idade, de Moacyr Amaral Santos – que, algum tempo antes, em meio a uma série comovida de homenagens, evocara sua juventude combativa e seus inúmeros entreveros com a autoridade em uma época de arbítrio. O sucessor, dizia-se então, não desmerecia em talento o sucedido. Figurava, contudo, um estilo e um temperamento bem diversos, como diversa era sua trajetória biográfica. Pouco tempo,

---

\* Discurso proferido no 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em 1988, durante cerimônia em homenagem ao Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin (04.04.1915 – 06.11.1978) no transcurso dos dez anos do seu falecimento.

\*\* Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas (1997-2006), Ministro do STF (1983-1990, 1992-1997), Presidente do TSE (1989-1990), Ministro das Relações Exteriores (1990-1992), Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Paris, Advogado, Parecerista.



com efeito, consagrara Rodrigues Alckmin à advocacia liberal. Por blague, costumava dizer mais tarde que, entre enfrentar juízes e enfrentar advogados, havia optado pelo segundo caminho.

Seu ingresso no Supremo precedeu de pouco meu afastamento do quadro de assessores daquela casa, para que a ela, entretanto, me preservasse vinculado, oficiando nos feitos como procurador da República. De sua voz, ao vivo, recolhi lições de prudência e lógica, não mencionando aquelas que se estamparam em seus julgados, e que importaram benefício a toda a comunidade jurídica do país. Tínhamos, em comum, a condição de ex-alunos, em momentos diversos, do velho e fidalgo Colégio de Lorena; e ainda um laço com a cidade de Mogi Mirim, que o viu na juventude envergar sua primeira toga, e que frequentei eu próprio, ao longo de toda a infância, levado pelo trem da Companhia Mogiana a visitar familiares.

Tenho presentes na memória a estima que de pronto lhe consagraram e o respeito intelectual que, anterior à sua investidura, lhe passaram a tributar com maior intensidade meus mestres diletos, Bilac Pinto e Aliomar Baleeiro. Hoje, evocando à distância o perfil profissional de Rodrigues Alckmin, percebo que ele configurou o modelo do juiz técnico, no mais precioso sentido que se possa atribuir a essa expressão, tantas vezes malversada. É comum entre nós que, por desaviso ou superlativa reverência, qualifiquem os frequentadores do foro, e a própria imprensa, como “juízes técnicos” aqueles magistrados radicalmente conservadores, que por vezes parecem entrever, em rotundo equívoco, o conservantismo como virtude essencial no ofício judicante. Sabemos que uma das antinomias nucleares do nosso tempo é aquela que opõe, no meio social, conservadores a progressistas. Assumir por princípio a bandeira do conservantismo significa, dessarte, afastar-se do ponto de equilíbrio e abrandar o rigor da neutralidade que se espera, idealmente, do magistrado. Para Rodrigues Alckmin, o qualificativo de conservador repontaria tão estranho e impróprio quanto aquele de progressista. Ninguém mais que ele ostentou o apanágio fundamental do juiz técnico, qual seja, a total imprevisibilidade de seus votos à luz do substrato conjuntural e ideológico do feito em julgamento. Não tendo eu próprio a veleidade de primar por tal virtude, seria entretanto desleal se abdicasse desta oportunidade de dizer da admiração que ela me causa e de render

tributo a um dos magistrados que nela melhor pontificaram.

É preciso lembrar, de todo modo, que o rigor científico da judicatura de Rodrigues Alckmin não lhe tolheu jamais a visão crítica do direito positivo. “Perguntar-se-á” – disse ele um dia – “se não existe íntima contradição na atitude do julgador que, embora em desacordo com o texto da lei, lhe dá aplicação; e se o caso não seria de solvê-la pela recusa declarada à aplicação da lei, ou à aceitação do cargo”. Parecia-lhe, a propósito, inaceitável tudo quanto significasse violência aos princípios éticos do juiz, hipótese em que lhe restaria, como homem de bem, o caminho da rejeição do ofício. Mas o juiz – esse era seu ostensivo entendimento – não pode usurpar a função legislativa, nem transfigurar-se no censor do parlamento. Invocando a lição de Stammler, lembrava que “pior que dar solução insatisfatória a um caso isolado é destruir o que Kant chamou a *fonte do direito*: a confiança no direito em geral e em seu caráter inviolável”.

Avesso à ideia de qualquer abuso no exercício da criatividade judiciária, Rodrigues Alckmin não professou tampouco o dogma do restricionismo ortodoxo. “A nenhum juiz digno desse nome” – observou ele – “podem ser estranhos os magnos temas sociais e econômicos. Ou jamais interpretariam sabiamente as leis, atendendo aos fins sociais a que elas se dirigem e às exigências do bem comum”.

Ao preparar o diagnóstico referente à reforma da Justiça, em 1975, o Ministro Alckmin fez ver que a apregoada crise do Poder Judiciário constituía parte de um “fenômeno mais amplo”, qual fosse “a crise da própria ordem jurídica”. Com lucidez e excepcional sinceridade, trouxe a debate todos os nossos vícios seculares, lembrando as raízes sociais da criminalidade, a desordem e a dimensão gigantesca do direito escrito no Brasil de nossos dias, a queda de qualidade geral no ensino jurídico e o rebaixamento dos padrões éticos. São suas estas palavras de análise e advertência:

“O recurso ao Judiciário não é encarado pelos profissionais menos aptos como solução derradeira dos conflitos de interesses, depois de estudo dos justos limites das pretensões. As demandas, as contestações, os recursos manifestamente infundados ou temerários são postos tranquilamente na tela judiciária e não encontram corretivo eficaz: aceitam-se como atividades normais da profissão. Impõe-se, portanto, a benefício do próprio respeito devido à atividade de um dos poderes do Estado, a adoção de medidas corretivas, buscando-se a elevação do nível do ensino, inclusive sob o aspecto da deontologia profissional. E é indis-

pensável, também, a existência de rápidas e eficazes sanções a demandas, defesas, incidentes e recursos patentemente infundados ou abusivos. A consideração de nova sucumbência, ainda que mitigada, para efeito de honorários, em recursos não providos e em incidentes processuais infundados, contribuiria para melhorar o critério com que interpostos. E a imposição de sanções pecuniárias, pela consciente alteração da verdade, coibiria a atividade estimuladora de pleitos.”

*Breves são os dias do homem sobre a terra*, lembrava Rodrigues Alckmin, à vista das escrituras, no elogio póstumo de Aliomar Baleeiro. A morte, que ele jamais temeu, mas que ninguém tampouco pressentir pudera, sobreveio rápida e fulminante. Não contam os anais do Supremo com a página preciosa que, em outras circunstâncias, teria marcado sua despedida, resumindo reflexões sobre o ofício judiciário e, quem sabe, ainda, sobre sua particular visão do mundo, da história, do futuro, da sociedade, da condição humana. É possível que nem tenha podido conscientemente, nos seus derradeiros momentos, regozijar-se como o apóstolo São Paulo, por deixar este mundo na certeza de haver combatido o bom combate e guardado a fé.

Aos seus amigos e discípulos desta egrégia Corte que hoje lhe rende homenagem, confidencio a lembrança de nosso derradeiro encontro. Rompera o mês de outubro de 1978. A bênção das primeiras chuvas da primavera trazia novo alento aos habitantes da capital federal, castigados pela aridez que ali caracteriza os meses de estio. Licenciado no Ministério Público e na Universidade, preparava-me para tomar o rumo da Inglaterra, onde, por um ano, iria permanecer agregado à academia de Oxford. Em uma visita à cripta da Catedral de Brasília, por volta de uma da tarde, deparei com o Ministro Alckmin, que por ali passara – como devia ser nele costumeiro – a caminho do Supremo. Bem humorado, mesmo no trato das coisas d’alma, indagou-me se eram muitas as culpas pelas quais, à véspera da grande jornada, ali viera vindicar a divina indulgência; e, ante a resposta afirmativa, ponderou que não seriam maiores que as suas próprias, penitenciadas a cada dia. Fez-me votos de êxito. Despedimo-nos. Foi a última vez que o vi. Semanas mais tarde, já distante da pátria e no limiar de um dos mais longos e rigorosos invernos que se abateram sobre as ilhas britânicas, chegava-me, pela voz desconcertada e amarga de diferentes amigos, a notícia de que, sem pré-aviso, o havíamos perdido. Todos. O Supremo, onde ele deixou lições perenes de bom senso. O Tribunal Superior Eleitoral, que

então se encontrava sob sua presidência, tendo sido a segunda corte – depois do Tribunal de Alçada de São Paulo – a recolher esse privilégio. A classe dos magistrados, para cujo ideário permanente seu exemplo reponta como essencial. A civilização paulista. O verde e pródigo vale do rio Paraíba. A inteira comunidade dos que creem na sobrevivência da espécie humana, sem embargo de quão perecível é a matéria.

Nos dez anos do desaparecimento precoce de José Geraldo Rodrigues de Alckmin, a perfeita lembrança de seu singular estilo, de sua extraordinária personalidade, de sua imaculada consciência povoa-nos o espírito com a marca da mais viva atualidade. *Breves são os dias do homem sobre a terra*. Perene, entretanto, em nosso meio, há de ser o culto daqueles que se entregaram ao serviço da Justiça, e que neste, como Rodrigues Alckmin, em momento algum desertaram da sua promessa de nunca faltar à causa da humanidade.



## O jurista Eloy José da Rocha \*

*Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz\*\**

*“Gosto de repetir que a justiça é valor eterno, de que, em relação às coisas da terra, o juiz é depositário e administrador privilegiado, por vontade do Juiz Justo, o Senhor de todos os bens. Acredito que essa é, no fundo, a explicação da vocação e da missão do juiz.*

*Condição essencial do progresso e do bem-estar social e, assim, de vida humana digna, é o respeito desse valor. Deve ser por isso que se lê, nas Escrituras, que a justiça exalta as nações.”*  
*Ministro Eloy José da Rocha*

Cabe-me, inicialmente, agradecer ao ilustre Professor José Felipe Ledur, Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho – 4ª Região, e o faço com profundo desvanecimento, a honra deste convite para participar das homenagens ao insigne Ministro Eloy José da Rocha, que tanto dignificou o Poder Judiciário e as letras jurídicas da nação brasileira.

No dia 03 de junho de 1907, na cidade de São Leopoldo, no Estado do Rio Grande do Sul, nasceu Eloy José da Rocha.

Na capital de seu Estado, Porto Alegre, realizou os seus estudos, tendo concluído o curso de Direito na tradicional Faculdade de Direito de Porto Alegre, em dezembro de 1928.

---

\* Conferência proferida na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho – 4ª Região, em Porto Alegre, na data de 12.11.2015.

\*\* Desembargador Federal e Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Desde fevereiro de 1928, como permitia a legislação então em vigor, desempenhou as funções de Juiz Distrital, já naquela época revelando a sua vocação à magistratura.

A partir de 1930, devotou-se, com notável êxito, à advocacia, tendo, inclusive, sido membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, no período compreendido entre março de 1939 e março de 1943.

Desde cedo, dedicou-se ao magistério superior, primeiramente na Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas de Porto Alegre, da Pontifícia Universidade Católica, onde, nos anos de 1931 e 1932, regeu as cadeiras de Direito Comercial, Direito Civil e Direito Constitucional e, a partir de 1933, fixou-se na cadeira de Legislação Operária e Direito Industrial, atualmente, Direito do Trabalho.

Em maio de 1939, mediante concurso de provas e títulos, conquistou a cátedra de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito de Porto Alegre, integrante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo apresentado como tese a clássica monografia *A extinção do contrato de trabalho no Direito brasileiro*.

Na mesma Faculdade de Direito, no ano de 1942, regeu, em substituição, a cadeira de Direito Comercial.

Nos anos de 1952 a 1957, foi professor da disciplina de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Em outubro de 1952, indicado em lista tríplice, foi nomeado pelo Presidente da República Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, obtendo a sua consagração no âmbito acadêmico, pois o seu renome extravasara as fronteiras do seu Estado.

Trabalhador infatigável, dedicou-se intensamente à advocacia e ao estudo do Direito, sendo raras as causas intrincadas no foro de Porto Alegre que não contaram com parecer seu, tendo por vezes sem conta frequentado a tribuna do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deixando sempre registradas suas magistrais qualidades de expositor e mestre do Direito.

Com o fim do Estado Novo, foi eleito Deputado Federal na legislatura iniciada em 1946, participando da Assembleia Nacional Constituinte destinada a elaborar a nova Carta Política, oferecendo, nessa ocasião,

numerosas emendas ao projeto de Constituição, em especial aquelas destinadas ao aprimoramento do capítulo do Poder Judiciário e aos princípios sobre o trabalho.

Em março de 1947, foi convidado a ocupar o cargo de Secretário da Educação e da Cultura do Rio Grande do Sul, sendo marcante a sua atuação, em face da larga experiência no magistério superior.

Em abril de 1953, foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na vaga destinada a advogado, trazendo para essa Corte a experiência do professor, do advogado, do jurista, não lhe faltando sequer a vivência política, pois fora Deputado Federal e Secretário de Estado.

A respeito dessa rica trajetória do Ministro Eloy da Rocha, melhor e mais autorizadamente a destacou o saudoso Ministro Carlos Thompson Flores, no discurso que proferiu em nome do Supremo Tribunal Federal por ocasião da posse do nosso homenageado na presidência da Corte Suprema, *verbis*:

“Antes de terminar o curso na Faculdade de Direito, exercia as funções de Juiz Distrital. Já naquela época revelava a sua dedicação à Justiça, a preocupação pelo respeito à ordem jurídica, destacando-se a sua atuação na defesa dos menores, lutando pela aplicação da lei, que os amparava e defendia. Mostrou, então, a sua bravura cívica e o destemor com que defendia a justiça. Embora tivesse nítida vocação para a magistratura, as circunstâncias o conduziram por outros caminhos. Advogado de reputação firmada, resolveu candidatar-se a uma cátedra na Faculdade de Direito, tendo escolhido Direito do Trabalho, que conquistou em concurso. Nas aulas manifestou, logo, a sua incomum aptidão para a análise, sendo um exegeta nato, e a habilidade na construção jurídica, revelando as riquezas, imperceptíveis ao primeiro exame, da disciplina que versava. No juízo dos alunos, em sucessivas gerações de estudantes é considerado como dos maiores professores que têm lecionado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tão pródiga em grandes mestres. A experiência do professor de Direito não se limitou à cátedra e à advocacia. Foi constituinte em 1946, colaborando ativamente na confecção da Magna Carta. A passagem pelo Parlamento ampliou-lhe a visão sobre os problemas nacionais, permitiu-lhe contacto com representantes de outras regiões do país, de outras idéias, e examinar os problemas jurídicos sob o ponto de vista do legislador. Isso deve ter-lhe revelado a necessidade da colaboração dos três poderes para a solução dos problemas nacionais, sobretudo depois que exerceu funções executivas como Secretário de Estado e as judicantes, como juiz deste Tribunal. Cada um dos poderes tem um modo de considerar o que interessa à nação e ao povo, e a maneira de encarar e focar as questões à luz de outra experiência e de outro ângulo faz imprescindível a colaboração dos três, para a retificação dos caminhos desgarrados e a descoberta das soluções acertadas. Visando todos ao bem comum, respeitando a ordem jurídica, tendo presentes os interesses da nação e o bem do povo, naquela harmonia determinada na Constituição, cumprirão o papel que a ordem jurídica lhes atribui e concorrerão para que o



país, dentro da democracia, construa um Estado onde impere a Justiça, e a felicidade dos brasileiros seja o objetivo comum.

Com essa vivência da coisa pública, foi Vossa Excelência convocado para servir neste Tribunal.”<sup>1</sup>

O alto conceito que granjeou como magistrado concorreu para que fosse nomeado, em 22 de agosto de 1966, pelo Presidente Castelo Branco, Ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Carlos Medeiros Silva, que acabara de ser nomeado Ministro da Justiça, com a finalidade de elaborar o projeto da Constituição de 1967.

No Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Eloy da Rocha confirmou o alto conceito que trazia de sua província natal, projetando-se como magistrado e mestre do Direito em todo o Brasil.

Acerca de seus atributos como julgador, rememorou o eminente Ministro Adalício Nogueira, em suas conhecidas memórias, *verbis*:

“Todos quantos o conheceram neste último Tribunal ou foram testemunhas do correto desempenho com que ele preencheu a sua árdua missão de magistrado atestam a austeridade e o escrúpulo refletidos na seriedade das suas decisões. Minucioso, metódico e cuidadoso, quando as proferia, ele nos infundia a todos a convicção de que elas eram o fruto amadurecido de um estudo acurado e de uma elaboração conscienciosa. Eloy da Rocha buscou sempre pautar o seu comportamento dentro dos estritos limites da decência e da compostura. Participando, em certo período, da 2ª Turma, a que eu então presidia, pude presenciar, de perto, esses nobres atributos, que lhe ataviam a inteligência e o caráter. Figura exponencial da cultura jurídica do Rio Grande do Sul, que tantos exemplares desse jaez tem oferecido ao país, ele soube guardar fidelidade a essa bela tradição da sua terra natal, para onde, dentro em breve, volverá, envolto na tranqüilidade de espírito, que é o justo prêmio dos que, no decorrer da vida privada e profissional, se consubstanciam com os ditames impercíveis do dever.”<sup>2</sup>

Para o Ministro Eloy da Rocha, homem profundamente religioso, toda e qualquer ofensa a um direito perturba a ordem ideal que o legislador pretendeu implantar nas relações humanas, constituindo uma dissonância, uma quebra do ritmo da ordem jurídica que ao juiz incumbe restabelecer o mais depressa possível, consoante o magistério clássico de João Monteiro.

Esse é o drama judiciário, cabendo ao magistrado proceder não como

---

<sup>1</sup> In Supremo Tribunal Federal. *Posses presidenciais: 1962 – 2004*. Brasília, 2004. p. 115.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, Adalício C., in *Caminhos de um magistrado*. Rio de Janeiro: José Olympo/MEC, 1978. p. 129.

insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos legais, mas como órgão de aperfeiçoamento desses, verdadeiro intermediário entre a letra morta dos códigos e a realidade do quotidiano que se projeta naquela, incumbindo ao juiz a função quase divina de adaptar os textos legais às espécies ocorrentes, tornando efetivas as garantias insculpidas nas constituições e nos textos legais para que se possa realizar a verdadeira Justiça.

Nesse sentido, os reclamos de Gustav Radbruch,<sup>3</sup> Rupert Schreiber,<sup>4</sup> Theodor Viehweg<sup>5</sup> e Gaston Morin.<sup>6</sup>

A propósito, Antoine Garapon, Julie Allard e Frédéric Gross, em obra já consagrada, após o cuidadoso exame das qualidades necessárias à formação do magistrado, anotam, *verbis*:

*“Le juge doit exercer une fonction qui fut longtemps réservée aux dieux, une tâche surhumaine en quelque sorte, puisqu’il doit distinguer le faux du vrai, le juste de l’injuste et surtout administrer une souffrance rédemptrice sous la figure de la peine (ce qui le rendait encore hier maître de la vie, en raison de la persistance très tardive de la peine de mort). Le juge doit non seulement pacifier les rapports d’ici-bas mais aussi entretenir l’ordre du monde, nous réconcilier avec l’au-delà, ce qui explique que la justice humaine se soit longtemps adossée à une justice supra-humaine.”*<sup>7</sup>

Desde a sua passagem pelo Parlamento, como deputado constituinte em 1946, o Ministro Eloy da Rocha empenhou-se pelo aperfeiçoamento do Poder Judiciário, reivindicando um papel de liderança do Supremo Tribunal Federal nesse processo, inclusive o de ser ouvido na reforma judiciária.

Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 09 de fevereiro de 1973, enfatizou, *verbis*:

“Tem começo, entre nós, a revisão da legislação, de que são exemplos os novos Códigos. No esforço do Ministério da Justiça em promover essa elaboração legislativa, não se descobre só a capacidade técnica do departamento governamental, mas uma tomada de posição, em face do ceticismo jurídico reinante. Certo, há muito que fazer, mas vale, sobretudo, desde já, e por si, o ato de fé do direito.

A par das regras do progresso, que estão sendo modificadas, propõem-se relevantes problemas de reestruturação dos órgãos judiciários. Diante deles não se podem omitir os

<sup>3</sup> RADBRUCH, Gustav, in *Introduzione alla scienza del Diritto*. Traduzido por Dino Pisani. Torino: G. Giappichelli. p. 362-3.

<sup>4</sup> SCHREIBER, Rupert, in *Logic des Rechts*. Berlin: Springer-Verlag, 1962. p. 92-5.

<sup>5</sup> VIEHWEG, Theodor, in *Topik und Jurisprudenz*. München: Verlag C. H. Beck, 1953. p. 22-5 e 32-6.

<sup>6</sup> MORIN, Gaston, in *La Revolte du Droit contre le Code*. Paris: Recueil Sirey, 1945. p. 114-5.

<sup>7</sup> GARAPON, Antoine, in *Les vertus du juge*. Paris: Dalloz, 2008. p. 12.

que detenham qualquer parcela de responsabilidade.

Ao lado dos outros poderes, na tarefa de reforma, na renovação nacional, precisa e quer inserir-se, no que lhe diz respeito, o Poder Judiciário, como um dos três poderes da União, independentes e harmônicos. Desafia a capacidade dos reformadores a complexidade da organização e das funções do Poder, que abrange, além do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos e os juizes federais, os Tribunais Superiores e os diferentes órgãos das justiças especializadas, Militar, Eleitoral e do Trabalho, os tribunais e juizes estaduais.

Desde a Constituinte de 1891, clama-se pelo aperfeiçoamento do Poder Judiciário, que é condição de sobrevivência dos direitos e das instituições. Não há originalidade no registro da necessidade de modificar a estrutura do Poder Judiciário. No que se relaciona, particularmente, com esta Corte, guarda da Constituição e da uniformidade de interpretação do direito federal, magistrados, advogados, professores e homens de governo têm tratado, nos últimos trinta anos, do que se chamou a crise do Supremo Tribunal Federal, isto é, o aumento invencível da quantidade de processos submetidos a seu julgamento. Merecem citação, dentre outros preciosos estudos, os recentes, de dois mestres de Direito Processual: o do eminente Ministro e Professor Amaral Santos, em conferência realizada a 12 de agosto de 1969, e o do eminente Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid, em *Estudos de Direito*. Não tem havido, sempre, coincidência das sugestões, mas em um ponto parece que não há discrepância: a necessidade de reforma, para dotar a Justiça de instrumentos eficazes. A sobrecarga dos processos verifica-se na generalidade dos tribunais e em todos os graus de jurisdição.

Sem dúvida, o aperfeiçoamento do Poder Judiciário vem sendo procurado, com relação tanto à competência como à organização do Poder, nas Constituições de 1946, 1967 e 1969. Assim, criou-se, na Constituição de 1946, o Tribunal Federal de Recursos. Restabeleceu-se, pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, a Justiça Federal de primeira instância. A Constituição de 1967 conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de regular, em seu regimento interno, o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso. A essa competência, a Constituição de 1969 acrescentou a de indicar, no mesmo regimento, atendendo à sua natureza, espécie ou valor pecuniário, as causas em que é admissível recurso extraordinário pelas letras *a e d*. A mesma Constituição de 1969 deu aos Tribunais de Justiça dos Estados o poder de dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciárias.

São objetivos vitais a reestruturação dos órgãos judiciários, como a regulação do *status* do juiz, em complementação a princípios constitucionais. Deverão ser aprimoradas ou instituídas regras que atendam, a um tempo, à independência como à aptidão e à responsabilidade do magistrado, e em que se lhe assegure posição moral e material condigna.

Nos grandes Estados, e assim nos pequenos, por motivos que podem variar, angustiante problema é o do recrutamento dos juizes, em número suficiente e com aptidão adequada. O mesmo progresso atrai os juristas para outras áreas profissionais. É preciso pensar no recrutamento e na formação de juizes, quando se avolumam e se tornam mais difíceis as suas funções, de cujo bom desempenho tanto dependem os direitos dos homens e os interesses do Estado.

Os mesmos serviços administrativos dos órgãos judiciários precisam atualizar-se, mediante adoção de novos métodos e técnicas de trabalho, com aproveitamento de recursos da automatização, especialmente, com referência à informação.

Certamente, não estou esboçando um plano objetivo de reforma do Poder Judiciário, que não teria oportunidade neste pronunciamento. Estou, apenas, fazendo referências gerais sobre aspectos que ilustram a urgência da reforma, para acudir às solicitações de ajustamento dos órgãos judiciários às novas realidades.

Se o Poder Judiciário não tem, sempre, a iniciativa, ele terá, ainda assim, condições, que lhe são próprias, para representação ou sugestão aos outros poderes, e tanto mais que existe, na realidade, entre eles e o Poder Judiciário a harmonia, de que cuida a Constituição.

Acentuo, não sou pessimista. Seria erro minimizar o que há de positivo na nossa Justiça, na sua organização e no seu funcionamento. Nem se pense que, no confronto com o Poder Judiciário de outras nações, mesmo daquelas que se têm por mais adiantadas, feitas as compensações, o resultado nos seja desfavorável. Em maior ou menor grau, e não esquecidas as peculiaridades locais, os problemas são universais.”<sup>8</sup>

Com vasta experiência na vida pública, consagrou-se a um verdadeiro sacerdócio judicial e, ademais, era o saudoso Ministro Eloy da Rocha dotado de admirável talento analítico, dissecando e interpretando a Constituição e os textos normativos, esquadrinhando os fatos da causa com minúcia, reconhecendo a comunidade jurídica as suas altas virtudes de magistrado, culto, justo, exegeta sem igual, merecedor do respeito dos jurisdicionados e orgulho de todos os rio-grandenses.

Nos quase 11 anos em que pontificou no Supremo, legou-nos uma jurisprudência que versou, com mão de mestre, todos os problemas de direito público e privado.

Nesse sentido, impõe-se destacar alguns de seus votos que espelham essas qualidades do notável juiz.

Ao julgar o RE nº 67.653-GB, o Supremo Tribunal Federal deparou-se, pela primeira vez, com o exame da constitucionalidade da cláusula de não concorrência no momento da extinção do contrato de trabalho.

Em seu precioso voto, disse, *verbis*:

“O Sr. Ministro Eloy da Rocha: – Mas o problema é velho. Carvalho de Mendonça, no Direito Comercial, estudou a chamada cláusula de concorrência, ou de não concorrência.

Cuida-se, aqui, de comportamento após o contrato de trabalho. A conduta do empregado, durante o contrato, a respeito de questão análoga, é prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 482, letras *c* e *g*. Na letra *c*, veda-se atividade do empregado que possa importar ato de concorrência ao empregador. Na letra *g*, inclui-se como uma das faltas graves do empregado a violação de segredo da empresa. A cláusula ou pacto de não concorrência refere-se a período posterior.

Merece ser considerada, a propósito, a lição de Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial brasileiro*, v. II, edição de 1911, n. 462, p. 462-463):

---

<sup>8</sup> *In Op. cit.*, p. 128-130.

‘Dissemos que podiam ser estipuladas no contrato de emprêgo no comércio obrigações de natureza particular.

A êsse respeito aparece a questão: é lícito o pacto pelo qual o preposto se obriga a, quando despedido, não se empregar em outra casa, que explore indústria idêntica ou a não exercer a profissão comercial?

Êsse pacto é de ordinário chamado cláusula de concorrência.

Conforme a opinião radical êste pacto é nulo por ofender a liberdade de trabalho e de comércio, garantida constitucionalmente. Êle obrigaria o preposto a trabalhar forçadamente na casa do preponente, pois o privaria dos meios de prover honestamente a subsistência. A ordem pública repeliria êsse pacto, que importa na condenação à ociosidade.

Outra opinião, porém, conciliando os interesses do preposto com os do preponente, é pela validade do pacto, desde que limitado no tempo e no espaço.

O que se não pode admitir em absoluto é a restrição perpétua, que evitaria o livre progresso e o melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalho não é outra coisa que o direito à vida.

O pacto pode ser tolerado uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciais as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a êste, bom critério não exceder o período da duração efetiva do contrato.’

Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho, ou ao direito ao trabalho, não será admissível cláusula de não concorrência, sem tais limitações. Não será lícito impedir o empregado de exercer determinada atividade, sem limitação de tempo e espaço. É claro que a limitação se restringirá, igualmente, ao objeto de atividade do empregado.”

E, mais adiante, concluiu, *verbis*:

“O Sr. Ministro Eloy da Rocha: – No caso, a discutida cláusula atende a alguns dos requisitos para validade. Assim, restringe a proibição a cinco anos e ao mesmo ramo de atividade da empregadora. Mas não escapa à censura, no tocante ao espaço. O empregado ‘obriga-se a não trabalhar, nem no Brasil, nem no estrangeiro (...)’. Quer dizer, em parte alguma. Naturalmente, a questão do espaço deve ser apreciada, hoje, em face das comunicações modernas, diferentemente do que acontecia à época de Carvalho de Mendonça.

O Projeto de Código do Trabalho, de 1965, inscreve preceito sôbre ‘pacto de exclusão de concorrência’ – art. 642. O pacto, celebrado por escrito, deverá estipular indenização ou compensação mensal, durante o prazo de sua vigência, a favor do empregado, e estabelecerá limites de objeto, tempo e lugar.

O Tribunal Superior do Trabalho não contrariou a Constituição, ao julgar inválida a cláusula, como estipulada, por incompatível com a liberdade de trabalho.”<sup>9</sup>

Certa vez, em que veio à tona o problema dos pressupostos da retrocessão na desapropriação, proferiu, no RE nº 64.559-SP, erudito voto em aresto que possui a seguinte ementa, *verbis*:

---

<sup>9</sup> In DJ de 03.11.1970, p. 5.294. Nesse sentido é a melhor doutrina: Y. Serra, in *L’obligation de non concurrence*. Paris: Sirey, 1970. p. 159. n. 175.

“Desapropriação. Pretensão do expropriado à requisição do imóvel, ou ao pagamento de perdas e danos.

– Controvérsia sobre o direito de retrocessão, no sentido de direito de reaquisição, ou de preempção legal. Aplicação do art. 1.150 do Código Civil. Natureza do direito regulado nesse dispositivo.

– Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre inexistência do direito de retrocessão, ou de preempção legal, quando, modificada a destinação primitiva, declarada no ato expropriatório, a coisa desapropriada ainda for empregada para fim de utilidade pública, isto é, quando a destinação não perder a característica de utilidade pública.

– Desvio da finalidade da desapropriação. Não pode o expropriante transferir a particular, sob qualquer título, o domínio ou uso do bem, com prejuízo da desapropriação fundada na necessidade ou utilidade pública.

– O fato da não utilização da coisa expropriada não caracteriza, só por si, independentemente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação.

– O disposto no art. 1.157 do Código Civil não se aplica ao direito regulado no art. 1.150.

– Intervenção dos herdeiros, como litisconsortes, em ação proposta pela viúva meeira e inventariante da herança do expropriado.

– Recurso conhecido e provido parcialmente.”<sup>10</sup>

Ao julgar o RE nº 82.881-SP, firmou importante precedente a respeito do direito adquirido à qualificação jurídica do tempo de serviço.

Nessa ocasião, disse, *verbis*:

“O meu entendimento é antigo. Quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, examinei questão idêntica, no Mandado de Segurança 126, concedido, por maioria de votos, em sessão plenária de 17.08.1953 (*Revista Jurídica do Rio Grande do Sul*, 11/128-131). A impetrante teve exercício, como professora de escola de nacionalização, no período de 27.03.1939 a 15.12.1944. O tempo de serviço nas escolas de nacionalização considerava-se prestado no magistério público e era ‘computado em dobro, para todos os efeitos legais’, segundo disposição legal então vigente, somente revogada por DL. de 31.12.1942, data da revogação da lei que lhe conferira aquele direito.

O princípio é este: realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público, o direito dele resultante incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independentemente da atualidade de outros direitos. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público.

Regras constitucionais poderão ilustrar a discussão. A Constituição Federal dispõe: ‘Art. 104 – O funcionário público investido em mandato eletivo federal ou estadual ficará afastado do exercício do cargo e somente por antiguidade será promovido. § 1º – O período do exercício de mandato federal ou estadual será contado como tempo de serviço apenas para efeito de promoção por antiguidade e aposentadoria’. Será possível que, revogada essa regra constitucional, se despreze, no tempo de serviço público, atividade exercida de acordo com a norma então vigente? Conforme o art. 102, § 3º, da Constituição, o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei. Magistrado federal, que foi juiz estadual,

---

<sup>10</sup> In RTJ 57/46.

averba o tempo de serviço prestado neste cargo, para disponibilidade ou aposentadoria naquele. Reforma constitucional, que suprima essa contagem, não atingirá a qualificação do tempo de serviço já prestado.

Poderão ser alterados os requisitos de aposentadoria, inclusive quanto ao tempo de serviço: ao invés de trinta e cinco anos de serviço, se o funcionário for do sexo masculino, poderão ser exigidos quarenta ou cinquenta. Mas a lei não poderá dispor que não é mais tempo de serviço público, para todos os efeitos ou para determinado efeito, o que, segundo a lei, o era, na época em que o serviço foi prestado.”<sup>11</sup>

Quem se detiver no exame e no estudo dos seus arestos verificará o cuidado que dispensava às questões submetidas a seu julgamento.

Em estilo sóbrio, com síntese e objetividade, redigia os seus votos com limpidez e clareza, seguindo os ensinamentos de Renan, para quem “*la règle du bon style scientifique, c’est la clarté, la parfaite adaptation au sujet (...)*”.<sup>12</sup>

Foi agraciado com inúmeras condecorações nacionais e estrangeiras, como, entre outras, Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito Educativo, Grã-Cruz da Ordem do Rio Branco, Comendador da Ordem de São Silvestre Papa, Professor Insigne, Comenda do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e Professor Emérito, homenagem que lhe foi conferida pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aposentado por implemento de idade, em 3 de junho de 1977, retornou ao seu Estado natal, o Rio Grande do Sul, porém, jamais se afastando do apostolado do Direito.

Por ocasião do julgamento do RE nº 92.347-RJ, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal examinou o célebre caso da falência da Panair do Brasil S/A, o desfecho da causa contou com o auxílio de luminoso parecer de sua lavra, acolhido pela unanimidade do Tribunal, consoante destacou o relator, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, *verbis*:

“Convencera-me dessa impossibilidade, no exame ponderado deste volumoso processo, antes de receber, em data bem recente, o esplêndido parecer que sobre ele emitiu o eminente Ministro Eloy da Rocha e no qual encontrei, melhor desenvolvido, certamente, o raciocínio que me acudira. Empenho-me em reproduzir, por isso, o que S. Exa. escreveu às fls. 39-41 do referido trabalho.

‘O art. 213 é regra especial, para a falência, ou para a concordata preventiva. A conversão não se regula pelo vencimento ou pelo pagamento da dívida, senão, exclusiva e exatamente,

---

<sup>11</sup> In RTJ 79/272-3.

<sup>12</sup> RENAN, E., in *Discours et conférences*. Paris: Calmann-Lévy. p. 13.

pelo dia em que for declarada a falência, ou mandada processar a concordata preventiva.”<sup>13</sup>

Faleceu na cidade de Porto Alegre, em 29 de abril de 1999, cercado do carinho e da estima de seus familiares e amigos.

A sua trajetória se perfez por todos os setores da vida pública, propiciando-lhe profícua experiência nos três poderes da República, culminando com a cátedra do Supremo Tribunal Federal, consagrando-se como juriconsulto, cuja estatura moral e intelectual o coloca entre os mais notáveis vultos que honraram e dignificaram o Pretório Excelso.

Eminente Professor José Felipe Ledur:

A presente sessão, que Vossa Excelência promoveu e preside com a costumeira dignidade, permitirá que a extensa obra do jurista Eloy José da Rocha, hoje reverenciada, seja transmitida aos seus contemporâneos e à posteridade, conservando viva a sua memória em todos quantos se ocupem ou venham a ocupar-se do Direito, recordando-se, por fim, o célebre pensamento do filósofo Thomas Carlyle: “*L’Histoire du Monde, c’est la Biographie des Grands Hommes*”.<sup>14</sup>

Muito obrigado pela atenção.

---

<sup>13</sup> In RTJ 96/431.

<sup>14</sup> CARLYLE, Thomas, in *Les héros*. Traduzido por Jean Izoulet. 10. ed. Paris: Armand Colin, 1914. p. 23.





# Competência penal da Justiça Federal

*Leandro Paulsen\**

*Sumário:* 1 Considerações introdutórias sobre a competência penal dos juízes federais (Justiça Federal de primeira instância). 1.1 Dos crimes, das contravenções e dos atos infracionais. 1.2 Da competência jurisdicional penal. 1.3 Da competência jurisdicional penal dos juízes federais (Justiça Federal). 1.4 Da competência para a execução das penas e dos sistemas penitenciários. 2 Crimes políticos. 3 Regra geral da competência federal: crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses federais. 4 Crimes previstos em tratado e com nexos de internacionalidade. 5 Crimes que impliquem grave lesão aos direitos humanos: a competência é da Justiça Estadual, mas pode ser deslocada para a Justiça Federal. 6 Crimes contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. 7 Crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves. 8 Crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro. 9 *Habeas corpus*. 10 Mandado de segurança em matéria penal. 11 Crimes relacionados à disputa sobre direitos indígenas.

## **1 Considerações introdutórias sobre a competência penal dos juízes federais (Justiça Federal de primeira instância)**

### **1.1 Dos crimes, das contravenções e dos atos infracionais**

*Os crimes são ilícitos, previstos no Código Penal (CP) e em leis*

---

\* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Doutor em Direito pela USAL/Espanha, Mestre em Direito pela Ufmg.

*esparsas*, com vista à proteção de importantes bens jurídicos, cuja violação sujeita o agente à *pena privativa de liberdade de reclusão ou de detenção*<sup>1</sup> e, via de regra, também à multa. É verdade que, para penas aplicadas por crimes dolosos de até quatro anos e desde que preenchidas outras condições, como não ter sido praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa e não ser o condenado reincidente em crime doloso, normalmente ocorre a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que consistem, por exemplo, em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária. Mas, de qualquer modo, sempre haverá o risco de prisão, porquanto o descumprimento dessas penas substitutivas implica reversão à pena privativa de liberdade inicialmente fixada<sup>2</sup> e seu cumprimento. A condenação por ilícitos penais também pode ter efeitos administrativos e civis, como a perda de cargo pelo agente servidor público e a fixação de valor mínimo para reparação do dano causado.

Outros *ilícitos, menos graves, constituem o que se denomina de contravenções penais, previstas na Lei das Contravenções Penais* (DL 3.688/71), sujeitas a penas mais brandas, de *prisão simples* e multa.

Importa ter em conta que “não há diferença de natureza” entre os crimes e as contravenções.<sup>3</sup> A distinção entre tais infrações penais é formal e decorre do grau da resposta atribuída aos ilícitos. A Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais (DL 3.914/41) faz a distinção já no seu primeiro artigo, *verbis*:

“Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de

---

<sup>1</sup> As penas privativas de liberdade são de reclusão ou de detenção. Os regimes de cumprimento de pena são o fechado, o semiaberto e o aberto. Nas penas de reclusão, o regime a ser fixado poderá ser o fechado, o semiaberto ou o aberto. Já as penas de detenção serão cumpridas em regime semiaberto ou aberto, com possibilidade de transferência para o fechado. Respeitada a progressividade dos regimes segundo o mérito do condenado, o regime fechado será fixado inicialmente quando a pena for superior a 8 anos. O regime semiaberto, quando a pena imposta for superior a 4 anos e inferior a 8 anos (desde que não reincidente o condenado). O regime aberto, por sua vez, aplica-se às penas menores ou iguais a quatro anos (desde que não reincidente o condenado). Vale notar, ainda, nos termos da Súmula 719 do STF, que é possível a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, desde que haja motivação idônea quanto à sua necessidade.

<sup>2</sup> CP: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade (...) § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

<sup>3</sup> DE SANCTIS, Fausto Martin. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 47.

detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Vale ressaltar que crimes e contravenções só se configuram quando praticados por pessoas maiores de dezoito anos e, por isso, imputáveis.<sup>4</sup>

A norma penal não alcança os menores de idade, que não podem ser agentes de crimes e contravenções. Quando *menores de 18 anos incorram em conduta equivalente a crime ou contravenção*, realizando os seus respectivos pressupostos fáticos, ainda assim não incidirão os consequentes normativos das normas penais incriminadoras, não tendo lugar a aplicação das respectivas penas. Nesses casos, *considera-se ocorrido ato infracional*,<sup>5</sup> sujeito a medidas protetivas e socioeducativas, como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade ou, até mesmo, internação em estabelecimento educacional, com privação da liberdade, por um prazo de até três anos.<sup>6</sup>

## 1.2 Da competência jurisdicional penal

A jurisdição, como função do Estado, é una. Mas “o exercício efetivo e concreto da função jurisdicional é atribuído (...) segundo a *competência* que a própria Constituição Federal e as leis de organização judiciária de cada Estado e da União conferem a seus juizes”. Se “a jurisdição é o poder de julgar”, “a competência é a medida da jurisdição, vale dizer, a porção dela atribuída pela lei a cada magistrado, ou aos tribunais colegiados, ou a porções fracionárias destes, para apreciar e julgar determinada causa”.<sup>7</sup>

Competência pode ser definida como a “delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária

---

<sup>4</sup> Quanto à inimizabilidade, preceitua o art. 26 do Código Penal que, além dos menores de 18 anos, também são inimputáveis os agentes cuja consciência sobre o ato praticado reste prejudicada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Aos inimputáveis por doença mental, o art. 97 do Código Penal prevê a aplicação de medida de segurança, a qual poderá ser de internação ou tratamento ambulatorial.

<sup>5</sup> Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

<sup>6</sup> Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 112.

<sup>7</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 83.

aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os”.<sup>8</sup> Pode-se considerá-la, ainda, como “o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”, consistindo no “âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição” ou na “medida da jurisdição”.<sup>9</sup> Ao cuidarmos da competência, verificamos “quais órgãos jurisdicionais deverão atuar em cada caso concreto”.<sup>10</sup>

*Francesco Carneluti* apontava a competência não como um poder, mas como um limite ao poder e, portanto, como uma razão de legitimação para a atuação do juiz no caso concreto.<sup>11</sup>

A *competência jurisdicional* dá ensejo a conflitos que se podem classificar em duas categorias:

1) *conflito de jurisdição*, quando se tem de definir qual das Justiças deve processar e julgar a ação: se Estadual, Federal, Eleitoral, Militar ou do Trabalho; e

2) *conflito de competência*, quando, definida a Justiça competente, se tem de definir qual juiz ou tribunal dessa mesma Justiça deve processar e julgar a ação ou o recurso.<sup>12</sup>

Mas, normalmente, não se faz qualquer distinção terminológica. O próprio legislador ora utiliza-se de uma, ora de outra. O Código de Processo Penal (DL 3.689/41), *e.g.*, cuida da matéria em seus arts. 113 a 117, sob a rubrica *Do conflito de jurisdição*. Já o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seu art. 66, faz o uso da locução “conflito de competência”. Esta última parece ser, efetivamente, a mais usual, sendo recorrente a utilização da locução *conflito de competência* para definir a discussão sobre qual é o juiz ou o tribunal competente, envolvendo a definição tanto do ramo da justiça a quem cabe o conhecimento da matéria como do juízo a quem compete seu processamento e julgamento,

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 205.

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 11. ed. Salvador. Jus Podium, 2009. p. 105-106.

<sup>10</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Tomo I. p. 21.

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Principi del Processo Penale*. Napoli: Morano, 1960. Traduzido por Santiago Sents Melendo, sob o título *Princípios del Proceso Penal*. Buenos Aires: Europa-America, 1971. p. 71.

<sup>12</sup> “Por isso, cremos válida a possibilidade de diferenciar o conflito de jurisdição – quando os magistrados pertencem a carreiras diversas e cuidam, cada qual, de matéria específica – do conflito de competência – quando os juizes são da mesma carreira, sem nenhuma especificidade” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 203).

utilizando-se, para essa última análise, critérios territoriais e funcionais.

Outra classificação que auxilia a compreensão da matéria é a que põe, de um lado, as *justiças especializadas* (Eleitoral, Militar e do Trabalho) e, de outro, as *justiças comuns* (Justiça Estadual e Federal). As especializadas julgam matérias específicas, incluindo questões penais pontuais, como é o caso dos crimes eleitorais e dos crimes militares. As justiças comuns não ostentam um rol fechado de matérias sujeitas ao seu conhecimento. Há regras expressas e *numerus clausus* (rol exaustivo) para a definição da competência da Justiça Federal, é verdade, mas tais regras têm uma abertura tal que lhe comete, além de julgar determinados crimes específicos apontados pela Constituição, também julgar qualquer crime, desde que seja praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas. Já a competência da Justiça Estadual é residual.<sup>13</sup>

Importa ter bem presente, ainda, a distinção entre competência absoluta e relativa.

A *competência absoluta* é aquela definida constitucional e legalmente por razões de interesse público, tendo em conta a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, seus ramos de atuação e a especialização dos seus órgãos. No dizer de *Pacelli e Fischer*, dela estamos cuidando “quando estiver em risco a própria jurisdição como poder público, como constitucionalmente responsável pela tutela da questão penal”.<sup>14</sup> *Pacelli* ainda destaca, em outra obra: “Tal modalidade de competência, como intuitivo, não se submete à preclusão, podendo ser alegada até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (da absolutória, não, diante da proibição de revisão *pro societate* [...])”.<sup>15</sup>

A *competência relativa*, por sua vez, é estabelecida pela lei processual penal em face de critérios relacionados à facilidade, à rapidez, à comodidade e à economicidade da instrução e do julgamento dos feitos. A divisão territorial de competência, *e.g.*, não diz respeito à maior ou

---

<sup>13</sup> “(...) em relação à jurisdição comum, optou o constituinte pela definição expressa da competência federal, deixando as demais infrações penais para a Justiça dos estados, que teria, portanto, uma competência constitucional *residual*” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149).

<sup>14</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 145.

<sup>15</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260.

menor aptidão técnica para o julgamento de determinada causa, mas ao interesse das partes, sendo, por isso, flexível e estando no âmbito de disponibilidade das partes.

Cientes de tais conceitos, podemos analisar as normas de competência jurisdicional estabelecidas pela Constituição, de modo a identificarmos a competência da Justiça Federal.

### **1.3 Da competência jurisdicional penal dos juízes federais (Justiça Federal)**

*A competência para o processamento e o julgamento dos crimes é, em geral, da Justiça Estadual, assim como, em todos os casos, dos atos infracionais e das contravenções penais.*

*A Justiça Federal não julga atos infracionais, porquanto não são considerados sequer infrações penais e não se enquadram nas competências descritas no art. 109 da Constituição. Constituem ilícitos praticados por menores que violam os mesmos bens jurídicos protegidos por tipos penais de crimes e contravenções e, inclusive, tomam seus pressupostos fáticos de empréstimo, mas que atraem a incidência do Direito Penal.*

Note-se que a Constituição, em seu art. 228, dispõe no sentido de que são “penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Essa legislação especial é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo art. 103 dispõe que se considera “ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, mas não comina qualquer pena propriamente.

Diante de ato infracional, o ECA determina a aplicação de medidas protetivas às crianças e medidas socioeducativas aos adolescentes, nos termos dos seus artigos 105, 101, 112 e seguintes. Essas medidas têm cunho educativo e, por vezes, também de resguardo da sociedade, mas não se revestem, juridicamente, de natureza ou finalidade penal. Aliás, os atos infracionais não dão ensejo à denúncia, mas à representação por parte do Ministério Público ao Judiciário visando à aplicação das medidas socioeducativas. Os atos infracionais, portanto, embora tomem de empréstimo o antecedente normativo dos crimes e das contravenções, não implicam a incidência plena de tais normas da legislação penal, não configurando infrações penais.

Como a competência da Justiça Federal está reservada às infrações penais que configurem crimes passíveis de enquadramento no quanto definido pelos incisos IV a VI, IX e X do art. 109 da Constituição, os atos infracionais não podem ser processados e julgados por juízes federais. Desse modo, ainda que atos infracionais sejam praticados em detrimento de bens, serviços e interesses da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, caberá ao juiz federal que eventualmente receba ação a respeito declinar da competência para uma das varas da Infância e da Juventude da Justiça Estadual.<sup>16</sup> Efetivamente, os atos infracionais estão sujeitos a jurisdição própria, exercida por varas especializadas da Justiça Estadual.

Nesse sentido, temos precedente inequívoco do STJ:

“Ainda que a conduta praticada determine a competência da justiça federal, por caracterizar ofensa aos interesses da União, sendo o autor dos fatos inimputável, não há que se falar em crime, mas, sim, ato infracional, afastando a aplicação do art. 109, IV, da Constituição Federal.”<sup>17</sup>

Esse entendimento é uníssono e já vinha sendo aplicado no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, conforme a ementa que segue:

“COMPETÊNCIA. ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL PRATICADO CONTRA A UNIÃO. JULGAMENTO AFETO AO JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, E NÃO À JUSTIÇA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 103, 146 E 148 DA LEI 8.069/90 E DO ART. 109, IV, DA CF. Recurso em sentido estrito interposto da decisão que declinou da competência para conhecer da representação formulada pelo Ministério Público Federal em desfavor de menor infratora e determinou o envio dos autos ao Juízo Estadual da Infância e da Juventude. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, mas sujeitos às medidas socioeducativas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A realização por eles de fato, em tese, criminoso, de competência federal ou estadual, ou contravençional é considerada ato infracional, nos termos do art. 103 da Lei 8.069/90, o que afasta a norma do art. 109, IV, da CF. Se a criança e o adolescente praticam ato infracional, competente para apurá-lo é o Juiz da Infância e da Juventude ou o que exerce essa função, nos termos dos arts. 146 e 148 do ECA. Precedentes jurisprudenciais. Recurso desprovido.”<sup>18</sup>

*E, mesmo que a conduta tenha sido praticada por criança e adolescente em concurso de agentes com maiores imputáveis, configurando crime*

---

<sup>16</sup> O art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza os Estados a criarem Varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, e seu art. 148 diz expressamente da sua competência para “conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente”.

<sup>17</sup> STJ, Terceira Seção, CC 86.408/MA, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ago.2007.

<sup>18</sup> TRF3, 5ª T., SER 98.03.0099597-9/SP, rel. Des. Fed. André Nabarrete, maio99.



para os maiores de idade, sujeitos a sanções penais da competência da Justiça Federal, configurará ato infracional para os menores de idade, sujeitos a medidas socioeducativas, de modo que caberá ao juiz cindir o feito e declinar da competência relativamente ao processamento e ao julgamento do ato infracional. Caso o processamento e o julgamento de ato infracional prossigam na Justiça Federal, serão nulos, conforme o precedente que segue:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE ABSOLUTA DA AÇÃO PENAL E DA RESPECTIVA AÇÃO DE EXECUÇÃO PENAL. DELITO PRATICADO POR MENOR DE IDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Competência do juízo da vara da infância e da juventude para processar e julgar o ato infracional cometido por menor inimputável, ainda que a infração tenha ocorrido em detrimento do meio ambiente ou da União. 2. Nulidade absoluta da ação penal e, por corolário, da ação de execução penal. (...)”<sup>19</sup>

*A Justiça Federal também não julga contravenções*, porquanto o art. 109 da Constituição, ao dispor sobre a competência dos juízes federais, expressamente as excepciona: “excluídas as contravenções”. É o que consagra, *a contrario sensu*, o enunciado da Súmula 38 do STJ: “Compete à Justiça Estadual comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades” (STJ, Terceira Seção, mar. 1992.) Aliás, *mesmo se houver conexão com crimes federais, a competência para o julgamento da contravenção continuará da Justiça Estadual*, de modo que não haverá concentração de competência, correndo cada processo em separado. Em conflito de competência relativo ao crime de contrabando (à época, tipificado no art. 334 do CP) e à contravenção de exploração de jogos de azar (art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41), *e.g.*, o STJ entendeu que,

“Apesar da existência de conexão entre o crime de contrabando e a contravenção penal, mostra-se inviável a reunião de julgamentos das infrações penais perante o mesmo juízo, uma vez que a Constituição Federal expressamente excluiu, em seu art. 109, IV, a competência da Justiça Federal para o julgamento das contravenções penais, ainda que praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União.”

---

<sup>19</sup> TRF4, HC 2008.04.00.037973-5, Sétima Turma, relator Amaury Chaves de Athayde, D.E. 12.11.2008.

Decidiu, ainda: “Firmando-se a competência do juízo federal para processar e julgar o crime de contrabando conexo à contravenção penal, impõe-se o desmembramento do feito, de sorte que a contravenção penal seja julgada perante o juízo estadual”.<sup>20</sup> Veja-se precedente do TRF4 no mesmo sentido:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. MÁQUINAS DE JOGO DE AZAR. DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, C, DO CÓDIGO PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. ART. 50, § 3º, A, DO DECRETO 3.688/41. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Resta firmada a orientação de que a competência para o processo e o julgamento de contravenções penais é sempre da Justiça Estadual (Súmula 38 do STJ). 2. Conforme expresso no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal, aos juízos federais compete processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções penais. 3. Trata-se de regra constitucional que prevalece sobre eventual conexão com crime que deva ser julgado por juízo federal. 4. Assim, deve o juízo federal processar e julgar o suposto delito de que trata o art. 334, § 1º, c, do Código Penal, e o juízo estadual, a contravenção penal.” (TRF4, HC 2009.04.00.042908-1, Sétima Turma, relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 25.03.2010)

Importa destacar que a infração conhecida por “uso de drogas”, tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), também não será processada nem julgada pela Justiça Federal. As sanções previstas no referido dispositivo consistem em advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo, pelo prazo máximo de cinco meses, dobrado em caso de reincidência. A recusa ao cumprimento das medidas educativas enseja admoestação verbal e, sucessivamente, multa. Note-se que não há cominação de pena de prisão com reclusão ou detenção, próprias dos crimes, tampouco de prisão simples, característica das contravenções penais. As “penas” para o uso de drogas consistem em medidas administrativas de cunho educativo. Se aos juízes federais não compete o julgamento sequer das contravenções, descabe processarem e julgarem o uso de drogas, ainda que esteja presente algum traço de internacionalidade, como na hipótese de o usuário receber a droga pelo correio, proveniente de outro

---

<sup>20</sup> STJ, CC 120.406/RJ, Terceira Seção, rel. Des. convocada Alderita Ramos de Oliveira, dez.2012, DJe 01.02.2013.

país. Aplica-se, por analogia, a cláusula de exclusão das contravenções. Desse modo – e nos termos do art. 48, § 1º, da Lei 11.343/06 –, o usuário será processado pelo Juizado Especial Criminal da Justiça Estadual.

Importa ter em conta, ainda, a competência da Justiça Federal em contraste com a competência de outras justiças.

*A competência da Justiça Federal prevalece frente à da Justiça Estadual.* O art. 78 do CPP é inequívoco no sentido de que, na determinação da competência por conexão ou continência, prevalece a jurisdição de maior graduação, e a especial sobre a comum. Entendemos que, embora tanto a Justiça Federal como a Justiça Estadual possam ser consideradas justiças comuns, a federal é especial relativamente à estadual, em face da especificação expressa da competência daquela, restando a Estadual com a competência residual. Aury Lopes Jr. entende que a competência da Justiça Federal “prevalece sobre a outra Justiça Comum, a Estadual, pois é considerada mais graduada, nos termos do art. 78, III, do CPP”.<sup>21</sup>

Assim, crimes conexos de competência federal e estadual são reunidos para processamento e julgamento conjuntos perante a Justiça Federal, cuja competência se prorroga para o julgamento do crime comum. Desse modo, se é certo que a competência da Justiça Estadual é a regra, essa competência não é absoluta. *Havendo conexão entre crimes da competência federal e da competência estadual, seu processamento e seu julgamento serão unificados na Justiça Federal, cuja competência, então, prevalece.* Esse entendimento está consolidado no enunciado da Súmula 122 do STJ: “Competem à Justiça Federal o processo e o julgamento unificados dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal”. Para a reunião do julgamento de crimes conexos na Justiça Federal, “(...) pouco importa qual é a pena mais grave ou qual a quantidade de crimes: deverá prevalecer a competência federal”.<sup>22</sup> Se a conexão for entre crimes da competência das justiças estadual e federal e contravenção penal, aqueles serão julgados pela Justiça Federal, e a contravenção, pela Justiça Estadual, cindindo-se o processo, porquanto

---

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 455.

<sup>22</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 34.

a Justiça Federal, como já afirmado, não julga contravenções.

*Existe, em tese, a possibilidade de crimes da competência federal serem processados e julgados pela Justiça Estadual, por delegação, forte na previsão do art. 109, § 3º, da Constituição, mas depende de previsão legal:*

“§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

Atualmente, não há dispositivo legal que assim preveja. A antiga Lei de Drogas (Lei 6.368/76), cujo art. 27 cometia à Justiça Estadual o julgamento de tráfico internacional quando o local da sua prática fosse município desprovido de vara federal, restou revogada e substituída pela atual Lei de Drogas (Lei 11.343/06). Esta, afirma a competência exclusiva da Justiça Federal:

“Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal. Parágrafo único. Os crimes praticados nos municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.”

Aury Lopes Jr. esclarece, por isso, que, “se o município em que for praticado o crime não for sede de vara da Justiça Federal, haverá um deslocamento para a cidade mais próxima, cuja Justiça Federal tenha circunscrição sobre aquela na qual foi apreendida a droga”, de modo a “assegurar que a Justiça será efetivamente a Federal, ainda que, para tanto, se tenha que arcar com o ônus de tramitar um processo a quilômetros do local do crime e da cidade onde, muitas vezes, residem os réus”.<sup>23</sup>

Relativamente às *conexões com crimes das competências da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, que são especiais e cujas competências são absolutas, a solução é distinta*. O inciso IV do art. 109 expressamente ressalva da competência dos juízes federais a competência especial dessas justiças especializadas: “ressalvada a competência da Justiça

---

<sup>23</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 461.

Militar e da Justiça Eleitoral”.<sup>24</sup> O art. 121 da Constituição prevê que cabe à lei complementar dispor sobre a competência da Justiça Eleitoral. Já o art. 124 da Constituição diz que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, que também irá dispor sobre a sua competência. Eventual conexão e continência entre crimes de competência da Justiça Federal e da Justiça Militar ou da Eleitoral não implicará processamento e julgamento conjuntos. Aliás, o art. 79, I, do CPP expressamente ressalva da unidade de processo e julgamento a conexão e a continência no concurso entre a jurisdição comum e a militar.

Pode-se dizer, assim, que a *competência da Justiça Federal é absoluta*, porquanto, de um lado, prevalece sobre a da Justiça Estadual e, de outro, *mesmo havendo conexão entre crimes da sua competência e da competência das Justiças militar ou eleitoral, não haverá julgamento unificado*, sendo o crime da competência da Justiça Federal nela julgado, com a cisão e o encaminhamento dos demais às respectivas justiças especializadas competentes. Efetivamente, não haverá reunião de processos ou, versando uma ação sobre os diversos crimes, será cindida.

A *competência criminal da Justiça Federal de primeira instância* está especificada no art. 109 da CF, que estabelece o que cabe aos juízes federais julgar. Seus incisos se utilizam de critérios variados para a determinação da competência federal. *Ora especificam determinados crimes* que sempre serão julgados pela Justiça Federal e que, portanto, poderíamos designar de “crimes federais”, *ora referem elementos que implicam a afetação de crimes comuns à Justiça Federal*. Também se utilizam da referência a instrumentos processuais, como o *habeas*

---

<sup>24</sup> Há diversas súmulas sobre conflitos de competência entre a Justiça Militar e a Justiça Comum: Súmula nº 6 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade.”; Súmula nº 53 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”; Súmula 75 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”; Súmula 78 do STJ: “Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”; Súmula 90 do STJ: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum, pela prática do crime comum simultâneo àquele”; Súmula 172 do STJ: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

*corpus* em matéria criminal de sua competência. Vale notar, ainda, que há competências não voltadas especificamente à esfera criminal, mas que nortearão eventualmente a competência criminal dos juízes federais, como a referência aos mandados de segurança contra ato de autoridade federal, sendo certo que existem hipóteses de utilização dessa via em matéria criminal, como quando da impugnação, por pessoa jurídica ré (nas hipóteses excepcionais em que as pessoas jurídicas têm responsabilidade penal), de ato de inquérito policial ou de ação penal não sujeitos a recurso específico.

Assim é que o art. 109 da CF, de um lado, define a competência federal para o julgamento de crimes políticos, crimes contra a organização do trabalho, crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira que a lei disponha serem da competência federal e crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro; e, de outro lado, afeta à Justiça Federal também o julgamento de quaisquer outros crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, crimes previstos em tratado ou convenção internacional praticados com traços de internacionalidade, crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves e crimes que impliquem grave violação de direitos humanos que o Procurador-Geral da República entenda devam ser deslocados para a Justiça Federal como modo de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos.

Importa ter em conta, ainda, que a competência da Justiça Federal não tem relação necessária com as atribuições da Polícia Federal: não decorre delas, nem equivale a elas. O fato de que o inquérito policial ser realizado pela Polícia Federal não implica, automaticamente, a competência da Justiça Federal. As atribuições legais da Polícia Federal, estabelecidas, por exemplo, pela Lei 10.466/02, não são referência para a definição da competência da Justiça Federal, que decorre exclusiva e diretamente da Constituição.<sup>25</sup> Via de regra, há convergência, mas não

---

<sup>25</sup> “Nessa linha, é absolutamente irrelevante – em matéria de competência penal – o disposto na Lei nº 10.446. A referida lei determina que a Polícia Federal deverá proceder à investigação dos casos de repercussão interestadual ou internacional dos delitos de sequestro, cárcere privado, extorsão mediante sequestro, se o agente for impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; formação de cartel; violação de direitos humanos; furto, roubo ou receptação de cargas, quando houver indícios de ser crime interestadual, ou ainda outros crimes, desde que tal providência

necessariamente. A competência dos juízes federais decorre direta e exclusivamente do art. 109 da Constituição. Mas a análise de mandados de segurança e de *habeas corpus*, quando o constrangimento, a lesão ou a ameaça de lesão a direitos provenha de delegado da Polícia Federal, sempre será da competência da Justiça Federal, conforme analisaremos em item específico adiante.

A Justiça Federal *julgará os crimes da sua competência* (verificadas, portanto, as hipóteses do art. 109 da CF) *ainda que cometidos fora do território nacional, nas hipóteses de extraterritorialidade da lei penal brasileira* estabelecidas pelo art. 7º do Código Penal. Esse dispositivo do Código traz dois incisos, o inciso I apontando crimes em face do bem jurídico protegido e o inciso II apontando crimes objetos de compromisso internacional ou em face do autor ou do local em que praticados.

Assim é que o art. 7º, I, do CP refere-se aos crimes contra o patrimônio ou a fé pública da União, de suas autarquias ou empresas públicas, mesmo que o agente tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro, aos crimes praticados contra a administração pública federal por quem está ao seu serviço e ao crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

Já o art. 7º, II, do CP foca nos crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, nos crimes praticados por brasileiro (desde que da competência da Justiça Federal, reitero) e nos crimes praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro, desde que aí não sejam julgados, exigindo-se que o agente tenha entrado no território nacional, que o fato seja punível também no país em que praticado, que esteja incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição, que o agente não tenha sido absolvido no estrangeiro ou não tenha lá cumprido a pena e que o agente não tenha sido perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não esteja extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

---

seja autorizada ou determinada pelo Ministro da Justiça (cláusula genérica). Essas são novas atribuições da Polícia Federal. Voltamos a destacar, para evitar dúvidas, que a competência da Justiça Federal está exaustivamente prevista no art. 109 da Constituição, e lá não estão previstos esses crimes. Logo, ainda que investigados pela Polícia Federal, serão julgados pela Justiça Comum estadual” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464).

Por fim, o art. 7º, § 3º, do CP aponta mais uma hipótese de extraterritorialidade da lei brasileira: crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, ademais das condições já referidas, não for pedida ou for negada a extradição e houver requisição do Ministro da Justiça.

#### **1.4 Da competência para a execução das penas e dos sistemas penitenciários**

As condenações criminais por crimes da competência da Justiça Federal implicam penas privativas de liberdade, de reclusão ou de detenção, nos regimes fechado, semifechado ou aberto, e multa. Sua execução se dá de modo progressivo: do regime mais rigoroso ao mais brando.

A pena privativa de liberdade, mesmo decorrente de condenação pela Justiça Federal, é executada em estabelecimentos penitenciários estaduais, sob a competência dos juízos estaduais das varas de execução criminal, especializados, ou daqueles a que for atribuída. Dispõe a Súmula 192 do STJ: “Compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

Cabe ao juízo federal das execuções penais, em caso de condenação definitiva à pena privativa de liberdade não substituída nem suspensa, expedir o mandado de prisão e, efetivada essa, expedir guia de recolhimento, formar autos e encaminhá-los à Justiça Estadual.

Quando a pena privativa de liberdade é substituída por penas restritivas de direitos – normalmente, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária –, nos termos do art. 44 do Código Penal, o cumprimento é executado pelas próprias varas federais.

Desse modo, as penas privativas de liberdade decorrentes de condenações pela Justiça Federal são, em regra, executadas nos sistemas penitenciários estaduais, sendo para tanto competentes as respectivas varas de execução criminal da Justiça Estadual ou aquela a que for atribuída tal competência.

A Lei 8.072/90, porém, ao dispor sobre os crimes hediondos, em seu art. 3º, já previa: “Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais,



de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública”.

Em 2006, foi inaugurada a primeira penitenciária federal, em Catanduvas/PR. No mesmo ano, foi inaugurada também a de Campo Grande/MS. Em 2009, foram inauguradas mais duas: a de Porto Velho/RO e a de Mossoró/RN. Está em construção a 5ª penitenciária federal, em Brasília/DF. Todas elas são penitenciárias federais de segurança máxima, com 208 vagas cada. Todos os presos cumprem pena em celas individuais, contando com apenas duas horas de convívio diário, o que, em linhas gerais, se equipara ao regime disciplinar diferenciado previsto no art. 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84, com a redação da Lei 10.792/03), embora com ele não se confunda.

O chamado Sistema Penitenciário Federal (SPF) é formado por cinco penitenciárias de segurança máxima e recebe presos por crimes tanto da competência da Justiça Federal como da Justiça Estadual. O que importa não é o crime cometido, ou de que Justiça provém a condenação, mas a periculosidade do preso e seu comportamento no ambiente penitenciário. A Lei 11.671/08 dispõe sobre a transferência e a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. Seu art. 3º estabelece que “Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”. A permanência nas penitenciárias federais é sempre temporária, por no máximo 360 dias, prorrogáveis.

Cabe ao juízo estadual competente para a execução da pena ou pela prisão provisória, presente a absoluta necessidade da medida, solicitar a transferência do preso a uma penitenciária federal de segurança máxima, o que será analisado e decidido pelo juízo federal respectivo. Deferida a transferência, a execução penal, “no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente” (art. 4º, § 1º, da Lei 11.671/08).

## **2 Crimes políticos**

A primeira regra definidora da competência penal dos juízes federais consta do inciso IV do art. 109 da CF, que prevê:

“Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

(...)

IV – os *crimes políticos* e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

O art. 30 da Lei de Segurança Nacional, que previa a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes nela previstos, restou revogado pela atribuição constitucional à Justiça Federal dessa competência para o julgamento de crimes políticos. No RC 1468, o STF assentou:

“Incompetência da Justiça Militar: a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe essa competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV).”<sup>26</sup>

Note-se que o espectro da competência foi ampliado: de crimes contra a segurança nacional, que eram objeto da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), para crimes políticos. A nova expressão possui, inequivocamente, significado que, a um só tempo, abrange e extrapola o da expressão anterior.

Assim, de um lado, podem ser considerados *crimes políticos*, em primeiro lugar, aqueles definidos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), que protegem os bens jurídicos “*integridade territorial*”, “*soberania nacional*”, “*regime representativo e democrático*”, “*Federação*” e “*Estado de Direito*” e “*a pessoa dos chefes dos poderes da União*”. Exemplos desses crimes são: “Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil” e “Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos”. Quando um mesmo fato também configurar crime previsto no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, a aplicação da Lei de Segurança Nacional, como lei especial, dependerá da motivação e dos objetivos do agente e da lesão real ou potencial aos

---

<sup>26</sup> STF, RC 1468, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Mauricio Corrêa, julgado em 23.03.2000.

bens jurídicos por ela protegidos, nos termos do seu art. 2º.

No RC 1468, o STF decidiu:

“Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política.”<sup>27</sup>

*Roberto Luis Luchi Demo* também destaca: “O crime político se caracteriza somente quando presentes os pressupostos cristalizados no art. 2º, Lei 7.170/83: motivação política e lesão real ou potencial aos bens juridicamente tutelados”.<sup>28</sup>

De outro lado, também se podem considerar *crimes políticos os crimes comuns praticados com motivação e para fins políticos, assim considerados não apenas os que coloquem em risco o Estado de Direito, a democracia e o pluralismo político, mas também os que pretendam influir no jogo de forças partidárias ou ideológicas.*

Exemplos concretos são os crimes descritos na denúncia relativa à Ação Penal 5054920-07.2012.4.04.7100, praticados por integrantes de “movimento organizado com o objetivo político de fundar um novo país, cujo território corresponderia ao dos Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, do Paraná e de São Paulo, onde seriam implementadas ideias neonazistas, de extermínio de determinadas raças e pessoas, com base na doutrina do ‘Nacional Socialismo’, nos moldes propugnados por Adolf Hitler.”

A denúncia abrange diversas imputações: associação criminosa (art. 288 do CP), discriminação ou preconceito (art. 20 da Lei 7.716/89), propaganda de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política e social e de discriminação (art. 22 da Lei 7.170/83), tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da Lei 10.826/03) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03). Todos os crimes, porém, teriam sido praticados a partir da ideologia professada pelo grupo e no contexto de um projeto de poder ofensivo, no modo de agir e nos seus fins, à República Federativa do Brasil enquanto união indissolúvel

<sup>27</sup> STF, RC 1468, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.03.2000.

<sup>28</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 6, maio 2005*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto\\_demo.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto_demo.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e ao Estado de Direito Democrático fundado em valores como o pluralismo político, o sufrágio universal, a igualdade e a vedação da discriminação. Daí a evidente motivação política de todos esses crimes, suficiente para atrair a competência dos juízes federais para o julgamento de cada qual, sendo que a ação tramita na Justiça Federal de Porto Alegre. A competência em questão foi discutida AC nº 5054920-07.2012.4.04.7100/RS em outubro de 2015.

### **3 Regra geral da competência federal: crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses federais**

No mesmo art. 109, inciso IV, da CF, encontra-se a norma mais abrangente relativa à competência jurisdicional penal dos juízes federais, que, por isso, pode ser considerada a regra geral da competência penal da Justiça Federal. *In verbis*:

“IV – os crimes políticos e as *infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas*, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

Note-se que não se trata de crimes em que bens, serviços ou interesse federais constituam elemento normativo, mas de crimes comuns, todavia praticados em prejuízo de bens, serviços ou interesse federais, assim entendidos os da União e os de suas autarquias ou empresas públicas.

Vejam, primeiramente, qual a abrangência desses crimes em face da referência à União e às suas entidades autárquicas ou empresas públicas e, posteriormente, o que se pode considerar um crime praticado em detrimento de bens, serviços e interesse dessas pessoas.

Quando se fala na *União*, estamos cuidando da administração pública federal direta, ou seja, de toda a estrutura dos três poderes da República: o Poder Executivo, com a Presidência e seus ministérios; o Poder Legislativo; e o Poder Judiciário, no que diz respeito aos seus órgãos nacionais e federais, assim considerados o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores e as Justiças Federal, Eleitoral, Militar Federal e do Trabalho.

*Autarquia*, nos termos do art. 5º, I, do Decreto-Lei nº 200/67, é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da

administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Ou seja, são pessoas jurídicas de direito público criadas por lei, com autonomia administrativa e financeira.<sup>29</sup>

Dentre as *autarquias federais* (da União), estão, por exemplo, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os conselhos de fiscalização profissional.<sup>30</sup>

A definição de *empresa pública* também consta expressamente de lei. Nos termos do art. 5º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/67, empresa pública é

“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa,

---

<sup>29</sup> Marçal Justen Filho define autarquia como “uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da administração direta” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204). José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, esclarece que são elementos necessários à conceituação das autarquias a sua personalidade jurídica, a forma de sua instituição e o seu objeto, concluindo que é “a pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 464). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, define autarquias como pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e dotadas de capacidade autoadministrativa, que desempenham serviço público descentralizado mediante controle administrativo exercido nos limites da lei (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 361).

<sup>30</sup> Outros exemplos de autarquias federais são: o Banco Central do Brasil (Bacen), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), a Fundação Nacional do Índio (Funai), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e a Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa). Também são autarquias as agências reguladoras, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Águas (Ana), a Agência Nacional do Cinema (Ancine), a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Algumas outras agências não constituem autarquias, como a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), mas, por constituir órgão da Presidência da República e, portanto, da administração direta da União, os crimes praticados em detrimento dos seus bens, serviços e interesses também são da competência da Justiça Federal. São autarquias federais, também, os conselhos de fiscalização profissional, como o Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU), o Conselho Federal de Medicina (CFM), o Conselho Federal de Psicologia (CFP), o Conselho Federal dos Representantes Comerciais (CFRC) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Também alguns departamentos têm natureza autárquica, como o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Denit). Igualmente, são autarquias federais as universidades federais, como a Ufmg, a UFMG e a UFRJ. O portal da Advocacia-Geral da União traz a relação completa das autarquias federais. Consulte-se: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/220492](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/220492)>. Acesso em: 29 ago. 2015.

podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”<sup>31</sup>

São empresas públicas, por exemplo, a Caixa Econômica Federal (CEF), a Infraero e a Casa da Moeda.

*Crimes contra bens, serviços e interesses de sociedades de economia mista não são, só por isso, da competência da Justiça Federal*, porquanto não prevista tal competência no art. 109, IV, da CF.<sup>32</sup> Nesse sentido, *a contrario sensu*, a Súmula 42 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes são praticados em seu detrimento”. Assim, por exemplo, o roubo em agência do Banco do Brasil é da competência da Justiça Estadual, não havendo elemento que o atraia para a competência da Justiça Federal. Mas *Cunha e Araújo* noticiam julgado da 1ª Turma do STF, de setembro de 2014, dizendo que a competência será da Justiça Federal se demonstrado o interesse jurídico da União. A competência federal se justificaria “se os delitos estivessem, de alguma forma, relacionados a serviços por concessão, autorização ou delegação da União ou se houvesse indícios de desvio das verbas federais recebidas por sociedades de economia mista e sujeitas à prestação de contas perante o órgão federal”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a empresa pública é uma das subespécies de empresas estatais. São estatais “todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 374-376). Marçal Justen Filho entende que a definição legal é “excessiva e pouco útil”, motivo pelo qual prefere definir empresa pública como “pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218). José dos Santos Carvalho Filho define empresas públicas como “pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada à sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 490).

<sup>32</sup> Nos termos do art. 5º, III, do DL 200/67, com a redação do DL 900/69, sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta”. São sociedades de economia mista, por exemplo, o Banco do Brasil e a Petrobras.

<sup>33</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes Federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 31.

Esclarecida a referência subjetiva constante do art. 109, IV, importa perquirir a extensão da referência a *bens, serviços e interesse*. Muitas vezes, nos depararemos com crimes cujo resultado implicará, simultaneamente, prejuízo a bens, serviços e interesse dos entes federais. É certo, ainda, que, sempre que um crime é praticado em detrimento de bens e serviços federais, afetará um interesse federal. É preciso, porém, identificar qual o efeito jurídico que se pode extrair da referência a cada um desses termos, isoladamente considerados. Isso para que se possa verificar, por exemplo, quando, embora não haja prejuízo a bens ou serviços, se pode ter a competência federal definida exclusivamente em razão do interesse federal afetado.

*Bens da União* são aqueles que pertencem a tal pessoa jurídica de direito público interno, tais como os móveis e imóveis integrantes do seu patrimônio, bem como os demais bens arrolados no rol do art. 20 da CF, como os recursos minerais, inclusive os do subsolo.<sup>34</sup>

Os *bens das autarquias e das empresas públicas federais*, por sua vez, são aqueles que integrem seus respectivos patrimônios, sejam bens imóveis, sejam bens móveis ou mesmo bens imateriais.

São crimes praticados contra bem da União, por exemplo, o crime de pichação de edificação de sua propriedade (Lei 9.605/98: “Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”). Também é cometido em detrimento de bem da União o crime de extração ilegal de minérios (Lei 9.605/98: “Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida”), porquanto os recursos minerais são bens da União, como consta do art. 20, IX, da CF.

---

<sup>34</sup> CF: “Art. 20. São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação da EC 46/05) V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI – o mar territorial; VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.”

Outros exemplos são os praticados em prejuízo de áreas de proteção, de parques ou de reservas ambientais federais, como a pesca ou a caça neles realizadas. Mas não podem ser considerados da competência federal os crimes contra a fauna quando praticados em outros lugares, porquanto a fauna, isoladamente considerada, não pertence à União, não havendo suporte constitucional para se afirmar o contrário. Não é por outra razão que restou cancelada a antiga Súmula 91 do STJ, que dizia competir à Justiça Federal “processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”. Note-se, ainda, que o meio ambiente em geral não constitui bem da União e que a Constituição não estabelece a competência da Justiça Federal para o julgamento de crimes ambientais. Aliás, não se podem considerar como praticados contra bens da União nem mesmo os crimes ambientais praticados no âmbito da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira. O fato de serem considerados patrimônio nacional, nos termos do art. 225, § 4º, da CF, não induz a competência federal, porquanto não se deve confundir o patrimônio nacional com os bens da União, tampouco inferir interesse automático da União, conforme decidido pela Terceira Seção do STJ no CC 99.294, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ago.09. Desse modo, a competência para o julgamento de crimes ambientais é, via de regra, da Justiça Estadual.

Constitui crime praticado contra bens de autarquia federal, por exemplo, o chamado estelionato previdenciário, que, mediante o uso de fraude, implica desvio de recursos da autarquia. Esse é praticado, às vezes, por quem não tem direito a benefício previdenciário, mas pratica fraude para obtê-lo, fazendo-se passar por inválido, utilizando-se de documentação falsa para comprovar tempo de contribuição inexistente ou, ainda, obtendo a inserção indevida de informações que lhe favoreçam no sistema da previdência relativas a contribuições não efetuadas, por vezes com a participação dolosa de servidores. Note-se que o estelionato está definido no Código Penal como um dos crimes contra o patrimônio. Ainda assim, não seria equivocado considerar que o estelionato previdenciário também prejudica diretamente o serviço público de concessão de benefícios previdenciários. Trata-se de crime pluriofensivo que, de qualquer modo, por prejudicar bem ou serviço de



autarquia federal, atrai a competência da Justiça Federal.

Da mesma maneira, é crime contra bem de autarquia, *e.g.*, o furto de veículo do Incra.

Exemplo de crime contra bem de empresa pública federal é o de furto ou de roubo de numerário da Caixa Econômica Federal, mediante assalto às suas agências ou a caixas eletrônicos.

*Serviços da União* são os serviços públicos por ela prestados à população no exercício das suas competências administrativas. Dentre os serviços que competem à União, arrolados no art. 21 da CF, com a redação das EECC 08/95, 19/98 e 69/12, estão, por exemplo, “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, explorar “os serviços de telecomunicações”, “os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”, “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água”, “a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária”, “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”, “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”, “os portos marítimos, fluviais e lacustres” e “os serviços e instalações nucleares” e “exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”. Há também outros serviços prestados pela União por força da sua competência concorrente com os estados e os municípios, definida no art. 23 da CF, como “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” e “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” etc.

Mas a União não está restrita a tais serviços, porquanto há inúmeros outros serviços que lhe cabe promover, esparsos no texto constitucional, como a saúde e a educação (arts. 196 e 206 da CF), ou que digam respeito de alguma forma ao seu âmbito de atuação na federação brasileira. Basta que se trate de serviço público prestado pela União, por meio dos órgãos da sua administração direta ou mesmo por concessão ou delegação, para que os crimes que o afetem sejam da competência da Justiça Federal.

Do mesmo modo, os *serviços das suas autarquias* são os prestados à população pelas autarquias federais. Os *serviços da suas empresas públicas* são as atividades por elas realizadas, seja como instrumento da implementação de políticas públicas, seja na prestação de quaisquer outros serviços, ainda que não revestidos da condição de serviços públicos.

Para *Pacelli e Fischer*, “A mais adequada compreensão da lesão aos serviços que justifica a competência federal deve ser encontrada pelo exame do *resultado* da infração penal (...)”.<sup>35</sup> Havendo consunção, o que importa é o resultado do crime fim, não do crime-meio.<sup>36</sup>

*Victor Roberto Corrêa de Souza* exemplifica:

“O crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/96, também compete à Justiça Federal o seu julgamento, visto que é da competência da União explorar diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização os serviços de telecomunicações e radiodifusão, segundo o art. 21, incisos XI e XII, *a*, da Constituição.”

Diga-se o mesmo do crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/62, em que incorre, por exemplo, quem instala ou utiliza rádio transeptor em veículos para comunicação com vista à facilitação do contrabando ou do tráfico de drogas.

Caracterizam crimes contra serviços da União, também, a desobediência à ordem emanada de policial federal ou de juiz federal e a apresentação de Carteira Nacional de Habilitação falsa à Polícia Rodoviária Federal. Sobre a competência para o processamento e o julgamento do crime *uso de documento falso*, aliás, o STJ editou a sua Súmula 546: “A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou do órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor” (Terceira Seção, 2015). Veja-se, porém, o que ponderamos adiante, sobre estar sempre caracterizado o interesse federal quando se trate de falsificação de documento cuja emissão seja de responsabilidade de órgão federal, haja ou não o uso perante autoridade federal.

---

<sup>35</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149.

<sup>36</sup> “(...) se o crime contra o serviço federal puder ser tipificado apenas como meio (crime-meio) de obtenção de um resultado (crime-fim) que não se dirija contra a União ou que não a tenha como sujeito passivo do crime consumado, a competência será estadual” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150).

Também os crimes praticados no âmbito de processos administrativos ou judiciais federais atraem a competência dos juízes federais. Nessa linha, a Súmula 165 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista” (Terceira Seção, 1996). A respeito, vale transcrever a lição de *Cunha e Araújo*:

“Há, na hipótese trazida pela súmula, crime praticado em detrimento de serviço público federal (...) a Justiça do Trabalho (ao lado da Justiça Federal, da Militar da União, da Eleitoral e da do Distrito Federal e dos Territórios) é ramo da Justiça da União. Por isso, o crime de falso testemunho no bojo do processo trabalhista prejudica um serviço público federal (o serviço judiciário). Essa a razão de ser crime de competência federal. Some-se a esses argumentos o fato de a Justiça do Trabalho não possuir competência em matéria penal, razão pela qual não poderia ser competente para o julgamento do crime. Conquanto o enunciado sumular seja expresso em relação ao crime de falso testemunho, o mesmo entendimento pode ser utilizado para qualquer crime ocorrido no processo trabalhista (coação no curso do processo, exploração de prestígio, fraude processual, desacato, etc.).”<sup>37</sup>

Aliás, sempre será considerado praticado em detrimento de serviço federal o crime *contra ou por servidor federal ou empregado de empresa pública federal no exercício das funções*, porquanto corporifica a atuação da União. Súmula 147 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função”. *Cunha e Araújo* esclarecem, ainda:

“Conquanto a súmula faça menção ao crime praticado contra o funcionário público federal, também será crime federal aquele praticado por funcionário público federal que se vale da função. Um crime funcional (corrupção passiva, concussão, prevaricação, etc.), cometido por parte de funcionário federal, por exemplo, é de competência da Justiça Federal. Nesse caso, a competência federal se faz presente porque o crime afetará o serviço público federal.”<sup>38</sup>

*Aury Lopes Jr.* destaca que o crime deve ter sido praticado “*propter officium*, ou seja, em razão da função exercida”.<sup>39</sup> Vale enfatizar que desimporta o exaurimento do crime; nenhuma relevância tem, na definição da competência, o efetivo pagamento da vantagem exigida ou

---

<sup>37</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 33.

<sup>38</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 32.

<sup>39</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 459.

solicitada pelo servidor ou oferecida pelo corruptor.

Também afeta serviço federal o homicídio que tenha por vítima policial federal no exercício das suas funções, praticado por criminosos que estavam empreendendo fuga, sendo caso de competência da Justiça Federal. Considerando-se que se trata de crime doloso contra a vida, teremos julgamento pelo Tribunal do Júri, cuja competência é estabelecida pelo art. 5º, XXXVIII, da CF.<sup>40</sup> A instrução preliminar e a pronúncia serão feitas por Juiz Federal, que também presidirá o Tribunal do Júri e prolatará a sentença considerando o veredicto dos jurados. Vale destacar que o prejuízo a serviço federal não depende, portanto, de que tal corresponda ao bem jurídico tutelado pela norma. No crime de homicídio, por exemplo, o bem jurídico tutelado é a vida, mas, tratando-se de homicídio ou tentativa de homicídio contra magistrado federal em razão do exercício das suas funções, estará presente a vinculação ao serviço público federal e, portanto, a competência será da Justiça Federal. *Pacelli e Fischer* dizem que, em situações como essa, é “a motivação do crime, *relacionada aos serviços federais*, que determinará a competência da Justiça Federal”, caso em que restará “patente o interesse da União na correta e efetiva prestação de seus serviços”.<sup>41</sup>

Os serviços públicos federais restam diretamente prejudicados, ainda, nos casos de crime de corrupção passiva praticado por policial rodoviário federal que, *e.g.*, receba valores para deixar de prender em flagrante contrabandista que tenha sido abordado com significativa quantidade de cigarros internalizados clandestinamente no território nacional. Esse julgamento, aliás, se dará conjuntamente com o do crime de corrupção ativa praticado pelo particular em face desse mesmo policial rodoviário federal. Veja-se precedente em situação semelhante:

“LATROCÍNIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME PRATICADO CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. TROCA DE TIROS COM POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS QUE NÃO ESTARIAM ATUANDO EM SUA JURISDIÇÃO ORIGINAL. IRRELEVÂNCIA. AGENTES PÚBLICOS QUE AGIRAM NO

<sup>40</sup> CF: “Art. 5º(...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

<sup>41</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150.

CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.(...) 3. (...) se um servidor público federal é vítima de um delito em razão do exercício de suas funções, tem-se que o próprio serviço público é afetado, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Doutrina. Enunciado 147 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. No caso dos autos, ainda que a atuação dos policiais rodoviários federais tenha se dado de forma casuística, como sustentado na impetração, o certo é que era sua incumbência, naquele momento, reprimir a prática criminosa, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não há dúvidas de que agiram no exercício de suas funções, o que revela a competência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente, que desferiu diversos tiros contra eles ao empreender fuga de agência bancária que tentou assaltar. Precedente. 5. *Habeas corpus* não conhecido.”<sup>42</sup>

Crimes em detrimento de pessoa que é funcionária federal, mas sem relação com a atividade pública (*e.g.*: furto de veículo), são da competência da Justiça Estadual. Do mesmo modo, o crime praticado por pessoa que é funcionário federal, mas sem relação com a sua atividade pública (*e.g.*: crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher). O mesmo raciocínio aplica-se no caso de prática de crime contra magistrado federal (*e.g.*, latrocínio).

Crime em detrimento de serviço de autarquia federal e, portanto, da competência da Justiça Federal é, por exemplo, a inserção de informações inverídicas em sistemas informatizados do INSS, conduta que pode caracterizar o tipo do art. 313-A se houver dolo específico de obter vantagem indevida para si ou para outrem, ou de causar dano.

São exemplos de crimes praticados em detrimento de serviços de empresa pública federal, por sua vez, aqueles contra o serviço postal, previstos nos arts. 36 a 42 da Lei 6.538/78: o uso de selo, fórmula de franqueamento ou vale-postal falsificados; a supressão de sinais de utilização; a fabricação, a aquisição ou o fornecimento de petrechos de falsificação; a reprodução e a adulteração de peça filatélica; a violação de correspondência; a sonegação ou a destruição de correspondência; a quebra do segredo profissional; e a violação do privilégio postal. Também implicarão prejuízo aos seus serviços o furto e o roubo de correspondência (arts. 155 e 157 do CP) junto a carteiro. Isso porque constituem serviços públicos sob monopólio da União, conforme o art. 21, X, da CF, mas prestados pela Empresa Brasileira de Correios e

---

<sup>42</sup> STJ, *Quinta Turma*, HC 309.914/RS, rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 07.04.2015, DJe 15.04.2015.

Telégrafos (EBCT). Aliás, o furto e o roubo de correspondência serão da competência da Justiça Federal mesmo que ocorram perante empresa franqueada, porquanto estarão, de qualquer modo, prejudicando serviço prestado por empresa pública federal. Mas crimes em detrimento de bens de empresa privada franqueada dos Correios, por exemplo, que não cheguem a atingir diretamente os serviços de correio ou interesses relacionados a tal monopólio, são da competência da Justiça Estadual. Conforme *Roberto Luis Luchi Demo*,

“(…) a Justiça Estadual é competente para processar e julgar crime de dano praticado contra bens integrantes do acervo patrimonial de agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, quando não houver qualquer prejuízo a bens ou serviços da empresa pública federal. Mas se o crime contra a agência franqueada atingir os serviços da ECT, a competência é da Justiça Federal, por exemplo, quando forem furtados talões de cheques destinados à entrega domiciliar como correspondência.”<sup>43</sup>

Também são em detrimento de serviço de empresa pública federal os crimes que prejudiquem as atividades da Caixa Econômica Federal relacionadas ao cadastramento das pessoas no CPF, ao pagamento de benefícios sociais como PIS e bolsa família, ou mesmo que interfiram na administração e nos saques dos depósitos do FGTS.

*Interesse* é expressão mais ampla, que desborda do prejuízo a bem ou serviço. Por certo que sempre estará presente interesse federal, em sentido amplo, quando o crime for em detrimento de bens e serviços da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas. Mas o que importa é ver em que situações, mesmo não havendo prejuízo a bem ou a serviço, se pode caracterizar o interesse como hipótese autônoma de atração da competência da Justiça Federal. Para tanto, é preciso encontrar um sentido mais específico para esse termo, de modo que se defina seu âmbito próprio de aplicação, sendo que se faz necessário ter referências seguras para a identificação do que seja o interesse da União, das suas autarquias e das suas empresas públicas.

A palavra interesse remete à “importância ou utilidade para (alguém)”, a “dizer respeito a; concernir, tocar”, “ter a atenção voltada

---

<sup>43</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.6, maio 2005*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto\\_demo.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto_demo.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

para”, “dar ou ter participação em”.<sup>44</sup> É preciso perquirir, porém, o que caracteriza o interesse jurídico desses entes federais.

O interesse federal pode ser definido, por exemplo, pelas competências administrativas da União, arroladas no art. 21 da Constituição, e por outras atribuições que lhe sejam cometidas por dispositivos esparsos. Algumas delas, é verdade, resultam em serviços prestados pela União que atrairão a competência federal por isso, mas diversas outras apontam para outros tipos de atividades, sem que se possa falar propriamente da prestação de serviço público, e que, portanto, denotarão, especificamente, a hipótese de interesse federal.

*Pacelli e Fischer* apontam, como critério para a identificação da competência da Justiça Federal, a identificação da competência “legislativa e regulativa” da União. Ressaltam que, se for concorrente entre a União e os estados, deve prevalecer a competência estadual na ausência de expressa previsão da competência federal.<sup>45</sup>

Como o inciso VII do art. 21 da CF estabelece que compete à União emitir moeda, há interesse federal no crime de moeda falsa, descrito no art. 289 do CP. O Brasil, aliás, assumiu compromisso internacional de repressão aos crimes relacionados à moeda falsa, conforme se vê da Convenção Internacional para a Repressão da Moeda Falsa, internalizada pelo Decreto 3.074/38. Seu art. 3º estabeleceu a obrigação das partes contratantes de punirem como infrações de direito comum todos os atos fraudulentos de fabricação ou alteração de moeda, a introdução dolosa de moeda falsa na circulação, os atos destinados a pôr em circulação, introduzir no país, receber ou obter moeda falsa, sabendo ser ela falsa, bem como suas tentativas e a participação intencional e, ainda, os atos fraudulentos de fabricar, receber ou obter instrumentos ou outros objetos destinados, por sua natureza, à fabricação de moeda falsa ou à alteração das moedas. Mas a competência para o julgamento independe de qualquer nexó de internacionalidade, dispensando a invocação do art. 109, V, da CF, porquanto afeta interesse da União, atraindo a regra do art. 109, IV, da CF, ora analisado. Assim, o julgamento dos crimes relacionados à moeda falsa sempre será da Justiça Federal. São

---

<sup>44</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: 2009.

<sup>45</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151.

eles, *e.g.*, o próprio crime de moeda falsa, previsto no art. 189 do CP (“Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro”, alcançando, também, quem, “por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa”), e o de petrechos para falsificação de moeda, definido no art. 291 do CP (“Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda”). Há, porém, crimes que, em tese, poderiam afetar interesse federal no controle da moeda, mas que assim não se revelam no caso concreto. Referimo-nos à hipótese de um suposto crime de uso de moeda falsa quando, em verdade, a falsificação seja grosseira, não se prestando a violar a confiança na moeda propriamente, mas revelando apenas a indução de alguém em erro mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, com o que ocorre a sua desclassificação para o crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP. Para esse caso, há jurisprudência consolidada no enunciado da Súmula 73 do STJ: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual”.

Também aponta interesse da União a competência prevista no art. 21, VI, da CF, de “autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico”, o que atrai a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento dos crimes de porte e de receptação de arma de fogo quando de uso restrito.

A competência legislativa da União, por sua vez, estabelecida no art. 22 da Constituição Federal, por si só, não é suficiente para caracterizar o interesse da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas. É competência da União, por exemplo, legislar sobre direito processual, mas crimes como o falso testemunho (CP: “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral”) e o estelionato judiciário em ação judicial que tenha tramitado na Justiça Estadual serão processados e julgados no âmbito da própria Justiça Estadual, porquanto não apontarão qualquer interesse federal. Do mesmo modo, ainda que seja competência da



União legislar sobre registros públicos, eventuais crimes relacionados a fraudes praticadas por ou perante cartórios de registros serão da competência da Justiça Estadual, a menos que haja razão específica que aponte para algum prejuízo a bens, serviços ou interesse federal. Ainda, não obstante seja da União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nem por isso o crime de “Dispensar ou inexigir licitação” (art. 89 da Lei 8.666/93) deixará de ser da competência da Justiça Estadual. Essa competência só será da Justiça Federal quando se tratar de dispensa ou inexigibilidade no âmbito da administração pública federal ou quando houver interesse federal diretamente envolvido.

Há muitas discussões relativamente a *crimes praticados no âmbito das administrações públicas estaduais e municipais envolvendo recursos repassados e fiscalizados pela União*. A respeito, afirma Roberto Luis Lucchi Demo:

“Os crimes em detrimento de programa de financiamento federal são de competência da Justiça Federal, pois se trata de recursos da União, ainda que o financiamento seja operacionalizado por sociedade de economia mista, que na hipótese atua como órgão de execução da política de crédito e financiamento do Governo Federal. O mesmo raciocínio se aplica quando se tratar de fundo do qual a União ou suas entidades participem. Desse modo, o estelionato praticado em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei 8.036/90 e LC 110/01), ainda que depositário outro banco que não a Caixa Econômica Federal, é de competência da Justiça Federal. Igualmente, os crimes praticados contra o Pasep, fundo público instituído pela LC 8/70, são de competência da Justiça Federal. No seu turno, há o financiamento para o custeio agrícola, realizado com recursos próprios do Banco do Brasil, ou seja, com recursos que não são propriamente da União. Os crimes contra esse financiamento, geralmente estelionato (art. 171, CP), são de competência da Justiça Federal. Deveras, o Banco do Brasil atua na espécie dentro da Política de Garantia de Preços Mínimos, como órgão de execução da Política Agrícola inserida no Sistema Nacional de Crédito Rural, com interesse direto e específico da União.”<sup>46</sup>

*Pacelli e Fischer* anotam:

---

<sup>46</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da Reforma do Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 6, maio 2005. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto\\_demo.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao006/roberto_demo.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

“Como regra, sempre que houver repasse de verbas federais a entidades estaduais ou municipais, eventuais desvios ou modificação delituosa da destinação serão da competência federal se houver convênio no qual se estabeleça o poder de fiscalização e de controle dos gastos por parte da administração federal.”<sup>47</sup>

Vejam-se, ainda, os enunciados da jurisprudência consolidada do STJ:

Súmula 208 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.

Súmula 209 do STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

Essas súmulas têm balizado as decisões dos demais tribunais, como se pode ver:

“AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 92 DA LEI DAS LICITAÇÕES. ADMITIR OU DAR CAUSA À PRORROGAÇÃO CONTRATUAL DOS PACTOS CELEBRADOS COM O PODER PÚBLICO SEM AUTORIZAÇÃO EM LEI OU NO CONTRATO. COMPETÊNCIA. (...) 1. Tratando-se de cometimento de ilícito que envolva o manejo de verba federal objeto do convênio entre a Prefeitura Municipal e o Ministério da Cultura (e, portanto, sujeita à prestação de contas junto ao referido órgão), justifica-se o interesse da União e a competência da jurisdição federal (art. 109, I, da Carta Magna).” (TRF4, APN 2004.04.01.017043-6, Quarta Seção, relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15.09.2010)

“MÁFIA DAS AMBULÂNCIAS. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES. ART. 90 DA LEI 8.666/93. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208 DO STJ. (...) 1. A Súmula 209 do STJ só se aplica quando as verbas públicas estão incorporadas ao patrimônio municipal, o que não ocorre no presente caso, em que os recursos federais estavam sujeitos à fiscalização do TCU. Assim, a hipótese é de incidência da Súmula 208 do STJ, a qual dispõe que ‘compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal’.” (TRF4, ACR 0001072-26.2008.404.7006, Sétima Turma, relatora Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 07.08.2014)

Em novembro de 2015, no ARE 924193 AgR, a Segunda Turma do STF reafirmou que “4. Compete à Justiça Federal o julgamento desses delitos quando as verbas públicas federais sejam transferidas à municipalidade sob condição e sujeitas à prestação de contas e ao controle da União. Precedentes”. Restou assentado no voto condutor do

---

<sup>47</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 152.

Min. *Gilmar Mendes*:

“[...] a jurisprudência desta Corte Suprema perfila o entendimento de que é da Justiça Federal a competência para julgamento dos crimes de responsabilidade previstos no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, praticados por prefeito municipal, quando as verbas públicas federais sejam transferidas à municipalidade sob condição e sujeitas à prestação de contas e ao controle da União. [...] Logo, o entendimento fixado pelo tribunal *a quo*, com base na Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça (‘Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal’), não destoia do entendimento desta Corte Suprema. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.”

O STF considera, ainda, da competência dos juízes federais o julgamento de crimes envolvendo o desvio de recursos provenientes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). No HC 100.772/GO, decidiu que a atribuição constitucional à União da

“função supletiva e redistributiva em matéria educacional, bem como o interesse na universalização de um padrão mínimo de qualidade do ensino (...) é condição suficiente para caracterizar seu interesse nas ações de natureza penal concernentes a desvios do Fundef, independentemente de repasse de verba federal.”

O relator, Min. Gilmar Mendes, bem como o Ministro Celso de Mello, afirmaram expressamente que não se trata de interesse apenas patrimonial, mas institucional, nos termos do art. 211, § 1º, da CF, restando a decisão unânime. Destaco que o Fundef foi instituído pela EC 14/96, a ele sendo destinados, das receitas de impostos federais, estaduais e municipais, percentuais vinculados pelo art. 212 da CF ao investimento em educação, com repasse automático aos Estados e aos municípios, tendo sido regulado pela Lei 9.424/96. Em 2007, sobreveio a Lei 11.494, regulamentando o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, estando prevista a complementação de recursos pela União, quando necessário, e a distribuição dos recursos entre o governo estadual e o de seus municípios “na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial”.

É entendimento firmado pelo STF que *o interesse deve ser direto e específico*, não se podendo, por exemplo, considerar que a venda de combustível adulterado implique lesão aos serviços da entidade

autárquica responsável pela sua fiscalização, na medida em que “não se pode confundir o fato objeto da fiscalização – a adulteração do combustível – com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional do Petróleo”.<sup>48</sup>

Não chega a configurar o interesse da União a falsificação e a utilização de documentos de arrecadação federal para a prática de crimes contra particulares, o que pode ocorrer, por exemplo, quando funcionário responsável pelo pagamento de contribuições devidas pela empresa ao fisco desvie o respectivo dinheiro, comprovando o pagamento mediante falsificação. Eis a Súmula 107 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão a autarquia federal” (STJ, Terceira Seção, 1994).

Tratando-se, porém, da falsificação ou do uso de documento público falso cuja emissão cabe a órgão federal, sempre estará caracterizado o interesse federal. É o que ensina *Douglas Fischer*:

“Com efeito, se a emissão do documento é de responsabilidade de órgão público federal, há de se atentar que, no caso de falsidade (material ou ideológica), o bem jurídico tutelado é a fê pública. Assim, segundo pensamos, é absolutamente irrelevante que o documento tenha sido eventualmente usado perante outro órgão que não federal ou até entre particulares. A fê pública de interesse federal direto restou violada pela falsidade do documento.”<sup>49</sup>

Nesse sentido, faz-se, portanto, crítica ao enunciado da Súmula 546 do STJ, que aponta a desimportância do órgão expedidor: “A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou do órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor” (Terceira Seção, 2015).

Da mesma maneira, merece censura a Súmula 62 do STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social atribuído a empresa privada”. *Douglas Fischer* anota:

<sup>48</sup> STF, 1ª T., RE 502915, rel. Min. Sepúlveda Pertence, fev./2007; STF, Tribunal Pleno, RE 454737, rel. Min. Cezar Peluso, set./2008.

<sup>49</sup> FISCHER, Douglas. Da determinação da competência penal em razão da matéria na Justiça Federal: princípios fundamentais e alguns equívocos da jurisprudência. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 278.

“(…) qualquer anotação ideologicamente falsa que venha a ser inserida na CTPS, omissão relevante ou até então qualquer falsificação que altere materialmente o documento serão atos criminosos que atentarão *primordialmente* (no mínimo) a interesses da União Federal, pois é a *sua fé pública* (bem jurídico tutelado pelos tipos penais em voga) que restou atingida *diretamente*.”<sup>50</sup>

Competindo às Delegacias Regionais do Trabalho a sua emissão, não há como afastar-se o prejuízo aos serviços e aos interesses da União.

Assim, também, os crimes relacionados à falsificação de passaportes ou ao uso de passaporte falso são da competência da Justiça Federal, na medida em que sua emissão compete à Polícia Federal.

Atente-se, ainda, para o enunciado da Súmula Vinculante nº 36: “Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou da Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil”. Isso porque, de um lado, não é crime militar e, de outro, se dá em prejuízo de serviço ou interesse da União na confiabilidade dos respectivos documentos.

Importante, ainda, é atentarmos para as peculiaridades do crime de lavagem de dinheiro, de que trata a Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.638/12. Restará configurado o interesse da União quando a infração penal antecedente for da competência federal. Efetivamente, conforme ensina *Douglas Fischer*:

“A solução do problema aqui se apresenta bastante simples. Se o delito antecedente se enquadrar em qualquer das hipóteses previstas nas regras constitucionais delimitadoras da competência da Justiça Federal (e não somente aquelas do inciso IV do art. 109 da CF), necessariamente a competência para o processamento da lavagem de dinheiro será da Justiça Federal, normalmente com reunião processual.”<sup>51</sup>

Mas não se trata de determinar a competência da Justiça Federal, para a lavagem, por conexão, na medida em que a denúncia pela lavagem independe do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes, bastando que haja indícios suficientes da sua ocorrência.

---

<sup>50</sup> FISCHER, Douglas. Da determinação da competência penal em razão da matéria na Justiça Federal: princípios fundamentais e alguns equívocos da jurisprudência. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 282.

<sup>51</sup> FISCHER, Douglas. Da determinação da competência penal em razão da matéria na Justiça Federal: princípios fundamentais e alguns equívocos da jurisprudência. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 277.

O próprio crime de lavagem de dinheiro será da competência da Justiça Federal. Aliás, o art. 2º, III, da Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.638/12, dispõe que os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores são da competência da Justiça Federal: “a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal”. A competência jurisdicional é matéria constitucional, sendo certo que essa última alínea da lei ordinária apenas evidencia o interesse federal que, nos termos da Constituição, determina a competência da Justiça Federal.

#### **4 Crimes previstos em tratado e com nexos de internacionalidade**

A competência da Justiça Federal segue arrolada no inciso V do art. 109 da CF:

*“V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;”*

Tratados ou convenções internacionais são expressões equivalentes<sup>52</sup> que só produzem efeitos internamente após se completar um complexo *iter* que vai desde a negociação dos seus termos até a publicação de decreto do Presidente da República. Efetivamente, o art. 84, VIII, da Constituição estabelece a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas estão eles sujeitos a referendo do Congresso Nacional e só produzem efeitos internamente após se completar o seguinte *iter*:

- assinatura do tratado pelo Presidente da República;
- aprovação pelo Congresso revelada por decreto legislativo;
- ratificação pelo Presidente mediante depósito do respectivo instrumento;
- promulgação por decreto do Presidente, com a publicação oficial do texto do tratado.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> “As palavras tratado e convenção são sinônimas. Ambas representam acordo bilateral ou multilateral de vontades para produzir um efeito jurídico. Criam direitos e obrigações. Tratado (ou convenção) internacional vem a ser o ato jurídico firmado entre dois ou mais Estados, mediante seus respectivos órgãos competentes, com o objetivo de estabelecer normas comuns de direito internacional” (RIBEIRO DE MORAES, Bernardo. *Compêndio de Direito Tributário*. v. 2. 3. ed. 1995. p. 26).

<sup>53</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Ministro Celso de Mello, CR (AgRg) 8.279-Argentina, 1998.

Uma vez internalizados, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional.

Há diversos tratados internacionais estabelecendo o combate a criminalidades específicas. Alguns deles dispõem sobre matérias que, por força da Constituição brasileira, envolvem diretamente bens, serviços ou interesse federais e que, portanto, sempre serão da competência da Justiça Federal, ainda que praticados os crimes internamente, sem qualquer nexó internacional, forte na regra geral do art. 109, IV, como é o caso dos crimes de moeda falsa (Convenção Internacional para a Repressão da Moeda Falsa, internalizada pelo Decreto 3.074/38). Outros tratados dispõem sobre matérias que, via de regra, implicariam a competência da Justiça Estadual, mas que, havendo algum traço de internacionalidade, passam à competência da Justiça Federal, forte na regra do art. 109, inciso V, que ora é analisada.

O mais frequente é o crime de *tráfico internacional de entorpecentes*, de que tratam a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988, das Nações Unidas, internalizadas, respectivamente, pelos Decretos 54.216/64, 79.388/77 e 154/91.

Vê-se, da Convenção de 1971, que a preocupação com os problemas sociais e de saúde pública que resultam do abuso de substâncias psicotrópicas fez com que Estados-partes, imbuídos da determinação de preveni-lo e combatê-lo, assim como o tráfico ilícito dessas substâncias, firmassem convenção, cujo artigo 21 traz disposições sobre a ação contra o tráfico ilícito e cujo art. 22 cuida de disposições penais. Assim é que convencionaram criminalizar essas ações, bem como a participação intencional, a conspiração ou as tentativas de cometer tais delitos, os atos preparatórios e as operações financeiras a eles relacionadas, e tomar medidas para a coordenação de atividades preventivas e repressivas contra o tráfico ilícito, prestar-se assistência mútua, cooperar para a rapidez da expedição, entre os países, de documentos necessários às ações judiciais respectivas e admitir a extradição. Também convencionaram considerar as sentenças condenatórias estrangeiras por tais delitos para fins de reincidência. Acordaram, ainda, que “qualquer substância psicotrópica, ou outra substância, ou qualquer equipamento

utilizado ou destinado a ser utilizado na prática de qualquer dos delitos (...) será sujeito a apreensão e confisco”.

Da Convenção de 1988, consta que os Estados-Partes reconhecem “que a erradicação do tráfico ilícito é responsabilidade coletiva de todos os Estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional”. Cuida dos delitos e das sanções, prevendo a criminalização de inúmeras condutas relacionadas ao tráfico; da jurisdição, procurando dar caráter bastante amplo à competência jurisdicional de todos os Estados-Partes em função de inúmeros elementos de conexão; bem como do confisco do produto do crime de tráfico ou de bens equivalentes e de entorpecentes, substâncias psicotrópicas e matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização na prática dos delitos. Também aborda a extradição, a assistência jurídica recíproca e outras formas de cooperação e capacitação, a cooperação internacional de assistência, entre outros temas.

A matéria relativa ao tráfico de entorpecentes está regulada, atualmente, na Lei 11.343/06, chamada Lei de Drogas. As ações penais, muitas vezes, cumulam pretensões punitivas por tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06) e por associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06).

Também ocorrem, com elementos de conexão internacional, *crimes relacionados à violação de direitos das crianças e dos adolescentes*, cujo combate é objeto da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/90. Note-se que, para os efeitos da Convenção, “considera-se criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”, nos termos do seu art. 1º, abrangendo, portanto, o que o direito brasileiro considera como criança (zero a doze anos incompletos) e adolescente (doze a dezoito anos de idade), conforme decorre do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

A Convenção determina que os Estados-partes adotem

“todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.” (art. 19)

Os Estados-partes também “reconhecem o direito de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer



trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social” (art. 32). Dispõe a Convenção ainda, que “serão adotadas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias” (art. 33). Segue dizendo do compromisso de “proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual”, impedindo “o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal”, “a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais” e “a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos” (art. 34). Também se comprometem os Estados-partes a “impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma” (art. 35) e a protegê-las de “todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar”. Desse modo, quando praticados crimes que atinjam tais compromissos assumidos e se revelar traço de internacionalidade, a competência para seu julgamento será da Justiça Federal. Note-se que, relativamente ao tráfico de crianças, há tratado internacional específico, qual seja, a Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, firmada ainda em 1921, adotada por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1947 e internalizada pelo Decreto 37.176/55.

Via de regra, as violações aos direitos das crianças e dos adolescentes ocorrem no interior das residências, na sua própria comunidade, sem qualquer elemento de internacionalidade, sendo, portanto, da competência da Justiça Estadual. Mas há crimes como o *tráfico internacional de crianças ou de seus órgãos*, bem como de *produção ou compartilhamento internacional de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes* praticados por pessoas em mais de um país ou transpondo suas fronteiras, de modo que sua internacionalidade estará presente e implicará a competência da Justiça Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente define crimes como o de “produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por

qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente” (art. 240), o de “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” (art. 241-A) e o de “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” (art. 241-B).

Quanto ao crime de disponibilização de material pedófilo-pornográfico na Internet, de que cuida o art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a presença de indícios de internacionalidade ou transnacionalidade é exigida pela jurisprudência para atrair a competência da Justiça Federal. Não há, porém, um consenso quanto ao que se faz necessário e é suficiente para caracterizar essa internacionalidade. O STJ considera “imprescindível que a conduta tenha ao menos potencialidade para ultrapassar os limites territoriais”.<sup>54</sup> Destacamos que o uso de programas de compartilhamento como o e-Mule implicará, invariavelmente, internacionalidade, porquanto envolve, simultaneamente, computadores em todas as partes do mundo, baixando os arquivos divididos em centenas de pequenas partes.

OSTF, no RE 628.624, reconheceu a repercussão geral da “controvérsia acerca da competência para o processamento e o julgamento de causa relativa à prática de crime de publicação de imagens, por meio da Internet, com conteúdo pornográfico envolvendo adolescentes, previsto no artigo 241-A da Lei nº 8.069/90”. Em 27 de outubro de 2015, julgou o mérito, definindo a competência federal para o julgamento: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores”.<sup>55</sup> Conforme o Min. Lewandowski, “a Internet tem o potencial de fazer com que essa imagem seja acessada em qualquer lugar do mundo, o que atrai (...)”

---

<sup>54</sup> STJ, CC 125.751/MT, rel. Ministro *Walter de Almeida Guilherme (desembargador convocado do TJ/SP)*, *Terceira Seção*, julgado em 22.10.2014, DJe 30.10.2014.

<sup>55</sup> STF, RE 628.624, rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, out./15.

a competência da Justiça Federal”. O STJ também já decidiu que, em “se tratando de imagens publicadas em *sites* de relacionamento, cujo acesso é franqueado a pessoas em qualquer lugar em que se encontrem, já estaria revelada a real potencialidade transnacional do delito”.<sup>56</sup>

Mas há também precedentes do STJ com posicionamento mais restritivo:

“Não bastando riscos internacionais ou mesmo a potencialidade de dano transnacional, irrelevante é o *site* ou o programa onde arquivado o material pornográfico infantil para a definição da competência. É a prova que definirá a ocorrência ou não do crime à distância (com parcela do crime no estrangeiro), e, sendo previsto em tratados internacionais, a competência da jurisdição federal.”<sup>57</sup>

Decidiu o STJ, ainda:

“O simples fato de o crime ter sido cometido por meio da rede mundial de computadores não atrai, necessariamente, a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento do feito, sendo necessária a presença de indícios de crime transnacional para que seja firmada a competência da jurisdição federal, nos termos do art. 109, V, da CF/88.”<sup>58</sup>

Veja-se também: “Igualmente, tem-se que eventual utilização da rede mundial de computadores para divulgar material ilícito não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal, devendo haver a análise do caso concreto”.<sup>59</sup> Cuidando-se de comunicações eletrônicas privadas realizadas via Internet, não estaria demonstrada a potencial transnacionalidade do crime, razão pela qual não teria o condão de atrair a competência da Justiça Federal.<sup>60</sup> O uso de *e-mail*, por exemplo, quando entre pessoas domiciliadas no país, não revela qualquer internacionalidade.

Há, ainda, outros crimes que, em face de compromissos assumidos internacionalmente e desde que presente o traço de internacionalidade, serão da competência da Justiça Federal, como os *crimes de tráfico de mulheres e de pessoas em geral e de lenocínio*, de que cuidam a

<sup>56</sup> STJ, CC 125.751/MT, rel. Ministro *Walter de Almeida Guilherme* (desembargador convocado do TJ/SP), *Terceira Seção*, julgado em 22.10.2014, DJe 30.10.2014.

<sup>57</sup> STJ, CC 128.140/SP, rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, rel. p/ acórdão Ministro *Néfi Cordeiro*, *Terceira Seção*, julgado em 14.05.2014, DJe 02.02.2015.

<sup>58</sup> STJ, HC 228.106/PR, rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Quinta Turma*, julgado em 18.06.2015, DJe 03.08.2015.

<sup>59</sup> STJ, CC 125.751/MT, rel. Ministro *Walter de Almeida Guilherme* (desembargador convocado do TJ/SP), *Terceira Seção*, julgado em 22.10.2014, DJe 30.10.2014.

<sup>60</sup> STJ, CC 125.751/MT, rel. Ministro *Walter de Almeida Guilherme* (desembargador convocado do TJ/SP), *Terceira Seção*, julgado em 22.10.2014, DJe 30.10.2014.

Convenção para a Repressão ao Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921, a Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, de 1933, e a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1950, internalizadas por meio dos Decretos 37.176/55 e 46.981/59, o de *tortura*, de que trata a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, internalizada pelo Decreto nº 40/91, e o de *corrupção e de tráfico de influência nas transações comerciais internacionais*, objeto da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, internalizada pelo Decreto 3.678/2000. Lembrem-se, ainda, os de discriminação racial, de que cuida a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, internalizada pelo Decreto nº 65.810/69, e os de *tráfico de armas e munições*, cujo combate é objeto da Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos, internalizada pelo Decreto 3.229/99, bem como do Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições, internalizado pelo Decreto 5.941/06.

Importa notar que a competência da Justiça Federal depende tanto da assunção, pela República Federativa do Brasil, de *compromisso no sentido de reprimir a prática de crimes contra determinados bens jurídicos*, como da necessária presença de *elementos de conexão que apontem para a sua internacionalidade*. Conforme Cunha e Araújo,

“é necessária a presença, cumulativa, de dois requisitos: previsão em tratado ou convenção internacional e relação de internacionalidade da conduta. Por isso, nem todo crime previsto em tratado internacional é de competência federal. Se assim fosse, qualquer crime relativo a tráfico de drogas, armas, exploração sexual de menores e muito outros seriam, sempre, da competência federal. Condutas envolvendo esses temas somente serão processadas e julgadas na Justiça Federal se forem praticadas com predicados de internacionalidade.”<sup>61</sup>

Daí o sentido da Súmula 522 do STF: “Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e o julgamento dos crimes

---

<sup>61</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 34.

relativos a entorpecentes”.

Há, conforme a lição de *Pacelli e Fischer*, duas exigências: “que se trate de crimes de interesse da comunidade internacional, cuja reprovação seja compartilhada para além das fronteiras nacionais, e para os quais o Brasil tenha se comprometido a diligenciar no seu enfrentamento” e “a *internacionalização* da conduta; isto é, é preciso que o início ou a consumação (incluindo o local onde deveria se consumir) seja em território nacional, e o outro (início ou consumação), em território estrangeiro”.<sup>62</sup>

Mas, no caso de iniciar-se no Brasil, não se faz necessária a comprovação de que tenha ocorrido o resultado no exterior, bastando que essa fosse a intenção. Note-se que o dispositivo constitucional estabelece: “tenha ou devesse ter ocorrido”. E vice-versa: bastam elementos indiciários de que a conduta delitiva tenha se iniciado no exterior.

Não estando presente a internacionalidade do crime previsto em tratado, a competência será, de regra, da Justiça Estadual.

### **5 Crimes que impliquem grave lesão aos direitos humanos: a competência é da Justiça Estadual, mas pode ser deslocada para a Justiça Federal**

O art. 4º, II, da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos.<sup>63</sup> Há diversos compromissos assumidos no sentido de impedir a violação a tais direitos e de apurar e punir exemplarmente eventuais violações que não se tenha conseguido evitar. O descumprimento desse encargo pelo Brasil pode implicar sua responsabilização por tribunais internacionais.

Com vista a assegurar a efetividade do processamento e do julgamento dos crimes que impliquem grave violação de direitos humanos, o art. 109, § 5º, da CF dispõe:

“§ 5º Nas hipóteses de *grave violação de direitos humanos*, o Procurador-Geral da

<sup>62</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 154.

<sup>63</sup> O art. 5º da CF, após afirmar os direitos fundamentais, prevê, em seu § 3º, que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

República, com a finalidade de *assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos* dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Embora a competência seja originariamente da Justiça Estadual, há a *possibilidade de a competência da Justiça Estadual ser deslocada para a Justiça Federal, mediante “incidente de deslocamento de competência” (IDC), quando se trate de crime em que a violação aos direitos humanos seja grave*, nos termos do § 5º do art. 109 da CF.

Esse dispositivo é autoaplicável,<sup>64</sup> já tendo sido processados alguns desses incidentes junto ao STJ.

*Aury Lopes Jr.* critica tal instituto porque “gera um imenso perigo de manipulação política (e teatralização) de um julgamento” e o considera um “retrocesso antidemocrático”.<sup>65</sup> Também *Gabriel Dias Marques da Cruz* aponta a ineficácia do novel instituto processual.<sup>66</sup>

Entendemos, diferentemente, que o incidente em questão afasta o risco de inoperância da Justiça que poderia decorrer, justamente, de manipulação política e de ingerência sobre as autoridades policiais, ministeriais e jurisdicionais locais. Mais provável que isso – mas igualmente exigindo solução – é a hipótese de falta de estrutura suficiente dos órgãos locais para o qualificado e célere enfrentamento de tais questões. *Ela Wiecko Volkmer de Castilho* reforça o entendimento de *Lima e Bicudo*, pela necessidade de verificar se “o aparato repressivo estatal está sendo conivente com a situação de violações perpetradas, ou, então, que se tem condições de apurar as violações e responsabilizar os culpados”.<sup>67</sup> Na inicial do IDC nº 1, o Procurador-Geral da República

---

<sup>64</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 544-545. No mesmo sentido: CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de deslocamento de competência: dois casos e uma crítica. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2013. p. 332.

<sup>65</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 461.

<sup>66</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de deslocamento de competência: dois casos e uma crítica. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2013. p. 341-342.

<sup>67</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Federalização de violações contra direitos humanos. In: Conferência Nacional dos Advogados do Brasil: Poder, República e Cidadania, Florianópolis, 25 a 29 de setembro de 2005, coord. Nelcir Antoniazzi. *Anais*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. Página não numerada.

*Cláudio Fonteles* apontou que a defensora dos direitos humanos vítima de homicídio estava sendo ela própria acusada de integrar quadrilha, em evidente distorção dos fatos, e que “situações claras (...) de desacreditar o trabalho daqueles que se dedicam, indiscutivelmente, à defesa dos direitos humanos implica comprometer ‘o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos’ a que o Brasil se obrigou”.

Ademais, a EC 45 não deslocou, pura e simplesmente, a competência para a Justiça Federal, mas abriu tal possibilidade, mediante provocação do Procurador-Geral da República e decisão do Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, restam os estados-membros cientes da sua responsabilidade quanto a essa matéria: assegurar, por si mesmos, que as graves violações a direitos humanos, quando não evitadas, sejam investigadas e punidas de modo eficiente. Diga-se, ainda, que o deslocamento ocorrerá apenas quando necessário e para o juízo federal que seja o competente para apreciar a causa nos termos da lei e das normas de organização judiciária que estabelecem os municípios jurisdicionados por cada subseção judiciária da Justiça Federal.

Pode-se fazer um paralelo interessante confrontando as diversas competências para o processamento e o julgamento dos crimes que impliquem grave violação aos direitos humanos. Havendo atuação efetiva da Justiça dos estados, que, respeitado o devido processo legal, implique processamento e julgamento de tais crimes em tempo razoável, o compromisso brasileiro no plano internacional restará cumprido. Caso a atuação da Justiça Estadual não se mostre adequada, a competência poderá ser deslocada para a Justiça Federal mediante o referido incidente. Se a Justiça Federal conseguir dar processamento e fazer julgamento e, se for o caso, punir efetivamente os responsáveis, o Estado brasileiro terá cumprido seu compromisso internacional. Na falha das Justiças Estadual e Federal, poderá ser acionado o Tribunal Penal Internacional, que só atua de modo complementar e subsidiário à jurisdição nacional.<sup>68</sup>

É preciso compreender o contexto em que surgiu a EC 45/04.

---

<sup>68</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 540.

Estamos em um momento histórico não mais de simples definição ou de afirmação dos direitos humanos, mas de sua implementação, de assegurar efetivamente o respeito a tais direitos. A palavra de ordem é responsabilidade. Assunção de responsabilidade pelos Estados e sua responsabilização no plano internacional quando descumpridos os compromissos assumidos.

*Roberto Lima Santos* adverte:

“O Brasil, em 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos, e, sendo assim, passou a submeter-se às suas decisões. Assim, já não há mais espaço para a cômoda postura do Estado na matéria, em que ratifica os tratados internacionais de direitos humanos, mas continua permitindo violações dos direitos assegurados em seu território ou, ainda, protela a reforma de legislações e de instituições para promover e garantir os direitos humanos. Portanto, deve-se estar ciente da possibilidade de condenação do Brasil por violação de direitos humanos. Atualmente, estão pendentes de julgamento na Comissão Interamericana de Direitos Humanos mais de cem casos internacionais contra o Brasil, que poderão, se houver fatos novos, ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana.”<sup>69</sup>

Esse autor destaca que, em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela morte de Damião Ximenes, torturado e morto em uma clínica filiada ao SUS, no interior do Ceará, em 1999. Na decisão, apontou-se que “o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes um recurso efetivo para garantir o acesso à Justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, a identificação, o processo e (...) a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial”, decidindo-se que “o Estado deve garantir a celeridade da Justiça brasileira no caso”, tendo determinado “atenção especial ao processo penal, que corre na Justiça do Ceará há oito anos, com a garantia de que os responsáveis serão julgados e punidos”.<sup>70</sup>

A República Federativa do Brasil era cobrada e responsabilizada no plano internacional, mesmo que, internamente, a violação a direitos humanos decorresse de morosidade e ineficiência da Justiça dos

---

<sup>69</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 536-537.

<sup>70</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 537-538.



estados-membros, dotados de autonomia, sem que a União tivesse sequer a possibilidade de assegurar a efetividade da investigação e da persecução penal.

Para permitir que o Brasil possa, por meio dos Poderes Executivo e Judiciário da União, agir no sentido do cumprimento dos seus compromissos internacionais relacionados à promoção e à garantia dos direitos humanos, algumas medidas foram adotadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, § 1º, I, já previa, com a redação da EC nº 19/98, a atribuição da Polícia Federal de

“apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.”

Sobreveio, então, a Lei 10.446/02, regulamentando tal dispositivo e determinando que, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública (além da polícia federal, as polícias rodoviária federal, ferroviária federal, civis e militares e os corpos de bombeiros militares), em especial das polícias militares e civis dos estados, proceder à investigação, dentre outras infrações penais, das “relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte”.

Criou-se, também, por meio da EC nº 45/04, no âmbito da chamada Reforma do Judiciário, o incidente de deslocamento de competência. Esse incidente, por vezes, é referido como uma medida de “federalização da competência” para o julgamento de graves lesões aos direitos humanos.<sup>71</sup> A finalidade do instituto é fazer com que o Estado brasileiro tenha condições efetivas de reagir às graves violações aos direitos humanos, agindo frente a tais crimes de modo que sejam realmente investigados e que haja a punição dos responsáveis em tempo razoável,

---

<sup>71</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Federalização de violações contra direitos humanos. In: Conferência Nacional dos Advogados do Brasil: Poder, República e Cidadania, Florianópolis, 25 a 29 de setembro de 2005, coord. Nelcir Antoniazzi. *Anais*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. Páginas não numeradas.

eliminando-se a impunidade.

Caberá ao Procurador-Geral da República propor tal incidente perante o Superior Tribunal de Justiça, que, assim, poderá determinar a competência da Justiça Federal para o seu processamento e o seu julgamento. *Roberto Luis Lucchi Demo* esclarece:

“Importante registrar: os crimes contra os direitos humanos (especialmente a tortura, o homicídio doloso qualificado praticado por agente policial, os crimes contra os indígenas, o trabalho escravo e infantil, bem assim os homicídios dolosos motivados por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade, ou quando decorrentes de conflitos fundiários de natureza coletiva) eram e continuam sendo de competência penal originária da Justiça Comum estadual. Portanto, a EC 45/04 não importou em alteração da competência penal originária da Justiça Federal neste particular. Apenas, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, poderá suscitar perante o STJ, o incidente de deslocamento de competência da Justiça Comum estadual para a Justiça Federal.”

Três requisitos são exigidos: grave violação aos direitos humanos, afronta a tratado internacional de proteção a direitos humanos e ineficácia ou omissão das autoridades estaduais.<sup>72</sup>

No IDC nº 1, relativo ao deslocamento de competência do processo e do julgamento do assassinato da religiosa Irmã Dorothy Stang, ocorrido no Pará, o STJ entendeu que, não se verificando, “por parte dos órgãos institucionais da segurança e do judiciário do Estado do Pará, omissão ou inércia na condução das investigações do crime e na sua efetiva punição pela grave violação dos direitos humanos”, se deveria prestigiar o princípio da autonomia federativa, razão pela qual indeferiu a pretensão ministerial de deslocamento da competência. Estabeleceu, assim, requisitos para o deslocamento vinculados à sua *necessidade para a efetividade da investigação e da persecução penal*.

No IDC nº 2, relativo ao assassinato de Manoel Bezerra de Mattos Neto, defensor dos direitos humanos que denunciara a atuação de grupos de extermínio nos Estados da Paraíba e de Pernambuco responsáveis por aproximadamente duzentos homicídios ao longo de dez anos, o STJ acolheu o incidente, transferindo processamento e o julgamento

---

<sup>72</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Federalização de violações contra direitos humanos. In: Conferência Nacional dos Advogados do Brasil: Poder, República e Cidadania, Florianópolis, 25 a 29 de setembro de 2005, coord. Nelcir Antoniazzi. *Anais*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. Páginas não numeradas.

do caso da Justiça Estadual à Justiça Federal da Paraíba. Houve votos vencidos que propunham o simples desaforamento para a comarca da capital, mantida a competência da Justiça Estadual.

A expressão “direitos humanos” tem seu significado vinculado, historicamente, às declarações que proclamaram direitos indisponíveis de todas as pessoas, em caráter universal, independentemente de nacionalidade, de sexo, de raça, de cor, de religião, de idioma, de condição econômica, social, cultural ou política. Constituem direitos inatos, imanentes ou “inerentes à condição humana, (...) oriundos de consequências ou de reivindicações geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais do ser humano”.<sup>73</sup> São “válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos”.<sup>74</sup> Têm como objetivo elevar a um patamar indiscutível e inegociável a dignidade da pessoa humana, assegurando a cada um o respeito à sua vida e à sua integridade física, psíquica e moral, com a liberdade indispensável à sua autodeterminação. Visam à promoção do “ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria”.<sup>75</sup> Trata-se de “um mínimo invulnerável”.<sup>76</sup> São direitos que independem de afirmação pelo direito positivo, pois não constituem uma concessão em favor das pessoas, mas, sim, direitos naturais a serem simplesmente reconhecidos e afirmados pelos poderes políticos. Protegem contra o arbítrio do poder do aparato estatal ou de quem quer que seja – grupos religiosos, milícias, instituições – que os viole ou despreze, ou seja, “contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.<sup>77</sup> Assim, e até por isso, seu reconhecimento e sua aplicação, no plano internacional, independem da sua positivação em cada país. De qualquer modo, a Constituição brasileira coloca a prevalência dos direitos humanos como princípio das suas relações internacionais (art. 4º, II), destacando, ainda, que os

---

<sup>73</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Conceito – Objetivo – Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v. 12, p. 47-57, jan./mar. 2015.

<sup>74</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Conceito – Objetivo – Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v. 12, p. 47-57, jan./mar. 2015.

<sup>75</sup> Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e as Constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (coord.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003. p. 229.

<sup>77</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 224.

direitos fundamentais expressamente reconhecidos na Constituição, especialmente em seu art. 5º, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ademais, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º), sendo certo, ainda, que, nessa matéria, “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (art. 5º, § 4º).

É importante destacar que não há, necessariamente, uma equivalência absoluta entre direitos humanos e direitos fundamentais. Aqueles têm caráter universal e são afirmados em tratados internacionais. Já os direitos fundamentais são aqueles incorporados à Constituição de cada país. Efetivamente, conforme *Alvarenga*, “No momento em que os direitos humanos são incorporados pela Constituição de um país, eles ganham o *status* de direitos fundamentais”.<sup>78</sup>

Há diversas declarações de direitos humanos que nos permitem apreender o seu significado, dentre as quais:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948;
- Declaração Interamericana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana em 1948;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969.

A Carta das Nações Unidas, que fundou a ONU, em seu art. 55, estabeleceu o seu compromisso de promover o respeito e a observância universal dos direitos humanos. A definição do *conteúdo dos “direitos humanos”* sobreveio com a resolução da Assembleia das Nações Unidas que aprovou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948*, logo após o fim da segunda guerra mundial. Em seu preâmbulo, consta que, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da

---

<sup>78</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Conceito – Objetivo – Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, Porto Alegre, v. 12, p. 47-57, jan./mar. 2015.

humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, restava proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo-a sempre em mente, se esforce, por meio do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e a essas liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar seu reconhecimento e sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição.

Assim é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 passa a proclamar que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e gozam de direitos e de liberdades “sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Afirma o direito “à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão”, que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Declara que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”, que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”. Segue apontando que “toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais”, que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”, que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”, que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”, bem como que “ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional” e que

“não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

Também reconhece que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”, que “toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado”, bem como o “direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar” e, ainda, que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, salvo “em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos ou princípios das Nações Unidas”. Ainda, ressalta que “toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”, que “homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”, que “o casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes” e também que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Declara que “toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”, e que dela não será arbitrariamente privado.

Ainda, afirma que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião”, podendo mudar de religião ou crença e tendo a liberdade de manifestá-las “pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”. Pontua que “toda pessoa tem liberdade de opinião e expressão”, de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras, que “toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas” e de não ser obrigada a fazer parte de uma associação.

Prossegue a declaração, estabelecendo que “toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”, “toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”, bem como afirmando que a vontade do povo será a base da autoridade do governo, expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Também proclama o direito à segurança social e à realização, de acordo com a organização e os recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. E segue afirmando, *e.g.*, os direitos ao trabalho, ao repouso e ao lazer, a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, à proteção especial à maternidade e à infância, à instrução gratuita nos graus elementares e orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, à livre participação na vida cultural da comunidade e à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes da produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

A *Declaração Interamericana dos Direitos e Deveres do Homem*, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, também de 1948, segue a mesma linha, declarando os direitos à vida, à liberdade e à segurança, à igualdade perante a lei sem discriminação, à liberdade religiosa, de opinião e de expressão, à proteção da honra e da reputação e à vida particular e familiar, a constituir família, à proteção especial à mulher grávida e em época de lactação, à nacionalidade, a residir no Estado de que é nacional e por ele transitar livremente e a nele permanecer se quiser. Também declara os direitos à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à proteção à saúde, à educação inspirada na liberdade, na moralidade e na solidariedade, à igualdade de oportunidade, à participação na vida cultural da coletividade, aos direitos de autor, ao trabalho livre, digno e remunerado, ao descanso, à previdência social, ao reconhecimento enquanto pessoa e ao gozo dos direitos fundamentais. Assegura, ainda, o acesso efetivo à Justiça, a participação no governo diretamente ou mediante representação, a liberdade de reunião e de associação, a propriedade, o direito de petição, o de não ser preso por deixar de cumprir obrigações civis e, em qualquer caso, senão conforme leis já existentes e com direito a rápido controle judicial da legalidade da medida, a presunção de inocência até que provada a culpabilidade, o direito do acusado de ser ouvido de forma imparcial e pública e de não ser submetido a penas cruéis, infamantes ou inusitadas. Ainda, o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição não motivada por delitos de direito

comum e conforme o direito.

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969 e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/1992, em seus artigos 3º a 25, afirma direitos humanos civis e políticos. Cuida, *e.g.*, dos direitos à vida, à integridade física, psíquica e moral, à não escravidão ou servidão, à liberdade e à segurança pessoais, ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, à liberdade de consciência e de religião, à liberdade de pensamento e de expressão, de reunião pacífica e sem armas, de associação para fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza e à propriedade privada para o uso e gozo dos seus bens. Também reconhece os direitos à personalidade jurídica, a um prenome e aos nomes de seus pais, bem como a uma nacionalidade, o de circular e residir no país em que legalmente se encontre e de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio, e o direito à proteção da família e da criança. Ainda proclama o direito de toda pessoa a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou suas obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, assim como o direito à legalidade e à irretroatividade das leis no que diz respeito a condenações penais, bem como à retroatividade da lei mais benigna, o direito à indenização no caso de ser condenado por erro judicial e o direito de retificação ou resposta quando atingida por informações inexatas nos meios de difusão dirigidos ao público em geral. Por fim, proclama direitos políticos de participação em assuntos públicos, de votar e de ser eleito e de acesso a funções públicas, o direito à igualdade perante a lei e à igual proteção perante a lei sem discriminação e o direito à proteção judicial consistente em recurso simples e rápido perante juízes ou tribunais contra atos violadores dos seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas no exercício de suas funções estatais.



*Roberto Lima Santos* aponta que,

“no plano infraconstitucional, são considerados crimes contra os direitos humanos os previstos nos tratados internacionais a que o Brasil tenha manifestado adesão, v.g., crimes de tortura, de genocídio, de exploração de trabalho escravo; os crimes contra as comunidades indígenas e/ou seus integrantes; os motivados por preconceito de raça, cor, origem, religião; os conflitos fundiários de caráter coletivo; os de exploração de crianças ou de adolescentes, os de tráfico internacional de mulheres etc.”<sup>79</sup>

*Vladimir Aras* também pondera:

“(…) faltando lei definidora e na busca por um critério de corte com algum grau de razoabilidade, de objetividade e de adequação, temos como apropriado considerar crimes contra os direitos humanos, para os efeitos do § 5º do artigo 109 da Constituição, todos os delitos previstos nos tratados internacionais de direito humanitário de que o Brasil seja parte, sempre que a vítima for uma pessoa humana ou um grupo de pessoas. Nessa categoria, estão inseridos os crimes de tortura, de genocídio, de racismo, os delitos contra crianças e adolescentes, de exploração de trabalho escravo, entre outros.”<sup>80</sup>

*Roberto Lima Santos* entende que se poderão considerar grave violação aos direitos humanos todas as violações consideradas crimes

“quando, conforme a lei penal brasileira, a pena máxima, em abstrato, for superior a dois anos de detenção ou de reclusão, ou seja, aquelas infrações que não são consideradas de menor potencial ofensivo – limite que se tira do artigo 2º da Lei nº 10.259/01, guardando compatibilidade com o constituinte reformador, que autorizou a criação, no âmbito da Justiça Federal, dos juizados especiais (art. 98, parágrafo único, da CF).”<sup>81</sup>

Entendemos, diferentemente, que não se pode tachar tudo o que não seja de menor potencial ofensivo como grave violação aos direitos humanos, de modo a ensejar o manejo do incidente de deslocamento de competência. Com mais razão, por isso, *Ela Wiecko Volkmer de Castilho*:

“Na interpretação do que caracteriza grave violação de direitos humanos, a experiência

---

<sup>79</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 545.

<sup>80</sup> ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 687, 23 maio 2004. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762)>. Acesso em: 05 set. 2006. Apud SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 547.

<sup>81</sup> SANTOS, Roberto Lima. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de graves violações contra os direitos humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Curso modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 547.

dos órgãos internacionais pode ser muito útil. No âmbito da ONU, o sistema da Resolução 1503 do Ecosoc foi concebido para fazer face a ‘padrões consistentes de violações flagrantes e maciças’ dos direitos humanos. No âmbito do sistema interamericano, há os chamados ‘casos gerais’ de violações de direitos humanos.”<sup>82</sup>

Há casos em que um único homicídio, porém, pode justificar a invocação do incidente, quando se trate de pessoa, por exemplo, vinculada ao próprio combate e à denúncia de violações aos direitos humanos, por meio de atividade social, política ou jornalística ou mesmo da sua atuação institucional enquanto promotor de justiça ou magistrado.

As violações graves a esses direitos de caráter universal, portanto, é que poderão autorizar a instauração do incidente de deslocamento de competência, com vista ao encaminhamento das ações penais para a Justiça Federal, que, muitas vezes, detém melhores condições para assegurar o processamento e o julgamento de ações penais de tal magnitude com independência, com respeito aos direitos de defesa, com efetividade da proteção à sociedade e em tempo razoável.

Não há a necessidade de indicar a violação direta a determinado preceito constante de tratado internacional que trate especificamente da violação apurada, sendo suficiente a invocação, por exemplo, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que referimos há pouco.

A importância e a necessidade de tal deslocamento serão verificadas pelo Procurador-Geral da República e apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

*Roberto Luis Luchi Demo* relembra diversos casos de violação a direitos humanos no Brasil:

“Na premissa de que os crimes contra os direitos humanos são previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional por sua prevenção e sua repressão. Nesse contexto, são de se recordar, não sem alguma tristeza: (i) o caso de emasculação de crianças para ritual de magia negra ocorrido em Altamira, no Pará, nos idos de 1989 a 1993; (ii) o famoso Massacre de Eldorado dos Carajás, ocorrido em 1996, quando houve o homicídio de 19 integrantes do MST – Movimento dos Sem-Terra por membros da Polícia Militar do Pará; e (iii) o Massacre do Carandiru, ocorrido em 1992, quando morreram 111 detentos por ação da Polícia Militar de São Paulo. Todos

---

<sup>82</sup> CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Federalização de violações contra direitos humanos. In: Conferência Nacional dos Advogados do Brasil: Poder, República e Cidadania, Florianópolis, 25 a 29 de setembro de 2005, coord. Nelcir Antoniazzi. *Anais*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006. Páginas não numeradas.

esses crimes e outros mais, que atentam contra os direitos humanos e ensejaram mais de cem denúncias contra o Brasil na Corte Interamericana dos Direitos Humanos, devido à demora na punição dos responsáveis, são originariamente de competência da Justiça Comum Estadual, de modo que a União não tinha como intervir institucionalmente. Em síntese, respondia no plano internacional por fatos que não eram de sua responsabilidade no plano nacional. Para pôr termo a esse paradoxo, a EC 45/04 permitiu a assunção institucional da repressão desses crimes pela União (Justiça Federal, Ministério Público Federal e Polícia Federal), por meio de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Desse modo, temos uma competência absoluta da Justiça Federal, quando verificados o compromisso internacional e o nexo de internacionalidade do delito, e uma competência acidental e eletiva, quando da prática de crime que, mesmo sem o traço da internacionalidade, implique grave violação aos direitos humanos.

## **6 Crimes contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira**

A Constituição ainda estabelece a competência penal da Justiça Federal no inciso VI do art. 109:

*“VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;”*

No Brasil, os próprios litígios trabalhistas são processados e julgados por uma justiça da União, que é a Justiça do Trabalho (arts. 114 a 116 da CF). É coerente com esse sistema que o julgamento dos crimes tidos por lei como praticados contra a organização do trabalho seja realizado também por uma justiça da União, com competência também penal, que é a Justiça Federal (art. 109, VI, da CF).

Segundo o dispositivo constitucional, todos os *crimes contra a organização do trabalho* são da competência da Justiça Federal. Não há condicionamento. Há um título do Código Penal especialmente dedicado aos crimes contra a organização do trabalho, abrangendo seus arts. 197 a 207. São eles os crimes de atentado contra a liberdade de trabalho, atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta, atentado contra a liberdade de associação a sindicato ou outra profissional, paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem, paralisação de trabalho de interesse coletivo,

invasão ou sabotagem de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, frustração de direito assegurado por lei trabalhista, frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho, exercício de atividade com infração de decisão administrativa, aliciamento para o fim de emigração e aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

Também ofende tal bem jurídico o crime de redução à condição análoga à de escravo, embora situado no capítulo dos crimes contra a liberdade individual. É que, nos termos do art. 149, configura tal crime submeter alguém a “trabalhos forçados ou a jornada exaustiva”, sujeitar “a condições degradantes de trabalho” ou restringir “sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. Comete o crime, ainda, quem “cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho”, ou “mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho”.

No RE 398.041, o STF assentou:

“Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e os deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.”<sup>83</sup>

De qualquer modo, importa ter conhecimento, no que diz respeito à competência para o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho, do entendimento consolidado na Súmula 115 do extinto TFR, publicada em 1982, que continua sendo frequentemente aplicado: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”. Veja-se que a súmula parece considerar que a referência à lesão à organização do trabalho remeteria à estrutura, à totalidade, à amplitude.

---

<sup>83</sup> STF, RE 398041, Tribunal Pleno, rel. Min. *Joaquim Barbosa*, julgado em 30.11.2006, DJe-241, divulg. 18.12.2008. Obs.: a matéria está em discussão também no RE 459.510.

Assim é que pressuporia lesão a trabalhadores coletivamente considerados ou à organização geral do trabalho,<sup>84</sup> não sendo suficiente lesão a direito individual. Não concordamos com essa posição, pois a Constituição de 1988 não faz tal destaque restritivo, além do que não nos parece consentânea com uma interpretação sistemática.

*Pacelli e Fischer* entendem que o posicionamento decorrente da Súmula 115 do TFR é de “difícilima aplicabilidade”. Isso porque

“Não se sabe exatamente quais seriam os delitos com capacidade para revelar semelhante potencialidade. Seria preferível buscar uma distinção não na identificação de instituições envolvidas, mas na consequência difusa ou coletiva da ação delituosa, relativamente ao desenvolvimento regular das atividades setoriais do trabalho.”

Exemplo seria o crime do art. 107 do CP (arregimentação de trabalhadores de uma zona para outra), “na medida em que atingiria não só direitos trabalhistas, mas também o regular desenvolvimento das atividades de comércio e de indústria das respectivas regiões afetadas, alterando, nesse contexto, o próprio mercado de trabalho local”.<sup>85</sup>

Os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, por sua vez, só serão da competência federal quando a lei o estabelecer ou quando assim se revelarem por outra causa, como ser praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, das suas autarquias e das suas empresas públicas.

Na prática, porém, ao cuidar dos crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei 7.492/1986 (conhecida como a Lei dos Crimes do Colarinho Branco) estabelece a competência da Justiça Federal para todos os crimes nela previstos:

“Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.”

Dentre esses crimes, estão o de “fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio” (art. 16), o de “aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido

<sup>84</sup> STJ, CC 123.714, Terceira Seção, rel. Marilza Maynard (desa. convocada), out./2012.

<sup>85</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 154.

por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo” (art. 20), o de “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país”, nele incorrendo também quem “promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantém depósitos não declarados à repartição federal competente” (art. 22, *caput* e parágrafo único). Para *Aury Lopes Jr.*, esses crimes já seriam da competência da Justiça Federal por força do art. 21, VIII, da Constituição, caracterizando o interesse da União (art. 109, IV), porquanto “prevê a competência da União para administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira”.<sup>86</sup>

A Lei 9.613/98 dispõe “sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei” e “cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf”, dentre outras providências. Seu art. 2º, com a redação da Lei 12.683/12, estabelece a competência da Justiça Federal:

“Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta lei:

(...)

III – são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.”

*Souza* esclarece que “excluídos da competência da JF estão os delitos previstos na Lei nº 4.595/64 (v.g. o delito de concessão de empréstimos vedados insculpido no art. 34 da lei), em vista de esse diploma legal nada dispor acerca da competência da Justiça Federal para os crimes nele capitulados”.<sup>87</sup>

A Lei 10.303/01, ao acrescentar os arts. 27-C a 27-F à Lei 6.385/76, dispôs sobre os crimes contra o mercado de capitais, subespécies de crimes contra o sistema financeiro. Conforme *Fausto Martin De Sanctis*:

“O mercado de capitais, segmento que atende aos agentes econômicos produtivos quanto às suas necessidades de financiamento de médio e, sobretudo, de longo prazo,

---

<sup>86</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 458.

<sup>87</sup> SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *Competência criminal da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12835-12836-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

essencialmente relacionados com investimentos em capital fixo, integra o atual sistema financeiro brasileiro. O disciplinamento desse mercado é de responsabilidade da Comissão de Valores Mobiliários, órgão normativo do sistema de intermediação financeira do país, ao qual competem o desenvolvimento e a fiscalização do mercado de valores mobiliários, sujeitando-se à orientação a ser fixada pelo Conselho Monetário Nacional.

[...] se apresentam indispensáveis, para a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, a higidez dos títulos e dos valores mobiliários, bem como sua regular negociação.

[...]

O mercado de capitais integra o Sistema Financeiro Nacional.”<sup>88</sup>

Embora a Lei 10.303/01 nada tenha estabelecido quanto à competência federal para o julgamento de tais crimes contra o mercado de capitais, o que inviabiliza, a princípio, a invocação do art. 109, inciso VI, da Constituição, há o entendimento de que tal competência se estabelece pelo inciso IV, na medida em que afetam serviço ou interesse de autarquia federal. Veja-se:

“CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. INTERESSE DA UNIÃO NA HIGIDEZ, NA CONFIABILIDADE E NO EQUILÍBRIO DO SISTEMA FINANCEIRO. LEI 6.385/76, ALTERADA PELA LEI 10.303/01. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO E INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O fato de tratar-se do sistema financeiro ou da ordem econômico-financeira, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, embora a União tenha interesse na higidez, na confiabilidade e no equilíbrio do sistema financeiro.

2. A Lei 6.385/76 não prevê a competência da Justiça Federal, porém é indiscutível que, caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União.

3. O art. 109, VI, da Constituição Federal não tem prevalência sobre o disposto no seu inciso IV, podendo este ser aplicado à espécie, desde que caracterizada a relevância da questão e a lesão ao interesse da União, o que enseja a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, um dos suscitados.”<sup>89</sup>

*De Sanctis*, após destacar o enquadramento dos crimes relativos ao mercado de capitais dentre os atinentes ao sistema financeiro e à ordem econômico-financeira, porém, traz argumentos tanto no sentido de que a competência federal não se dá como em sentido contrário. Afirma

---

<sup>88</sup> DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 276-277 e 297.

<sup>89</sup> STJ, *Terceira Seção*, CC 82.961/SP, rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, maio/2009.

inicialmente:

“[...] mantendo-se totalmente silente o legislador ordinário ao contemplar os delitos contra o mercado de capitais, não há como atrair, frise-se, lamentavelmente, a competência para a Justiça Federal: urge asseverar que constituem delitos tipicamente de interesse do sistema financeiro, de molde que incumbia ao legislador quer consignar expressamente, quer incluí-los no teor da própria Lei 7.492/1986.”

E também afasta a possibilidade de enquadramento na norma de competência do art. 109, inciso IV, da CF, porquanto “apenas remotamente poder-se-ia cogitar em haver interesse da CVM, entidade autárquica da União, não sendo essa circunstância suficiente, portanto, para atrair a competência para a Justiça Federal”. E acresce: “Impõe-se asseverar, ainda, que a Lei 10.303/2001 sequer autorizou a CVM a funcionar como assistente de acusação nos novos tipos que criou, diferentemente da Lei 7.492/1986, art. 26, parágrafo único”. De outro lado, porém, *De Sanctis* reconhece que é “inegável que o crime tipificado no art. 27-D – crime contra o sistema financeiro, portanto – afeta interesse direto da União”, na medida em que

“o comportamento desleal dos *insider traders* ofende não somente os direitos dos demais investidores, obviamente desprotegidos perante os grandes acionistas e os demais detentores de informações privilegiadas, mas também prejudica, de maneira indelével, o próprio mercado, aniquilando a confiança e a lisura de suas atividades.”<sup>90</sup>

Tanto o art. 1º da Lei 8.176/91 como o art. 4º da Lei 8.137/90, com a redação da Lei 12.529/2011, *definem crimes contra a ordem econômica*. A primeira dessas leis tipifica as condutas de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, e de “usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”. A segunda tipifica as condutas de “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas” e de “formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação

---

<sup>90</sup> DE SANCTIS, Fausto Martin. *Delinquência econômica e financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293-295 e 298.



artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas ou ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores”. *Mas não estabelecem a competência da Justiça Federal para o seu julgamento.* Desse modo, seu processamento e seu julgamento só ocorrerão perante a Justiça Federal caso se configure a hipótese de competência do art. 109, inciso IV, da CF, ou seja, caso tais crimes ocorram em detrimento de bens, serviços e interesses da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas.

Note-se, ademais, que o dispositivo constitucional não estabelece a competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento dos crimes contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, que, assim, só serão da sua competência quando disserem respeito a tributos cujo sujeito ativo (credor, titular das prerrogativas de regulamentar, fiscalizar, autuar e cobrar, nos termos do art. 119 do Código Tributário Nacional) seja a própria União ou autarquia federal, porquanto atingirá seus interesses. A apropriação indébita ou a sonegação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, por isso, são da competência federal, incluindo os crimes de apropriação de contribuições previdenciárias e de sonegação previdenciária, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal.

## **7 Crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves**

Outra competência federal resta prevista no inciso IX do art. 109 da CF:

“IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;”

Pode-se falar em navegação de longo curso, que é a navegação internacional, em navegação de cabotagem, entre portos do mesmo país, e em navegação fluvial e lacustre. Enquanto *navegação* é palavra com sentido genérico, que indica a ação de navegar, ou seja, de conduzir embarcação, de “viajar sobre águas, que pode ser interior (lacustre e fluvial), ou marítima (costeira e de alto-mar)”,<sup>91</sup> *navio* é expressão com sentido mais restrito, dizendo respeito apenas à “embarcação de grande

---

<sup>91</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: 2009. p. 1345.

porte”.<sup>92</sup>

Há consenso quanto ao fato de que a referência a *navios* diz respeito apenas às embarcações aptas à navegação de longo curso, ou seja, à navegação marítima internacional. Para *Pacelli* e *Fischer*, deve-se considerar navios “as embarcações de médio ou grande porte, com capacidade para viagens internacionais”. *Fischer*, aliás, chega a apontar que navio “é toda embarcação que tenha condições de singrar mares ou cruzar oceanos, independentemente do tamanho”.<sup>93</sup> Aditam que a “opção pela competência da Justiça Federal, portanto, parece ligar-se mais à internacionalidade da atividade da embarcação que propriamente aos serviços da administração pública”.<sup>94</sup> No mesmo sentido, entende *Aury Lopes Junior*: “Não se tratando de navio com capacidade para navegação em alto-mar, em águas internacionais (potencial deslocamento internacional), (...) a competência é da Justiça Estadual”.<sup>95</sup>

Ser o crime praticado “a bordo” significa ser a conduta praticada por alguém embarcado, no interior, dentro do navio ou da aeronave.

Sendo o crime cometido “a bordo” do navio, “é o que basta”<sup>96</sup> para a atração da competência da Justiça Federal, não importando se o navio está em alto-mar ou ancorado, embora haja precedente afastando a competência nesse último caso.<sup>97</sup>

Vale destacar que a Polícia Federal desenvolve atividade de “fiscalização das embarcações no transporte internacional, diante do interesse da sociedade de afastar o risco de que se possa trazer para dentro do país” entorpecentes ou armamento proibido ou usá-las “como rota para o tráfico” desses itens, o que deu ensejo, inclusive, à instituição de uma taxa de fiscalização de embarcações em curso

---

<sup>92</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: 2009. p. 1345.

<sup>93</sup> FISCHER, Douglas. Da determinação da competência penal em razão da matéria na Justiça Federal: princípios fundamentais e alguns equívocos da jurisprudência. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 298.

<sup>94</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155-156.

<sup>95</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464.

<sup>96</sup> FISCHER, Douglas. Da determinação da competência penal em razão da matéria na Justiça Federal: princípios fundamentais e alguns equívocos da jurisprudência. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 299.

<sup>97</sup> STJ, CC 116.011, 2011.

internacional.<sup>98</sup> A Desa. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, do TRF4, no AMS 2000.72.08.000665-1/SC, jun./02, cita diversas normas que regulamentam o exercício do poder de polícia em questão: o art. 38 do Decreto 86.715/81, que diz que o estrangeiro, ao entrar no território nacional, será fiscalizado e que, em se tratando de entrada por via marítima, a fiscalização será feita a bordo, no porto de desembarque; o art. 60 da Lei 5.025/66, que diz que as embarcações procedentes do exterior serão visitadas nos portos pela Polícia Marítima; o art. 32 do Decreto 59.607/66, que repete o texto da Lei 8.025/66. E conclui:

“(…) resta devidamente regulamentado o exercício do poder de polícia para a fiscalização de embarcações em viagem de curso internacional, sendo atividade específica e divisível relativamente a cada embarcação fiscalizada. A imposição de restrições à circulação dos navios de curso internacional se justifica em favor do interesse público existente na defesa da soberania nacional, da segurança interna, da observância das normas tributárias e da saúde da população.”

Quanto às *aeronaves*, encontramos posicionamentos conflitantes. Importante é partir do conceito de aeronave constante do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/860):

“Art. 106. Considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas.”

Em face do conceito de aeronave, *Cunha e Araújo* acham que o crime praticado a bordo de balão não é da competência federal, pois não é “manobrável”.<sup>99</sup>

As aeronaves podem ser civis ou militares. As civis podem ser públicas, “quando destinadas ao serviço do poder público, inclusive as requisitadas na forma da lei”; e privadas, “todas as demais”, nos termos do art. 107, §§ 2º e 3º, do mesmo Código. São aeronaves militares as “integrantes das Forças Armadas, inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares”, conforme o § 1º desse mesmo artigo.

Os autores costumam limitar a competência da Justiça Federal aos crimes cometidos a bordo de aeronaves em circunstâncias que apontem para a existência de algum interesse federal. *Aury Lopes Jr.* afirma:

<sup>98</sup> TRF4, 1ª T., AMS 1999.70.08.002971-0/PR, Juiz Federal Leandro Paulsen, 2002.

<sup>99</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. Ver, também, a Resolução Anac 184/2011.

“Não se tratando de (...) avião de grande porte, com autonomia para viagens internacionais ou, ao menos, deslocamento por longas distâncias, cruzando mais de um estado da Federação, a competência é da Justiça Estadual. Também pode ser utilizada como critério para definir esse interesse federal a fiscalização feita pela Anac (Agência Nacional de Aviação Civil), de modo que somente as aeronaves que estejam realizando transporte aéreo entre aeroportos efetivamente fiscalizados pela Anac interessariam à Justiça Federal.”<sup>100</sup>

Para *Pacelli e Fischer*, prevalece

“a atividade fiscalizadora de órgãos da administração pública federal – Anac –, o que exigirá que a competência federal somente se imponha nos casos de delitos praticados no interior de aeronaves sob o regime de fiscalização aeroportuária, isto é, envolvendo aeronaves cujo percurso ou rota esteja sob controle da Aviação Civil.”

E complementam: “Não nos parecem caso de competência federal, por exemplo, eventuais lesões corporais causadas no interior de pequena aeronave, cuja rota e plano de voo não incluam os serviços dos aeroportos fiscalizados pela Anac”.<sup>101</sup>

Entendemos que não há razão para estabelecer distinção em razão do crime nelas cometido, do porte das aeronaves, das suas rotas, dos seus usos ou dos seus controles, tampouco em face de estarem em solo ou no ar.

Por diversas vezes o STF já afirmou a competência dos juízes federais para o julgamento do tráfico internacional de entorpecentes praticado a bordo de aeronave de pequeno porte.<sup>102</sup>

Quanto aos crimes decorrentes da pulverização de agrotóxicos por avião, *Santos e Dunke* afirmam que a competência para o seu processamento e o seu julgamento é da Justiça Federal porque “a causa da poluição tem origem no interior da aeronave no momento em que o piloto aciona os comandos e libera agrotóxicos sobre a região”.<sup>103</sup>

É posição reiterada pelo STJ que a competência dos juízes federais para processar e julgar os delitos cometidos a bordo de aeronaves

---

<sup>100</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 465.

<sup>101</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155-156.

<sup>102</sup> HHCC 35.143 e 85.059. Mas *vide* o RE 463.500 em contrário.

<sup>103</sup> SANTOS, Bartira Macedo de Miranda; KUNCK, Ellen Adeliane Fernandes Magni. A competência da Justiça Federal nos crimes decorrentes da pulverização aérea de agrotóxicos. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CHIETTI CRUZ, Rogério; REIS JÚNIOR, Sebastião (orgs.). *Crimes federais*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 256.

independe “de elas se encontrarem em solo”.<sup>104</sup> Efetivamente, “O fato de encontrar-se a aeronave em terra não afeta a circunstância de a prática criminosa ter-se verificado no seu interior”.<sup>105</sup> E o próprio STF tem precedente nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESUAL PENAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA PRATICADOS A BORDO DE AERONAVE. ART. 109, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime praticado a bordo de aeronave (art. 109, inc. IX, da Constituição da República), pouco importando se esta encontra-se em ar ou em terra e, ainda, quem seja o sujeito passivo do delito. Precedentes. 2. Onde a Constituição não distingue, não compete ao intérprete distinguir. 3. Recurso desprovido.”<sup>106</sup>

Outro elemento alheio à fixação da competência federal, nessa hipótese, é o tipo praticado, ou mesmo qual seja a vítima. Já decidiu o STJ que “É indiferente a qualidade das pessoas lesadas”.<sup>107</sup>

## **8 Crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro**

O inciso X do art. 109 da CF traz mais uma regra de competência federal:

“X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (...);”

A Lei 8.615/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e que se denomina de Estatuto do Estrangeiro, prevê, em seu art. 125, que constitui infração tanto “entrar no território nacional sem estar autorizado (clandestino)” como “demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada”, sujeitando o infrator à deportação.

Já o reingresso de estrangeiro expulso constitui crime descrito no art. 338 do CP: “Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso”.

A competência dos juízes federais, no caso, guarda relação com o papel da União de controle das fronteiras e de manter as relações

<sup>104</sup> STJ, HC 108478/SP, rel. Des. *Adilson Vieira Macabu* (convocado), *Quinta Turma*, fev./2011.

<sup>105</sup> STJ, HC 40.913/SP, rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Quinta Turma*, maio/2005.

<sup>106</sup> STF, RHC 86998, rel. p/ acórdão: Min. *Cármem Lúcia*, *Primeira Turma*, fev./2007. Ver tb. STF, HC 85059, e STJ, HHCC 108478 e 40193.

<sup>107</sup> STJ, HC 40.913/SP, rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Quinta Turma*, maio/2005.

internacionais.

## 9 *Habeas corpus*

O inciso VII do art. 109 da CF estabelece a competência dos juízes federais para o julgamento de *habeas corpus*:

“VII – os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;”

Trata-se de garantia constitucional de caráter processual, que viabiliza rápido acesso ao Judiciário e ágil proteção jurisdicional, inclusive mediante decisão liminar. Costuma ser referido, assim como o mandado de segurança e o *habeas data*, como uma ação constitucional, um *writ*, um remédio heroico.

O art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição dispõe: “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”.

Conforme *Marinoni e Mitidiero*, “o *habeas corpus* está intimamente ligado à prisão. Isso quer dizer que essa ação tem por função prevenir ou reprimir prisões ilegais”, o que constitui fundamento das Súmulas 693 e 695 do STF, porquanto “Em ambos os casos o processo não se mostra idôneo a resultar em restrição à liberdade – daí o não cabimento do *habeas corpus*”.<sup>108</sup>

O art. 647 do Código de Processo Penal (CPP) prevê que se dará *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. O art. 648 do mesmo diploma, por sua vez, refere que se considerará ilegal a coação:

- I – quando não houver justa causa;
- II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI – quando o processo for manifestamente nulo;
- VII – quando extinta a punibilidade.”

---

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 829-830.

Trata-se, por certo, de rol exemplificativo.

Importa destacar, embora não se tenha a intenção aqui de aprofundar as discussões quanto ao cabimento do *habeas corpus*, mas quanto à competência para julgá-lo, que esse instrumento processual tem sido usado de modo muito abrangente, inclusive para o trancamento de ações penais para as quais não se vislumbra justa causa, como nos casos de insignificância penal da conduta.

Vale destacar que o CPP prevê a utilização do recurso em sentido estrito para a discussão das decisões judiciais que concluem pela incompetência do juízo e que julgam procedentes as exceções, inclusive a de incompetência. Mas não prevê recurso para a decisão que rejeita a exceção de incompetência. Nesse caso, tem-se admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo recursal. A respeito, *Pacelli e Fischer*: “nas hipóteses de serem julgadas improcedentes as exceções, a parte que se sentir prejudicada poderá utilizar o *habeas corpus*, se for o caso e no interesse da defesa, ou então ratificar a matéria em alegações finais ou em eventual recurso de apelação, como preliminar do exame do mérito da causa”.<sup>109</sup>

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de capacidade postulatória e sem que haja qualquer exigência de forma, em favor de quem se encontre preso ou de quem esteja com a sua liberdade de locomoção, de algum modo, ameaçada, neste caso, em caráter preventivo. Assim, pode ser impetrado por um parente ou por qualquer pessoa. Não é raro, também, que presos impetrem *habeas corpus* em seu próprio favor, pessoalmente, redigindo-o em qualquer papel endereçado a juiz, por entenderem que estão presos ilegalmente, sendo que as autoridades policiais ou penitenciárias encaminham tais pleitos ao Judiciário, que os autua e, via de regra, dá vista à Defensoria Pública, ensejando que apresente a insurgência do preso de modo mais técnico e adequado, acrescentando os fundamentos jurídicos adequados ao caso.

Pontes de Miranda relembra a origem da expressão latina *habeas corpus*:

---

<sup>109</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1169.

“Como a detenção injusta de homem livre era tão odiosa que o ‘direito inglês sempre procurou conceder contra essa ilegalidade meios de direito’ (EDVARD COKE, Ins., II, 315: IV, 182), dos quais o mais prático tanto quanto mais expedido foi o *writ of habeas corpus*, tornou-se essa medida o processo preferido pelos britânicos. [...]”

*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula ou mandado que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: ‘Tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao tribunal o homem e o caso’. Literalmente: tome, no subjuntivo (*habeas*), de *habeo, es ui, itum, ere*, ter, exigir, tomar, trazer, etc. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a Justiça, convenientemente instruída, estatuir sobre a questão, velando pelo indivíduo. O seu fim era evitar ou remediar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.”<sup>110</sup>

José Antônio Savaris destaca a importância desse *writ* e sua pertinência, inclusive, frente a constrangimentos relativos a crimes julgados pelas varas dos Juizados Especiais Federais Criminais:

“O *habeas corpus* é uma ação constitucional destinada a garantir a liberdade de ir e vir dos cidadãos que tenham esse direito injustamente lesado ou ameaçado de restrição. Em se tratando de ação constitucional de defesa da liberdade de locomoção, inserida dentre os direitos e as garantias fundamentais dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país, é indiscutível o seu cabimento em sede de Juizados Especiais Criminais, ainda que a Lei 9.099/95 não o preveja expressamente. O fato de a pena privativa de liberdade ser de aplicação excepcional no sistema dos Juizados Especiais Criminais (art. 62 da Lei 9.099/95) não afasta a possibilidade de impetração de *habeas corpus* sempre que o direito de liberdade (sentido amplo) for injustamente ameaçado ou lesado. Vale lembrar que a pena restritiva de direitos pode ser convertida em pena privativa de liberdade nas circunstâncias previstas na legislação penal, e isso já indica que, mesmo nos feitos criminais de competência dos Juizados Especiais Federais, a liberdade de locomoção do acusado poderá estar ameaçada. Se não bastasse isso, a transação penal e o *sursis* processual trazem consequências ao acusado que podem ter reflexos em sua liberdade de locomoção.”<sup>111</sup>

Importa notar que o inciso VII traz duas regras. Em primeiro lugar, determina a competência dos juízes federais para os *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência, de modo que pressupõe o conhecimento das regras de competência precedentes, que apontam crimes específicos ou critérios para a atração de crimes comuns à Justiça Federal. Em segundo lugar, utiliza-se de técnica própria para o apontamento de competências residuais, porquanto fixa a competência

---

<sup>110</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo V. p. 283-284.

<sup>111</sup> SAVARIS, José Antonio; XAVIER, Flavia da Silva. *Manual dos recursos nos Juizados Especiais Federais*. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2015. p. 447.



dos juízes federais para os *habeas corpus* em face de constrangimento proveniente de autoridade “cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição”. Trata-se, portanto, de uma exceção frente às demais normas de competência criminal federal, via de regra precisas e pontuais.

O efeito concreto da combinação de tais regras está em que teremos a competência de juízes federais para o julgamento de *habeas corpus* frente a prisões por crimes da competência da Justiça Federal, seja a prisão realizada por policiais federais, seja por qualquer outra autoridade, como policiais rodoviários federais, policiais civis, policiais militares e, também, quando efetuada por qualquer pessoa civil, sem que esteja investida de qualquer autoridade ou prerrogativa.

Também será sempre dos juízes federais a competência para apreciar *habeas corpus* relativos a inquéritos que tramitem junto à Polícia Federal.

*Aury Lopes Jr.* ressalta que a competência dos juízes federais se estabelecerá “ainda que a investigação esteja a cargo de autoridade estadual (exemplo: investigação pelo delito de tráfico internacional de drogas feita pela polícia estadual, situação em que caberá ao juiz federal apreciar o HC)”.<sup>112</sup>

## 10 Mandado de segurança em matéria penal

O inciso VIII traz regra de competência para mandados de segurança sem especificar a sua matéria de fundo, de modo que é aplicável também a questões criminais. Eis o dispositivo:

“VIII – os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;”

O mandado de segurança constitui-se em ação prevista no art. 5º, LXIV, da Constituição como garantia individual de acesso ao Judiciário “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*,<sup>113</sup> quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no

<sup>112</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464.

<sup>113</sup> CF: “Art. 5º (...) LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

exercício de atribuições do poder público”. Mandado significa ordem, comando. A ação de mandado de segurança se presta à obtenção, pelo jurisdicionado, de uma ordem dirigida à autoridade para que cesse o ato ilegal ou abusivo ou para que se abstenha de praticá-lo, restaurando a segurança do impetrante. Seu processamento é disciplinado pela Lei 12.016/09: a Lei do Mandado de Segurança.

O mandado de segurança é utilizado em matéria penal em face de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade policial ou por juiz criminal de que não caiba recurso específico e quando a respectiva lesão ou ameaça de lesão a direito não apresente risco direto nem indireto à liberdade de locomoção, não ensejando, portanto, insurgência pela via do *habeas corpus*. O uso do mandado de segurança é, portanto, residual. Aliás, surgiu no ordenamento brasileiro, com a Constituição de 1934, justamente em face do uso demasiadamente alargado que se fazia do *habeas corpus*, com extrapolação do escopo de proteção da liberdade de locomoção.<sup>114</sup>

As pessoas jurídicas, quando investigadas e indiciadas, farão uso do mandado de segurança inclusive para os fins relativamente aos quais as pessoas físicas utilizam o *habeas corpus*, como para o trancamento do inquérito ou da própria ação penal, o que, diga-se, é excepcional. Por certo que não há o risco de restrição à liberdade de ir e vir das pessoas jurídicas, razão pela qual o *habeas corpus* é descabido. Mas eventual ilegalidade ou abuso pode estar ocorrendo e é passível de discussão judicial, sendo que a via poderá ser o mandado de segurança.

Será da competência da Justiça Federal o julgamento de mandado de segurança criminal contra ato de autoridade federal, sendo certo que os delegados da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal são autoridades federais, assim como os procuradores da República. Quando o ato de autoridade atacado for decisão de juiz federal, a competência será originária do Tribunal Regional Federal respectivo.

## **11 Crimes relacionados à disputa sobre direitos indígenas**

Relativamente à questão indígena, a Constituição Federal define com clareza o que atrai a competência aos juízes federais:

---

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 834.

“XI – a disputa sobre direitos indígenas.”

A questão indígena, por certo, é objeto de compromisso internacional assumido pelo país, além do que há grande envolvimento jurídico da União com a questão, já a partir do texto constitucional. O Brasil é signatário da Convenção nº 107 firmada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, sobre a proteção e a integração das populações indígenas e de outras populações tribais e semitribais de países independentes, internalizada pelo Decreto 58.824/66, tendo se comprometido a “assegurar a proteção das populações em jogo, sua integração progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho”. Ademais, a Constituição coloca as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bem da União (art. 20, XI, da CF) e ainda lhe comete competências administrativas bastante amplas ao estabelecer: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231 da CF). Note-se, ainda, que há autarquia federal criada especificamente para a assistência a essa população, que é a Fundação Nacional do Índio (Funai). Vale destacar, também, que é função do Ministério Público Federal “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V, da CF).

De qualquer modo, note-se que houve uma opção do constituinte por só estabelecer a competência dos juízes federais para as causas que envolvam disputa sobre direitos indígenas. Assim, o envolvimento da União e da Funai com a questão indígena não é suficiente para atrair a competência dos juízes federais, forte na presença de interesse federal (art. 109, IV, da CF), porquanto há norma especial que prevalece e que é mais restrita: a do inciso XI do art. 109.

A competência federal só se estabelecerá quando o crime tiver relação direta com “a disputa sobre direitos indígenas”, hipótese tratada com autonomia no inciso XI do art. 109 da CF.<sup>115</sup>

O cometimento de crimes por indígenas ou contra indígenas não

---

<sup>115</sup> *Aury Lopes Jr.*, assumindo posição diametralmente oposta, entende que o inciso XI trata “de jurisdição cível, não penal”. *Vide*: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 465.

caracteriza, por si só, a hipótese. Aliás, assim dispõe a Súmula 140 do STJ: “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. Também o STF, no RE 419528, entendeu que, não havendo disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito, o crime praticado por silvícolas contra outro índio, mesmo que no interior de reserva indígena, é da competência da Justiça Estadual. Esse acórdão, aliás, é bastante esclarecedor:

“A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.”<sup>116</sup>

Recentemente, esse entendimento foi reiterado. Tratava-se de caso de homicídio motivado por vingança, tendo como agente e como vítima índios. Não restando, porém, configurada qualquer disputa por direitos indígenas, considerou-se a competência da Justiça Estadual.<sup>117</sup>

*Cunha e Araújo* esclarecem:

“(…) não é o fato de haver um índio envolvido no crime (na condição de autor ou na de vítima) que, por si só, atrai a competência federal. Por isso, para determinar a competência da Justiça Federal, é necessário que exista a disputa sobre direitos indígenas, os quais, por sua vez, estão relacionados à proteção conferida aos indígenas pelo *caput* do art. 231 da Constituição Federal.”<sup>118</sup>

*Pacelli e Fischer*, também analisando essa competência à luz do inciso XI do art. 109 da CF, dizem que não se exige “pluralidade de lesões ou mesmo de autores ou vítimas, embora, neste último caso, quase sempre se tangencie a questão dos direitos indígenas”, mas que o crime tenha na “condição de indígena” sua “discriminatória motivação”. Também apontam como exemplo de competência federal os crimes relacionados a “conflitos envolvendo áreas de reservas indígenas, demarcadas ou não”.<sup>119</sup>

É possível, porém, encontrar suporte para posicionamento diverso.

<sup>116</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 419528, rel. p/ acórdão Min. *Cezar Peluso*, julgado em 03.08.2006.

<sup>117</sup> STF, Segunda Turma, RE 633499 AgR, rel. Min. *Teori Zavascki*, set./15.

<sup>118</sup> CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes federais*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 36.

<sup>119</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

*Lucyana Marina Pepe Affonso*, por exemplo, argumenta que a “Súmula nº 140 do STJ, por ter sido editada com base em julgados do STF proferidos antes da vigência da CF/1988 (não possuindo a Constituição anterior regra semelhante à contida no atual art. 109, XI) e da incorporação da Convenção nº 169/OIT ao ordenamento jurídico nacional, não deve, portanto, ser aplicada”.<sup>120</sup> E invoca o HC 71.835/MS, em que, tratando-se do homicídio de um índio, o STF decidiu: “Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. *Habeas corpus* concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso”.<sup>121</sup> Na oportunidade, o Min. *Francisco Rezek* afirmou: “Não é questão, a meu ver, de dar interpretação extensiva a esse dispositivo. É questão de lê-lo rigorosamente como nele se contém”. E prosseguiu: “Fala-se aqui em disputa, e todo processo judicial o é. Sobre direitos indígenas, e todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob essa rubrica”.

---

<sup>120</sup> AFFONSO, Lucyana Marina Pepe. Apontamentos sobre persecução e execução penal em face de indígena. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção nº 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 276.

<sup>121</sup> STF, Segunda Turma, HC 71835, rel. Min. *Francisco Rezek*, abr./95.

# O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha\*

*Bodo Pieroth\*\**

## Resumo

O Estado de Direito é uma ideia de vários séculos que encontrou sua forma atualmente definitiva no Estado constitucional da Modernidade. Na Alemanha também se continuou a trabalhar com essa forma ao longo de dois séculos – com interrupções. Nesse sentido, podem-se distinguir diversos tipos de Estado de Direito. A Lei Fundamental une os elementos liberais, formais e sociais das constituições que a precederam para formar um Estado de Direito material que está profundamente arraigado na atual consciência jurídica dos alemães. Os constantes aprofundamento e refinamento do princípio do Estado de Direito e de suas concretizações por parte do Tribunal Constitucional Federal têm uma recepção positiva em toda parte. Eles podem transmitir também a outros ordenamentos constitucionais uma ou outra ideia digna de imitação.

## Introdução

O Estado de Direito é uma preocupação universal. Isso se expressa de

---

\* Tradução de Luís Marcos Sander.

\*\* Professor na Universidade de Münster.

modo particular na resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 18 de dezembro de 2006 sobre “*the rule of law at the international and national levels*” [o Estado de Direito nos níveis internacional e nacional].<sup>1</sup> Nela se conclama para a promoção do Estado de Direito no mundo e se incumbe o secretário-geral de desenvolver atividades pertinentes.<sup>2</sup> O termo “*rule of law*”, no âmbito jurídico anglo-americano, não é idêntico ao termo alemão “*Rechtsstaat*”, mas tem conteúdos semelhantes, porque ambos fazem parte de um desenvolvimento mais abrangente do pensamento liberal e dos sistemas políticos liberais na Europa e na América do Norte.<sup>3</sup>

A Alemanha deu contribuições consideráveis para esse desenvolvimento. Assim, alguns elementos importantes da atual compreensão do Estado de Direito surgiram na Alemanha. O princípio ou postulado da proporcionalidade, que representa o mais importante critério na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e está integrado, a partir dela, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, foi desenvolvido no final do século XIX pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia no direito policial.<sup>4</sup> E a jurisdição constitucional, que é vista por muitos como o coroamento da evolução do Estado de Direito, foi introduzida pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, sob a influência decisiva de um grande jurista de língua alemã, Hans Kelsen.<sup>5</sup> O Tribunal Constitucional Federal, instituído sob a Lei Federal [Constituição] de 1949, adquiriu uma importância tal no processo político e granjeou tamanho prestígio entre a população que se tornou um verdadeiro e bem-sucedido produto de exportação.<sup>6</sup> De modo particular, ele serviu de modelo para muitos Estados da Europa

---

<sup>1</sup> UNGA A/RES/61/39, 18 dez. 2006.

<sup>2</sup> Para mais informações, cf. HAGUE INSTITUTE FOR THE INTERNATIONALIZATION OF LAW. *Rule of Law*: inventory report. 2007. p. 7ss.

<sup>3</sup> MACCORMICK, Neil. Der Rechtsstaat und die rule of law. *JZ*, 1984, p. 65ss.

<sup>4</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIESEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 6. ed. 2010. § 1, n. 12s.

<sup>5</sup> Art. 137ss.; reproduzidos em GOSEWINKEL, Dieter; MASING, Johannes (eds.). *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*. 2006. p. 1550ss.

<sup>6</sup> LIMBACH, Jutta. Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa. *NJW*, 2001, p. 2913ss. (2919); sobre o princípio da proporcionalidade, cf. também LEPSIUS, Oliver. Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis. In: SCHUPPERT, Gunnar Folke et al. (eds.). *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*. 2010. p. 23ss. (p. 32).

central e oriental após a desintegração da União Soviética.<sup>7</sup>

Outra razão para o interesse pelo desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha é o fato de que esse desenvolvimento transcorreu em meio a muitas vicissitudes, particularmente com sua perversão extrema por parte do nacional-socialismo.<sup>8</sup> Por isso, a partir desse exemplo, pode-se estudar particularmente bem o fato de que o Estado de Direito de forma alguma é algo estático, dado de uma vez por todas, mas se modificou de modo variado no desenvolvimento da história. “Só o conhecimento de seu desenvolvimento histórico cria a possibilidade de uma compreensão sistemática do conceito.”<sup>9</sup> Nesse sentido, pode-se, em minha opinião, observar de modo geral – isto é, abstraído-se da interrupção mencionada acima – uma progressão para uma organização e realização cada vez melhor do Estado de Direito. Com isso se levanta a pergunta a respeito da possibilidade da transposição do Estado de Direito existente em um determinado país para outros países. Nessa perspectiva, pode-se demonstrar, a partir da história da Constituição alemã, que “o Estado de Direito não é uma concepção compacta, que só pode ser adotada em sua totalidade ou então de modo algum, e sim uma concepção diversificada, que só foi realizada paulatinamente mesmo na Alemanha”.<sup>10</sup>

## 1 A ideia do Estado de Direito

Não é acaso que o termo “Estado de Direito” tenha sido cunhado na Alemanha por volta de 1800.<sup>11</sup> Alguns dos elementos de sua compreensão certamente são mais antigos, mas, na era do iluminismo, nas grandes revoluções na América do Norte e na França, foram acrescentados

---

<sup>7</sup> PIEROTH, Bodo. Deutscher Verfassungsexport: das Bundesverfassungsgericht. *Anwaltsblatt*, 2010, p. 8ss.

<sup>8</sup> Exposições gerais mais recentes: BOLDT, Hans. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 2. ed. 1993. v. 2; BRANDT, Hartwig. *Der lange Weg in die demokratische Moderne*. 1998; FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 9. ed. 2010; GRIMM, Dieter. *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*. 1988; KOTULLA, Michael. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 2008; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2000. v. V; WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 6. ed. 2009.

<sup>9</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Entwicklung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: *Festschrift für Adolf Arndt*. 1969. p. 53ss. (citação à p. 54).

<sup>10</sup> GRIMM, Dieter. Stufen der Rechtsstaatlichkeit. *JZ*, 2009, p. 596ss. (citação à p. 596).

<sup>11</sup> STOLLEIS, Michael. Rechtsstaat. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 1990. v. IV. col. 367.



elementos decisivos de nossa compreensão atual.<sup>12</sup> Assim, pode-se dizer que a ideia do Estado de Direito remonta a duas noções básicas: a vinculação jurídica do Estado e a autonomia do indivíduo.

### 1.1 Vinculação jurídica do Estado

A vinculação jurídica do Estado significa que o poder estatal é exercido *por intermédio do direito*, e não segundo a vontade de governantes: “*government of laws and not of men*” [governo das leis, e não dos homens], reza a fórmula – breve e fácil de lembrar – que está contida na Constituição de Massachusetts de 1780.<sup>13</sup> Esse direito tem as seguintes características fundamentais: ele tem um caráter abstrato e geral – isto é, não regulamenta casos avulsos, e sim um sem-número de casos futuros –, não pode ser mudado durante sua execução e deve ser aplicado de maneira igualitária: o poder exercido por intermédio do direito “é o contrário do poder exercido arbitrariamente”.<sup>14</sup>

Além disso, esse direito tem *caráter vinculativo*; existem sanções para seu não cumprimento ou para transgressões. Fala-se também do primado do direito.<sup>15</sup> Embora também no Estado de Direito existam esferas da vida que não são cobertas pelo direito – ou o são só parcialmente –, onde se estabeleceu direito, este tem primazia sobre todos os outros critérios, como, p. ex., econômicos, morais, éticos, religiosos ou políticos. Esses outros critérios podem ter uma posição mais elevada para determinadas pessoas, mas, no Estado de Direito, eles só podem se impor perante o Estado na medida em que o direito o permita, p. ex., mediante a garantia da liberdade de consciência e de culto. O direito define justamente os limites dessas liberdades.

Um aspecto essencial é, ainda, que o caráter vinculativo se aplica não só aos cidadãos de um Estado, mas também ao *próprio Estado*, aos seus órgãos, aos titulares de funções públicas e aos servidores: “No Estado de Direito, o Estado não tem o direito de passar por cima do

<sup>12</sup> HOFMANN, Hasso. *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats. Der Staat*. 1995. p. 1ss. (p. 12); SCHEUNER, Ulrich. *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*. In: \_\_\_\_\_. *Staatstheorie und Staatsrecht*. 1978. p. 185ss. (p. 201).

<sup>13</sup> Part the first, art. XXX; reproduzida em DIPPEL, Horst (ed.). *Verfassungen der Welt*. 2007. v. 1. Parte IV. p. 19ss.

<sup>14</sup> GRIMM, 2009, p. 596; cf. também SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. 2004. v. II. § 26, n. 21ss.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. 1995. n. 195ss.

direito”.<sup>16</sup> O direito precisa ser observado pelo Estado mesmo quando, no caso concreto, é incômodo, importuno ou indesejado, quando bens supostamente superiores estão em jogo ou se alegam necessidades imperiosas. Só temos um Estado de Direito quando o direito também se impõe contra resistências.

Por fim, a *forma* sempre faz parte do direito. No Estado de Direito, formas, competências e procedimentos desempenham um papel especial. Eles são os meios pelos quais se efetiva a separação de poderes.<sup>17</sup> A separação de poderes é um produto do iluminismo e requer uma Constituição. Isso nos leva à segunda noção básica do Estado de Direito.

## 1.2 Autonomia do indivíduo

A autonomia do indivíduo é o cerne dos direitos humanos, e os direitos humanos são, desde as revoluções na América do Norte e na França, constitutivos para o Estado de Direito. “O Estado de Direito incorpora em si a proteção da liberdade pessoal e política do cidadão.”<sup>18</sup> Também nesse caso, temos tradições e linhas evolutivas que remontam a um passado mais distante e produziram esse resultado. Uma contribuição decisiva foi dada pelo direito natural racionalista ou direito racional dos séculos XVII e XVIII, que apresenta três características principais: ele se aplica a todas as pessoas, independentemente do lugar e do tempo (universalidade); diferentemente do direito natural da Idade Média, ele não se fundamenta mais em termos religiosos (secularidade); e se baseia em um método matemático (racionalidade).<sup>19</sup> Foi esse direito racional que produziu os direitos humanos como fundamento jurídico de validade geral.

Os direitos humanos significam, ao mesmo tempo, uma legitimação inteiramente nova do Estado, que foi formulada de maneira incisiva na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 4 de julho de 1776:

*“We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are*

<sup>16</sup> GRIMM, 2009, p. 596; HESSE, 1995, n. 195.

<sup>17</sup> Para uma exposição abrangente, cf. MÖLLERS, Christoph. *Gewaltgliederung*. 2005; para uma exposição resumida, cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. 6. ed. 2010. p. 359ss.

<sup>18</sup> SCHEUNER, 1978, p. 207.

<sup>19</sup> SENN, Marcel. *Rechtsgeschichte: ein kulturhistorischer Grundriss*. 4. ed. 2007. p. 244s.

*endowed by their Creator with certain unalienable Rights; that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed*” [Consideramos que as seguintes verdades sejam evidentes por si mesmas: que todos os homens são criados iguais; que eles são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar esses direitos, são instituídos entre os homens governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados].<sup>20</sup>

Aqui se assevera de várias maneiras a ideia revolucionária de que os direitos humanos constituem o fundamento e a finalidade do Estado, que o Estado é dependente de seus cidadãos e só existe em função deles. A necessidade de Constituições e a moderação do poder estatal no interesse da liberdade e da igualdade mediante a separação de poderes se encontram no mesmo contexto histórico<sup>21</sup> e fazem parte, desde então, da ideia do Estado de Direito.

## **2 Etapas históricas e tipos de Estado de Direito**

### **2.1 Elementos anteriores e pressupostos**

#### **2.1.1 Idade Média**

O direito com as qualidades jusestatais mencionadas acima baseia-se em um patrimônio cultural europeu de origens muito antigas. Ele foi formado, nos séculos XI e XII, na disputa entre o imperador e o papa, no surgimento de uma ciência jurídica que partia do direito romano e na cultura urbana então florescente. A autonomia do direito aí conquistada frente às esferas da política e da religião já levou, inclusive, à ideia de que o direito, particularmente na forma da lei fundamental de um país, seria, salvo sua mudança formal, vinculativa também para o governante.<sup>22</sup> A partir do fato de que o feudalismo da Idade Média se baseava em relações contratuais e, portanto, jurídicas, percebe-se que o direito fazia parte das categorias básicas da consciência na vida intelectual da sociedade europeia medieval.<sup>23</sup>

O direito, porém, precisa de juízes. A eficácia do direito depende de

---

<sup>20</sup> Reproduzida em ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E.; YOUNG, Nelson. *Treatise on Constitutional Law*. 1986. 3 v. Apêndice A. p. 524ss.

<sup>21</sup> HOFMANN, 1995, p. 15ss.; STOLLEIS, 1990, col. 369.

<sup>22</sup> HOFMANN, 1995, p. 7s.; SCHEUNER, 1978, p. 191ss.

<sup>23</sup> GURJEWITSCH, Aaron J. *Das Weltbild des mittelalterlichen Menschen*. 4. ed. 1989. p. 208.

que uma instância neutra decida em questões jurídicas controversas. A ampliação da proteção jurídica é um aspecto bem essencial do desenvolvimento do Estado de Direito – de certo modo, uma “pedra angular do Estado de Direito”.<sup>24</sup> Nessa área, o Medievo tardio na Alemanha tomou iniciativas notáveis. Em face de experiências muito disseminadas de injustiças, incluindo guerras, vendetas e atos de violência de muitos tipos, aprovou-se, na dieta do Sacro Império Romano-Germânico realizada em Worms, no ano de 1495, a Paz Pública Perpétua e, ao mesmo tempo, instituiu-se o Tribunal Superior do Império, que visava possibilitar uma resolução judicial de litígios, incluindo as primeiras garantias em termos de direito processual.<sup>25</sup> As competências do Tribunal Superior do Império em matéria civil diziam particularmente respeito a ações contra o fisco imperial e contra pessoas e instituições de governo diretamente sujeitas ao imperador, bem como a contendas possessórias entre estas. Em matéria penal, ele era competente para julgar determinados crimes graves, casos de perturbação da ordem pública. Mesmo que o tribunal ainda padecesse de muitas deficiências (restrições da competência para determinados estamentos, procedimentos ineficientes, longa duração dos processos), o primeiro passo tinha sido dado.

### 2.1.2 Absolutismo

Nos séculos XVII e XVIII, os territórios maiores na Alemanha, mesmo que formalmente ainda constituíssem feudos do Império, transformaram-se em regimes absolutistas.<sup>26</sup> Por absolutismo entende-se uma forma de Estado e governo em que todo o poder estatal está integralmente nas mãos do monarca ou soberano territorial, sem que uma participação dos estamentos o restrinja; o Estado absolutista é praticamente equiparado ao soberano territorial: “*L’Etat c’est moi*” (Luís XVI). O fato de que a formação do absolutismo ocorreu nos territórios, e não no nível do

<sup>24</sup> SCHMIDT-ABMANN, 2004, n. 70, fazendo referência a Roman Herzog.

<sup>25</sup> DIESTELKAMP, Bernhard (ed.). *Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte*. 1990; OESTMANN, Peter. Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich. In: SCHMIDT-VON RHEIN, Georg; CORDES, Albrecht (eds.). *Altes Reich und neues Recht*. 2006. p. 57ss.; SAILER, Rita. *Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht*. 1999; SCHILDT, Bernd. Reichskammergericht – Geschichte, Verfassung, Überlieferung. *Jura*, 2006, p. 493ss.; SELLERT, Wolfgang (ed.). *Reichshofrat und Reichskammergericht: ein Konkurrenzverhältnis*. 1999.

<sup>26</sup> Panoramas gerais: HUBATSCH, Walther (ed.). *Absolutismus*. 2. ed. 1988; REINALTER, Helmut; KLUETING, Harm (eds.). *Der aufgeklärte Absolutismus im europäischen Vergleich*. 2002.

Estado central, é uma particularidade da história constitucional alemã. Jean Bodin propôs uma formulação que caracteriza essa época: “A soberania é o poder absoluto e temporalmente ilimitado que pertence ao Estado”.<sup>27</sup> Com isso, o absolutismo se contrapõe diametralmente ao Estado de Direito.

Ainda assim, abordei o absolutismo aqui porque ele criou pressupostos essenciais para os desdobramentos jusestatais ocorridos desde o fim do século XVIII. As *bills of rights* [cartas de direitos] na América do Norte, que fizeram entrar em vigor pela primeira vez, de modo abrangente e com a força da Constituição, direitos fundamentais – e cuja primeira foi a famosa *Bill of Rights* de Virginia de 1776 –, foram designadas, com razão, como “a grande antítese da situação jurídica e social do Velho Mundo”.<sup>28</sup> E a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi aprovada pela Assembleia Nacional no mesmo mês da resolução sobre a abolição do regime feudal juntamente com todas as prerrogativas dos nobres (agosto de 1789). Muitos artigos dessa declaração de direitos humanos mostram que a Revolução surgiu essencialmente a partir da experiência concreta de abusos do regime absolutista, como, por exemplo, a garantia do *habeas corpus*, a proposição *Nullum crimen sine lege* e a presunção de inocência.<sup>29</sup> As grandes exigências de liberdade e igualdade das Revoluções Norte-Americana e Francesa e, por conseguinte, a segunda noção básica do Estado de Direito estão voltadas contra todos os privilégios e todas as dependências que eram, exatamente, uma característica essencial do absolutismo.

## 2.2 O Estado constitucional da Modernidade

### 2.2.1 O constitucionalismo incipiente: Estado de Direito liberal

As ideias da Revolução Norte-Americana e, sobretudo, da Francesa tiveram grande repercussão em toda a Europa, incluindo a Alemanha. Elas fundamentaram o movimento do liberalismo, que teve sucesso

---

<sup>27</sup> *Les six livres de la République*. 1576. Livro I. cap. 8; edição em alemão: *Sechs Bücher über den Staat*. 1981. Livros I-III. p. 205.

<sup>28</sup> HATTENHAUER, Hans. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 4. ed. 1996. n. 70.

<sup>29</sup> Arts. 7-9; reproduzidos em WILLOWEIT, Dietmar; SEIF, Ulrike. *Europäische Verfassungsgeschichte*. 2003. p. 250ss.

na Alemanha à época após as guerras napoleônicas, entre 1814 e 1824, com a criação das primeiras constituições em muitos territórios alemães. O liberalismo dessa época não queria a ruptura revolucionária explícita com o Estado autoritário governado por príncipes nem com a ordem tradicional da sociedade; ele queria reformar, e não retornar ao feudalismo.<sup>30</sup>

As reformas exigidas pelos liberais consistiam em direitos fundamentais e liberdades para o povo, com ênfase na liberdade de expressão e de imprensa, constituições com sistema representativo, separação de poderes, segurança jurídica mediante a previsibilidade de intervenções da administração, vinculação do Executivo e do Judiciário à lei, particularmente no direito penal, vinculação também do Legislativo à Constituição e limitação das atribuições do Estado à garantia jurídica da segurança e da ordem em lugar de promoção do bem-estar em sentido abrangente.<sup>31</sup> Essas exigências foram sintetizadas na demanda pelo Estado de Direito.<sup>32</sup>

As constituições do constitucionalismo incipiente realizaram uma parte do programa liberal, mas ainda eram restritivas no tocante à representação popular, à garantia dos direitos fundamentais e à vinculação constitucional. O monarca desempenhava um papel decisivo no processo constituinte, seja promulgando sozinho a constituição, seja pelo fato de ela ser acordada com ele. Mais atrasados ainda, entretanto, eram os grandes territórios da Áustria e da Prússia, que rejeitaram um processo constituinte. Para todos eles se aplica a seguinte afirmação: “O pensamento constitucional alemão no século XIX tem o monarca como referência”<sup>33</sup>.

### **2.2.2 O constitucionalismo tardio: Estado de Direito formal**

Como se sabe, a Alemanha tomou um “longo caminho para

---

<sup>30</sup> Panoramas gerais: RUPPERT, Karsten. *Bürgertum und staatliche Macht in Deutschland zwischen Französischer und deutscher Revolution*. 1997; SCHULZE, Carola. *Frühkonstitutionalismus in Deutschland*. 2002.

<sup>31</sup> HOFMANN, 1995, p. 4s.; STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1992. v. II. p. 156ss.; WAHL, Rainer. Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. 2003. v. I. § 2, n. 23ss.; WÜRTENBERGER, Thomas. Der Konstitutionalismus des Vormärz als Verfassungsbewegung. *Der Staat*, 1998, p. 165ss.

<sup>32</sup> STOLLEIS, 1990, col. 369, remetendo a Rotteck e Welcker.

<sup>33</sup> STOLLEIS, 1992, p. 100.

o Ocidente”<sup>34</sup>: o constitucionalismo incipiente foi sufocado na Restauração, a Revolução de 1848/49 foi derrotada pelos príncipes e, na unificação da Alemanha sob a liderança da Prússia, o elemento nacional se sobrepôs ao liberal. A Constituição do Reich de 1871 ainda se baseava no princípio monárquico segundo o qual o imperador [*Kaiser*], dotado de amplas competências, era o portador do poder estatal. Ainda assim, ao lado disso havia uma representação popular oriunda de eleições gerais, a Dieta Imperial [*Reichstag*], de modo que se pode falar da existência de uma “monarquia restrita”.<sup>35</sup>

No desenvolvimento do Estado de Direito, essa época pode ser caracterizada como Estado de Direito formal: muitas conquistas do Estado de Direito liberal do constitucionalismo incipiente foram mantidas, mas sem os elementos materiais, especialmente sem direitos fundamentais e humanos.<sup>36</sup> Esse conceito de Estado de Direito foi formulado de maneira expressiva pelo filósofo conservador Julius Stahl<sup>37</sup>:

“O Estado deve ser Estado de Direito; esta é a palavra-chave e é também, na verdade, o que impulsiona o desenvolvimento da época mais recente. Ele deve definir exatamente as vias e os limites de sua atuação, bem como a esfera livre de seus cidadãos, em uma forma jurídica e deve assegurá-las de modo inquebrantável [...] ele não significa, de maneira alguma, o objetivo e o conteúdo do Estado, mas apenas o modo e o caráter da sua realização.”

Por conseguinte, o Estado deveria ser compreendido juridicamente “apenas” como “instituição para a ordem exterior e a promoção da vida social”.

Essa concepção era a opinião absolutamente predominante na segunda metade do século XIX. Na Constituição Imperial de 1871, ela se refletiu de tal modo que essa Constituição não continha um catálogo de direitos fundamentais. Diferentemente da Constituição do constitucionalismo incipiente, ela também não previa um Tribunal Constitucional; para disputas jusconstitucionais, previa-se meramente um órgão político como instância de mediação.<sup>38</sup> Entretanto, o Império

---

<sup>34</sup> WINKLER, Heinrich August. *Der lange Weg nach Westen*. 2000. 2 v.

<sup>35</sup> FROTSCHER; PIEROTH, 2010, n. 448.

<sup>36</sup> BÖCKENFÖRDE, 1969, p. 59ss.; SCHEUNER, 1978, p. 201ss.

<sup>37</sup> *Die Philosophie des Rechts*. 2. ed. 1846. v. 2. 2ª seção. p. 105s.

<sup>38</sup> BJÖRNER, Ulf. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Norddeutschen Bund und Deutschen Reich (1867-1918)*. 2000. p. 33ss.

não foi uma época desprovida de direitos fundamentais. As exigências liberais de maior previsibilidade da ação estatal, particularmente no exercício da administração da justiça, e de ampliação das margens de liberdade foram cumpridas, passo a passo, por leis imperiais, mas não asseguradas por força da Constituição. Assim, a liberdade profissional e a sindical, a liberdade de circulação e a religiosa, a liberdade pessoal e a de imprensa foram normatizadas por leis do Império.<sup>39</sup> Por meio das leis imperiais referentes ao Judiciário de 1877, promoveu-se energicamente a ampliação da proteção jurídica, e garantiram-se particularmente a independência dos tribunais e o direito ao juiz legalmente competente.<sup>40</sup>

Sob o signo da compreensão do Estado de Direito formal, lutou-se, seguindo o caminho da melhoria da proteção jurídica, especialmente contra o poder público. Duas posições se defrontavam nesse sentido: segundo uma delas, a proteção jurídica contra o poder público deveria ser ampliada diante dos tribunais de direito comum já existentes.<sup>41</sup> Mas a posição que acabou prevalecendo foi a segunda, que defendia uma jurisdição administrativa própria,<sup>42</sup> provavelmente porque muitos viam nisso uma chance de preservar uma influência maior para o Poder Executivo<sup>43</sup> – o que, entretanto, felizmente não ocorreu no desenvolvimento ulterior. A partir de 1863, foram sucessivamente instituídos tribunais administrativos no território do Reich, e, em 1875, também o Tribunal Administrativo Superior da Prússia, que mencionei no início.<sup>44</sup>

### **2.2.3 A Constituição de Weimar: Estado de Direito social**

A Revolução de 1918 pôs fim à monarquia e criou a República. A Constituição de Weimar de 1919, influenciada decisivamente pela social-democracia e pelos liberais de esquerda, levou adiante o desenvolvimento do Estado de Direito, transformando-o no Estado

---

<sup>39</sup> HUBER, Ernst Rudolf. Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem. In: \_\_\_\_\_. *Bewahrung und Wandlung*. 1975. p. 132ss.

<sup>40</sup> HUBER, Ernst Rudolf. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. 3. ed. 1988. v. III. p. 973ss.

<sup>41</sup> BÄHR, Otto. *Der Rechtsstaat*. 1864. p. 71ss.; reimpressão: 1969.

<sup>42</sup> VON GNEIST, Rudolf. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*. 2. ed. 1879.

<sup>43</sup> STOLLEIS, 1990, col. 372.

<sup>44</sup> STUMP, Ulrich. *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914*. 1980; SYDOW, Gernot. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts*. 2000; VON UNRUH, Georg-Christoph. *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat*. 1984.



de Direito social.<sup>45</sup> Em especial, a proteção de direitos e liberdades individuais foi complementada por uma dimensão dos direitos fundamentais que levava em consideração as circunstâncias factuais da vida e da economia. Uma nova dimensão social e econômica dos direitos fundamentais se manifestou em diversas disposições, particularmente sobre a prevenção de abusos no uso do solo, a garantia de residências salubres, a criação de uma seguridade social para a prevenção contra as consequências econômicas da velhice, da doença, da invalidez e do desemprego e a criação de uma cogestão nas empresas.<sup>46</sup> O Estado passou a ter responsabilidades de configuração, devendo desenvolver a sociedade burguesa de uma maneira que fizesse com que também os trabalhadores tivessem uma participação adequada no progresso social e passassem a desfrutar da liberdade; assim, essa Constituição procurou alcançar um “compromisso de classes”.<sup>47</sup>

No Estado de Direito social, leva-se em conta o fato de que o exercício da liberdade necessita de pressupostos factuais. Na era do trabalho industrial, para muitas pessoas uma existência digna não é algo que se dê automaticamente. Nesse sentido, o Estado de Direito social constitui o movimento contrário ao liberalismo clássico que se expressa na famosa proposição de Anatole France: “A lei, em sua sublime igualdade, proíbe tanto aos ricos quanto aos pobres que durmam debaixo das pontes, mendiguem pelas ruas e roubem pão”. O Estado de Direito social assume, mediante planejamento, condução, prestação e distribuição, a tarefa de atuar para que, na medida do possível, todas as pessoas exerçam a liberdade com oportunidades iguais.<sup>48</sup>

Os fundamentos para tanto foram assentados na Constituição de Weimar. Mas, ante a resistência conservadora contra isso e a curta duração da vigência dessa Constituição, o Estado de Direito social só se desenvolveu plenamente sob a Lei Fundamental. Deve-se levar em conta também que o Estado de Direito social caracteriza uma dimensão adicional da atuação estatal, mas não pretende descartar os componentes

---

<sup>45</sup> Em termos gerais: GUSY, Christoph. *Die Weimarer Reichsverfassung*. 1997.

<sup>46</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte: Staatsrecht II*. 26. ed. 2010. n. 37.

<sup>47</sup> ANSCHÜTZ, Gerhard. *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*. 1923. p. 26.

<sup>48</sup> HESSE, 1995, n. 209ss.; KINGREEN, Thorsten. *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*. 2003; ZACHER, Hans F. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. 2004. v. II. § 28. n. 32ss.

liberais e formais do princípio do Estado de Direito.

#### **2.2.4 A Lei Fundamental: Estado de Direito material**

A Lei Fundamental (LF) integra todas essas três linhas ou camadas da tradição da compreensão do Estado de Direito e as aprofunda: retomando a compreensão liberal, a Lei Fundamental se situa na tradição dos direitos fundamentais e das Constituições do Ocidente; em conformidade com a compreensão do Estado de Direito formal, atribui importância, em vários sentidos, a formas, competências e procedimentos e garante, assim, uma proteção jurídica diferenciada, a tal ponto que já se disse, em tom crítico, que se trata de um “Estado de trâmites legais”; e, por fim, na Lei Fundamental o Estado de Direito social também foi aprofundado em relação à Constituição de Weimar. Embora se tenha, em grande parte, prescindido de direitos fundamentais sociais, no art. 20 da Lei Fundamental o princípio do Estado social foi integrado como norma fundamental do Estado no mesmo nível que o princípio da democracia, do Estado de Direito e do Estado federativo. Por causa dessa sobrecarga em termos de conteúdo, a República Federal da Alemanha pode ser caracterizada como Estado de Direito material.<sup>49</sup> Seus principais componentes são os seguintes:

##### **a) Separação de poderes e primado do direito**

A Lei Fundamental normatiza, por um lado, o princípio do Estado de Direito e contém, por outro lado, toda uma série de garantias avulsas que concretizam esse princípio. Conteúdos centrais do princípio do Estado de Direito são os institutos – normatizados no art. 20, II e III, da Lei Fundamental<sup>50</sup> – da separação de poderes, da primazia da

<sup>49</sup> Monografias: KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip*. 1986; SARCEVIC, Edin. *Der Rechtsstaat*. 1996; SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. 1997.

<sup>50</sup> Comentários: FRANKENBERG, Günter. In: DENNINGER, Erhard et al. (eds.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*. 3. ed. ago. 2002. art. 20, § 1-3 IV; GRZESZICK, Bernd. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz: Kommentar*. jan. 2010. art. 20, VI e VII; HUSTER, Stefan; RUX, Johannes. In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (eds.). *Grundgesetz: Kommentar*. 2009. art. 20. n. 125ss.; JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 11. ed. 2010. art. 20. n. 28ss.; ROBBERS, Gerhard. In: DOLZER, Rudolf et al. (eds.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. jul. 2010. art. 20. n. 1718ss.; ROELLECKE, Gerd. In: UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas (eds.). *Grundgesetz*. 2002. art. 20. n. 46ss.; SACHS, Michael. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Grundgesetz: Kommentar*. 5. ed. 2009. art. 20. n. 74ss.; SCHNAPP, Friedrich E. In: VON MÜNCH, Ingo; KUNIG, Philip (eds.). *Grundgesetz-Kommentar*. 5. ed. 2001. v. 2. art. 20. n. 24ss.; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. In: DREIER, Horst (ed.). *Grundgesetz: Kommentar*. 2. ed. 2006. v. II. art. 20 (Rechtsstaat); SOMMERMANN, Karl-Peter. In: VON MANGOLDT, Hermann et al. (eds.). *Kommentar zum Grundgesetz*. 5. ed. 2005. art. 20. n. 226ss.

Constituição sobre a lei e da primazia da lei sobre todos os outros atos estatais. Disso se segue a vinculação do Executivo e do Judiciário à lei e à Constituição. Como a Lei Fundamental contém no início um catálogo abrangente e diferenciado de direitos fundamentais (arts. 1-19), junto com a garantia da dignidade humana, há uma orientação completa para o objetivo clássico segundo o qual o Estado existe por causa do ser humano, e não o contrário.

Contudo, o primado do direito não estaria garantido de modo completo se o Estado pudesse se subtrair à vinculação ao direito. Como a vinculação jurídica só está dada na medida em que a Constituição e as leis fazem enunciados normativos, a omissão da legislação daria carta branca ao Estado. Essa possibilidade é impedida pelo instituto da reserva legal. Em geral, a reserva legal é vista como necessária complementação não escrita do primado do direito e, portanto, como componente do princípio do Estado de Direito (ao mesmo tempo, a reserva legal é uma concretização do princípio da democracia). A reserva legal requer, portanto, que o Estado promulgue leis em determinados âmbitos. Tradicionalmente – e isto é uma herança já do constitucionalismo incipiente –, restrições à liberdade e à propriedade só podem ocorrer por meio da lei ou com base nela (essa é a chamada reserva legal referente aos direitos fundamentais). Além disso, a reserva legal também se estende a decisões organizacionais básicas (essa é a chamada reserva legal institucional).

### **b) Proteção jurídica**

Como garantia jusestatal avulsa para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 da Lei Fundamental, deve-se mencionar, em primeiro lugar, a garantia de proteção jurídica. O art. 19, IV, da Lei Fundamental garante o direito de qualquer pessoa apelar aos tribunais contra violações do direito por parte do poder público. Isso abrange, com exceção da atividade jurisdicional, todos os atos do poder público, independentemente de sua forma. Sob a Lei Fundamental, também não há mais atos soberanos que gozem de imunidade judiciária; somente decisões por clemência não são submetidas a um exame judicial pleno.

Entretanto, a garantia da proteção jurídica contém uma restrição, porque se refere expressamente apenas ao poder público, não incluindo,

por isso, a administração da justiça civil e penal. A esta, porém, aplica-se toda uma série de normas avulsas de caráter jusfundamental e organizacional da Lei Fundamental. Entre as normas jusfundamentais se encontra o direito ao juiz natural (art. 101, I, 2, da LF), isto é, que todo juiz precisa ser definido previamente por lei em termos abstratos e gerais, e o direito a ser ouvido em juízo (art. 103, I, da LF), isto é, que toda parte no processo precisa ser informada e ouvida de modo abrangente e o tribunal precisa levar em consideração a exposição da parte no processo e fundamentar sua decisão. Medidas organizacionais da Lei Fundamental são a instituição de tribunais para as mais diversas áreas: além dos tribunais cíveis e penais, há tribunais administrativos, de finanças, sociais e do trabalho; além disso, tribunais profissionais, disciplinares e militares (art. 95s. da LF). Para todos os tribunais, vale a garantia da independência dos juízes em termos pessoais e em relação à matéria (art. 97 da LF), isto é, principalmente a proibição de ordens por parte do Executivo. Disso tudo se segue que a garantia de proteção jurídica baseada no Estado de Direito não se restringe a atos do poder público, mas também se refere ao direito civil e penal. De resto, o Tribunal Constitucional Federal aprofundou a proteção jurídica do Estado de Direito ao exigir não só a existência de proteção jurídica, mas também sua eficácia.

Aos tribunais especializados se acrescenta ainda a jurisdição constitucional: além do Tribunal Constitucional Federal no nível da União (art. 93s. da LF), há tribunais constitucionais estaduais em todos os 16 Estados da Federação. A jurisdição constitucional de proveniência alemã caracteriza-se, em primeiro lugar, por uma autonomização institucional, existindo, portanto, ao lado e acima da jurisdição especializada, e, em segundo lugar, por estar dotada de competências abrangentes, que incluem disputas federativas, disputas entre órgãos, o controle da constitucionalidade de textos legais e o agravo constitucional.<sup>51</sup> O Tribunal Constitucional Federal tornou-se um verdadeiro tribunal dos cidadãos principalmente por meio da queixa constitucional individual, porque qualquer pessoa pode apelar ao Tribunal ao alegar que um de seus direitos fundamentais teria sido violado pelo poder público.<sup>52</sup> Poder

---

<sup>51</sup> SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*. 8. ed. 2010.

<sup>52</sup> HÄBERLE, Peter. *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*.

público nesse sentido são também os tribunais especializados, aos quais, entretanto, deve-se apelar regularmente antes de seguir a via judicial do Tribunal Constitucional Federal. A cada ano, cerca de 6 mil queixas constitucionais são apresentadas ao Tribunal Constitucional Federal, e, dessas, 2% a 3% têm ganho de causa. Isso parece absolutamente pouco, mas é relativamente muito, porque com isso se atesta ao Estado que, em um ano, ele violou 150 vezes a Constituição e, assim, cometeu injustiça.

De modo geral,

“mostra-se que o trabalho contínuo do Judiciário produziu efeitos positivos fundamentais para o desdobramento do Estado de Direito. Deles fazem parte o disciplinamento do poder público, a estabilização do processo político, a sistematização do direito e, sobretudo, a criação de uma consciência de ter segurança jurídica.”<sup>53</sup>

### **c) Certeza jurídica, segurança jurídica, proteção da confiança**

Um segundo grupo de normas avulsas para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 da Lei Fundamental é o das prescrições a respeito da certeza das regulamentações jurídicas. A certeza jurídica é prescrita expressamente na Lei Fundamental para todas as leis penais (art. 103, II, da LF), para todas as restrições da liberdade de movimentos (art. 104, I, 1, da LF) e para autorizações legais de atos legislativos por parte do Executivo (art. 80, I, 2, da LF). O Tribunal Constitucional Federal ampliou essa prescrição, tornando-a uma exigência jusestatal de caráter geral:

“O princípio da certeza jurídica determina que uma autorização legal do Executivo para proceder a atos administrativos esteja suficientemente definida e limitada em termos de conteúdo, finalidade e alcance, de modo que a ação da administração se torne mensurável e, até certo ponto, previsível para o cidadão.”<sup>54</sup>

Além disso, o ordenamento jurídico no Estado de Direito não deve ter contradições,<sup>55</sup> e os juristas precisam seguir uma metodologia racionalizada.<sup>56</sup>

No contexto da certeza jurídica das regulamentações jurídicas, situam-se também os imperativos jusestatais da segurança jurídica e

---

*JöR*, 1997, p. 89ss.; PIEROTH, Bodo; SILBERKUHL, Peter (eds.). *Die Verfassungsbeschwerde*. 2008; ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 3. ed. 2006.

<sup>53</sup> SCHMIDT-ABMANN, 2004, n. 71.

<sup>54</sup> *BVerfGE* 56, 1/12; 108, 52/75; 110, 33/53s.

<sup>55</sup> *BVerfGE* 25, 216/227; 98, 83/97; 98, 265/301.

<sup>56</sup> MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*. 9. ed. 2004. v. I. n. 295.

da proteção da confiança. Segurança jurídica significa, objetivamente, a confiabilidade do direito estabelecido em cada caso; proteção da confiança significa, subjetivamente, que o cidadão tem direito a ela. O Tribunal Constitucional Federal ampliou a proibição do efeito retroativo – que, na Lei Fundamental, está normatizada expressamente apenas para leis penais (art. 103, II, da LF) –, em uma jurisprudência diferenciada de mais de 300 decisões tomadas até agora, para todo o direito, invocando para isso o princípio do Estado de Direito, mas frequentemente acrescentando, ao mesmo tempo, reflexões de caráter jusfundamental. Na prática, isso significa principalmente uma proteção contra leis tributárias que elevem a carga tributária *a posteriori*, isto é, depois que um determinado direito de tributação do Estado tenha surgido de acordo com o direito até então vigente; isto é inadmissível no Estado de Direito.

#### **d) Responsabilidade**

Um terceiro complexo de normatizações avulsas para além do princípio do Estado de Direito normatizado no art. 20 diz respeito à responsabilidade do Estado por suas ações. Dela fazem parte os institutos – regulamentados na Lei Fundamental – da responsabilidade funcional, segundo o qual o Estado deve prestar regularmente indenização à pessoa que tenha sido lesada por um ato ilícito de um titular de função pública (art. 34 da LF), e da indenização por expropriação, segundo o qual uma expropriação de propriedade só pode ser determinada legalmente em troca de uma indenização adequada (art. 14, III, da LF). Há mais de 200 anos, isso também já é reconhecido, mesmo sem regulamentação explícita na Lei Fundamental, no caso de lesões contra o corpo e a vida por parte do Estado (trata-se da chamada indenização por sacrifício). Além do princípio do Estado de Direito, aplicam-se aqui também os direitos fundamentais, que contêm não só um direito à omissão de intervenções ilegais, mas, no caso de transgressão por parte do Estado, também visam a uma supressão, restauração ou compensação.<sup>57</sup>

#### **e) Proporcionalidade**

O nexu indissolúvel existente entre o princípio do Estado de

---

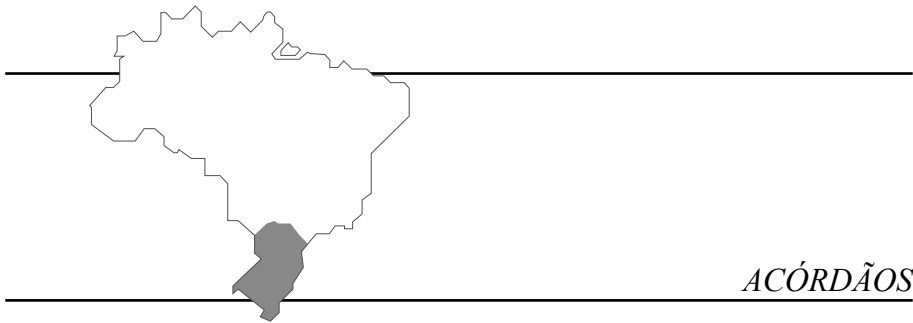
<sup>57</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Staatshaftungsrecht*. 5. ed. 1998. p. 285ss.; RÖDER, Daniel. *Die Haftungsfunktion der Grundrechte*. 2002. p. 199ss.

Direito e os direitos fundamentais também se manifesta no princípio da proporcionalidade,<sup>58</sup> para o qual a Lei Fundamental menciona os dois institutos jurídicos como fundamento. Após seus primórdios no direito policial, o princípio da proporcionalidade acabou se tornando o mais eficaz critério na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Praticamente não há decisões sobre os direitos fundamentais em que o princípio da proporcionalidade não ofereça o argumento jurídico para a resolução do caso. Em sua variante clássica, o princípio da proporcionalidade permite que se verifiquem a adequação e a necessidade de atos estatais. A adequação examina se o meio utilizado pelo Estado (ato administrativo ou lei) promove o fim que se busca alcançar com ele. A necessidade examina se o fim buscado pelo Estado não pode ser alcançado por um meio igualmente eficaz, porém menos oneroso. O exame adicional da adequação de um ato estatal permite uma verificação claramente mais intensiva dos atos estatais mediante a ponderação e a busca de equilíbrio. Dessa maneira se podem, por um lado, implementar os direitos fundamentais do indivíduo débil contra o Estado forte e, com frequência, de fato se produz justiça em casos específicos. Por outro lado, a ponderação e a busca de equilíbrio carecem de critérios racionais e vinculativos e permitem, assim, um decisionismo em que a vontade política do juiz constitucional é decisiva.<sup>59</sup> Isso constitui, particularmente com vistas ao controle da constitucionalidade das leis provenientes do Parlamento, um problema democrático, que até agora não se tornou agudo por causa de uma reserva regularmente prudente exercida pelo Tribunal Constitucional Federal.

---

<sup>58</sup> Monografias: DECHSLING, Rainer. *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*. 1989; HANAU, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsrechte*. 2004; HEUSCH, Andreas. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*. 2003; HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. 1981; LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht*. 2. ed. 1999; SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. 1976.

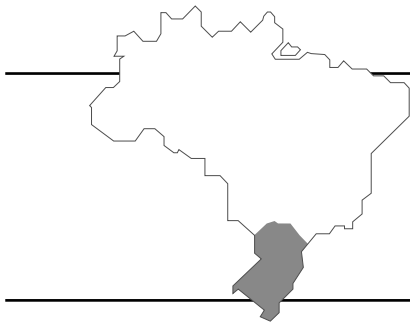
<sup>59</sup> PIEROTH; SCHLINK, 2010, n. 303s.



*ACÓRDÃOS*







*DIREITO ADMINISTRATIVO E  
DIREITO CIVIL*



***EMBARGOS INFRINGENTES***  
***Nº 0000471-55.2001.4.04.7009/PR***

*Relatora:* A Exma. Sra. Desa. Federal Maria Lúcia Luz Leiria  
*Rel. p/ acórdão:* O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson  
Flores Lenz

*Embargante:* União Federal

*Advogado:* Procuradoria Regional da União

*Assistente:* América Latina Logística Malha Sul S/A – ALL

*Advogados:* Dr. José Augusto Araújo de Noronha

Dr. Brasília Vicente de Castro Neto

*Embargante:* Departamento Nacional de Infraestrutura de  
Transportes – Dnit

*Advogado:* Procuradoria Regional Federal da 4ª Região

*Embargada:* Cervejarias Kaiser Brasil S/A

*Advogado:* Dr. Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes

***EMENTA***

*Civil e Administrativo. Imóvel da extinta RFFSA. Servidão de aqueduto. Manutenção. Possibilidade. Art. 117 do Código de Águas. Interpretação.*

1. Ao admitir o Código de Águas, em seu artigo 122, que os aquedutos

passem por vias públicas, encontra-se, pois, prevista a autorização para que sobre esses bens seja instituída a servidão de aqueduto.

Ademais, se é permitida a aludida servidão sobre bens públicos afetados a uma finalidade, como se reconhece às vias públicas, com mais forte razão há de ser reconhecida sobre bens dominicais, como é o caso do terreno onde foi instalado o aqueduto da recorrida.

Embora admita ser matéria objeto de controvérsia na jurisprudência francesa, anota Jean Dufau, em seu moderno *Le domaine public*. 4. ed. Paris: Le Moniteur, 1993. p. 276, *verbis*:

“*Ce problème a reçu des solutions divergentes de la part des deux ordres de juridictions. Pour les tribunaux judiciaires, toutes les servitudes du droit privé peuvent s’exercer sur le domaine public sous la seule réserve que ces servitudes ne soient pas incompatibles avec l’affectation de la dépendance domaniale sur laquelle elles s’exercent (cf. Cass 19 mai 1926 – Cass. Req. 12 et 30 mai 1932, Gaz. Pal. 1932 II, 357 – CA Poitiers 21 juillet 1931, S. 1931 II 229).*”

2. Embargos infringentes a que se nega provimento.

### 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 voto de desempate, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de outubro de 2015.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator para o acórdão.

### RELATÓRIO

*A Exma. Sra. Desa. Federal Maria Lúcia Luz Leiria*: Trata-se de embargos infringentes contra acórdão de lavra da Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CIVIL. IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA. SERVIDÃO DE AQUEDUTO. MANUTENÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não se pode confundir servidão de aqueduto com desapropriação ou usucapião. Os bens públicos também se sujeitam às limitações no exercício do direito de propriedade.

2. Nos termos do art. 117 do Código de Águas, para os serviços da indústria, a todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem as águas a que tenham direito, mediante prévia indenização ao dono deste prédio.” (grifo nosso)

Requerem a União e o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte – Dnit, em síntese, a prevalência do voto vencido proferido pelo Juiz Federal Jorge Antônio Maurique no sentido de que a permissão de uso de bem público se faz em caráter transitório e depende de análise de conveniência e oportunidade do poder público.

Com contrarrazões, vieram os autos (fls. 611-635).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento dos embargos infringentes (641-644).

É o relatório.

### VOTO

*A Exma. Sra. Desa. Federal Maria Lúcia Luz Leiria:* Atendido o requisito do artigo 530 do CPC, já que a Turma, em decisão não unânime, reformou a sentença de mérito que julgou improcedente a ação (473-478), examino os embargos infringentes.

No ano de 1996, após um longo período de estudos, a *Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda.* firmou com RFFSA contrato de concessão de direito real de uso, pelo prazo determinado de cinco anos, para edificação das obras necessárias à construção de um aqueduto, ensejando a captação de águas para suas atividades industriais.

Antes do termo final do contrato, e com o advento do Decreto 3.277, de 07.12.1999, que determinou a liquidação da RFFSA, a *Kaiser* ingressou com a presente ação objetivando a constituição de servidão de passagem no referido terreno, que passou a ser patrimônio da União. A ação foi julgada improcedente no primeiro grau, mas reformada pela Quarta Turma desta Corte, por maioria.

Assim, a controvérsia chega a esta Segunda Seção. Aqui devemos examinar a possibilidade e/ou a viabilidade da pretendida constituição, por decisão judicial, de servidão de aqueduto em terreno de propriedade da União.

Na lição de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, Tomo XVIII, p. 450 e ss.), a servidão de aqueduto (servidão *aquaeductus*) é o poder de conduzir água, em tubo, cano, rego ou canal, através de outro prédio, ou de apanhar água no próprio prédio e conduzi-la através do outro prédio. Os modos de sua constituição são os mesmos das outras servidões, mais o de constituição por eficácia sentencial, baseado nos

artigos 117-138 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, mais conhecido como Código de Águas.

Diz o artigo 117 que se pode constituir, coativamente, servidão de aqueduto, se as águas são *a)* para as primeiras necessidades de vida, *b)* para os serviços da agricultura ou da indústria, *c)* para o escoamento das águas superabundantes, *d)* para o enxugo ou a bonificação dos terrenos. Prossegue o jurista afirmando que, em qualquer das espécies do referido artigo, supõe-se a *necessidade da servidão*: ou porque não haja outro meio, ou porque, havendo-o, seria excessivamente dispendioso.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, cuida das servidões no Livro III, Título II, artigo 1.225, III, dentro do capítulo reservado aos direitos reais.

Feitas essas considerações, entende-se que merece provimento o recurso da União e do Dnit.

Com efeito, a pretensão da embargada destaca-se por buscar instituir um direito real sobre um bem público, nos termos do que dispõe o já referido artigo 1.225, inciso III, do Código Civil brasileiro, com evidente restrição ao direito de propriedade da União, o que evidentemente não pode ser admitido.

O que se busca aqui é impor um gravame perpétuo à coisa pública, situação que, embora não se consubstancie em usucapião e/ou desapropriação, institutos nos quais há o sacrifício do direito de propriedade, trará para a entidade pública o mesmo efeito destes, qual seja a indisponibilidade do bem, sem termo final, uma vez que as servidões são perpétuas, no sentido de que perduram enquanto subsiste a utilidade do bem serviente.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a servidão implica a constituição de direito real de uso e gozo, paralelo ao direito do proprietário, que perde, por essa forma, a exclusividade de poderes que exercia sobre o imóvel de sua propriedade (*Direito Administrativo*, 20. ed., Atlas, p. 119).

A embargada defende a aplicação do Código de Águas, espécie normativa que sobreviveu ao regime das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, que permitiam o domínio privado das águas.

Ocorre que essa realidade foi alterada pela Constituição de 1988, que adotou conformação sistemática distinta para o chamado “domínio

fluvial”, traçado técnico-jurídico esse seguido e ampliado pela Lei do Sistema Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997).

Nesse sentido a Constituição Federal:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

(...)

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

(...)”

Assim, é dentro desse contexto jurídico que o Código de Águas deve ser interpretado. Nesse sentido, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, embora não trate especificamente do instituto da servidão, serve de norte para a análise do caso concreto:

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. TERRENOS SITUADOS NA MARGEM DOS RIOS. FAIXA DE RESERVA. DOMÍNIO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que se discute ocupação privada do antigo leito do Rio Tietê, no Município de São Paulo, referente ao curso das águas anterior à retificação, e do respectivo terreno marginal (reservado ou faixa de reserva).

(...)

4. *O Código de Águas (Decreto 24.643/1934) deve ser interpretado à luz do sistema da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), que só admitem domínio público sobre os recursos hídricos.*

5. *Na forma dos arts. 20, III, e 26, I, da Constituição, não mais existe propriedade privada de lagos, rios, águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, e quaisquer correntes de água.*

(...)

9. Recurso especial provido.” (REsp 1184624/SP, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02.12.2010, DJe 04.02.2011 – grifo nosso)

Note-se que a Constituição, ao falar em “bens da União” e em “bens dos Estados”, no chamado regime jurídico das águas, deixa claro que se está diante de um bem estatal *stricto sensu*, propriedade das pessoas jurídicas União e Estados. E, como um bem público, as águas dos rios são, por sua vez, consideradas bens de uso comum do povo, aqueles



que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da administração.

Nessa linha de pensamento, em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, comodato, locação e, no caso em tela, servidão. Segundo Di Pietro, se isso não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela leitura dos artigos 100, 102 e 1.420 do Código Civil. O primeiro estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo, enquanto conservarem a sua qualificação. O segundo determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião; e o terceiro estabelece que só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca (op. cit., p. 618). São, portanto, características das águas públicas a inalienabilidade e, como decorrência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

Com efeito, a utilização privativa dos bens de uso comum do povo só pode ser consentida por títulos de direito público (autorização, permissão e concessão), que asseguram à pessoa jurídica de direito público a sua posição de supremacia, com a possibilidade de rescindir, a qualquer momento, o acordo, quando os motivos de mérito assim se fizerem presentes, observadas, portanto, a oportunidade e a conveniência.

Há que ser considerado, ainda, que o uso da água pode ser alterado, em face do interesse público ou das necessidades decorrentes da proteção ao meio ambiente. Transformar o transitório em perene, como pretende a embargada, no que se refere ao uso da água e à sua canalização por aqueduto, é eternizar uma exploração que pode (ou não) vir a ser nociva ao interesse público. Cabe à União, no acompanhamento da evolução da região de Ponta Grossa/PR, definir e poder dispor do uso da água, levando em consideração os diversos fatores envolvidos.

Por outro lado, do ponto de vista do terreno da União, a mudança da natureza jurídica das benfeitorias feitas para a condução da água para a servidão, em seu desfavor, avia um direito perpétuo ao particular que não tem razão lógica, sobretudo levando-se em consideração o regime

de indisponibilidade que norteia os bens públicos.

Saliente-se que, quando a Kaiser firmou o contrato de concessão de direito real de uso com a RFFSA, no ano de 1996, anuiu com as condições para utilização do terreno pelo prazo de cinco anos. Estava ciente da precariedade daquele contrato, mas mesmo assim tratou de instalar ali mais uma de suas unidades, certamente porque o negócio lhe pareceu rentável, mesmo que por prazo determinado. Agora pretende eternizar uma situação, impondo à União um negócio jurídico que não se mostra conveniente, tampouco oportuno.

É importante referir que a utilização do aqueduto pela empresa não é imprescindível para o desenvolvimento de sua atividade, mas evidentemente é a situação mais favorável, mais cômoda do ponto de vista econômico/financeiro. Como se extrai do laudo pericial (fls. 347-365), existe a alternativa de a cervejaria ser abastecida por água tratada fornecida pela Sanepar, *verbis*:

“(12) Qual a disponibilidade de água fornecida pela Sanepar para abastecer as imediações da fábrica da autora?”

A Sanepar tem instalado, ao longo da BR-376, uma tubulação de 300 mm (capacidade aproximada de 141,3 L/s), a qual abastece todo o Distrito Industrial, situado a sudeste da instalação da requerente.

(13) A Sanepar tem capacidade, atualmente, para suprir as necessidades industriais da autora?

Conforme entrevista com Eng. Murilo C. A. Souza, do setor de projetos da gerência local da Sanepar, para suprir os 83,3 L/s necessários à fábrica da requerente, seria necessária uma nova rede de 300 mm partindo da estação de tratamento de água no Jardim Carvalho, com extensão aproximada de 12 km.”

Ademais, como bem apontou o representante do Ministério Público Federal nesta Corte, Dr. Carlos Eduardo Copetti Leite, não se encontram presentes no caso em tela os requisitos da passagem forçada, pois a empresa recorrida não está sem acesso a via pública, nascente ou porto, como garante o artigo 1.285 do Código Civil.

Finaliza o *Parquet*:

“Como se verifica, de qualquer ângulo que se analise a questão, merecem provimento os embargos infringentes opostos pelas partes, devendo, pois, ser reformado o acórdão ora recorrido, a fim de que prevaleça o entendimento do voto proferido pelo Juiz Federal Jorge Antônio Maurique, que manteve a sentença monocrática.”

Vale ainda referir que não se está tratando aqui de uma possível

colisão entre o interesse público e o direito subjetivo reconhecido a um particular, o que certamente levaria a uma necessária ponderação dos valores envolvidos, mas sim de uma tentativa de transigir com o interesse público, para conferir alta eficácia interventiva à autonomia privada, o que contraria a clássica e contemporânea noção de regime jurídico administrativo.

Ademais, nada impede que a empresa embargada celebre com a União um contrato administrativo em que se estabeleça como se dará o uso do bem público, o lapso de tempo desse uso e a melhor forma de retomada deste, de modo a atender as suas necessidades e permitir a continuidade do seu negócio na região.

Assim, deve ser mantida a bem-lançada sentença de improcedência do feito.

Quanto ao prequestionamento, não há necessidade de o julgador mencionar os dispositivos legais e constitucionais em que fundamenta sua decisão, tampouco os citados pelas partes, pois o enfrentamento da matéria por meio do julgamento feito pelo tribunal justifica o conhecimento de eventual recurso pelos tribunais superiores (STJ, EREsp nº 155.621-SP, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.09.99).

*Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos infringentes, nos termos da fundamentação.*

#### VOTO-VISTA

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:*  
Sr. Presidente:

Com a devida vênia, dirirjo da eminente relatora.

*In casu*, afiguram-se-me irrefutáveis as considerações constantes do voto proferido pela eminente Desembargadora Federal Marga Tessler, a fls. 574-574v, *verbis*:

“Peço a máxima vênia para divergir do douto voto.

Trata-se de pedido de manutenção de servidão de aqueduto em imóvel de propriedade de RFFSA, sucedida pela União.

O eminente relator prestigia a sentença, que entendeu que a parte-autora, Cervejaria Kaiser Brasil S/A, ‘lançou mão de um subterfúgio buscando assenhorar-se de parte do patrimônio público, diga-se de passagem insuscetível de desapropriação’. Não se afigura esta a melhor abordagem da questão.

Não se pode confundir servidão de aqueduto com desapropriação ou usucapião. Por outro lado, também não é apropriado dizer que a parte-autora utiliza-se de um subterfúgio para assenhorar-se de propriedade da União. Os bens públicos também se sujeitam a limitações no exercício do direito de propriedade. Não se poderia, no caso concreto, olvidar ou obscurecer que a unidade fabril em questão, em Ponta Grossa/PR, mantinha, desde 1996, com a Rede Ferroviária Federal, termo de concessão de direito real de uso de faixa de terra para aqueduto de 10 metros de largura. Antes do término da concessão, ingressou com esta ação, em 2001. Sobrevieram a extinção da Rede Ferroviária Federal e a absorção de seu patrimônio pela União.

Os requisitos para a instituição da servidão de aqueduto são estipulados pelo Código de Águas, Dec. 24.643/34, Título VII, art. 117, que transcrevo:

‘Art. 117. A todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem as águas a que tenham direito, mediante prévia indenização ao dono desse prédio:

- a) para as primeiras necessidades da vida;
- b) para os serviços da agricultura ou da indústria; (...)

O Código Civil, no artigo 1.293, também alberga a pretensão, exigindo que as águas sejam indispensáveis e não causem prejuízo considerável ao proprietário.

O outro requisito legal é o pagamento de indenização ao proprietário do imóvel serviente (§§ 1º a 3º do art. 120 do Código de Águas e *caput* do art. 1.293 do Código Civil).

O laudo pericial de fls. 347 e seguintes é amplamente favorável à parte-autora. O ponto em que tenho por não prestigiá-lo radica na avaliação do valor da indenização, que aponta R\$ 147.765,51 (fl. 362). Pela sua antiguidade e por acarretar desvalorização do imóvel serviente, está a necessitar de nova avaliação mais próxima da realidade, a ser feita por arbitramento.

Assim, a solução é dar parcial provimento ao apelo para julgar parcialmente procedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo.

É o voto.”

Nesse sentido, exaustivo parecer proferido pelo ilustre professor de Direito Administrativo Carlos Ari Sundfeld, a fls. 535-569, *verbis*:

“1. A falsa ideia de contraposição entre o interesse privado (da fábrica) e o público (da União, titular do bem serviente)

A ação judicial em análise pretende dar segurança jurídica a situação constituída a partir de contrato firmado entre a consulente e entidade estatal (a RFFSA). Busca-se formalizar servidão em favor do parque industrial da consulente, de modo a assegurar o direito de passagem de seus dutos em imóvel atualmente pertencente à União e que era de propriedade da RFFSA. Os dutos levam água captada no rio Tibagi até a fábrica da Kaiser.

A base jurídica de tal pretensão é o Código de Águas (Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934), que instituiu a servidão de passagem nas hipóteses de uso da água para fins industriais.

A pretensão é contestada, basicamente, pelo fato de o imóvel prejudicado pela passagem integrar o patrimônio da União. Foi esse o principal fundamento da sentença de primeira instância, que denegou o pedido da consulente. Argumento acessório incorporado à decisão diz respeito à suposta existência de alternativas ao atendimento da demanda industrial. Não sendo o único acesso à água da indústria requerente, o imóvel pretendido não estaria

sujeito ao ônus da servidão.

Antes mesmo de examinar esses fundamentos da decisão de primeira instância, considero importante afastar uma possível premissa de análise do caso concreto que, se tomada, poderá conduzir a conclusões equivocadas. Trata-se da premissa de que o caso encerraria uma contraposição entre o interesse privado (da fábrica) e o público (da União, titular do bem serviente), devendo este prevalecer sobre aquele. Segundo tal premissa, o interesse público residiria na proteção do patrimônio público contra qualquer tipo de gravame, inclusive servidões de passagem em favor de imóveis de particulares. Já o interesse privado residiria em alguma sorte de apropriação egoística de propriedade pública, com vistas a uma (ilegítima) atividade lucrativa à custa do patrimônio alheio. Postos assim os interesses em jogo, a solução estaria dada de antemão: a proteção à propriedade pública, supostamente insuscetível a qualquer gravame, deveria ser garantida em detrimento deste e de quaisquer outros interesses privados.

Tal premissa de análise, contudo, é falsa. Em realidade, a instituição de servidões, inclusive sobre imóveis públicos, em favor de imóveis utilizados para a realização de empreendimentos econômicos privados pode sim ser de interesse público. Desde que compatível a servidão com a destinação do imóvel público serviente e, ainda, indenizado o poder público pelo sacrifício parcial às faculdades inerentes ao seu direito de propriedade – p. ex., faculdade de uso da faixa de terra objeto da servidão –, a servidão poderá ser de interesse público. Poderá sê-lo, por exemplo, por promover o desenvolvimento da indústria no imóvel dominante (com as possíveis consequências positivas daí advindas, econômicas ou sociais). Aliás, a ótica de que a servidão de aqueduto para os serviços da indústria, prevista na alínea *a* do art. 117 do Código de Águas, pode ser de interesse público decorre dos próprios *consideranda* daquele código, que já dispunham ter ele, entre outros fins, o de permitir ‘ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas’. Viabilizar esse aproveitamento, portanto, é um fim almejado pela legislação. De outro lado, supor de antemão que existiria um interesse público em que os bens dominicais da União (como é o caso do terreno em tela) jamais suportassem qualquer servidão de passagem seria um atentado contra o bom-senso; afinal, seriam significativas as privações que uma tal regra geraria para os proprietários de imóveis lindeiros e para a coletividade como um todo, proibidos ambos de cruzar tais propriedades públicas para acessar recursos além dela – como a água –, ou, ainda, de nela instalar eventuais redes de infraestrutura (de saneamento, energia, irrigação, etc.).

O caso sob exame ainda tem uma peculiaridade, que milita contra a suposição de que haveria uma razão genérica, de interesse público, para se vedar servidões sobre bens públicos: trata-se de imóvel da União (antes da RFFSA, empresa federal) desafetado, ao qual não se atribui, portanto, qualquer destinação – um típico bem público dominical –, em que já existe um aqueduto instalado e em perfeito funcionamento, e, mais do que tudo isso, de um imóvel para o qual a União jamais invocou qualquer destinação de interesse público que se afigurasse incompatível com a servidão pretendida. Enfim, não há um motivo concreto de interesse público, em termos de destinação do imóvel, alegado como prevalectente sobre o interesse de captação de água da requerente. Nada – simplesmente nada – é apresentado nesse sentido, em oposição aos interesses que se diriam, em uma visão superficial, ‘privados’ da consulente.

Enfim, a pausa para refletir sobre essa falsa contraposição entre interesse privado da

fábrica e interesse público da União ajuda a colocar o caso sob melhor perspectiva. Ajuda, a meu ver, a evitar que se suponha existir (e ter que ser sempre privilegiada) uma máxima da ‘insuscetibilidade da propriedade pública a servidões’, ou, ainda, da ‘impossibilidade de qualquer uso privativo da propriedade pública’, aniquilando-se de antemão qualquer pretensão da consulente de manter seu aqueduto em imóvel federal, como se a servidão a tanto necessária fosse juridicamente impossível.

Afastada essa equivocada premissa calcada em uma contraposição inexistente, passo a analisar os fundamentos da sentença de primeira instância.

## 2. A servidão sobre imóveis pertencentes à União

Examinando-se os fundamentos da sentença de primeira instância, chama a atenção o fato de que o principal deles, consistente na invocação de (suposta) proibição de servidões em imóveis públicos, em especial os pertencentes à União, não foi apresentado em vista de qualquer disposição normativa que lhe desse respaldo. Fundou-se apenas na sua equiparação às proibições à usucapião de bens públicos e à desapropriação de bens federais.

Deveras, a tese de que a propriedade imobiliária federal estaria completamente blindada contra eventual ônus de servidão foi apresentada como suposta decorrência de sua insuscetibilidade à usucapião e à desapropriação. Em outras palavras, entendeu-se que, por serem insuscetíveis de desapropriação ou de usucapião, os bens públicos federais também seriam insuscetíveis de suportar servidão de passagem.

O problema maior dessa tese reside no fato de que simplesmente inexistente disposição normativa que proíba servidões sobre imóveis públicos. Observo que o nosso direito positivo, inclusive, sobre não proibir a instituição de servidões sobre bens públicos, o que faz é admiti-la.

Veja-se o Código de Águas. Ao tratar da ‘servidão legal de aqueduto’, previu expressamente:

### Código de Águas

‘Art. 122. Se o aqueduto tiver que atravessar estradas, caminhos, vias públicas, sua construção fica sujeita aos regulamentos em vigor, no sentido de não se prejudicar o trânsito.’

A admissão de que aquedutos passem por vias públicas é uma verdadeira admissão, pela própria lei, de que sob tais bens públicos seja instituída a citada servidão de aqueduto. Aliás, vale notar que, se é permitida sobre bens públicos afetados a uma finalidade – como o são as vias públicas –, com maior razão há de ser tolerada sobre bens dominicais (por definição desafetados), como é o caso do terreno onde foi instalado o aqueduto da consulente.

Não poderia ser diferente. A instituição de servidão de aqueduto sobre bens públicos há de ser, na vida prática, uma necessidade bastante frequente. Tomem-se os rios de propriedade da União e os respectivos terrenos marginais, também de propriedade desta;<sup>1</sup> qualquer aproveitamento de suas águas por particular, mediante canalização feita por este, dependerá inevitavelmente da passagem dos dutos pelos terrenos marginais de propriedade federal. Negar a possibilidade de instituição dessa servidão seria o mesmo que obstaculizar a canalização dessas águas federais por particulares; equivaleria a supor, absurdamente,

---

<sup>1</sup> Conforme art. 20, inciso III, da Constituição Federal: ‘Art. 20. São bens da União: (...) III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias pluviais’.

que somente a União poderia derivar água de seus próprios rios, sendo defeso a qualquer particular fazê-lo, mesmo com a respectiva outorga de uso da água. Nada disso, contudo, seria condizente com a realidade. A canalização de água por particulares, proveniente de rios federais ou mesmo estaduais, não é proibida, tampouco inviabilizada por uma suposta proibição de instituição de servidões de passagem pela propriedade imobiliária pública (inclusive federal).

Na vida prática, portanto, é de se presumir que a passagem de dutos e outras infraestruturas privadas através de bens públicos federais seja algo frequente e necessário. Mais do que uma realidade, tal instituição para os fins aqui examinados é admitida pela lei (art. 122 do Código de Águas).

A sentença, todavia, abraçou entendimento contrário, no sentido de que se poderia sacar do ordenamento uma proibição a tais servidões. Seu fundamento, não sendo texto expresso de lei, foi uma espécie de equiparação entre os institutos da servidão, da desapropriação e da usucapião, a partir da qual se poderia sacar a conclusão de que bens federais não estariam sujeitos a qualquer dos três. A equiparação para esses fins é inviável, como demonstrarei a seguir.

A instituição de servidão implica ao proprietário do imóvel serviente, como regra, um ônus de suportar, ou de não fazer, em favor do proprietário do imóvel dominante. Claramente, não implica alienação de domínio, mas apenas restrição às faculdades de uso e gozo inerentes ao domínio.<sup>2</sup> Já a usucapião e a desapropriação, diferentemente, implicam sim, ao proprietário do imóvel expropriado, a perda do domínio – algo muito além, portanto, da mera restrição a determinadas faculdades inerentes à propriedade.

A diferença entre os institutos é brutal. No caso em exame, ficam bastante claras as fronteiras do instituto da servidão com outros, como a desapropriação e a usucapião. A consulente não cogita adquirir a propriedade serviente da União; esta, por óbvio, não teme perdê-la; simplesmente, o que existe é uma pretensão de manutenção de ônus de suportar passagem de aqueduto pela propriedade federal, que federal era como continuará a ser – tanto antes quanto depois da instalação do duto, ou mesmo agora que se pede seja mantido no local em que está.

Por outro lado, é verdade que, na instituição de servidão, à semelhança do que ocorre caracteristicamente com a usucapião e a desapropriação, pode haver sacrifício de direito do proprietário de imóvel atingido em benefício de outrem.<sup>3</sup> Nas servidões de passagem de infraestrutura (cabos, redes de transmissão elétrica, aquedutos, etc.), geralmente existe esse sacrifício de direito; mas de que direito se trata? Do direito de propriedade *tout court*? Não. Restam sacrificadas apenas as específicas faculdades de uso e o gozo, com exclusividade, daquela faixa de terra, daquele caminho em que constituída a passagem (e instalados os dutos, cabos, ou qualquer outro tipo de infraestrutura); a faculdade de alienar a propriedade

---

<sup>2</sup> Precisa, nesse sentido, é a observação de Odete MEDAUAR: ‘A servidão não opera transferência do domínio, nem da posse, nem do uso total do bem a terceiros ou ao poder público. Apenas parcela do bem tem seu uso compartilhado ou limitado em vista do atendimento do interesse público. Por isso, se a limitação acarretar realmente prejuízo, quanto ao uso, caberá indenização, referida só a esse aspecto’. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 348.

<sup>3</sup> Digo pode haver sacrifício porque este nem sempre existirá em decorrência de servidão; por vezes, a servidão importará mera limitação à propriedade, suportável normalmente por qualquer proprietário, sem que isso lhe implique prejuízo econômico algum, como ocorre na sempre lembrada servidão para afixação de placas com nome de ruas no prédio serviente.

serviente, até de construir eventualmente por sobre a passagem, se isso não a prejudicar,<sup>4</sup> ou de usar e usufruir de todo o seu restante, continua em mãos de seu proprietário. O sacrifício implicado na servidão é, portanto, quando existente, parcial, circunscrito a algumas faculdades inerentes ao domínio e atinente a uma parcela específica do bem. Algo muito diverso se passa com os casos de usucapião ou desapropriação; nesses, o sacrifício é do direito de propriedade como um todo, operando-se a sua alienação forçada em favor de terceiro. O sacrifício é total, atinente a todo o direito de propriedade.

A servidão só se aproxima da desapropriação e da usucapião em um aspecto que resguarda os interesses dos proprietários atingidos. Em qualquer caso, aquele que suporta o sacrifício tem o direito de ser indenizado por isso. O direito à indenização pelo sacrifício suportado por alguém em benefício de outrem é, assim, o ponto de semelhança entre os institutos da servidão, da usucapião e da desapropriação. Mas daí não se segue que os institutos sejam equiparáveis, a ponto de justificar sua interpretação por analogia, em sentido oposto ao do texto legal. Usucapião e desapropriação prestam-se à alienação forçada, mas não à servidão; nesta, o domínio permanece com o proprietário do imóvel serviente. Ademais, a servidão pode até ser extinta nas hipóteses previstas em lei; já na usucapião e na desapropriação, o resultado é a alienação do bem, de modo que, quando validamente operadas, não há cabimento sequer para discutir eventuais poderes remanescentes do proprietário atingido, pois este simplesmente deixa de sê-lo.

Por essas razões, não passa de um excesso retórico, conducente a erro de juízo, a afirmação de que, com a instituição de servidão de passagem sobre imóvel público em favor de imóvel pertencente a particular, se estaria conferindo ao particular a prerrogativa de ‘assenhorear-se de parte do patrimônio público’. Não se trata, em absoluto, de aquisição de senhoria ou domínio, mas de simples exercício de direito de passagem sobre imóvel que continua, inequivocamente, sob senhoria alheia. Ademais, se essa servidão implica sacrifício a direito do poder público, esse sacrifício é meramente parcial, jamais total, como na desapropriação ou na usucapião.

Inclusive, a servidão, no caso, não afeta qualquer uso público que se dê ou se planeje dar à área; nada disso foi oposto pela RFFSA ou pela União à pretensão da consulente; de sorte que o sacrifício suportado pelo poder público, no caso, nada diz com seu uso, mas simplesmente com decréscimo no valor do imóvel pelo fato da servidão de aqueduto na faixa de terra em que já instalado. Finalmente, se do sacrifício suportado decorre prejuízo econômico ao poder público, este naturalmente há de ser indenizado por isso, como há de ocorrer em qualquer caso de sacrifício de direito (e, no caso apresentado, não se cogita de instituir servidão sem a respectiva indenização ao poder público; ao contrário, a consulente ingressou com a demanda se dispondo a pagar a indenização correspondente ao sacrifício imposto à proprietária do imóvel, cujo valor foi apurado em sede de perícia). De tudo isso não decorre motivo ou razão lógica – qualquer – para se sacar estranha conclusão de que, em nosso ordenamento jurídico, bens públicos seriam insuscetíveis de servidão.

### 3. Condições legais para instituição da servidão

Os requisitos para a instituição da servidão de aqueduto são dados pelo Código de

---

<sup>4</sup> É o que reconhece expressamente, inclusive, o art. 1.295 do Código Civil, referindo-se à servidão de aqueduto: ‘Art. 1.295. O aqueduto não impedirá que os proprietários cerquem os imóveis e construam sobre ele, sem prejuízo para a sua segurança e conservação; os proprietários dos imóveis poderão usar das águas do aqueduto para as primeiras necessidades da vida’.



Águas. Veja-se que o Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.07.1934) previu a ‘servidão legal de aqueduto’, dedicando-lhe um título específico (o Título VII). Dispôs a respeito:

Código de Águas

‘Art. 117. A todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem as águas a que tenham direito, mediante prévia indenização ao dono deste prédio:

- a) para as primeiras necessidades da vida;
- b) para os serviços da agricultura ou da indústria;
- c) para o escoamento das águas superabundantes;
- d) para o enxugo ou bonificação dos terrenos.’

O caso sob exame enquadra-se, justamente, na hipótese da alínea *b supra* – ou seja, a da servidão legal de aqueduto para os serviços da indústria. O mesmo Código de Águas dispôs que a servidão legal de aqueduto pode ser decretada pelo juiz, sempre que – como ocorre no caso em exame – não tiver sido outorgada mediante concessão por utilidade pública. Vejam-se as normas:

Código de Águas

‘Art. 120. A servidão que está em causa será decretada pelo Governo, no caso de aproveitamento das águas, em virtude de concessão por utilidade pública; e pelo juiz, nos outros casos.

§ 1º Nenhuma ação contra o proprietário do prédio serviente e nenhum encargo sobre este prédio poderá obstar a que a servidão se constitua, devendo os terceiros disputar os seus direitos sobre o preço da indenização.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados sobre o preço da indenização, será ele fixado pelo juiz, ouvidos os peritos que eles nomearem.

§ 3º A indenização não compreende o valor do terreno; constitui unicamente o justo preço do uso do terreno ocupado pelo aqueduto, e de um espaço de cada um dos lados, da largura que for necessária, em toda a extensão do aqueduto.

§ 4º Quando o aproveitamento da água vise ao interesse público, somente é devida indenização a proprietário pela servidão, se desta resultar diminuição do rendimento da propriedade ou redução da sua área.’

É à luz dos artigos sobscritos do Código de Águas, exatamente, que a consulente moveu sua ação de instituição de servidão, pleiteando ao juízo a constituição de servidão de passagem no terreno que, hoje, é propriedade da União Federal.

Há que se ter em vista, como lembrou o juiz de primeira instância na sua sentença, que o atual Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) contém disposições sobre o direito de constituir canais, ou aquedutos, sobre propriedade alheia (direito de servidão de aqueduto, em outras palavras). Destacam-se, entre elas, as do art. 1.293, que dispõem:

Código Civil

‘Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável,<sup>5</sup> à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas

---

<sup>5</sup> Na edição final do Código, esta vírgula não constou, por óbvio equívoco. Mas ela existe, como explicarei adiante, pois sem ela o texto não tem sentido. Evidência disso é que, no projeto de lei que culminaria no texto final do Código Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984), a redação era esta (com vírgula):

supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

§ 1º Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

§ 2º O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.

§ 3º O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação’

É de se notar que os requisitos para a constituição do direito de servidão de aqueduto, previstos no *caput* desse artigo do Código Civil, são, em primeiro lugar, quanto à sua finalidade, que o aqueduto sirva: i) para atender ‘às primeiras necessidades da vida’, ii) para atender ‘à agricultura e à indústria’, iii) para ‘o escoamento de águas superfúas ou acumuladas’ ou iv) para ‘a drenagem de terrenos’. Em outras palavras, à luz desse dispositivo do Código Civil, deve o aqueduto servir a pelo menos uma dessas quatro finalidades. Relativamente às duas primeiras, o dispositivo ainda apresenta alguns condicionamentos acessórios; assim, quanto à primeira finalidade, exige que as águas derivadas sejam não apenas para atender às primeiras necessidades da vida, mas que sejam ‘indispensáveis’ a tanto; quanto à segunda finalidade, consistente em atender à agricultura e à indústria, exige que as águas também sejam ‘indispensáveis’ a tanto e que o exercício do direito ‘não cause prejuízo considerável’ ao proprietário serviente. Vê-se, portanto, que o requisito da finalidade do aproveitamento da água, para a constituição do direito de servidão de aqueduto, previsto no art. 1.293 do Código Civil é, na sua essência, o mesmo previsto no art. 117, letras *a* a *d*, do Código de Águas. As quatro finalidades permitidas neste são, também, as quatro permitidas no outro.

Outro requisito legal é o pagamento de indenização, ao proprietário do imóvel serviente, pelos prejuízos suportados em virtude da passagem do aqueduto. É o que reconhecem os §§ 1º a 3º do art. 120 do Código de Águas e o *caput* do art. 1.293 do Código Civil.

Ambos os requisitos para a instituição de servidão de aqueduto – finalidade legalmente prevista e pagamento de indenização pelos prejuízos patrimoniais causados ao proprietário do imóvel serviente – estão atendidos no caso em comento. Deveras, uma indenização certamente será paga, sendo essa a pretensão da consulente manifestada já na propositura de sua ação judicial; a indenização devida já foi estimada pelo laudo pericial produzido no âmbito da demanda em curso, no valor de R\$ 147.765,51 (cento e quarenta e sete mil, setecentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), tendo a consulente manifestado sua concordância com ele. Já no que tange à finalidade da canalização das águas, está claro que esta servirá aos ‘serviços da indústria’, como autorizado pela alínea *b* do artigo 117 do Código de Águas e pelo *caput* do art. 1.293 do atual Código Civil.

A interpretação do juízo de primeira instância de que, para a existência de direito à canalização de águas pelo imóvel alheio, o art. 1.293 do Código Civil exigiria que elas tivessem por fim tão somente o atendimento às primeiras necessidades da vida, com exclusão de quaisquer outros fins, não procede. Simplesmente, não é isso o que diz o preceito legal.

---

‘Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável, à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas superfúas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos’.

Neste, como se pode ler, admite-se o aqueduto para diversas finalidades, sendo apenas uma delas o uso das águas canalizadas para fins de atendimento às primeiras necessidades vitais. Embora a redação do preceito seja ruim, não há margem para que seja interpretado no sentido proposto pelo magistrado. No próprio texto legal fica claro que os canais através de prédios alheios servirão (...) para receber as águas (...) indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e (...) – frise-se o conectivo legal ‘e’ – também para outros fins. Isso está evidente.

Além disso, há uma vírgula que, por evidente equívoco, não constou na edição do Código, consoante anotei acima. Mas a vírgula existe, pois do contrário o artigo 1.293 não teria sentido. Sem a vírgula, alguém poderia ler o texto no sentido de que não seria mais admitida a servidão de aqueduto para fins industriais ou agrícolas. Por essa estranha leitura, o direito de servidão existiria (seja para receber águas ‘indispensáveis às primeiras necessidades da vida’, seja para ‘o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas’, seja para ‘a drenagem de terrenos’), desde que isso não causasse ‘prejuízo considerável à agricultura e à indústria’. Esse ‘prejuízo considerável à agricultura e à indústria’ seria um despropositado requisito acessório, a ser cumprido em qualquer das três destinações possíveis – e não quatro – do aqueduto.

O problema dessa leitura do texto sem vírgula é que ele produziria uma norma absurda. Em primeiro lugar, é difícil compreender como a tal prevenção contra ‘prejuízo considerável à agricultura e à indústria’ ocorreria em cada hipótese de destinação do aqueduto; tal prevenção nada teria a ver com essas hipóteses. Por exemplo, na hipótese de sua destinação ao escoamento de águas supérfluas, seria o caso de evitar que as águas escoadas pelo aqueduto fizessem escassear os recursos hídricos disponíveis para as plantações adjacentes? Ou, na hipótese de destinação do aqueduto ao atendimento às primeiras necessidades vitais, seria o caso de evitar que esse uso da água trouxesse prejuízos consideráveis ao seu uso quiçá concomitante para fins industriais ou de irrigação de culturas agrícolas? Enfim, nessa leitura do preceito, o requisito da prevenção contra ‘prejuízo considerável à agricultura e à indústria’ seria incompreensível; simplesmente não teria lugar.

Ademais, leitura no sentido do não cabimento de aquedutos, através de imóveis alheios, para fins industriais levaria à absurda conclusão de que tais aquedutos jamais poderiam ser instalados em imóveis não pertencentes ao empreendedor industrial. Este estaria obrigado a adquirir ou locar todos os imóveis – tanto públicos como privados – existentes ao longo da faixa de instalação de seu aqueduto e a suportar todos os custos de tamanha aquisição imobiliária. Todos os empreendedores industriais que utilizam a água como insumo e têm de conduzi-la por certas distâncias se veriam obrigados, nesse cenário absurdo, a ser também ‘empreendedores imobiliários’, já que o uso da água implicaria a aquisição de muitos terrenos pelo caminho.

Por tudo isso, a leitura correta do art. 1.293 do Código Civil, acredito, é justamente a que fiz acima. Ela fica clara quando se lê o preceito com uma vírgula textualmente omitida, mas presente na norma para que tenha sentido, e demonstra que o Código Civil de 2002 não alterou as hipóteses de cabimento de servidão de aqueduto previstas no Código de Águas, mantendo as quatro situações anteriormente descritas.

O preceito trata da hipótese de o proprietário do imóvel dominante receber as águas a que tenha direito indispensáveis às primeiras necessidades da vida e, também, da hipótese de receber as águas indispensáveis à agricultura e à indústria. A conduta que não deve causar ‘prejuízo considerável’, de acordo com esta leitura, é a construção de canais através

de imóveis alheios. E tal exercício não deve causar ‘prejuízo considerável’ a quem? Ao proprietário do imóvel serviente.

Essa interpretação é a correta não apenas porque só ela permite que seja extraído um sentido razoável do texto. É também a única admissível porque corroborada pelo histórico normativo que precede o dispositivo.

Primeiro, o próprio Código de Águas, muito antes do atual Código Civil, já previu, no seu artigo 117, letras *a* a *d*, as mesmas quatro finalidades para a servidão de aqueduto (inclusive a servidão para fins industriais). Em segundo lugar, o antigo Código Civil (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916) também já previa, no seu art. 567, o direito de servidão de aqueduto ‘em proveito agrícola ou industrial’; fazia-o nos seguintes termos:

Código Civil de 1916 (revogado):

‘Art. 567. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, canalizar, em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito, através de prédios rústicos alheios, não sendo chácaras ou sítios murados, quintais, pátios, hortas, ou jardins.

Parágrafo único. Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste o direito de indenização pelos danos, que de futuro advenham com a infiltração ou a irrupção das águas, bem como a deterioração das obras destinadas a canalizá-las.’

Assim, a própria história normativa que conduz ao teor atual do Código Civil, particularmente do seu art. 1.293, evidencia que o direito de servidão de aqueduto para fins industriais já existia; não haveria razão para ter sido extirpado do ordenamento pela nova legislação civil. Extirpá-lo, inclusive, seria um duro golpe contra toda atividade industrial no Brasil que conte com a água como insumo e os aquedutos como solução; definitivamente, não faz sentido imaginar que o moderno legislador teria pretendido aberração assim.

Enfim, por todos os ângulos em que examinado o dispositivo – seja o da razoabilidade, seja o da história normativa que o precede –, a conclusão é a de que ele admite a servidão de aqueduto para fins industriais. De mais a mais, pelo ângulo de expoente comentarista do Código Civil, professora Maria Helena Diniz, a conclusão é exatamente a mesma: este continua a autorizar a canalização de águas através de prédios alheios para fins industriais. Confira-se o seu comentário ao art. 1.293 do Código Civil de 2002:

‘Servidão legal de aqueduto. Para facilitar a exploração agrícola e industrial (irrigação da terra, movimentação de moinhos, engenhos, etc.), mas também para atender às primeiras necessidades vitais, para permitir o escoamento de águas superabundantes e possibilitar o enxugo ou o beneficiamento de terrenos, a lei autoriza a quem quer que seja canalizar águas através de prédios alheios, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, que, além disso, têm também direito à reparação pelos danos advindos de infiltração ou irrupção das águas ou de deterioração das obras destinadas a canalizá-las. Consagrado está, dessa maneira, o direito à servidão de aqueduto (duto, canal ou tubulação destinado a levar água).’<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 904. Maria Helena Diniz ainda colaciona o Enunciado nº 245 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na 111ª Jornada de Direito Civil, que, simultaneamente, é destacado nas anotações ao mesmo preceito feitas por Theotonio Negrão et al., *Código Civil e legislação civil em vigor*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 431; eis o teor do enunciado: ‘Muito embora omisso acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins da agricultura ou indústria, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados’. O citado enunciado, embora constata uma omissão,

Por todo o exposto, deve ser afastada a tese adotada pela sentença de primeira instância de que a consulente não atenderia à (suposta) única finalidade da instituição de servidão de aqueduto, que seria servir ao atendimento às primeiras necessidades vitais; há de se concluir, isto sim, que o requisito atinente à instalação do aqueduto para um dos (diversos) fins legalmente previstos está plena e perfeitamente atendido pela consulente.

Vale examinar, ainda em face dos requisitos legais para a servidão, o argumento acesorio incorporado à decisão de primeira instância, que diz respeito à suposta existência de alternativas ao atendimento da demanda industrial da consulente. Não sendo o único acesso à água da indústria requerente, o imóvel pretendido não estaria sujeito ao ônus da servidão. Observe-se que, ainda que existam, em tese, outras alternativas de acesso à água pelo imóvel beneficiário, restou caracterizado por laudo pericial apresentado em juízo, em resposta a quesitos de ambas as partes, que a alternativa de captação do Rio Tibagi, tal como viabilizada pelo aqueduto já existente, seria a mais promissora para o abastecimento do parque industrial da consulente, mostrando-se as demais inviáveis. Frise-se que, ao contrário do que afirmou a sentença de primeira instância, a única alternativa reputada viável pelo laudo pericial é a já existente, de captação do Rio Tibagi; as demais ou foram reputadas ambientalmente inadequadas (por insuficiência de quantidade de água ou sua baixa qualidade), ou foram consideradas economicamente inadequadas (por demandarem construção de novas redes públicas distribuidoras e estações de tratamento, por exemplo).<sup>7</sup> O importante é perceber que a análise pericial, tal como deve ser, concluiu com a indicação de qual é a alternativa viável, não apenas ambientalmente, mas também economicamente.

Independentemente das conclusões alcançadas pelo laudo pericial, considero relevante observar que já existe um aqueduto, em operação, captando água do Tibagi mediante as devidas licenças de captação de recursos hídricos, instalado em uma faixa de passagem, que não é mera conjectura, como as demais alternativas cogitadas, e, não fosse o bastante, contra cuja instalação a RFFSA ou a União jamais se opuseram. E foi exatamente essa a alternativa reputada ambiental e economicamente viável por laudo pericial atendente a ambas as partes em litígio, apresentado perante o Poder Judiciário.

Isso me parece mais do que suficiente para que esteja atendido, no caso, o requisito previsto no art. 1.293 do Código Civil de que a construção do aqueduto seja indispensável à indústria. Para restar atendido o requisito, basta que a água seja indispensável aos fins industriais em questão, o que é claramente o que se passa no caso, em que a água se destina ao parque industrial de cervejaria. A par disso, não é preciso, segundo a lei, que o acesso à água tal como solicitado (e, inclusive, já existente) seja o único, mas sim uma alternativa viável dentre outras porventura existentes (a qual, no caso, foi até mesmo atestada como a única ambiental e financeiramente viável).

---

reconhece a possibilidade de servidão de aqueduto para fins industriais. Defendo que inexistem omissão, mas concorro com a conclusão de que a servidão de aqueduto para fins industriais ainda é permitida.

<sup>7</sup> Vale transcrever o trecho do laudo pericial nesse sentido: 'Pelo exposto, a alternativa de captação do Rio Tibagi se apresenta, caracterizadamente, como a mais promissora para o abastecimento da fábrica da empresa requerente'. Laudo pericial subscrito pelos peritos Joel Larocca Júnior e Carlos Hugo Rocha, nomeados pelo magistrado, datado de 22.03.2005 e acostado aos autos, fl. 356. A conclusão de que se trata da única alternativa viável é reproduzida em resposta a um dos quesitos: 'A unidade industrial da requerente consome, no momento do pico de produção, 83,33 L/s. A requerente não se abastece de outras fontes além do Rio Tibagi. Essa é a única fonte viável entre as alternativas que foram analisadas no item 4 do presente texto [isto é, em todo o laudo]'. Idem, fl. 363.

#### 4. A existência de contrato anterior disciplinando a instalação do aqueduto

Uma característica relevante do caso em exame é a de que, nele, houve celebração de contrato anterior disciplinando a instalação do aqueduto. Deveras, a consulente celebrou um ‘termo de concessão de direito real de uso’ com a RFFSA, com prazo de vigência de 5 (cinco) anos, por meio do qual adquiriu o direito de utilização de uma faixa de terra, medindo 10,00 metros de largura, em um total de 18.800 m<sup>2</sup>, no imóvel em questão. Para tanto, participou de processo de concorrência pública,<sup>8</sup> instaurado pela RFFSA, tendo por objeto a outorga do direito de utilização da referida faixa de terra e, por critério de julgamento, a maior contraprestação mensal por essa utilização, observada a mínima contraprestação estipulada pelo edital no valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) mensais. Sagrando-se vencedora do certame, segundo informações da consulente, ela celebrou o aludido termo em 1996, pagando mensalmente a contraprestação de R\$ 350,00 por todo o período de vigência contratual e instalando o seu aqueduto.

Veja-se que esse preço mensal não consistia em uma indenização por servidão, mas em uma contraprestação pelo recebimento do direito de uso da faixa de terra. O pedido de instituição de servidão, com o pagamento da correspondente indenização, só veio posteriormente, por ocasião do advento do termo final daquele ajuste, mediante a propositura da demanda judicial em curso.

Ante essa característica do caso concreto, de existir um contrato anterior disciplinando a instalação de aqueduto, importa observar que a propositura da ação de instituição de servidão, por parte da consulente, não padece de qualquer ilegitimidade, como faz crer a sentença de primeira instância. Esta salienta que o contrato dantes firmado constituía negócio jurídico de natureza ‘precária, onerosa e temporária’, apontando que, agora, com a ação de servidão, a autora (ora consulente) estaria lançando mão de um ‘subterfúgio para assenhorear-se de parte do patrimônio público’. Ao colocar em destaque essas características da avença anterior, parece que o objetivo da sentença é mesmo negar legitimidade ao pedido de servidão, como se fosse um estratagema para ‘perpetuar’ uma relação contratual que não teria razões suficientes para continuar.

Ora, ninguém desconhece que o ajuste anterior, oneroso, fora por tempo determinado; mas daí não se segue que, na sua ausência, a consulente esteja proibida de exercer um direito seu, que deflui diretamente da lei. Deveras, embora tenha se beneficiado de uma solução amigável, contratualmente pactuada, felizmente possível no passado para viabilizar o uso da área necessária à instalação de seu aqueduto, ela não está impedida de buscar no presente uma solução alternativa que lhe é dada pela lei. Aparentemente, dada a resistência da União Federal à pretensão da consulente, a solução amigável viável no passado não é mais a viável no presente; e a viabilidade daquela no passado não prejudica, nem proíbe, a busca de nova solução ajustada à situação contemporânea.

É relevante observar, inclusive, que a União, sucessora da RFFSA em todos os direitos e obrigações, não opõe à pretensão deduzida pela consulente, em sua ação judicial, qualquer circunstância material impeditiva de servidão. Resiste apenas negando-lhe o direito invocado à servidão de aqueduto, como se a lei simplesmente não lhe reconhecesse tal direito no caso presente. Ocorre que a lei lhe reconhece esse direito.

Acresce a União, em suas contrarrazões de apelação, o argumento de que a consulente

---

<sup>8</sup> Conforme Edital de Concorrência nº 13/RFFSA/SR.5/GEPAT.5/96, acostado à consulta.

estaria buscando, no caso, uma conversão de direito real de uso adquirido contratualmente em servidão, o que equivaleria a uma alienação parcial do domínio público federal, sujeita à licitação prévia, nos termos da letra *f* do inciso I do art. 17 da Lei 8.666/93.<sup>9</sup> O argumento é totalmente improcedente. Em primeiro lugar, a instituição de servidão não implica qualquer alienação de domínio, mantendo-se o proprietário do imóvel serviente, como já salientado, perfeitamente como tal – é dizer, como proprietário –; o que lhe é subtraído, apenas enquanto perdurar a servidão, é mera parcela das faculdades inerentes ao domínio no que tange à faixa de servidão instituída. Certo é, portanto, que de ‘alienação de bens’ pela administração pública não se trata. Ninguém duvida de que, com a servidão, esta continua proprietária do imóvel serviente. Em segundo lugar, o pleito da consulente não é de ‘conversão’ de uma relação contratual existente em um outro tipo de relação jurídica; nem poderia, pois o direito de instituição de ‘servidão legal de aqueduto’ não decorre de contrato algum, mas – como o próprio nome já diz – decorre da lei. Aqui vale repisar: a adoção da solução contratual no passado não é impeditivo de que, no presente, outra solução jurídica seja buscada, com arrimo diretamente na lei.

Finalmente, em terceiro lugar, destaco a impertinência da licitação como meio para a instituição de servidões. Ora, a servidão é um direito real que só faz sentido reconhecer em função das circunstâncias de um imóvel dominante e de um imóvel serviente; se o imóvel serviente é público, como no caso presente, o direito de servidão sobre ele só poderá assistir ao proprietário de imóvel dominante (ou, no máximo, a um conjunto específico de proprietários) que possa fazer uso das restrições suportadas pelo serviente. Nem faria sentido, inclusive, licitar um direito de fruir um conjunto de restrições que um proprietário público estaria disposto a suportar em favor de qualquer proprietário inespecífico. A restrição suportada pelo proprietário público (serviente) só fará sentido para este ou aquele proprietário de um imóvel dominante, não para outrem. A hipótese, querendo-se, pode ser considerada de inexigibilidade de licitação, em virtude da especificidade da operação a realizar, a qual, claramente, não se concretiza por intermédio da abertura de uma licitação pública.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, respondo sucintamente às questões formuladas.

1. Imóveis públicos, especialmente os da União, podem ser objeto de servidão?

Sim, imóveis públicos, inclusive os da União, podem ser objeto de servidão. Inexiste proibição a que o sejam. Observa-se, antes ao contrário, que a instituição de servidão sobre imóveis públicos é admitida pela lei, como ocorre no caso da ‘servidão legal de aqueduto’, admitida sobre vias públicas pelo art. 122 do Código de Águas. É de se presumir, ademais, que, na vida prática, a instituição de servidões de passagem sobre bens públicos, inclusive federais – como os terrenos marginais a rios federais (Constituição Federal, art. 20, III) –

<sup>9</sup> Diz o preceito da Lei 8.666/93: ‘Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.’ (alínea *f*, com redação determinada pela Lei 11.481/2007).

seja algo frequente e necessário.

2. Para caracterizar o direito de servidão de aqueduto, o imóvel a ser onerado deve ser o único acesso para a água do imóvel beneficiário?

Não. O imóvel a ser onerado não precisa ser necessariamente o único acesso para a água do imóvel beneficiário. A legislação não exige isso; todavia, é preciso que os canais construídos sejam indispensáveis aos fins industriais ou agrícolas pretendidos pelo proprietário do imóvel dominante (beneficiário), nos termos do art. 1.293 do atual Código Civil. No caso, está evidenciado que se trata de infraestrutura indispensável à fábrica da consulente, que usa a água na fabricação de cerveja.

Em complemento, um laudo pericial apresentado em juízo, em resposta a quesitos de ambas as partes, atesta que a alternativa de acesso à água para a qual se pleiteia a instituição de servidão é a mais promissora, dos pontos de vista ambiental e econômico, para o abastecimento da fábrica da requerente. Sendo a alternativa mais promissora, resta ainda mais evidente ser indispensável à indústria, para os fins do art. 1.293 do Código Civil. Todavia, no caso, a discussão sobre qual a alternativa mais promissora sequer é pertinente, uma vez que o aqueduto já existe, está em funcionamento e, simplesmente, o que se pretende é preservá-lo.

3. De acordo com o disposto no atual Código Civil, o direito de servidão só foi conferido para a fruição de água indispensável para as primeiras necessidades da vida ou também comporta a servidão para uso industrial (art. 1.293)?

À luz do disposto no art. 1.293 do atual Código Civil, o direito de servidão para a construção de aqueduto foi conferido para quatro possíveis finalidades: a fruição de água indispensável às primeiras necessidades vitais, a fruição de água indispensável à indústria e à agricultura, o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas ou, ainda, a drenagem de terrenos. Essas quatro finalidades também se encontram previstas, ainda que em uma redação algo diferente, no art. 117, letras *a a d*, do Código de Águas.

4. A existência de concessão de direito real de uso firmada para dar suporte inicial à instalação do aqueduto inviabiliza posterior instituição de servidão?

Não. A adoção de uma solução contratual, negociada, para dar suporte inicial à instalação do aqueduto em nada inviabiliza posterior instituição de servidão. Esta última constitui direito decorrente diretamente das leis – especificamente, do art. 117, letra *b*, do Código de Águas, ou, ainda, do art. 1.293, *caput*, do atual Código Civil –, que preveem a servidão legal de aqueduto para fins industriais.

É o parecer.”

Com efeito, nada mais seria necessário aduzir ao parecer antes transcrito.

Ora, ao admitir o Código de Águas, em seu artigo 122, que os aquedutos passem por vias públicas, encontra-se, pois, prevista a autorização para que sobre esses bens seja instituída a servidão de aqueduto.

Ademais, como bem lembrado no parecer, se é permitida a aludida servidão sobre bens públicos afetados a uma finalidade, como se reconhece às vias públicas, com mais forte razão há de ser reconhecida



sobre bens dominicais, como é o caso do terreno onde foi instalado o aqueduto da recorrida.

Embora admita ser matéria objeto de controvérsia na jurisprudência francesa, anota Jean Dufau, em seu moderno *Le domaine public*. 4. ed. Paris: Le Moniteur, 1993. p. 276, *verbis*:

*“Ce problème a reçu des solutions divergentes de la part des deux ordres de juridictions. Pour les tribunaux judiciaires, toutes les servitudes du droit privé peuvent s’exercer sur le domaine public sous la seule réserve que ces servitudes ne soient pas incompatibles avec l’affectation de la dépendance domaniale sur laquelle elles s’exercent (cf. Cass 19 mai 1926 – Cass. Req. 12 et 30 mai 1932, Gaz. Pal. 1932 II, 357 – CA Poitiers 21 juillet 1931, S. 1931 II 229).”*

Ante o exposto, com a devida vênia, voto por negar provimento aos embargos infringentes.

*É o meu voto.*

**PROCESSO ADMINISTRATIVO – CONSELHO**  
**Nº 0006907-73.2015.4.04.8000/RS**

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson  
Flores Lenz

*Interessado:* Tribunal Regional Federal da 4ª Região

**EMENTA**

*Administrativo. Magistrado aposentado – Penalidade aplicada pelo Conselho Nacional de Justiça em processo administrativo disciplinar. Afastamento cautelar da jurisdição por decisão do CNJ (Loman, art. 27, § 3º) – Pedido de indenização de férias não gozadas nesse período de afastamento cautelar da jurisdição – Impossibilidade. Não subsunção da indenização de férias no conceito do que seja “vantagem” à magistratura e ao Ministério Público.*

1. O ponto nodal deste procedimento administrativo diz com a possibilidade de indenizar férias não gozadas por desembargador federal aposentado no período em que permaneceu afastado da jurisdição por força de decisão lançada em procedimento administrativo disciplinar, que culminou com a sua aposentadoria compulsória.

Ao que interessa à lide, a normatização de regência consigna:

*LC n° 35/79, art. 27, § 3°*

“Art. 27 – O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

(...)

§ 3° – O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo *dos vencimentos e das vantagens*, até a decisão final.” (destaquei)

*LC n° 35/79, art. 27, § 3°*

“TÍTULO IV

Dos vencimentos, vantagens e direitos dos magistrados

CAPÍTULO I

Dos vencimentos e vantagens pecuniárias

Art. 61 – *Os vencimentos* dos magistrados são fixados em lei, em valor certo, atendido o que estatui o art. 32, parágrafo único.

Parágrafo único. À magistratura de primeira instância da União assegurar-se-ão vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros de segunda instância respectiva, assegurados aos ministros do Supremo Tribunal Federal vencimentos pelo menos iguais aos dos ministros de Estado, e garantidos aos juizes vitalícios do mesmo grau de jurisdição iguais vencimentos.

Art. 62 – Os ministros militares togados do Superior Tribunal Militar, bem como os ministros do Tribunal Superior do Trabalho, têm vencimentos iguais aos dos ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Art. 63 – Os vencimentos dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não serão inferiores, no primeiro caso, aos dos secretários de Estado e, no segundo, aos dos secretários de governo do Distrito Federal, não podendo ultrapassar, porém, os fixados para os ministros do Supremo Tribunal Federal. Os juizes vitalícios dos estados têm os seus vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos da entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores.

§ 1° Os juizes de direito da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios têm seus vencimentos fixados em proporção não inferior a dois terços do que percebem os desembargadores e os juizes substitutos da mesma Justiça, em percentual não inferior a vinte por cento dos

vencimentos daqueles.

§ 2º Para o efeito de equivalência e limite de vencimentos previstos neste artigo, são excluídas de cômputo apenas as vantagens de caráter pessoal ou de natureza transitória.

Art. 64 – Os vencimentos dos magistrados estaduais serão pagos na mesma data fixada para o pagamento dos vencimentos dos secretários de Estado ou dos subsídios dos membros do Poder Legislativo, considerando-se que desatende às garantias do Poder Judiciário atraso que ultrapasse o décimo dia útil do mês seguinte ao vencido.

Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, *as seguintes vantagens*:

I – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;

II – ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado. (Redação dada pela Lei nº 54, de 22.12.1986)

III – salário-família;

IV – diárias;

V – representação;

VI – gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;

VII – gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento;

VIII – gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete;

IX – gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a magistratura ou em escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º), exceto quando receba remuneração específica para essa atividade;

X – gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.

§ 1º A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais.

§ 2º É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados.

§ 3º Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 54, de 22.12.1986) (Execução suspensa pela Resolução/SF nº 31, de 1993)” (destaquei)

### *LC 75/93, arts. 224 a 230*

#### *“SEÇÃO IV*

#### *Dos vencimentos e vantagens*

Art. 224. Os membros do Ministério Público da União receberão o vencimento, a representação e as gratificações previstas em lei.

§ 1º Sobre os vencimentos incidirá a gratificação adicional por tempo de serviço, à razão de um por cento por ano de serviço público efetivo, sendo computado o tempo de advocacia, até o máximo de quinze anos, desde que não cumulativo com tempo de serviço público.

§ 2º (Vetado)

§ 3º Os vencimentos serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das classes de cada carreira.

§ 4º Os subprocuradores-gerais do Ministério Público da União terão os mesmos vencimentos e vantagens.

Art. 225. Os vencimentos do procurador-geral da República são os de subprocurador-geral da República, acrescidos de vinte por cento, não podendo exceder os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O acréscimo previsto neste artigo não se incorpora aos vencimentos do cargo de procurador-geral da República.

Art. 226. (Vetado).

Art. 227. *Os membros do Ministério Público da União farão jus, ainda, às seguintes vantagens:*

I – ajuda de custo em caso de:

a) remoção de ofício, promoção ou nomeação que importe em alteração do domicílio legal, para atender às despesas de instalação na nova sede de exercício, em valor correspondente a até três meses de vencimentos;

b) serviço fora da sede de exercício, por período superior a trinta dias, em valor correspondente a um trinta avos dos vencimentos, pelos dias em que perdurar o serviço, sem prejuízo da percepção de diárias;

II – diárias, por serviço eventual fora da sede, de valor mínimo equivalente a um trinta avos dos vencimentos, para atender às despesas de locomoção, alimentação e pousada;

III – transporte:

a) pessoal e dos dependentes, bem como de mobiliário, em caso de remoção, promoção ou nomeação, previstas na alínea *a* do inciso I;

b) pessoal, no caso de qualquer outro deslocamento a serviço, fora da sede de exercício;

IV – auxílio-doença, no valor de um mês de vencimento, quando ocorrer licença para tratamento de saúde por mais de doze meses, ou invalidez declarada no curso desse prazo;

V – salário-família;

VI – *pro labore* pela atividade de magistério, por hora-aula proferida em cursos, seminários ou outros eventos destinados ao aperfeiçoamento dos membros da instituição;

VII – assistência médico-hospitalar, extensiva aos inativos, aos pensionistas e aos dependentes, assim entendida o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, a conservação ou a recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, paramédicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento e a aplicação dos meios e dos cuidados essenciais à saúde;

VIII – auxílio-moradia, em caso de lotação em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas, assim definido em ato do procurador-geral da República;

IX – gratificação natalina, correspondente a um doze avos da remuneração a que fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano, considerando-se como mês integral a fração igual ou superior a quinze dias.

§ 1º A gratificação natalina será paga até o dia vinte do mês de dezembro de cada ano.

§ 2º Em caso de exoneração antes do mês de dezembro, a gratificação natalina será proporcional aos meses de exercício e calculada com base na remuneração do mês em que

ocorrer a exoneração.

§ 3º A gratificação natalina não será considerada para cálculo de qualquer vantagem pecuniária.

§ 4º Em caso de nomeação, as vantagens previstas nos incisos I, alínea *a*, e III, alínea *a*, são extensivas ao membro do Ministério Público da União sem vínculo estatutário imediatamente precedente, desde que seu último domicílio voluntário date de mais de doze meses.

§ 5º (Vetado).

§ 6º A assistência médico-hospitalar de que trata o inciso VII será proporcionada pela União, de preferência por meio de seus serviços, de acordo com normas e condições reguladas por ato do procurador-geral da República, sem prejuízo da assistência devida pela previdência social.

§ 7º (Vetado).

§ 8º À família do membro do Ministério Público da União que falecer no prazo de um ano a partir de remoção de ofício, promoção ou nomeação de que tenha resultado mudança de domicílio legal serão devidos a ajuda de custo e o transporte para a localidade de origem, no prazo de um ano, contado do óbito.

Art. 228. Salvo por imposição legal, ou ordem judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou o provento e a pensão devida aos membros do Ministério Público da União ou a seus beneficiários.

§ 1º Mediante autorização do devedor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiro.

§ 2º As reposições e indenizações em favor do erário serão descontadas em parcelas mensais de valor não excedente à décima parte da remuneração ou do provento, em valores atualizados.

Art. 229. O membro do Ministério Público da União que, estando em débito com o erário, for demitido ou exonerado ou tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito.

Parágrafo único. Não ocorrendo a quitação do débito no prazo estabelecido neste artigo, deverá ele ser inscrito em dívida ativa.

Art. 230. A remuneração, o provento e a pensão dos membros do Ministério Público da União e de seus beneficiários não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, salvo em caso de dívida de alimentos, resultante de decisão judicial.” (destaquei)

### *Lei nº 8.625/93, art. 50*

“Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

- I – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
- II – auxílio-moradia, nas comarcas em que não haja residência oficial condigna para o membro do Ministério Público;
- III – salário-família;
- IV – diárias;
- V – verba de representação de Ministério Público;
- VI – gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral, equivalente àquela devida ao magistrado ante o qual officiar;
- VII – gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas comarcas em que

não haja Junta de Conciliação e Julgamento;

VIII – gratificação adicional por ano de serviço, incidente sobre o vencimento básico e a verba de representação, observado o disposto no § 3º deste artigo e no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal;

IX – gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei ou em ato do procurador-geral de Justiça;

X – gratificação pelo exercício cumulativo de cargos ou funções;

XI – verba de representação pelo exercício de cargos de direção ou de confiança junto aos órgãos da administração superior;

XII – outras vantagens previstas em lei, inclusive as concedidas aos servidores públicos em geral.

§ 1º Aplicam-se aos membros do Ministério Público os direitos sociais previstos no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII e XIX, da Constituição Federal.

§ 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos.

§ 3º Constitui parcela dos vencimentos, para todos os efeitos, a gratificação de representação de Ministério Público.” (destaquei)

### *Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 133/11, arts. 1º a 3º*

“Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes *verbas e vantagens* previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:

a) auxílio-alimentação;

b) licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares;

c) licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade;

d) ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício;

e) licença remunerada para curso no exterior;

f) *indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.*

Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juízes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.” (destaquei)

Do exposto, é factível concluir que o significado da expressão “indenização de férias não gozadas” não se subsume a quaisquer das hipóteses legais de “vencimentos e vantagens” previstas na normatização de regência à magistratura e ao Ministério Público. A *indenização de férias não gozadas* é verba pecuniária retributiva pela não interrupção da prestação jurisdicional, a tempo e modo devidos, em decorrência de estrita necessidade de trabalho. Assim, mantido o magistrado no exercício da jurisdição, sem a interrupção devida ao seu descanso, é devida a verba indenizatória de férias.

Não se pode olvidar que, na gênese do direito à indenização de férias não gozadas, encontra-se ou a prestação de uma atividade jurisdicional a modo ininterrupto pelo magistrado, ou a participação em atividade intelectual/científica que reverterá em benefício da própria administração (afastamento para a realização de cursos). Rigorosamente, tem-se como pressuposto uma atividade do agente político que reverte em benefício da administração.

Ainda, releva anotar que o acúmulo de férias não gozadas é fato que não se submete ao alvedrio do magistrado; é cabível tão só por ocasião de “absoluta necessidade de trabalho” pela administração, que ou posterga o gozo do direito social do magistrado, ou paga a indenização de férias não gozadas. Dessa orientação não discrepa a disciplina da Resolução nº 130, de 10 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal; da Resolução nº 176, de 21 de dezembro de 2011, do Conselho da Justiça Federal; e da Resolução nº 133, de 21 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.

A indenização de férias não gozadas ao magistrado, nos termos da Resolução nº 130, de 10 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, tem lugar quando há:

- 1) promoção ao tribunal regional ou superior;
- 2) aposentadoria do magistrado;
- 3) extinção do vínculo estatutário por qualquer forma.

A interpretação sistemática da normatização de regência permite a seguinte conclusão:

1) o magistrado, durante a sua vida profissional e por estrita necessidade do serviço, pode ter prestado a jurisdição sem a interrupção devida para o seu descanso; nesse caso, resulta acúmulo de férias não gozadas;

2) no momento da sua aposentadoria, fará jus à percepção de indenização por essas férias não gozadas.

De rigor, a indenização de férias não gozadas por ocasião da aposentadoria do magistrado não alcança o caso do requerente. Confiro.

O requerente foi afastado da jurisdição por força da regra do artigo 27, parágrafo 3º, da Loman. O afastamento do magistrado com supedâneo na referida regra jurídica faz-se “sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens”. Ocorre que, como já referido, a “indenização de férias

não gozadas” não se inclui no rol de “vantagens” previstas tanto aos magistrados quanto aos membros do Ministério Público.

Ainda, não se pode olvidar que o período do qual se pleiteia a indenização de férias é aquele em que o magistrado requerente não prestou qualquer atividade jurisdicional, tampouco participou de atividade intelectual/científica que revertesse em prol da administração (realização de curso). Vale gizar, a estrita necessidade de trabalho não fundamenta o acúmulo das férias na espécie. Referida circunstância, somada ao fato de que a indenização de férias não está inserida no rol de vantagens da magistratura ou do Ministério Público, infirma a pretensão do requerente.

Também, não se pode desprezar o fato de que o afastamento do requerente da atividade jurisdicional deu-se por força de PAD que culminou com a penalidade de aposentadoria compulsória. Então, considerando-se a decisão proferida pela mais alta instância administrativa do Poder Judiciário, fere o princípio da moralidade administrativa pensar que o requerente pode beneficiar-se da atividade reconhecida por aquele órgão como ilícita; isto é, fica afastado da jurisdição por punição aplicada pelo CNJ, não trabalha, ganha vencimentos e vantagens no período e, além disso, resta indenizado por férias não gozadas no período em que não trabalhou.

Rigorosamente, a interpretação sistemática da legislação de regência em cotejo com a Constituição Federal não alberga a pretensão do requerente.

Quanto ao precedente invocado à guisa de paradigma à acolhida do pleito, aponto à sua imprestabilidade ao caso em exame. A tanto, valho-me dos fundamentos adotados pela ilustre Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler na sessão plenária de 17.09.2015, sobre o fato em liça:

“(…)

Noticiou, ainda, que, no PA 0000.129.92.2012.404.8000/RS, o Conselho de Administração do TRF – 4ª Região (da minha relatoria, na época na Presidência) lhe deferiu parte do pedido em decisão que ‘expressamente ressaltou a possibilidade de reexame’. O pedido veio acompanhado de informação da Samag, relacionando os períodos até a Resolução 133/2011, do Conselho Nacional de Justiça.

Seguiu-se, como de estilo, informação da Samag, que analisou o pedido, transcrevendo trechos da decisão do Conselho de Administração que, em 28 de maio de 2012, deferiu em parte o primeiro pedido, e proclamou o não enquadramento da hipótese então examinada na



moldura do ‘caso de impossibilidade de gozo de férias por necessidade de serviço, mas por afastamento compulsório da jurisdição’. Acrescentou o voto que ‘tal conclusão não obsta a análise da possibilidade de indenização de tais períodos por ocasião do desligamento do cargo, com fundamentação no § 1º do artigo 16 da Resolução nº 130/2010 do Conselho da Justiça Federal’.

Após, seguiu-se a informação da Samag que registra o ocorrido no PA 10.0.000000414-9, de interesse do Juiz Federal J.B.A., em que, nos dizeres da informação ‘há precedente de solicitação de pagamento de indenização por férias não gozadas até a concessão da aposentadoria compulsória’. A partir daí, e na compreensão de que se tratava de situação idêntica, prossegue a informação relacionando os períodos, aqueles antes indeferidos, até 2012/2013.

A informação é de 05 de janeiro de 2015, às 15h22min. O eminente Presidente, Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, no dia 06 de janeiro, às 15h33min, sem transitar, como de regra, pelo Conselho de Administração, deferiu o pedido em despacho isolado. O dia 06 de janeiro é o último dia do recesso da Justiça Federal, e a decisão, segundo se percebe, foi aprontada em 05 de janeiro de 2015, por ‘mso’. Anoto que os dias de recesso, e os primeiros dias da retomada dos trabalhos, geram um acúmulo de pagamentos e decisões de toda ordem, a serem decididos pelo Presidente, ocasião em que mais exposto fica o ordenador de despesas a cometer algum equívoco. A liquidação do que fora deferido resultou no pagamento, na folha de fevereiro, e corresponde ao noticiado.

É um resumo da documentação examinada. Para melhor me esclarecer sobre o precedente mencionado na informação da Samag, consultei a documentação referente ao pedido do Dr. J.B.A., pedido de 17 de janeiro de 2010 (primeiro dia após o recesso), instruído com informação da Samag, de 1º de março de 2010, às 17h13min, deferido pelo então Presidente Wilson Darós, às 17h16min do mesmo dia 1º de março de 2010, sem remessa, como de rigor, ao Conselho de Administração. O valor alcançado não era tão expressivo.

A não remessa ao Conselho de Administração, em caso bastante singular, constitui a única similitude entre os dois casos.

É oportuno recordar que ao Dr. J.B.A. foi aplicada a pena de aposentadoria compulsória pelo TRF – 4ª Região, mas o referido magistrado teve êxito em um mandado de segurança impetrado perante o STJ (Mandado de Segurança nº 15.904/DF, relator para acórdão Ministro Massami Uyeda), que anulou a decisão do Plenário deste Tribunal, sob o argumento de que não foi oportunizado o depoimento pessoal do sindicado. Com a ocorrência de tal vício, infelizmente o afastamento a que fora submetido não se viu consolidado, recaindo a trajetória do sindicado na normalidade funcional, até a retomada do *iter* do PAD do ponto em que anulado.

Assim, com todas as vênias de quem pensa em contrário, a situação fática é bastante diferente, não constituindo precedente hábil a invocar, dada a similitude nenhuma. Não se está a dizer que houve erro na informação da Samag, que é apenas e tão somente ‘informação’; ao ato decisório é que cabia fazer a necessária ponderação e o *discrímen* entre as duas situações.

(...)”

Dessarte, por toda a fundamentação desenvolvida, aponto à modificação do ato administrativo que concedeu indenização de férias a desembargador inativo desta Corte, indeferindo o pleito.

A devolução da verba indenizatória recebida a modo indevido dar-se-á na forma do artigo 46, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.

2. Ato administrativo modificado para indeferir o pedido do requerente.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, modificar o ato administrativo para indeferir o pedido do requerente, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 10 de novembro de 2015.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator.

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:* Trata-se de procedimento administrativo instaurado à verificação da higidez da decisão monocrática proferida pelo Des. Federal aposentado Taadaqui Hirose – Presidente, à época, desta Corte – que deferiu o pedido do Des. Federal aposentado E.L.J. relativo à percepção do valor correspondente a 250 dias de férias não gozadas em razão de seu afastamento da jurisdição por força de decisão exarada pelo Conselho Nacional de Justiça em processo administrativo disciplinar (Loman, art. 27, § 3º) que culminou com a aplicação da penalidade de aposentadoria compulsória ao nominado.

O ato administrativo em exame permaneceu no âmbito monocrático – não foi submetido ao Conselho de Administração – e fincou-se em parecer da Secretaria de Assuntos da Magistratura, parecer que apontou à existência de fundamento normativo ao deferimento do pleito e à similitude do caso com aquele tratado no procedimento administrativo atinente ao Juiz Federal J.B.A.

Decisão do Plenário Administrativo deste Tribunal, realizada em 17.09.2015, decidiu pela reanálise do ato administrativo que concedeu indenização de férias a desembargador inativo desta Corte.

Instado, o desembargador federal interessado apresentou resposta.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:* O ponto nodal deste procedimento administrativo diz com a possibilidade de indenizar férias não gozadas por desembargador federal aposentado no período em que permaneceu afastado da jurisdição por força de decisão lançada em procedimento administrativo disciplinar, que culminou com a sua aposentadoria compulsória.

Ao que interessa à lide, a normatização de regência consigna:

*LC n° 35/79, art. 27, § 3°*

“Art. 27 – O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

(...)

§ 3° – O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo *dos vencimentos e das vantagens*, até a decisão final.” (destaquei)

*LC n° 35/79, art. 27, § 3°*

### “TÍTULO IV

Dos vencimentos, vantagens e direitos dos magistrados

### CAPÍTULO I

*Dos vencimentos e vantagens pecuniárias*

Art. 61 – *Os vencimentos* dos magistrados são fixados em lei, em valor certo, atendido o que estatui o art. 32, parágrafo único.

Parágrafo único. À magistratura de primeira instância da União assegurar-se-ão vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros de segunda instância respectiva, assegurados aos ministros do Supremo Tribunal Federal vencimentos pelo menos iguais aos dos ministros de Estado, e garantidos aos juizes vitalícios do mesmo grau de jurisdição iguais vencimentos.

Art. 62 – Os ministros militares togados do Superior Tribunal Militar, bem como os ministros do Tribunal Superior do Trabalho, têm vencimentos iguais aos dos ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Art. 63 – Os vencimentos dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos estados e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios não serão inferiores, no primeiro caso, aos dos secretários de Estado e, no segundo, aos dos secretários de governo do Distrito Federal, não podendo ultrapassar, porém, os fixados para os ministros do Supremo Tribunal Federal. Os juizes vitalícios dos estados têm os seus vencimentos fixados com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos da entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores.

§ 1º Os juízes de direito da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios têm seus vencimentos fixados em proporção não inferior a dois terços do que percebem os desembargadores e os juízes substitutos da mesma Justiça, em percentual não inferior a vinte por cento dos vencimentos daqueles.

§ 2º Para o efeito de equivalência e limite de vencimentos previstos neste artigo, são excluídas de cômputo apenas as vantagens de caráter pessoal ou de natureza transitória.

Art. 64 – Os vencimentos dos magistrados estaduais serão pagos na mesma data fixada para o pagamento dos vencimentos dos secretários de Estado ou dos subsídios dos membros do Poder Legislativo, considerando-se que desatende às garantias do Poder Judiciário atraso que ultrapasse o décimo dia útil do mês seguinte ao vencido.

Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, *as seguintes vantagens*:

- I – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
- II – ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do magistrado. (Redação dada pela Lei nº 54, de 22.12.1986)
- III – salário-família;
- IV – diárias;
- V – representação;
- VI – gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;
- VII – gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento;
- VIII – gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete;
- IX – gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a magistratura ou em escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º), exceto quando receba remuneração específica para essa atividade;
- X – gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.

§ 1º A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais.

§ 2º É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados.

§ 3º Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 54, de 22.12.1986) (Execução suspensa pela Resolução/SF nº 31, de 1993)” (destaquei)

### *LC 75/93, arts. 224 a 230*

#### *“SEÇÃO IV*

##### *Dos vencimentos e vantagens*

Art. 224. Os membros do Ministério Público da União receberão o vencimento, a representação e as gratificações previstas em lei.

§ 1º Sobre os vencimentos incidirá a gratificação adicional por tempo de serviço, à razão

de um por cento por ano de serviço público efetivo, sendo computado o tempo de advocacia, até o máximo de quinze anos, desde que não cumulativo com tempo de serviço público.

§ 2º (Vetado)

§ 3º Os vencimentos serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das classes de cada carreira.

§ 4º Os subprocuradores-gerais do Ministério Público da União terão os mesmos vencimentos e vantagens.

Art. 225. Os vencimentos do procurador-geral da República são os de subprocurador-geral da República, acrescidos de vinte por cento, não podendo exceder os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O acréscimo previsto neste artigo não se incorpora aos vencimentos do cargo de procurador-geral da República.

Art. 226. (Vetado).

Art. 227. *Os membros do Ministério Público da União farão jus, ainda, às seguintes vantagens:*

I – ajuda de custo em caso de:

a) remoção de ofício, promoção ou nomeação que importe em alteração do domicílio legal, para atender às despesas de instalação na nova sede de exercício, em valor correspondente a até três meses de vencimentos;

b) serviço fora da sede de exercício, por período superior a trinta dias, em valor correspondente a um trinta avos dos vencimentos, pelos dias em que perdurar o serviço, sem prejuízo da percepção de diárias;

II – diárias, por serviço eventual fora da sede, de valor mínimo equivalente a um trinta avos dos vencimentos, para atender às despesas de locomoção, alimentação e pousada;

III – transporte:

a) pessoal e dos dependentes, bem como de mobiliário, em caso de remoção, promoção ou nomeação, previstas na alínea *a* do inciso I;

b) pessoal, no caso de qualquer outro deslocamento a serviço, fora da sede de exercício;

IV – auxílio-doença, no valor de um mês de vencimento, quando ocorrer licença para tratamento de saúde por mais de doze meses, ou invalidez declarada no curso desse prazo;

V – salário-família;

VI – *pro labore* pela atividade de magistério, por hora-aula proferida em cursos, seminários ou outros eventos destinados ao aperfeiçoamento dos membros da instituição;

VII – assistência médico-hospitalar, extensiva aos inativos, aos pensionistas e aos dependentes, assim entendida o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, a conservação ou a recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, paramédicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento e a aplicação dos meios e dos cuidados essenciais à saúde;

VIII – auxílio-moradia, em caso de lotação em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas, assim definido em ato do procurador-geral da República;

IX – gratificação natalina, correspondente a um doze avos da remuneração a que fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano, considerando-se como mês integral a fração igual ou superior a quinze dias.

§ 1º A gratificação natalina será paga até o dia vinte do mês de dezembro de cada ano.

§ 2º Em caso de exoneração antes do mês de dezembro, a gratificação natalina será proporcional aos meses de exercício e calculada com base na remuneração do mês em que ocorrer a exoneração.

§ 3º A gratificação natalina não será considerada para cálculo de qualquer vantagem pecuniária.

§ 4º Em caso de nomeação, as vantagens previstas nos incisos I, alínea *a*, e III, alínea *a*, são extensivas ao membro do Ministério Público da União sem vínculo estatutário imediatamente precedente, desde que seu último domicílio voluntário date de mais de doze meses.

§ 5º (Vetado).

§ 6º A assistência médico-hospitalar de que trata o inciso VII será proporcionada pela União, de preferência por meio de seus serviços, de acordo com normas e condições reguladas por ato do procurador-geral da República, sem prejuízo da assistência devida pela previdência social.

§ 7º (Vetado).

§ 8º À família do membro do Ministério Público da União que falecer no prazo de um ano a partir de remoção de ofício, promoção ou nomeação de que tenha resultado mudança de domicílio legal serão devidos a ajuda de custo e o transporte para a localidade de origem, no prazo de um ano, contado do óbito.

Art. 228. Salvo por imposição legal, ou ordem judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou o provento e a pensão devida aos membros do Ministério Público da União ou a seus beneficiários.

§ 1º Mediante autorização do devedor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiro.

§ 2º As reposições e indenizações em favor do erário serão descontadas em parcelas mensais de valor não excedente à décima parte da remuneração ou do provento, em valores atualizados.

Art. 229. O membro do Ministério Público da União que, estando em débito com o erário, for demitido ou exonerado ou tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito.

Parágrafo único. Não ocorrendo a quitação do débito no prazo estabelecido neste artigo, deverá ele ser inscrito em dívida ativa.

Art. 230. A remuneração, o provento e a pensão dos membros do Ministério Público da União e de seus beneficiários não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, salvo em caso de dívida de alimentos, resultante de decisão judicial.” (destaquei)

### *Lei nº 8.625/93, art. 50*

“Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

- I – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
- II – auxílio-moradia, nas comarcas em que não haja residência oficial condigna para o membro do Ministério Público;
- III – salário-família;
- IV – diárias;
- V – verba de representação de Ministério Público;
- VI – gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral, equivalente àquela devida

ao magistrado ante o qual officiar;

VII – gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas comarcas em que não haja Junta de Conciliação e Julgamento;

VIII – gratificação adicional por ano de serviço, incidente sobre o vencimento básico e a verba de representação, observado o disposto no § 3º deste artigo e no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal;

IX – gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei ou em ato do procurador-geral de Justiça;

X – gratificação pelo exercício cumulativo de cargos ou funções;

XI – verba de representação pelo exercício de cargos de direção ou de confiança junto aos órgãos da administração superior;

XII – outras vantagens previstas em lei, inclusive as concedidas aos servidores públicos em geral.

§ 1º Aplicam-se aos membros do Ministério Público os direitos sociais previstos no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII e XIX, da Constituição Federal.

§ 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos.

§ 3º Constitui parcela dos vencimentos, para todos os efeitos, a gratificação de representação de Ministério Público.” (destaquei)

### *Resolução do Conselho Nacional de Justiça n° 133/11, arts. 1º a 3º*

“Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes *verbas e vantagens* previstas na Lei Complementar n° 75/1993 e na Lei n° 8.625/1993:

a) auxílio-alimentação;

b) licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares;

c) licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade;

d) ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício;

e) licença remunerada para curso no exterior;

f) *indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.*

Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juizes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.” (destaquei)

Do exposto, é factível concluir que o significado da expressão “indenização de férias não gozadas” não se subsume a quaisquer das hipóteses legais de “vencimentos e vantagens” previstas na normatização de regência à magistratura e ao Ministério Público. A *indenização de férias não gozadas* é verba pecuniária retributiva pela não interrupção da prestação jurisdicional, a tempo e modo devidos, em decorrência de estrita necessidade de trabalho. Assim, mantido o magistrado no

exercício da jurisdição, sem a interrupção devida ao seu descanso, é devida a verba indenizatória de férias.

Não se pode olvidar que, na gênese do direito à indenização de férias não gozadas, encontra-se ou a prestação de uma atividade jurisdicional a modo ininterrupto pelo magistrado, ou a participação em atividade intelectual/científica que reverterá em benefício da própria administração (afastamento para a realização de cursos). Rigorosamente, tem-se como pressuposto uma atividade do agente político que reverte em benefício da administração.

Ainda, releva anotar que o acúmulo de férias não gozadas é fato que não se submete ao alvedrio do magistrado; é cabível tão só por ocasião de “absoluta necessidade de trabalho” pela administração, que ou posterga o gozo do direito social do magistrado, ou paga a indenização de férias não gozadas. Dessa orientação não discrepa a disciplina da Resolução nº 130, de 10 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal; da Resolução nº 176, de 21 de dezembro de 2011, do Conselho da Justiça Federal; e da Resolução nº 133, de 21 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.

A indenização de férias não gozadas ao magistrado, nos termos da Resolução nº 130, de 10 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, tem lugar quando há:

- 1) promoção ao tribunal regional ou superior;
- 2) aposentadoria do magistrado;
- 3) extinção do vínculo estatutário por qualquer forma.

A interpretação sistemática da normatização de regência permite a seguinte conclusão:

1) o magistrado, durante a sua vida profissional e por estrita necessidade do serviço, pode ter prestado a jurisdição sem a interrupção devida para o seu descanso; nesse caso, resulta acúmulo de férias não gozadas;

2) no momento da sua aposentadoria, fará jus à percepção de indenização por essas férias não gozadas.

De rigor, a indenização de férias não gozadas por ocasião da aposentadoria do magistrado não alcança o caso do requerente. Confiro.

O requerente foi afastado da jurisdição por força da regra do artigo 27, parágrafo 3º, da Loman. O afastamento do magistrado com supedâneo



na referida regra jurídica faz-se “sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens”. Ocorre que, como já referido, a “indenização de férias não gozadas” não se inclui no rol de “vantagens” previstas tanto aos magistrados quanto aos membros do Ministério Público.

Ainda, não se pode olvidar que o período do qual se pleiteia a indenização de férias é aquele em que o magistrado requerente não prestou qualquer atividade jurisdicional, tampouco participou de atividade intelectual/científica que revertesse em prol da administração (realização de curso). Vale gizar, a estrita necessidade de trabalho não fundamenta o acúmulo das férias na espécie. Referida circunstância, somada ao fato de que a indenização de férias não está inserida no rol de vantagens da magistratura ou do Ministério Público, infirma a pretensão do requerente.

Também, não se pode desprezar o fato de que o afastamento do requerente da atividade jurisdicional deu-se por força de PAD que culminou com a penalidade de aposentadoria compulsória. Então, considerando-se a decisão proferida pela mais alta instância administrativa do Poder Judiciário, fere o princípio da moralidade administrativa pensar que o requerente pode beneficiar-se da atividade reconhecida por aquele órgão como ilícita; isto é, fica afastado da jurisdição por punição aplicada pelo CNJ, não trabalha, ganha vencimentos e vantagens no período e, além disso, resta indenizado por férias não gozadas no período em que não trabalhou.

Rigorosamente, a interpretação sistemática da legislação de regência em cotejo com a Constituição Federal não alberga a pretensão do requerente.

Quanto ao precedente invocado à guisa de paradigma à acolhida do pleito, aponto à sua imprestabilidade ao caso em exame. A tanto, valho-me dos fundamentos adotados pela ilustre Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler na sessão plenária de 17.09.2015, sobre o fato em liça:

“(…)

Noticiou, ainda, que, no PA 0000.129.92.2012.404.8000/RS, o Conselho de Administração do TRF – 4ª Região (da minha relatoria, na época na Presidência) lhe deferiu parte do pedido em decisão que ‘expressamente ressaltou a possibilidade de reexame’. O pedido veio acompanhado de informação da Samag, relacionando os períodos até a Resolução 133/2011, do Conselho Nacional de Justiça.

Seguiu-se, como de estilo, informação da Samag, que analisou o pedido, transcrevendo

trechos da decisão do Conselho de Administração que, em 28 de maio de 2012, deferiu em parte o primeiro pedido, e proclamou o não enquadramento da hipótese então examinada na moldura do ‘caso de impossibilidade de gozo de férias por necessidade de serviço, mas por afastamento compulsório da jurisdição’. Acrescentou o voto que ‘tal conclusão não obsta a análise da possibilidade de indenização de tais períodos por ocasião do desligamento do cargo, com fundamento no § 1º do artigo 16 da Resolução nº 130/2010 do Conselho da Justiça Federal’.

Após, seguiu-se a informação da Samag que registra o ocorrido no PA 10.0.000000414-9, de interesse do Juiz Federal J.B.A., em que, nos dizeres da informação ‘há precedente de solicitação de pagamento de indenização por férias não gozadas até a concessão da aposentadoria compulsória’. A partir daí, e na compreensão de que se tratava de situação idêntica, prossegue a informação relacionando os períodos, aqueles antes indeferidos, até 2012/2013.

A informação é de 05 de janeiro de 2015, às 15h22min. O eminente Presidente, Desembargador Federal Tadaqui Hirose, no dia 06 de janeiro, às 15h33min, sem transitar, como de regra, pelo Conselho de Administração, deferiu o pedido em despacho isolado. O dia 06 de janeiro é o último dia do recesso da Justiça Federal, e a decisão, segundo se percebe, foi aprontada em 05 de janeiro de 2015, por ‘mso’. Anoto que os dias de recesso, e os primeiros dias da retomada dos trabalhos, geram um acúmulo de pagamentos e decisões de toda ordem, a serem decididos pelo Presidente, ocasião em que mais exposto fica o ordenador de despesas a cometer algum equívoco. A liquidação do que fora deferido resultou no pagamento, na folha de fevereiro, e corresponde ao noticiado.

É um resumo da documentação examinada. Para melhor me esclarecer sobre o precedente mencionado na informação da Samag, consultei a documentação referente ao pedido do Dr. J.B.A., pedido de 17 de janeiro de 2010 (primeiro dia após o recesso), instruído com informação da Samag, de 1º de março de 2010, às 17h13min, deferido pelo então Presidente Wilson Darós, às 17h16min do mesmo dia 1º de março de 2010, sem remessa, como de rigor, ao Conselho de Administração. O valor alcançado não era tão expressivo.

A não remessa ao Conselho de Administração, em caso bastante singular, constitui a única similitude entre os dois casos.

É oportuno recordar que ao Dr. J.B.A. foi aplicada a pena de aposentadoria compulsória pelo TRF – 4ª Região, mas o referido magistrado teve êxito em um mandado de segurança impetrado perante o STJ (Mandado de Segurança nº 15.904/DF, relator para acórdão Ministro Massami Uyeda), que anulou a decisão do Plenário deste Tribunal, sob o argumento de que não foi oportunizado o depoimento pessoal do sindicado. Com a ocorrência de tal vício, infelizmente o afastamento a que fora submetido não se viu consolidado, recaindo a trajetória do sindicado na normalidade funcional, até a retomada do *iter* do PAD do ponto em que anulado.

Assim, com todas as vênias de quem pensa em contrário, a situação fática é bastante diferente, não constituindo precedente hábil a invocar, dada a similitude nenhuma. Não se está a dizer que houve erro na informação da Samag, que é apenas e tão somente ‘informação’; ao ato decisório é que cabia fazer a necessária ponderação e o discrimen entre as duas situações.

(...)”

Dessarte, por toda a fundamentação desenvolvida, aponto à modificação do ato administrativo que concedeu indenização de férias a desembargador inativo desta Corte, indeferindo o pleito.

A devolução da verba indenizatória recebida a modo indevido dar-se-á na forma do artigo 46, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.

Ante o exposto, voto por modificar o ato administrativo para indeferir o pedido do requerente.

*É o voto.*

***APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO***  
***Nº 5001223-04.2013.4.04.7111/RS***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle

*Rel. p/ acórdão:* O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo

Silva Leal Júnior

*Apelante:* União – Advocacia-Geral da União

*Apelado:* Alex Sandro da Rosa Schmidt

*Advogado:* Dr. João Costa Klein

***EMENTA***

*Direito Administrativo. Empresas de segurança privada. Vigilância desarmada. Necessidade de autorização da Polícia Federal para funcionamento. Lei 7.102/1983.*

1. A redação atual da Lei 7.102/83, que disciplina a atividade das empresas de segurança privada, é assistemática, apresentando conceitos sobrepostos e exigindo do intérprete grande esforço para apreender seu sentido e perceber alguma classificação que a lei tenha estabelecido para as diversas modalidades de serviços de segurança privada que sabemos podem ser oferecidas. De qualquer sorte, o texto legal não

emprega o uso ou não de arma de fogo como critério para submeter a atividade à fiscalização especial da Polícia Federal. O art. 20 da lei, por sua vez, estabelece a necessidade de autorização do Ministério da Justiça para funcionamento de “empresas especializadas em serviços de vigilância”, sem definir, contudo, o que sejam essas empresas. Assim, se a jurisprudência dominante se tem valido do uso ou não de arma de fogo na prestação do serviço de segurança para definir a necessidade ou não de autorização da Polícia Federal para funcionamento da empresa, esse critério certamente não emergiu diretamente do texto da lei.

2. O caráter assistemático do texto atual da Lei 7.102/83 é fruto de um processo de alargamento das atividades por ela disciplinadas ocorrido no início da década de 1990, em decorrência dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito instalada na Câmara de Deputados para investigar o extermínio de crianças e adolescentes, que funcionou entre 1991 e 1992 e apurou a participação, nesse fenômeno, de empresas de segurança privada. Essas empresas, antes limitadas à vigilância bancária e à segurança no transporte de valores, atividades especificamente reguladas pela redação original da Lei 7.102/83, haviam expandido sua atuação para outras áreas, como segurança de estabelecimentos comerciais e de condomínios residenciais e segurança pessoal, em decorrência da insuficiência dos serviços de segurança pública.

3. A resposta do poder público à expansão desordenada das empresas de segurança privada foi disciplinar com rigor essas atividades, inserindo-as no regramento da Lei 7.102/83. Para tanto, a redação da lei foi alterada pela Lei 8.863/94, gestada nos debates parlamentares que se seguiram à CPI do extermínio de crianças e adolescentes.

4. Essa ampliação do espectro de atividades alcançadas pela Lei 7.102/83 foi obtida com a alteração substancial do seu art. 10, introduzindo na lei o conceito de “serviço de segurança privada”, conceito amplo que engloba, além da vigilância bancária e do transporte de valores, a segurança pessoal, residencial e de estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviço, entidades sem fins lucrativos e órgãos e empresas públicas.

5. A introdução das outras atividades de segurança que não a vigilância bancária e o transporte de valores na disciplina da Lei 7.102/83, inclusive quanto à sujeição à fiscalização da Polícia Federal,

fica evidenciada quando a Lei 8.863/94 redefine a figura do “vigilante”, que, com a nova redação conferida ao art. 15 daquela lei, passou a ser também quem exerce a atividade de segurança pessoal, residencial e de estabelecimentos comerciais, e não só quem cuida da segurança de instituições financeiras e de transporte de valores. O vigilante, segundo o art. 17 da lei, ressalte-se, deve ter prévio registro no Departamento de Polícia Federal.

6. É difícil sustentar-se que a empresa que presta serviço de segurança privada (mesmo que desarmada) para estabelecimentos comerciais e residências, mediante empregados qualificados na lei como “vigilantes”, não seja considerada “empresa especializada em serviço de vigilância” e, por isso, não se enquadre na regra do art. 20 da Lei 7.102/83, que prevê necessidade de autorização da Polícia Federal para o funcionamento desse tipo de empresa.

7. Por outro lado, a regra do § 4º do art. 10 da Lei 7.102/83 não resolve em nada a controvérsia acerca da necessidade ou não de registro das empresas de segurança na Polícia Federal, pois o comando não é dirigido a esse tipo de empresa, e sim àquela que, dedicando-se a atividade que não seja segurança (v.g., um supermercado), mantém empregados para essa função.

8. O entendimento de que estariam à margem das disposições da Lei 7.102/83 as empresas que prestam serviço de segurança residencial e a estabelecimentos comerciais sem a utilização de armamento, além de ir contra os termos da própria lei (que não emprega o uso ou não de arma de fogo no serviço de segurança como critério para submeter a atividade à fiscalização especial da Polícia Federal), esvazia seu sentido atual. Uma interpretação mais complacente da lei se justificaria se vivenciássemos um quadro social completamente diverso daquele em que ela foi editada, a exigir do intérprete uma nova leitura da norma, conforme a realidade atual. Mas o que se pode ver é a permanência, senão o agravamento, de um quadro social que exige severa fiscalização estatal sobre empresas e pessoas que exercem profissionalmente atividade de segurança privada, tal qual aquele verificado no início da década de 1990, quando se instalou a CPI do extermínio de crianças e adolescentes e se decidiu pelo alargamento da abrangência da lei. Estamos diante de um quadro em que a violência contra a pessoa permeia o cotidiano

da sociedade, resultado da expansão da criminalidade organizada e violenta, marcado pelas disputas entre facções criminosas, inclusive com execuções em áreas públicas, e pelos cada vez mais frequentes episódios de “justiçamento”. A demanda por segurança cresce, e, com ela, multiplicam-se os empreendimentos que oferecem segurança privada, diante da notória insuficiência dos recursos estatais.

9. Não parece prudente, *data maxima venia*, interpretar a lei de forma que nos conduza ao afrouxamento dos mecanismos de fiscalização sobre as empresas de segurança, trabalhem seus agentes portando arma de fogo ou não. Esse afrouxamento pode estimular a confusão e o entrelaçamento entre as órbitas da segurança pública e da segurança privada, seja pelo direcionamento e pela concentração dos serviços públicos de segurança para determinados grupos privados, seja pela formação de grupos privados paramilitares que se alçam à condição de garantes da segurança das populações desprotegidas. Já temos nesse mercado distorções importantes, como a participação de agentes das polícias locais nas atividades de empresas de segurança privada, fazendo os chamados “bicos”. Na outra ponta, a pior delas, a formação das milícias. Nesse quadro, é importante (aliás, como previsto na lei) a presença da fiscalização federal, normalmente mais distante e menos permeável às pressões e às influências dos grupos de interesses locais, que poderiam levar àquele indesejado entrelaçamento entre a esfera pública e a privada.

10. Em conclusão, devem prevalecer as disposições legais contidas no art. 20, c/c art. 10, §§ 2º e 3º, da Lei 7.102/83, que preveem a necessidade de autorização da Polícia Federal para o funcionamento das empresas de segurança privada que se dediquem a prestar segurança pessoal, a eventos e a estabelecimentos comerciais ou residências, independentemente de o serviço ser prestado por agentes armados ou não.

### 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 maioria, vencido o relator, dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de outubro de 2015.

Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Junior*, Relator para o acórdão.

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle*: Trata-se de ação ordinária ajuizada por *Alex Sandro da Rosa Schmidt*, proprietário da empresa *Alex Sandro da Rosa Schmidt & Cia. Ltda.*, contra a *Delegacia de Polícia Federal de Santa Cruz do Sul* pretendendo, liminarmente, a permissão para continuar a exercer suas atividades enquanto perdurar a lide. Ao final, requer a anulação do ato administrativo que determinou o bloqueio do cadastro empresarial junto à Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul.

A liminar foi indeferida (evento 16).

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença nos seguintes termos:

“Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela e *julgo procedente* a presente ação ordinária, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, para anular o ato administrativo que determinou o encerramento das atividades da empresa autora. Condeno a União ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do procurador do autor, verba que fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) corrigidos pelo INPC a partir desta data, em razão da recente decisão proferida pelo STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, em que foi reconhecida, por via reflexa, a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/2009 (Informativo 698 do STF), restando isenta do pagamento das custas, a teor do art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96. Sobre o valor corrigido da verba honorária, incidirão juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado. Sem reexame necessário.”

Apelou a *União* defendendo a aplicação das regras previstas na Lei nº 7.102/83 e no Decreto 89.056/83, bem como a inexistência de irregularidade no procedimento adotado.

Com as contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle*: É entendimento pacífico nos tribunais e no e. STJ que tanto a Lei nº 7.102/83 quanto o Decreto nº 89.056/83 são aplicáveis somente

nos casos de serviços de vigilância prestados em estabelecimentos financeiros ou em decorrência de atividade financeira, para a guarda de valores. Assim, as suas determinações não alcançam as empresas que se dedicam a atividades de vigilância residencial ou comercial, sem a utilização de arma de fogo, hipótese dos autos, conforme demonstra o contrato social anexado no evento 1.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA. ATIVIDADE DE PORTARIA OU VIGIA. VIGILÂNCIA NÃO OSTENSIVA E SEM USO DE ARMA DE FOGO. LEI Nº 7.102/83. INAPLICABILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL IMPROVIDAS. 1. O presente feito cinge-se à legalidade da suspensão de funcionamento de empresa de vigilância, promovido pela Polícia Federal de Campos dos Goytacazes/RJ, atestando que a apelada operava irregularmente, por não obedecer às regras impostas pela Lei nº 7.102/83 e pela Portaria nº 387/2006-DG/DPF, que estabelecem normas para constituição e funcionamento de empresas particulares que exploram o ramo de segurança privada. 2. Nessa senda, caso a empresa exerça atividade de defesa patrimonial, por meio de seus vigilantes, deve requerer a autorização legal para seu funcionamento, visto que atua em atividade própria do Estado, conforme artigo 20 da Lei nº 7.102/83. 3. Por conseguinte, para ter a autorização de empresa de vigilância, deve cumprir os requisitos impostos pela Portaria 387/2006-DG/DPF, que disciplina, em todo o território nacional, as atividades de segurança patrimonial, determinando que elas serão reguladas, autorizadas e fiscalizadas pelo Departamento de Polícia Federal – DPF. 4. Percebe-se que a impetrante/recorrida efetivamente exercia funções de defesa patrimonial, buscando resguardar bem alheio, como atestou a Superintendência da Polícia Federal, porém é incabível sua caracterização como empresa de vigilância. 5. É pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sua Primeira Seção, que, para haver a caracterização de empresa privada de segurança, deve haver vigilância ostensiva, com uso de arma de fogo. Precedentes. 6. Conforme se depreende dos termos de declarações e do auto de apreensão, os funcionários da recorrida não exerciam segurança ostensiva com emprego de armamento, sendo apreendidos apenas 04 rádios transmissores pela Polícia Federal. A decisão da Superintendência Regional da DPF também corrobora tal entendimento, ante a ausência de seguranças armados quando da realização da fiscalização federal. Portanto, a empresa fiscalizada apenas administrava serviço de vigia/porteiro, sem caráter de vigilância, sendo incabível a incidência da Lei nº 7.102/83 e da Portaria nº 387/2006-DG/DPF no presente caso. 7. Por fim, vale ressaltar que o presente *writ* deve ser julgado procedente, porém, tal deslinde se torna inócuo. Isso porque não houve apelo por parte da empresa impetrante, sendo, conseqüentemente, incabível a cassação da decisão administrativa que suspendeu o seu funcionamento, ante o óbice do *reformatio in pejus*, restando possível apenas o improvimento da remessa e do apelo da União Federal. 8. Remessa necessária e apelação cível improvidas.” (TRF2, REEX 200951030009432, 5ª Turma Especializada, relator Des. Federal Guilherme Diefenthaler, data de publicação: 27.05.2014)

“ADMINISTRATIVO. SUPERMERCADO. VIGILÂNCIA DESARMADA. LEI Nº 7.102/83. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. – ‘3.



É pacífica a jurisprudência no âmbito da Primeira Seção desta Corte Superior no sentido de que o disposto no art. 10, parágrafo 4º, da Lei nº 7.102/83 aplica-se somente às empresas que, com objeto social diverso, prestam serviços de segurança e vigilância ‘ostensiva’ a instituições financeiras e de transporte de valores, não se sujeitando ao referido regramento as empresas que se dedicam a atividades de vigilância residencial ou comercial, sem a utilização de arma de fogo. Precedente’ (REsp 1252143/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03.08.2011) – Apelação e remessa oficial improvidas.” (TRF5, REEX 20098500067205, 1ª Turma, relator Des. Federal Cesar Carvalho, data de publicação: 27.07.2012)

“ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. SUPERMERCADO. VIGILÂNCIA NÃO OSTENSIVA. ART. 10, § 4º, DA LEI Nº 7.102/83. INAPLICABILIDADE. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado para afastar as regras previstas pela Lei nº 7.102/83, que cuida especificamente de atividades voltadas ao sistema financeiro, de modo a garantir o exercício das atividades de portaria, vigia e fiscal de loja realizadas no interior do estabelecimento, sem armamento ou qualquer outro aparato policial. 2. A sentença, mantida pela corte de origem, concedeu a segurança para garantir ao ora recorrido o direito de exercer suas atividades de vigia sem a necessidade de autorização da União e não se submeter às regras previstas na Lei nº 7.102/83 e na Portaria nº 992/95-DG/DPF. 3. É pacífica a jurisprudência no âmbito da Primeira Seção desta Corte Superior no sentido de que o disposto no art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83 aplica-se somente às empresas que, com objeto social diverso, prestam serviços de segurança e vigilância ‘ostensiva’ a instituições financeiras e de transporte de valores, não se sujeitando ao referido regramento as empresas que se dedicam a atividades de vigilância residencial ou comercial, sem a utilização de arma de fogo. Precedente. 4. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1252143 SP 2011/0101663-1, Segunda Turma, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 03.08.2011)

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA DESARMADA. LEI Nº 7.102/83. De acordo com a jurisprudência do STJ, deve-se considerar que a Lei nº 7.102/83 é aplicável somente nos casos de serviços de vigilância prestados em estabelecimentos financeiros ou em decorrência de atividade financeira, para a guarda de valores, de modo que suas determinações não alcançam as empresas que prestam serviços de segurança física desarmada.” (TRF4, AI 0000109-16.2010.404.0000/RS, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Convocado Jorge Antonio Maurique, D.E. 31.05.2010)

Mantida, pois, a sentença de procedência.

*Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.*

*É o voto.*

#### VOTO-VISTA

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior:*  
Neste voto-vista, pretendo demonstrar que: (a) não parece prudente interpretar uma lei de forma a conduzir ao afrouxamento dos mecanismos de fiscalização estatal sobre as empresas de vigilância, não importando que seus agentes trabalhem portando ou não armas

de fogo; (b) deve prevalecer o disposto na Lei 7.102/83, que prevê a necessidade de autorização da Polícia Federal para o funcionamento das empresas de segurança privada que se dediquem a prestar segurança a estabelecimentos comerciais ou residenciais, independentemente de o serviço ser prestado por agentes armados ou não.

#### *A questão controvertida*

A controvérsia diz respeito à sujeição ou não de empresa prestadora de serviço de segurança privada desarmada aos ditames da Lei 7.102/83, particularmente no que se refere à necessidade de autorização da Polícia Federal para que possa funcionar, prevista no art. 20 da lei.

O voto do relator está confirmando a sentença de procedência da ação, julgando pela desnecessidade da autorização, na linha do entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual as imposições para o funcionamento de empresas de vigilância e segurança contidas na Lei 7.102/83 restringem-se às hipóteses de segurança armada.

Pedi vista dos autos para melhor reflexão da matéria e, isso feito, trago meu voto à apreciação da Turma.

#### *O direito aplicável*

Inicialmente, é de se referir que a leitura atenta do texto da Lei 7.102/83 leva-nos à conclusão de que ela não se vale do uso de arma na prestação do serviço de segurança como critério para submeter a atividade a seus ditames, dentre eles a fiscalização especial do Ministério da Justiça, hoje exercida pela Polícia Federal.

Em outras palavras, a lei não diz, em nenhum momento, ser aplicável apenas ao serviço de segurança armada. Assim como também não diz ser aplicável apenas à segurança prestada a instituições financeiras e ao transporte de valores, excluindo de sua incidência a segurança pessoal ou a prestada a estabelecimentos comerciais e residências. Nesse último caso, aliás, ao contrário, há na lei disposições disciplinando explicitamente essas atividades.

Em verdade, a redação atual da lei é assistemática, confusa, apresentando conceitos sobrepostos e exigindo do intérprete grande esforço para apreender seu sentido e perceber alguma organicidade, alguma classificação que a lei tenha estabelecido para as diversas

modalidades de serviços de segurança privada que sabemos podem ser oferecidas.

A propósito, a lei refere-se de diversas maneiras às empresas que prestam serviço de segurança privada, sem precisar os conceitos empregados: “empresas especializadas em serviços de vigilância” (art. 20), “atividade de segurança privada” (art. 10, *caput* e incisos), “empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores” (art. 10, § 2º).

Assim, se a jurisprudência dominante tem-se valido do uso ou não de arma de fogo na prestação do serviço de segurança para definir a área de aplicação da lei e a conseqüente necessidade de autorização da Polícia Federal, esse critério certamente não emergiu diretamente do texto da lei.

Fazendo uma análise retrospectiva da Lei 7.102/83, percebemos que o caráter assistemático do seu texto é fruto de um processo de alargamento das atividades por ela disciplinadas ocorrido no início da década de 1990. Esse alargamento decorreu basicamente dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada na Câmara de Deputados para investigar extermínio de crianças e adolescentes nas grandes cidades brasileiras, os quais desembocaram na edição da Lei 8.863/94, que modificou substancialmente o texto daquela lei.

Com efeito, a Lei 7.102/83, em sua redação original, disciplinava apenas as atividades de empresas que se dedicavam à segurança em estabelecimentos financeiros e ao transporte de valores, submetendo-as a rígido controle e fiscalização do Ministério da Justiça. A pequena abrangência da lei estava sintetizada na sua ementa, que restou inalterada, apesar das posteriores modificações substanciais em seu texto: “Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores e dá outras providências”.

Esse era, então, o universo de atuação da segurança privada no Brasil, e assim estava disciplinado.

Contudo, as atividades das empresas de segurança privada expandiram-se paulatinamente para outras áreas, como segurança a estabelecimentos comerciais e residências, ocupando o espaço deixado

pela insuficiência crônica do aparato estatal dedicado à segurança pública.

Essa ampliação foi diagnosticada nos trabalhos da CPI do extermínio de crianças e adolescentes, que apurou a participação de empresas de segurança privada na eliminação física de crianças e adolescentes suspeitos de delinquência. A presidente da CPI, Deputada Rita Camata, assim se pronunciou sobre a questão na justificativa ao Projeto de Lei 2.803/92, apresentado como um dos resultados dos trabalhos da comissão ([http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1140092&filename=Dossie+-PL+2803/1992+CPIECR](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1140092&filename=Dossie+-PL+2803/1992+CPIECR)):

“Assistimos passivamente ao crescimento incessante das chamadas empresas de segurança particular, que operam à sombra da falta de eficiência de nossas polícias. Tais empresas privadas estão desempenhando funções típicas da administração pública, e isso é impermissível. A CPI, após aprofundar investigações, constatou a participação de grupos de segurança privada no extermínio de crianças e adolescentes. É imperioso frear-se esse contundente aumento da atuação dessas empresas de vigilância que vendem segurança às custas do medo da população. A atividade dessas empresas encontra-se em pleno desenvolvimento. O que começou visando tão somente proteger estabelecimentos financeiros passou a colher a função de dar proteção a comércios locais e agora se estende à proteção de moradia privada. Não raro, luxuosos condomínios cada vez mais se valem do expediente de contratação de empresas particulares para reforçar sua segurança. Se não contivermos esse movimento, dificilmente reverteremos o quadro da paramilitarização mais tarde. Assim, este projeto justifica-se a colocarmo-nos no sentido inverso da tendência atual, de modo a não mais permitir que se faça da falta de segurança que assola este país um comércio de alta lucratividade.”

Buscando neutralizar a atuação das empresas de segurança no extermínio de crianças e jovens e controlar a expansão dessas organizações, a CPI propôs restringir a atividade dessas empresas à segurança e à vigilância de instituições financeiras e de transporte de valores, como fora em sua origem, propondo nova redação ao art. 10 da Lei 7.102/83, nos seguintes termos:

“Art. 10. As empresas especializadas em prestações de serviços de vigilância e de transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, terão a destinação específica para a hipótese do art. 1º desta lei [segurança de estabelecimento financeiro] e serão por esta regidas, ainda pelas disposições das legislações civil, comercial e trabalhista.”

Contudo, no transcurso dos debates do projeto de lei na Câmara de Deputados, foi suscitado o problema do desemprego que seria provocado pela inativação das inúmeras empresas de segurança privada

que atuavam fora das instituições financeiras (em estabelecimentos comerciais, condomínios, etc.), além da manutenção de parte dessas empresas na clandestinidade. Segundo o então Deputado Federal gaúcho Wilson Müller, “se aprovada como está, deixará na clandestinidade a quase totalidade das empresas de vigilância. Essas empresas devem ser disciplinadas com rigor, mas, como se apresenta, o projeto provocará problemas, e ficarão desempregadas mais de 100 mil pessoas”.

A solução encontrada, expressa na redação do Projeto de Lei 2.803-B, de 1992, aprovado e convertido na Lei nº 8.863/94, foi então, em vez de proibir as empresas de segurança privada de atuarem fora das instituições financeiras e do transporte de valores, “disciplinar com rigor” essa atividade, inserindo-as no regramento da Lei 7.102/83, que antes tratava apenas de segurança a instituições financeiras e transporte de valores.

Essa ampliação do espectro de atividades alcançadas pela Lei 7.102/83 foi obtida com a alteração substancial do art. 10, com nova redação do *caput* e com a inserção nele de dois novos parágrafos, introduzindo na lei o conceito de “serviço de segurança privada” (*caput* e incisos I e II), conceito amplo que engloba, além da vigilância bancária e do transporte de valores, a segurança pessoal, residencial e de estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviço, entidades sem fins lucrativos e órgãos e empresas públicas (§ 2º). A propósito, observe-se a profundidade da modificação na redação original do aludido preceito legal:

Redação original:

“Art. 10 – As empresas especializadas em prestação de serviços de vigilância e de transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, serão regidas por esta lei, e ainda pelas disposições das legislações civil, comercial e trabalhista.

Par. único. Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa.”

Redação conferida pela Lei 8.863/94:

“Art. 10. São consideradas como *segurança privada* as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

I – proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II – realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das *atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e a órgãos e empresas públicas.* (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 3º *Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal as empresas definidas no parágrafo anterior.* (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 4º As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e nas demais legislações pertinentes. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)”

A introdução das outras atividades de segurança que não a vigilância bancária e o transporte de valores (como a segurança pessoal, de estabelecimentos comerciais e residencial) na disciplina da Lei 7.102/83 fica evidenciada quando ela redefine a figura do “vigilante”, que, com a nova redação conferida ao seu art. 15, passou a ser também, para os efeitos da lei, quem exerce a atividade de segurança pessoal, residencial e de estabelecimentos comerciais, e não só quem cuida da segurança de instituições financeiras e de transporte de valores. Veja-se, nesse sentido, a redação original e a dada pela Lei 8.863/94:

**Redação original:**

“Art. 15 – Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviço de vigilância ou de transporte de valores, para impedir ou inibir ação criminosa.”

**Redação dada pela Lei 8.863/94:**

“Art. 15. Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do *caput* e nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 10. (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)”

**Recordando, é o seguinte o teor do § 2º do art. 10 da lei:**

“§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão *se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e a órgãos e empresas públicas.* (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)”

Portanto, para os fins da lei, “vigilante” também é aquele que presta serviço de segurança às residências e aos estabelecimentos comerciais. O vigilante, segundo os termos da Lei 7.102/83, deve atender aos requisitos previstos no art. 16 (ser brasileiro, ter idade mínima de 21 anos, instrução mínima, aprovação em curso de formação de vigilante, aprovação em exame de saúde física e mental e psicotécnico, não ter antecedentes criminais e estar quite com obrigações eleitorais e militares), bem como ter *prévio registro no Departamento de Polícia Federal* (art. 17).

Questiono, então, se a empresa que presta serviço de segurança privada desarmada para estabelecimentos comerciais e residências mediante empregados qualificados pela lei como “vigilantes” pode *não ser* considerada “empresa especializada em serviço de vigilância” e, por isso, não se enquadrar na regra do art. 20 da Lei 7.102/83, que prevê necessidade de autorização da Polícia Federal para seu funcionamento, *in verbis*:

“Art. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal: (Redação dada pela Lei 9.017, de 1995)

I – conceder autorização para o funcionamento:

a) *das empresas especializadas em serviços de vigilância;*  
(...)”

A incidência da norma, ao meu entender, é clara.

Portanto, parece-me inequívoco que a modificação da Lei 7.102/83 pela edição da Lei 8.863/94 teve por finalidade trazer para a área de sua incidência (e isso significa sujeição à fiscalização pelo Ministério da Justiça – hoje Polícia Federal) a atividade das empresas de segurança privada que atuavam em áreas diversas, que não a segurança bancária e o transporte de valores, sem trazer à baila a questão da utilização ou não de armamento. A modificação legislativa teve essa finalidade, e resultou em um texto substancialmente diverso da lei original, disciplinando, ainda que sem primor técnico, essas novas modalidades de prestação de serviço de segurança que se expandiam.

Tenho conhecimento da jurisprudência do STJ no sentido de que estariam à margem das disposições dessa lei as empresas que prestam serviço de segurança residencial e a estabelecimentos comerciais sem a

utilização de armamento, a qual se alicerça, dentre outros fundamentos, na inaplicabilidade ao caso da regra do art. 10, § 4º, da lei.

*Data venia*, julgo não ser esse o entendimento mais apropriado para a matéria.

Primeiro, porque a regra do § 4º do art. 10 (“As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei e nas demais legislações pertinentes”), com a devida vênia dos que têm outro entendimento, dirige-se a situações muito específicas, bastante diversas da que estamos tratando. Com efeito, ela é direcionada à empresa que, dedicando-se a atividade que não seja segurança, mantém empregados para essa função. É o que o decreto regulamentar (Decreto 89.056/83) chama de “serviços orgânicos de segurança” (art. 31, § 1º). Seria o caso, por exemplo, de um supermercado que, em vez de contratar uma empresa especializada em segurança, utilize empregados próprios para efetuar a segurança ostensiva ou o transporte de valores. Esse supermercado, em face da mencionada regra do art. 10, § 4º, da Lei 7.102/83, estaria obrigado ao cumprimento dos requisitos exigidos na lei, apesar de não ser uma empresa especializada em serviços de segurança.

Portanto, a regra realmente não incide sobre a atividade das empresas especializadas em segurança, mas isso não resolve a questão.

Segundo, porque essa interpretação me parece, além de ir contra os termos da própria lei, esvaziar seu sentido atual.

Concordaria com uma interpretação mais complacente da lei se vivenciássemos um quadro social completamente diverso daquele em que ela foi editada, a exigir do intérprete uma nova leitura da norma conforme a realidade atual, para deixar de lado os preceitos que, se foram importantes no passado, de nada mais serviriam agora, e cujo atendimento representaria apenas o cumprimento de uma formalidade inútil.

Mas não é isso que vejo. O que vejo é a permanência – eu diria mais, um agravamento – de um quadro social que exige severa fiscalização estatal sobre empresas e pessoas que exercem profissionalmente atividade de segurança privada, tal qual aquele verificado no início da



década de 1990, quando se instalou a CPI do extermínio de crianças e adolescentes e se decidiu pelo alargamento da lei.

De fato, estamos diante de um quadro em que a violência contra a pessoa permeia o cotidiano da sociedade, resultado da expansão da criminalidade organizada e violenta, e marcado pelas disputas entre facções criminosas, inclusive com execuções em áreas públicas, e pelos cada vez mais frequentes episódios de “justiçamento”. A demanda por segurança cresce, e, com ela, multiplicam-se os empreendimentos que oferecem segurança privada, diante da notória insuficiência dos recursos estatais. Eles estão nos estabelecimentos comerciais, nas fábricas, nos clubes, nas escolas, nas universidades, nas repartições públicas, nos hospitais, nos parques, nos condomínios, nos bairros.

Não me parece prudente interpretar a lei de uma forma que nos conduza ao afrouxamento dos mecanismos de fiscalização sobre essas empresas, trabalhem seus agentes portando arma de fogo ou não. Esse afrouxamento pode estimular a confusão e o entrelaçamento entre as órbitas da segurança pública e da segurança privada, seja pelo direcionamento e pela concentração dos serviços públicos de segurança para determinados grupos privados, seja pela formação de grupos privados paramilitares que se alçam à condição de garantes da segurança das populações desprotegidas. Já temos nesse mercado distorções importantes, como a participação de agentes das polícias locais nas atividades de empresas de segurança privada, fazendo os chamados “bicos”. E, a pior delas, a formação das milícias. Nesse quadro, é importante (aliás, como previsto na lei) a presença da fiscalização federal, normalmente mais distante e menos permeável às pressões e às influências dos grupos de interesses locais, que poderiam levar àquele indesejado entrelaçamento entre a esfera pública e a privada.

Tudo isso me faz concluir que devem prevalecer as disposições legais contidas no art. 20, c/c art. 10, §§ 2º e 3º, da Lei 7.102/83, que preveem a necessidade de autorização da Polícia Federal para o funcionamento das empresas de segurança privada que se dediquem a prestar segurança a estabelecimentos comerciais ou residências, independentemente de o serviço ser prestado por agentes armados ou não.

### *Análise do caso concreto*

Conforme dados colhidos na ação fiscalizatória realizada pela Polícia Federal, a empresa presta serviço de segurança em estabelecimentos comerciais (evento 14, PROCAD5 a PROCADM9), bem como segurança residencial em serviço de ronda externa.

Portanto, estando sujeita aos ditames da Lei 7.102/83, a autorização da Polícia Federal é indispensável para seu funcionamento, impondo-se o julgamento de improcedência da demanda.

Os ônus da sucumbência restam invertidos, em face do provimento do apelo da União e da remessa oficial.

### *Conclusão*

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação da União e à remessa oficial.

## ***APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO*** ***Nº 5001483-53.2014.4.04.7109/RS***

*Relatora:* A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler

*Apelante:* Fundação Universidade Federal do Pampa – Unipampa

*Apelado:* Leandro Ademar Lissner

*Procurador:* Dr. Daniel Mourgues Cogoy (DPU)

*MPF:* Ministério Público Federal

### *EMENTA*

*Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Posse. Requisitos. Escolaridade. Cargo técnico. Candidato com qualificação superior à exigida. Precedentes.*

1. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Regional, o

requisito previsto em edital de concurso público referente à formação profissional objetiva estabelecer a qualificação mínima do servidor, o que não impede a nomeação e a posse nos cargos por aqueles que, embora objetivamente não apresentem a habilitação no campo exigido, tenham atingido patamares mais elevados de formação.

2. No caso, determinando o edital nível técnico para posse em cargo público, resta satisfeito o requisito por alguém que tenha formação de nível superior na mesma área, superando, assim, as exigências necessárias ao exercício da função.

### 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 ao recurso de apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de dezembro de 2015.

Desa. Federal *Marga Inge Barth Tessler*, Relatora.

### RELATÓRIO

*A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler*: Trata-se de recurso de apelação em face de sentença que ratificou a liminar e concedeu a segurança, determinando à autoridade impetrada a posse do impetrante no cargo para o qual foi aprovado, em caráter definitivo.

A Fundação Universidade Federal do Pampa – Unipampa, em suas razões de apelação, alega que a exigência de certificado de curso técnico, entre outros motivos, visa a possibilitar o acesso aos cargos públicos de pessoas que tenham a qualificação exigida em lei, com vistas à valorização do ensino técnico e do princípio da igualdade no acesso aos cargos públicos. Afirma que o título apresentado pelo impetrante não atende aos pré-requisitos exigidos, nos termos do disposto no edital e no texto legal que prevê a formação necessária para o cargo, que é de curso técnico na área. Aduz que, apesar de claro o requisito, o impetrante apresentou formação de curso superior em Química Ambiental, o que não o habilita para a profissão de técnico. Argumenta que o edital constitui a lei do certame, vinculando tanto a Administração quanto

os candidatos. Alega ter agido em conformidade com o princípio da legalidade. Requer seja provido o apelo para modificar a sentença apelada e denegar a segurança pleiteada.

Com contrarrazões, vieram os autos.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

### VOTO

*A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler:* A sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário deve pautar-se pela análise de sua juridicidade. A juridicidade, como novo paradigma do Direito Administrativo, impõe a observância da lei e do Direito, exigindo, assim, não apenas o exame da legalidade do ato como, também, de sua conformidade com todo o arsenal normativo.

De acordo com o entendimento recente deste Tribunal, obstar a posse de candidato que, aprovado em concurso público, possui qualificação superior à exigida pelo edital do certame, na mesma área de conhecimento, iria de encontro ao postulado normativo da razoabilidade, que deve servir de norte à ação administrativa, bem como afrontaria o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF).

Tal é o sólido entendimento desta Corte, consoante demonstram os precedentes abaixo colacionados:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO COM QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. Exigindo o edital nível técnico para posse em cargo público, resta satisfeito o requisito por alguém que tenha formação de nível superior na mesma área, não sendo razoável impedir o acesso a cargo público de quem possui qualificação técnica superior à exigida para o desempenho da função.” (TRF4, Apelação/Reexame Necessário nº 5001853-83.2010.404.7202, 4ª Turma, Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, por unanimidade, juntado aos autos em 22.05.2013)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO E POSSE. CANDIDATO COM QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL.

Obstar a posse de candidato que, aprovado em concurso público, possui qualificação superior à exigida pelo edital do certame, na mesma área de conhecimento, vai de encontro ao postulado normativo da razoabilidade, que deve servir de norte à ação administrativa, bem como afronta o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF).” (TRF4, Apelação/Reexame Necessário nº 5059711-82.2013.404.7100, 3ª Turma, Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler, por unanimidade, assinado em 27.03.2013)

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL DE NÍVEL TÉCNICO. COMPROVAÇÃO DE FORMAÇÃO SUPERIOR. POSSIBILIDADE. 1. A formação superior em uma área de conhecimento habilita o titular à atuação em área técnica afim. 2. Se o impetrante possui formação superior no curso de Ciência da Computação, ele possui habilitação profissional suficiente e adequada para tomar posse em cargo público cuja habilitação exigida é a de curso técnico em Tecnologia da Informação. 3. A comprovação da habilitação profissional tem por finalidade verificar se o candidato possui as competências e habilidades necessárias ao desempenho da função, e não servir de reserva de mercado a quem possui esta ou aquela habilitação. 4. Apelo e remessa oficial não providos.” (APELREEX 200871130001603, Valdemar Capeletti, TRF4 – Quarta Turma, 27.10.2008)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA PARA O PROVIMENTO DO CARGO. EFEITOS. SUCUMBÊNCIA. Em se pondo a exigência de nível técnico (segundo grau ou ensino médio), com dada especialidade, resta satisfeito o requisito por alguém que, mesmo não tendo frequentado o específico curso técnico, tenha formação de nível superior na mesma área, não sendo razoável impedir o acesso a cargo público de quem possui qualificação técnica superior à exigida para o desempenho da função. – A relação jurídica entre autor e Administração surge com a posse no cargo. A partir de então é que começam a correr os efeitos dela decorrentes. – Como o autor decaiu em parte mínima, o réu deve arcar com os ônus sucumbenciais, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC.” (TRF4, AC 2007.71.02.002546-3, 4ª Turma, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, D.E. 29.01.2008)

“APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. Exigindo o edital nível técnico para posse em cargo público, resta satisfeito o requisito por alguém que tenha formação de nível superior na mesma área, não sendo razoável impedir o acesso a cargo público de quem possui qualificação técnica superior à exigida para o desempenho da função.” (TRF4, Apelação/Reexame Necessário nº 5000001-12.2010.404.7109, 3ª Turma, Desa. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, por unanimidade, juntado aos autos em 12.04.2012)

E ainda, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento idêntico:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. APTIDÃO PARA O CARGO. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Excede a competência desta Corte a análise de preceito constitucional, porquanto se trata de matéria a ser ventilada no competente recurso extraordinário, e não em apelo especial.

2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar sua nulidade.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é ilegal a eliminação do candidato que apresenta diploma de formação em nível superior ao exigido no edital. Pre-

cedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.270.179/AM, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03.02.2012; AgRg no Ag 1402890/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.08.2011; AgRg no Ag 1422963/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16.02.2012.

4. O alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 252.982/MG, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.08.2013, DJe 22.08.2013)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. APTIDÃO PARA O CARGO. SÚMULA 83/STJ.

1. O agravado inscreveu-se no concurso público aberto pela Sanepar para vaga de Técnico Químico/Técnico em Saneamento/Técnico em Alimentos 1, em Maringá, sendo aprovado na primeira fase do certame em oitavo lugar. Convocado para comprovar sua habilitação, foi desclassificado por ter apresentado diploma de Bacharel em Química, e não o diploma de ensino técnico exigido pelo edital do certame.

2. Há direito líquido e certo na permanência no certame se o candidato detém qualificação superior à exigida no edital do concurso público. Precedentes.

3. Verifica-se que o tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 428.463/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03.12.2013, DJe 10.12.2013)

Embora sejam relevantes os argumentos da apelante de que a exigência de certificado de curso técnico também é uma forma de discriminação positiva ou ação afirmativa em relação àqueles que detêm curso técnico profissionalizante, não seria razoável, nos termos em que foi posto o edital, excluir do certame candidato com qualificação dita superior, nos moldes dos precedentes acima. Vale lembrar que a comprovação da habilitação profissional tem por finalidade verificar se o candidato possui as competências e habilidades necessárias ao desempenho da função, e, por esse entendimento, a formação no ensino superior em uma área de conhecimento habilita o titular à atuação em área técnica afim.

Portanto, não existindo qualquer limitação expressa no edital quanto à formação superior na área em que previstas as vagas, deve-se adotar o entendimento dominante desta Corte.

No caso dos autos, o impetrante prestou concurso público para o cargo de Técnico de Laboratório/Área Química da Unipampa, deflagrado pelo edital nº 39/2013, que previa como requisito de qualificação para ingresso no cargo o ensino médio profissionalizante na área ou médio

mais curso técnico na área. Tendo o *mandamus* sido instruído com prova de que o impetrante possui qualificação superior à exigida no edital (Licenciatura em Química Ambiental – Bacharelado – evento 1, OUT8, autos originários), na mesma área de conhecimento do cargo pretendido, a concessão da segurança pleiteada afigura-se impositiva, na forma do entendimento suprarreferido.

*Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário.*

***APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO***  
***Nº 5010696-38.2013.404.7200/SC***

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

*Apelantes:* Diego Torres  
Roger Rasador Oliveira  
Sergio Dantas Chamoun

*Advogados:* Dr. Hytalo Henrique Martins Claudino  
Dr. Rodrigo Dall’Agnol

*Apelado:* Defensor Público-Geral – Estado de  
Santa Catarina – Florianópolis

*Advogado:* Dr. Leandro Ribeiro Maciel

*Apelados:* Estado de Santa Catarina

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina

*MPF:* Ministério Público Federal

***EMENTA***

*Administrativo. Constitucional. Ação popular. Obrigação de não fazer. Defensoria Pública. Estado de Santa Catarina. Requisito objetivo. Natureza do pedido imediato. Anulação de ato lesivo.*

*Carência de ação. Inadequação da via eleita. Afastadas. Julgamento do mérito. Suspensão da assinatura do convênio entre OAB e Estado de Santa Catarina para prestação de serviço de assistência judiciária aos necessitados (Defensoria Pública dativa).*

1. De acordo com o artigo 5º, LXXIII, da CRFB, admite-se a propositura de ação popular para fins de anulação de “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”.

2. Para a doutrina, a ação popular contém pedido imediato desconstitutivo (ou constitutivo negativo), porquanto sempre objetivada a anulação de ato lesivo – em especial – ao patrimônio público.

3. Presente o requisito objetivo da demanda: pretensão desconstitutiva, ainda que preventiva, porquanto evidente a possibilidade de lesão ao patrimônio público pela desconsideração do caráter subsidiário da celebração do convênio, o que evidencia o interesse público na propositura da ação popular.

4. Viável a veiculação, em ação popular, de pretensão cuja abrangência supera o âmbito dos interesses privados, bem denotando a adequação da via eleita.

5. O artigo 134 da Constituição Federal eleva a Defensoria Pública a função essencial à justiça, garantindo-lhe, com exclusividade, o exercício da orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do seu também artigo 5º, LXXIV.

6. Tratando-se de exame de legalidade estrita, não há que se aduzir indevida intervenção do Poder Judiciário em matéria relativa ao mérito do ato administrativo (discricionariedade).

7. Hipótese em que inexistente fundamento jurídico que ampare a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

8. Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Defensor Público Estadual/SC, a administração pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da “Defensoria Pública dativa” e, como exceção,



a da Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.

9. *Decisum* que não determina a nomeação dos candidatos aprovados em concurso, o que representaria violação ao princípio da separação dos poderes, mas apenas impede a celebração de novos convênios que não se revistam de caráter nitidamente suplementar, em homenagem ao princípio da legalidade.

10. Apelação provida.

### 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, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de abril de 2015.

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

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva*: Trata-se de ação popular proposta inicialmente contra o Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina (OAB/SC), sendo posteriormente citado o Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina, objetivando que os requeridos se abstenham de realizar convênio, para fins de prestação de assistência jurídica gratuita, enquanto não houver a nomeação dos 157 aprovados no 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público do Estado de Santa Catarina.

O pedido de liminar restou indeferido, sendo a decisão posteriormente reformada por este Tribunal no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5028235-83.2013.404.0000, deferindo o pedido liminar.

Sobreveio sentença que acolheu a preliminar de inadequação da via eleita, decretando a carência de ação e julgando extinto o feito, sem resolução do mérito – art. 267, IV, do CPC. Honorários advocatícios e custas processuais isentos – art. 5º, LXXIII, da CF.

Irresignados, os autores populares apelam (evento 216, origem). Sustenta a parte-autora a necessidade de observância do princípio da primazia do julgamento de mérito em ações coletivas. Invoca a

teoria da asserção, ante a impossibilidade de decreto de carência após a instrução, não tendo a inicial sido rejeitada. Ressalta a existência de interesse público primário. Noticia que os autores populares já tomaram posse no cargo de Defensor Público do Estado de Santa Catarina, existindo ainda aproximadamente 30 aprovados aguardando nomeação, o que afasta a tese de interesse individual. Destaca que o objetivo da demanda é obstar a celebração de convênio entre a OAB/SC e a Defensoria Pública, no intuito de garantir a prestação de serviços jurídicos aos hipossuficientes, e não a nomeação dos autores, fato que já ocorreu. Aduz que o fato de o autor popular ter algum interesse pessoal no resultado do processo não afasta sua legitimidade, quando o objetivo visado é a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Ressalta o disposto no art. 9º da Lei de Ação Popular, sendo admitida a sucessão processual obrigatória quando os autores populares possam dar causa à improcedência da ação, o que não foi observado. Alega que a nomeação dos 157 aprovados no concurso público não será capaz de tornar constitucional/legal a celebração de convênio entre o estado e a OAB/SC, apenas pretende afirmar que, com a existência de aprovados, o convênio certamente não se daria de forma suplementar, como previsto na legislação estadual. Requer, assim, o julgamento do mérito, com a adoção da teoria da causa madura, a teor do que dispõe o art. 515, § 3º, do CPC. Discorre sobre a ilegalidade e a lesividade do ato impugnado, tendo sido suficientemente comprovados a intenção de efetivação do convênio e o caráter preventivo da ação.

Com contrarrazões (eventos 237 e 239, origem), subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

A parte-autora protocolou medida cautelar inominada sob nº 5029235-84.2014.404.0000, oportunidade em que, recebida como petição, foi deferido o provimento judicial antecipatório postulado, sendo a decisão objeto de agravo legal que, submetido à apreciação da Turma, foi julgado nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA ASSINATURA DO CONVÊNIO ENTRE A OAB/SC E O ESTADO DE SANTA CATARINA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS NECESSITADOS (DEFENSORIA PÚBLICA DATIVA).

1. Não há, no caso dos autos, fundamento jurídico que ampare a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

2. Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Defensor Público Estadual/SC, a administração pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da ‘Defensoria Pública dativa’ e, como exceção, a da Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.

3. Agravo improvido.”

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo provimento da apelação (evento 4).

É o relatório.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva:* O recurso deve ser conhecido, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade.

#### *Inadequação da via eleita*

O juízo *a quo* acolheu a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto entendeu que a condição suspensiva expressa no pedido inicial (até que os 157 aprovados do 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público sejam nomeados) configuraria a verdadeira intenção de defesa de interesses individuais/privados, o que foge do escopo da ação popular.

Isso porque, na exordial, os autores populares requerem, expressamente, o acolhimento do pedido nos seguintes termos (evento 1, INIC1, origem):

“3) seja julgado procedente o pedido, confirmando-se a liminar, para os fins de que seja determinado ao Defensor Público-Geral e à OAB/SC que se abstenham de celebrar contrato de convênio, para fins de prestação de assistência jurídica, enquanto não houver a nomeação dos 157 aprovados no 1º Concurso Público para o Cargo de Defensor Público, *de modo que o convênio possua nítido caráter subsidiário*, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 e do crime de desobediência;”

De acordo com o artigo 5º, LXXIII, da CRFB, admite-se a propositura de ação popular para fins de anulação de “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”.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 107-108), “pode-se afirmar que, na ação popular, o pedido imediato é de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o pedido mediato será, precipuamente, a insubsistência do ato lesivo”:

“Pelo que já se desenvolveu anteriormente, pode-se afirmar que, na ação popular, o pedido imediato é de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o pedido mediato será, precipuamente, a insubsistência do ato lesivo e, sendo possível, a recomposição específica do *statu quo ante*, relativamente a estes interesses difusos: a) patrimônio público, não só no sentido estrito de ‘erário público’ (= dinheiro ou tesouro público), mas em senso largo, abrangendo também as entidades de que o Estado participe e tomando-se esse termo ‘patrimônio’ de maneira a compreender os bens e valores históricos, artísticos, turísticos, paisagísticos, sacros, arquitetônicos etc. que componham, enfim, o conceito de ‘patrimônio cultural’; b) meio ambiente, no sentido atual desse conceito; c) moralidade administrativa, que hoje, como observa Lúcia Valle Figueiredo, não é mais uma expressão fugidia, mas que comporta efetivo controle, a partir da razoabilidade, da ‘relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir’ (...).”

No mesmo sentido, referindo-se à “posição da demanda popular”, José Afonso da Silva (*Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-97) assim dispõe:

“Visto isso, como se conceberia a ação popular diante dessas classificações?

Em primeiro lugar, ela visa à constituição de um processo de conhecimento. Seria, pois, uma ação de cognição. A sentença que julgar procedente a demanda popular abrirá, entretanto, possibilidade a um processo executório. Nesse caso, formado o título executivo com a decisão favorável no processo popular de conhecimento, surgem as condições para uma ação popular de execução.

Em segundo lugar, a demanda que contém a ação popular constitui um misto de demanda constitutiva e condenatória. Isso será mais bem examinado quando estudarmos a sentença que julgar procedente a demanda popular.

É constitutiva, quando propugna decretação da nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. É condenatória, quando condena ao pagamento de perdas e danos. Trata-se de cumulação de dois efeitos: o constitutivo negativo e o condenatório.”

Na hipótese, a parte-autora popular propõe uma ação preventiva de modo a evitar a ocorrência de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Em casos tais, não vejo como obstar o processamento do feito, porquanto presente o requisito objetivo da demanda: pretensão

desconstitutiva, ainda que preventiva. Explico.

Com efeito, é entendimento predominante no âmbito desta Terceira Turma que a anulação de ato por meio de ação popular somente é possível quando se tratar de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa, conceito no qual não se mostra adequado incluir interesses eminentemente privados.

A respeito do tema, colaciono o seguinte precedente desta Corte, *in verbis*:

“AÇÃO POPULAR. INADEQUAÇÃO DO VEÍCULO PROCESSUAL ELEITO. PRETENSÃO PARTICULAR. 1. É inviável a veiculação, em ação popular, de pretensão cuja abrangência não supera o âmbito dos interesses privados, como defender interesses comerciais da empresa da qual o autor é sócio, postulando a anulação do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 19/COTER/2011. 2. Extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso XI, do Código de Processo Civil.” (TRF4, 5006852-17.2012.404.7200, Terceira Turma, relator p/ acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 04.12.2014)

A presente ação popular foi intentada com o objetivo de obstar a celebração de convênios entre a Defensoria Pública e a OAB/SC, nas hipóteses em que não configurado o nítido caráter subsidiário, nos termos da legislação estadual.

Defende a parte-autora que a existência de candidatos aprovados em concurso público afasta, por si só, o caráter subsidiário da celebração, razão por que pretende a nomeação dos aprovados antes de eventual novo convênio.

É o caso de aplicação do seguinte precedente, uma vez que é evidente a possibilidade de lesão ao patrimônio público, caso desrespeitado o caráter subsidiário da celebração, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. A possibilidade da existência de lesão ao patrimônio público confere à ação popular meio adequado para atacar o ato impugnado.” (TRF4, AC 2009.71.07.003458-4, Quarta Turma, rel. Des. Federal Jorge Antônio Maurique, DE 05.11.2010)

Embora presente certo grau de interesse pessoal, aplica-se a sempre abalizada doutrina de José Afonso da Silva, segundo o qual “o interesse público, e não o individual, é que atrai o autor popular” (*Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 79), o que, na espécie, se consubstancia até mesmo na inexistência de

formalização para o repasse de valores, o que vem sendo investigado pelas autoridades competentes, ante a ofensa aos princípios administrativos da legalidade, da publicidade e da moralidade. Nesse sentido o teor do parecer do MPF, nesta instância:

“Com efeito, a presente ação popular foi ajuizada adequadamente, dentro dos ditames legais – Lei nº 4.717/65. E, como já referido, a continuidade do sistema antigo da defensoria dativa, na forma como vinha sendo conduzido pelos réus desta ação, afronta a moralidade pública, a eficiência administrativa e o patrimônio público. Isso porque é notório o fato de que o Estado de Santa Catarina não pagava em dia os defensores dativos, sendo que os pagamentos estão atrasados há anos; ainda, a OAB/SC não obedecia à ordem cronológica dos pagamentos, sem mencionar o gasto público com tal sistema, exacerbado, gerando uma dívida do estado para com a autarquia de mais de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Ademais, inexistia formalização do repasse de valores à OAB/SC, o que fere os princípios administrativos da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa.

*Vale dizer, a ilegalidade apontada pelos autores como razão para o ajuizamento da ação popular preventiva reside no fato de que o Estado de Santa Catarina pretende dar continuidade ao antigo modelo de defensoria dativa, juntamente com a OAB/SC, priorizando-o em vez da estruturação da Defensoria Pública, pelo que não há falar em carência da ação, sob o argumento de que com ela se pretende patrocinar interesses privados dos autores.”*

Portanto, afastado a hipótese de inadequação da via eleita, passando ao exame do mérito.

### *Mérito*

No mérito, cinge-se a controvérsia à (im)possibilidade de imposição de obrigação de não fazer ao Estado de Santa Catarina, consistente na abstenção de celebração de convênio com a OAB/SC, com o objetivo de suprir deficiência criada pelo próprio estado na prestação da assistência jurídica gratuita.

Sobre a necessidade de criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, em 14 de março de 2012, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.270, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, declarou a inconstitucionalidade do artigo 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual nº 155/1997, que viabilizavam a assinatura de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço de assistência judiciária aos necessitados (“Defensoria Pública dativa”), mantendo a aplicabilidade dos textos invalidados pelo período de doze meses, a contar do julgamento, nos

termos do aresto cuja síntese transcrevo:

“Ementa: Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei Complementar Estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de ‘defensoria pública dativa’. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, *caput*, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e da Lei Complementar Estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).” (ADI nº 4270, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 14.03.2012, DJe-188 de 24.09.2012, publicado em 25.09.2012)

Do voto condutor do acórdão, por elucidativa, extraio a seguinte passagem:

“Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa a variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual.”

Importa considerar que o artigo 134 da Constituição Federal eleva a Defensoria Pública a função essencial à justiça, garantindo-lhe, com exclusividade, o exercício da orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do seu também artigo 5º, LXXIV, *in verbis*:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.”

Aliás, registre-se que a essencialidade da atividade assegurada, pela CRFB, à Defensoria Pública já foi objeto de inúmeras manifestações do Supremo Tribunal Federal, na esteira dos exemplos que trago à colação:

(a) inconstitucionalidade da contratação de servidores temporários para exercer função de defensor público (*ADI n° 2.229, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.2004; ADI n° 3.700, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 06.03.2009*);

(b) impertinência da atribuição, à defensoria pública, da defesa de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente (*ADI n° 3.022, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 04.03.2005*);

(c) invalidade das regras de investidura do Defensor Público-Geral, do seu substituto e do Corregedor-Geral da Defensoria Pública estadual em desacordo com os critérios fixados na lei complementar nacional (*ADI n° 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 19.09.2008*); e

(d) impossibilidade do exercício de advocacia privada por defensores públicos, à margem das atribuições institucionais (*ADI n° 3.043, rel. Min. Eros Grau, DJ de 27.10.2006*).

Em todas essas hipóteses exemplificadas, o STF demonstrou especial atenção ao desenho constitucional conferido às atribuições da Defensoria Pública, cujo papel institucional se insere nos movimentos de acesso à ordem jurídica justa e de aproximação entre os extratos sociais necessitados e o Poder Judiciário – desenvolvimento democrático que não pode ser obstado por ausência de vontade política, sob pena de fragilização dos instrumentos democráticos de exercício dos poderes legítimos (omissão que viabiliza a sindicabilização judicial – ARE 679616 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19.11.2013, DJe-232 de 25.11.2013, publicado em 26.11.2013).

No caso específico, os autores populares pretendem obstar a celebração de convênio com a OAB/SC, visto que demonstrada a ausência do caráter subsidiário da pretensão, ante a existência de candidatos aprovados aguardando nomeação.

De fato, estabelece o art. 62 da LC n° 575, de 02 de agosto de 2012, que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina:

“Art. 62. A Defensoria Pública poderá celebrar convênio com órgãos e instituições, com vistas a implementar, *de forma suplementar*, as funções institucionais definidas no art. 4º desta lei complementar, de modo a assegurar que todos os assistidos sejam abrangidos pelo atendimento.”



Tratando-se de exame de legalidade estrita, não há que se aduzir indevida intervenção do Poder Judiciário em matéria relativa ao mérito do ato administrativo (discricionariedade – que não se confunde com arbitrariedade).

Não há dúvida de que o texto legal (embora de constitucionalidade duvidosa, frente ao art. 134 da CF, conforme destacado pelo MPF nesta instância) confere certa discricionariedade ao administrador público – que, de acordo com seu prudente critério e em ato administrativo fundamentado, pode firmar convênios com órgãos ou instituições, com vistas a implementar as funções institucionais da Defensoria Pública.

Ocorre que, na hipótese sob análise, a própria legislação impõe limitações ao atuar do administrador, admitindo a celebração de convênios apenas de forma suplementar.

Ou seja: o caso concreto evidencia que a discricionariedade administrativa, ao fim e ao cabo, não pode ultrapassar as limitações legais, sob pena de arbitrariedade.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 973) assim dispõe:

“Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”

José dos Santos Carvalho Filho, no entanto, adverte para a necessária diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade (*Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48), nos seguintes termos:

“A liberdade de escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que, algumas vezes, o agente, a pretexto de agir discricionariamente, conduz-se fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem*.”

Ao pretender a celebração de convênio com a OAB/SC, enquanto existentes candidatos aprovados em concurso público aguardando nomeação, atua a administração em desconformidade com os parâmetros legais e sem a devida justificação formal, ou seja, o administrador desvestiu-se de seu atuar discricionário para, em verdade, agir abusivamente, em manifesta afronta à legalidade – norte da atuação administrativa no Estado de direito constitucional.

Nesse sentido, mantenho a posição outrora adotada quando do julgamento do agravo legal na medida cautelar inominada, recebida como petição, da qual destaco o seguinte trecho:

“(…)

A situação concreta em apreço ainda ostenta uma agravante significativa: desde 15 de março de 2013 (evento 11, ATA2, origem), cento e cinquenta e sete aprovados no último e único concurso público promovido para o preenchimento de vagas no cargo de Defensor Público Estadual/SC aguardam a nomeação, em que pese a existência de previsão orçamentária para o respectivo provimento (evento 1, OUT12, origem).

*É certo que o Poder Judiciário, de ordinário, não pode determinar a nomeação de candidatos aprovados em concurso público (salvo as exceções jurisprudencialmente admitidas). No entanto, é possível – e este é o objeto principal deste pedido recursal – obstar a adoção de medidas administrativas, carentes de base legal ou constitucional, que objetivem a frustração das legítimas expectativas de candidatos aprovados em certames que tais, por corolário lógico da segurança jurídica, mais precisamente da proteção da confiança legítima nos atos oficiais do poder público.*

Outra não é, frise-se, a inteligência do artigo 62 da Lei Complementar Estadual nº 575/2012 de Santa Catarina, que expressamente admite a celebração de convênio com entidades para a prestação suplementar do serviço de assistência jurídica aos necessitados, nos seguintes termos (evento 1, OUT11, origem):

‘Art. 62. A Defensoria Pública poderá celebrar convênio com órgãos e instituições, com vistas a implementar, de forma suplementar, as funções institucionais definidas no art. 4º desta lei complementar, de modo a assegurar que todos os assistidos sejam abrangidos pelo atendimento.’

Ao intentar a celebração de novo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação do serviço próprio da Defensoria Pública Estadual, sem que tenham sido nomeados os candidatos aprovados no concurso público já homologado, a administração pública inverte a lógica legal, fixando como regra a atuação da ‘Defensoria Pública dativa’ e, como exceção, a Defensoria Pública instituída pela Constituição da República.

Por fim, destaco que, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 5013643-34.2013.404.0000, afastei a pretensão recursal porque, naquela oportunidade, inexistia ato concreto que demonstrasse a intenção do Estado de Santa Catarina em inobservar o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal para a manutenção excepcional das normas declaradas inconstitucionais na ADI nº 4.270. Agora, porém, há notícia formal de assinatura de novo convênio, na data de 02 de dezembro de 2013, às 17h (evento 78, origem) – bem

denotando o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do artigo 273 do CPC (artigo 22 da Lei nº 4.717/1965).

Ante o exposto, recebo a presente medida como petição e defiro o provimento judicial antecipatório postulado, para obstar a celebração de convênio entre o Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil que tenha por finalidade a assistência judiciária aos necessitados ('Defensoria Pública dativa').

(...)"

Acrescento que não se está determinando a nomeação dos candidatos aprovados, o que representaria violação ao princípio da separação dos poderes, mas apenas obstando-se a celebração de novos convênios que não se revistam de caráter nitidamente suplementar, em homenagem ao princípio da legalidade.

Deixo de arbitrar, ao menos por ora, a multa diária pleiteada, porquanto não evidenciada a intenção de descumprimento da determinação.

Quanto à sucumbência, nas hipóteses em que, pela particularidade da causa, inexistir condenação e se apresentar exorbitante a fixação dos honorários advocatícios dentro dos parâmetros constantes do artigo 20, § 3º, do CPC (10% e 20%), é viável o arbitramento da verba em montante preciso, forte nas disposições do § 4º do artigo 20 do diploma civil adjetivo.

Outrossim, considerando que o trabalho realizado pelo advogado deve ser remunerado de acordo com a complexidade da causa e o tempo exigido para o serviço, tudo em conformidade com os parâmetros do § 3º e alíneas do referido dispositivo legal, condeno o Estado de Santa Catarina ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

De igual forma, deve ser condenada a OAB ao pagamento de verba honorária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), ante sua atuação ativa para viabilizar a formulação do convênio questionado (o que restou comprovado nos autos), em que pese sua legalidade estar sendo questionada judicialmente.

*Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação.*

## ***APELAÇÃO CÍVEL Nº 5026757-34.2014.4.04.7201/SC***

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

*Apelante:* Concessionária Autopista Litoral Sul S.A.

*Advogado:* Dr. Luiz Carlos Bartholomeu

*Apelada:* Simone Petrich Cordeiro dos Santos

*Interessados:* Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT  
Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit

*MPF:* Ministério Público Federal

### ***EMENTA***

*Administrativo. Constitucional. Reintegração de posse. Demolição. Área non aedificandi. Concessionária de rodovia federal.*

– A área *non aedificandi* não integra o patrimônio público. Trata-se, como já tiveram oportunidade de afirmar diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de mera limitação administrativa.

– Como as restrições à utilização de área *non aedificandi* têm natureza de limitação administrativa, a respectiva fiscalização se insere no âmbito do denominado poder de polícia, atividade típica da administração e, logo, indelegável a pessoas jurídicas de direito privado.

– O concessionário de rodovia pode auxiliar o poder público, informando a autoridade competente, para que esta, no exercício regular de poder de polícia, adote as providências legais cabíveis em relação a obras alegadamente irregulares levantadas em área *non aedificandi*; não lhe é dado, todavia, exercer atividade típica de polícia, tomando medidas administrativas e judiciais tendentes à demolição de edificações.

### ***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, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 02 de outubro de 2015.

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

## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira:* Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por *Autopista Litoral Sul S.A.* em face de *Simone Petrich Cordeiro dos Santos*, na qual requer a reintegração imediata da posse da área localizada na Rodovia BR-101/SC, km 23 + 992 m, trecho Curitiba-Florianópolis, bem como a autorização para demolir as construções irregulares.

Indeferido o pedido de liminar (evento 12).

Sentenciando em 13.04.2015 (evento 33), o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido. Custas pela autora, sem condenação em honorários advocatícios, diante da ausência de participação concreta da ré nos atos processuais.

Inconformada, a autora recorre, afirmando que, ao agir em cumprimento às obrigações veiculadas pelo edital de licitação e pelo contrato de concessão, mediante inspeções realizadas no trecho concedido, verificou a edificação irregular construída pela ré em faixa de domínio e área *non aedificandi* no km 23 + 922 m, sentido norte, da Rodovia BR-101, localizada no Município de Joinville/SC, devidamente comprovada por meio de fotos e mapa/desenho anexos. Sustenta que

“tanto a faixa de domínio quanto a área não edificável possuem natureza jurídica de limitações administrativas negativas, uma vez que implicam um dever de não fazer aos administrados, consistente em não usar tais áreas em desobediência nem às autorizações, nem às restrições técnicas e operacionais estabelecidas pelo poder público.”

Busca a reforma da sentença.

O Dnit apela, sustentando que a sentença foi proferida em absoluta contrariedade com as cláusulas do contrato de concessão. Aduz que há previsão contratual expressa sobre as obrigações da concessionária em relação à área *non aedificandi*.

Após os demais trâmites legais, vieram os autos a esta Corte.

O MPF opina pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira:* Trata-se de ação possessória cumulada com pedido de demolição de construção

em relação a área localizada na Rodovia BR-101/SC, km 23 + 992 m, trecho Curitiba-Florianópolis.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, por entender que o contrato firmado entre a concessionária Autopista Litoral Sul S.A. e a União “não incluiu no rol de bens ou direitos da concessionária a possibilidade de exigir o respeito aos preceitos de não edificação de que trata a Lei nº 6.766/1979, art. 4º, inciso III”.

A autora e o Dnit (litisconsorte simples) recorrem.

O contrato de concessão estabelece o que segue acerca das obrigações da concessionária (evento 1 – CONTR6). Veja-se:

“16.6. Incumbe, também, à Concessionária:

(...)

e) adotar todas as providências necessárias, inclusive judiciais, à garantia do patrimônio das rodovias que compõem o Lote Rodoviário, inclusive das faixas de domínio e de seus acessos;

(...)

16.7. E também:

(...)

c) controlar todos os terrenos e edificações integrantes da Concessão e tomar todas as medidas necessárias para evitar e sanar uso ou ocupação não autorizada desses bens, inclusive na ‘área *non aedificandi*’, mantendo a ANTT informada a esse respeito;

(...)”

Como se percebe, tem a concessionária obrigação de tomar as providências cabíveis para promover a desocupação da faixa de domínio e a observância, pelos imóveis lindeiros, da área *non aedificandi*.

No caso dos autos, a prova demonstra que não há ocupação da faixa de domínio. Sequer se cogita de acolhimento, pois, da pretensão possessória no particular.

O que existe é alegação de utilização indevida da área *non aedificandi*.

Resta que se interprete o sentido das cláusulas contratuais, e isso à luz do ordenamento vigente.

A área *non aedificandi* não integra o patrimônio público. Trata-se, como já teve oportunidade de afirmar diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça (ao deliberar sobre a indenizabilidade em ações de desapropriação), de mera limitação administrativa. Nesse sentido: REsp 750.050/SC, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05.10.2006, DJ 07.11.2006, p. 242.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, também já afirmou a natureza de limitação administrativa da área *non aedificandi* (RE 104031, relator(a): Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 29.03.1985, DJ 03.05.1985, PP-06334, EMENT VOL-01376-02, PP-00425; RE 93553, relator(a): Min. Cunha Peixoto, Primeira Turma, julgado em 16.06.1981, DJ 28.08.1981, PP-08610, EMENT VOL-01223-02, PP-00497).

Se as restrições à utilização de área *non aedificandi* têm natureza de limitação administrativa, a fiscalização de sua utilização se insere no âmbito do denominado poder de polícia.

Ora, das atividades desempenhadas pela administração pública, há algumas que podem e outras que não podem ser outorgadas ou delegadas pelo poder público a entidades particulares. Isso, em determinadas situações, está claro na Constituição Federal. Como nos esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 53-5), a administração pública, no desempenho de sua missão de tutelar o interesse público e agir em nome de toda a coletividade, desenvolve uma gama imensa de atividades, as quais podem, de maneira geral, ser classificadas como de a) fomento, b) serviço público e c) intervenção.

As atividades de polícia administrativa, que muitos autores preferem denominar de limitações à liberdade e à propriedade, ou mesmo de poder de polícia, dizem respeito às restrições que o Estado impõe, a bem do interesse público, à utilização de bens ou ao desempenho de atividades. Ou seja, representam a ação interventiva do Estado na vida das pessoas naturais e jurídicas, a fim de que o uso de bens e o desempenho de qualquer atividade não ocorram de forma desordenada, causando danos ou tornando-se potencialmente causadores de danos à população.

O art. 78 do CTN dá-nos o conceito legal de poder de polícia ou polícia administrativa ao assentar:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Ressalte-se que o conceito de poder de polícia é dado pelo Código Tributário Nacional justamente porque seu desempenho justifica a imposição de taxas, que constituem uma das espécies tributárias.

A atividade de polícia administrativa, em resumo, compreende as restrições à liberdade e à propriedade impostas pelo Estado a fim de proteger o interesse coletivo. Como se colhe do magistério do mestre francês Rivero (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Traduzido por Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981),

“Em uma sociedade organizada, a livre actividade dos particulares tem necessariamente limites, que compete ao poder público traçar. Este fã-lo ao definir, na lei, as garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades. Mas é ao poder executivo que compete precisar e completar essas prescrições fundamentais, assegurar a sua aplicação concreta e, de um modo geral, evitar as desordens de qualquer natureza. Por polícia administrativa entende-se o conjunto das intervenções da administração que tendem a impor à livre acção dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.”

No desempenho das atividades de polícia administrativa, como nos ensina a doutrina, o poder público normalmente se vale de meios gerais, como os atos normativos, para disciplinar genericamente situações hipotéticas (como resoluções e instruções), ou ainda de meios específicos. Esses meios específicos subdividem-se em medidas preventivas (como licenças, autorizações e fiscalizações) e medidas repressivas (como multas, interdições de atividade, suspensões, demolições, cassações, etc.).

A atividade de controle do uso de área *non aedificandi* sem dúvida constitui expressão da polícia administrativa. Há, nesse caso, inquestionavelmente, exercício de parcela do poder estatal.

Como as atividades de polícia administrativa representam a mais clara expressão do poder estatal, elas não podem ser delegadas a particulares, mesmo porque, como reconhece a doutrina, gozam de coercibilidade e autoexecutoriedade, atributos que são desconhecidos, como regra, nas relações de direito privado.

A doutrina, em algumas oportunidades, já se manifestou claramente sobre a impossibilidade de delegação de atividade de polícia administrativa. Vejamos, por exemplo, a opinião de Álvaro Lazzarini, manifestada em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo (LAZZARINI, Álvaro. Limites do poder de polícia. *Revista de Direito*



*Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 82):

“O poder de polícia é um poder instrumental da administração pública, para que ela possa realizar os seus fins. É, portanto, um poder administrativo.

O poder de polícia, bem por isso, só pode ser exercido pela administração pública, enquanto poder público, sendo, assim, indelegável a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural, seja pessoa jurídica de direito privado, embora da administração indireta, estando aí uma importante limitação ao exercício do poder de polícia, pois diz respeito à competência para a prática do ato de polícia.

O poder de polícia se concretiza em ato de polícia que só pode ser praticado por quem efetivamente detenha a competência para a sua realização. O ato de polícia é ato administrativo.”

É igual a opinião de Diógenes Gasparini, em parecer publicado no Boletim de Direito Municipal, manifestando-se escudado nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (GASPARINI, Diógenes. Trânsito – Poder de polícia – Delegação – Inadmissibilidade – Missão das polícias militares. *Boletim de Direito Municipal*, v. 8, n. 2, p. 91-92):

“37. Aliás, precisa é a afirmativa de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no já citado *Curso de direito administrativo*, p. 94 e 95, assim proferida:

‘Em regra, cabe ao próprio Estado, em seus desdobramentos políticos e administrativos, executar as atividades de administração pública. Tão volumosa e diversificada é, porém, essa tarefa demandada de um Estado contemporâneo, que passou a ser comum a transferência a particulares dos encargos de execução mediante instrumentos jurídicos adequados.

A doutrina considera que certas atividades são, todavia, indelegáveis: as denominadas atividades jurídicas do Estado, que lhes são próprias e impostas como condição necessária de sua existência. As demais, delegáveis, são as chamadas atividades sociais, que são cometidas ao Estado na medida em que ao legislador pareça útil à sociedade, não sendo consideradas fundamentais à sua preservação essencial.

No campo do poder de polícia, só há atividades próprias.

Assim, não há possibilidade de delegação do poder de polícia, por ser uma das atividades jurídicas do Estado (...).”

Afigura-se o controle do uso de imóveis sujeitos a limitação administrativa como atividade de polícia administrativa e, logo, indelegável a pessoas jurídicas de direito privado. Quanto a esse tipo de atividade, pois, ou o Estado a exerce diretamente, e isso ocorre em muitos casos, ou, pretendendo trespassá-la, só pode fazê-lo a pessoa jurídica de direito público que esteja a si umbilicalmente ligada (fundações de direito público e autarquias).

Desse modo, a fim de se preservar a validade da cláusula 16.7 do

contrato, segundo a qual cabe ao concessionário tomar todas as medidas necessárias para evitar o uso ou a ocupação não autorizada dos bens objeto da concessão, “inclusive na ‘*área non aedificandi*’, mantendo a ANTT informada a esse respeito”, só se pode interpretá-la no sentido de que a concessionária deve informar a autoridade competente, para que esta, no exercício regular de poder de polícia, tome as providências legais cabíveis.

Merece confirmação, assim, a sentença, que dispôs nos seguintes termos:

“Ocorre que o preceito contratual *não incluiu* no rol de bens ou direitos da concessionária a possibilidade de exigir o respeito aos preceitos de não edificação de que trata a Lei nº 6.766/1979, art. 4º, inciso III. A limitação de não edificação *não transferiu* à União Federal, como não o faz em relação a nenhuma outra pessoa jurídica de direito público, a área afetada pela proibição. Ela permanece sob a propriedade particular, apenas não havendo autorização de edificar – o particular pode, por exemplo, manter bosque, jardim ou outra forma de explorar a área. Em um cenário tal, não poderia a aludida área, jamais, ser objeto da cláusula invocada pela autora como base para os direitos aqui postulados – o de posse e o de disposição da construção irregular. Mais que isso, não há, no contrato em questão, previsões de transferência da titularidade do direito de exigir o cumprimento da limitação de construção que faça surgir em favor da autora o direito postulado.

Note-se que é incontroverso, inclusive em razão do documento apresentado pela própria autora (evento 1, not5, p. 5) e do ofício do Dnit (evento 31, ofic2), que a pretensa construção irregular *não invadiu* a faixa de domínio, mas teria sido concretizada, juntamente com diversas outras residências, apenas na área de não edificação.

De tudo isso, não se vislumbra, em favor da autora, quer o direito à posse, quer o de exigir da ré a demolição do bem já construído. Se a alguém caberia esse direito, seria às assistentes, cujo pedido de intervenção foi como assistente simples, e não litisconsorcial, tudo levando à improcedência dos pedidos.”

Se a concessionária não tem atribuição para exercer a atividade de polícia no que toca à utilização da área *non aedificandi*, não pode demandar em juízo para exigir do particular observância das restrições impostas pela limitação administrativa prevista no artigo 4º da Lei 6.766/79. Sua atuação somente se pode limitar à comunicação às autoridades competentes, para que estas, no exercício de regular poder de polícia, tomem as medidas administrativas e judiciais cabíveis.

De fato, a propositura da ação decorre do poder de polícia atribuído ao ente estatal, e, nesse sentido, sequer seria razoável que se determinasse a demolição, até porque, afinal, ela seria promovida por pessoa jurídica de direito privado (a concessionária). Não detém a concessionária poder

de polícia e muito menos pode executar, ainda que por determinação judicial, medida inerente a esse poder (no caso, a demolição das obras alegadamente ilegais).

Somente o poder público pode fiscalizar a observância das restrições impostas pela limitação administrativa e, por extensão, tomar as medidas administrativas e judiciais tendentes a promover a demolição de obras irregulares.

*Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação, nos termos da fundamentação.*



*DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL*



***HABEAS CORPUS Nº 5032948-33.2015.4.04.0000/PR***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto

*Paciente/Impetrante:* J.L.Z.

*Advogado:* Dr. Alexandre Lopes de Oliveira

*Impetrado:* Juízo Federal da 13ª VF de Curitiba

*MPF:* Ministério Público Federal

***EMENTA***

*Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Operação Lava-Jato. Prova. Legalidade. Excepcionalidade. Não incursão no material probatório. Preservação da utilidade do processo. Proporcionalidade. Acordo de colaboração premiada. Negócio jurídico processual. Impugnação. Nulidade. Legitimidade.*

1. A impetração de *habeas corpus* destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou do réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade que afete sobremaneira a ampla defesa.

2. Eventual discussão a respeito de vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, não restando demonstrado flagrante constrangimento

ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais.

3. O juízo de admissibilidade do *habeas corpus* para tratar de matérias outras não relacionadas ao direito de ir e vir deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, a fim de evitar o comprometimento da ampla defesa e da utilidade da própria ação penal. Hipótese excepcional de intervenção recursal no juízo instrutório exclusivamente em razão da peculiaridade do caso, sem prejuízo da reafirmação do poder instrutório do magistrado de primeiro grau.

4. O acordo de colaboração premiada é ato jurídico negocial de natureza processual.

5. O acordo de colaboração não é prova, mas sim meio para a sua obtenção.

6. O confronto pelos corréus das declarações contidas no acordo se dá no curso do processo judicial, sobretudo sobre o material probatório dele resultante.

7. Eventual falha do colaborador ou inverdade nas declarações pode acarretar, além da submissão daquele que quebra o pacto às penas legais, a perda dos benefícios pleiteados pelo colaborador, mas não tem como consequência a sua invalidade completa.

8. O corréu indicado pelo colaborador não tem legitimidade para pleitear a declaração de invalidade do acordo de colaboração.

9. Tendo em vista o caráter personalíssimo do negócio jurídico e tendo a defesa indicado a existência de erros nas transcrições das declarações do colaborador, eventuais correções e esclarecimentos necessários por petição, no momento da homologação, não maculam a essência do acordo, tampouco o tornam imprestável como meio de obtenção de prova.

10. Eventual nulidade de acordo de colaboração premiada não permite que o Tribunal, em sede de *habeas corpus*, ingresse na análise exaustiva do conjunto probatório a fim de estabelecer os reflexos da invalidade sobre o restante do caderno probatório, sobretudo diante da complexidade da investigação. Tampouco teria efeitos sobre a prisão preventiva, sujeita a pressupostos próprios. *Habeas corpus* não conhecido no ponto.

11. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e denegada.

## 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, conhecer em parte do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegar-lhe a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de setembro de 2015.

Des. Federal *João Pedro Gebran Neto*, Relator.

## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto*: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alexandre Lopes de Oliveira e outros em favor de J.L.Z., pretendendo o trancamento da Ação Penal nº 5039475-50.2015.404.7000/PR, em trâmite na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR e relacionada à denominada Operação Lava-Jato, “porquanto nula a homologação judicial do acordo de delação premiada pactuado entre H.P.P. e a (...) ‘Força-Tarefa’ e, por conseguinte, inservíveis os depoimentos prestados pelo delator, que não poderiam estribar a acusação lançada em desfavor do paciente”.

Alegam os impetrantes, em síntese, que, na audiência de homologação do acordo de H.P.P., “a vulgarização do instrumento ganhou contornos mais sérios e que, chapada a nulidade, desvestem de justa causa a ação penal deflagrada”. Defendem que o acordo de colaboração não poderia ter sido homologado diante da existência de erros circunstanciais nos depoimentos prestados, apontados pela defesa do colaborador e que serão objeto de correção por petição. Postulam o deferimento de medida liminar para que seja determinada a suspensão do trâmite processual, assim como ordenada a soltura do paciente.

Ao final, requerem a concessão da ordem para que seja reconhecida “(a) a nulidade da homologação do acordo de colaboração premiada multicitado; (b) na sequência, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, uma vez expungido do processo o depoimento que fundamentou a denúncia; (c) e, ao cabo, a revogação da prisão provisória”.

A liminar foi indeferida (evento 2).



A autoridade coatora prestou informações (evento 8).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da inicial, considerando que a complexidade do conjunto probatório “contraria esse simplismo reducionista da impetração” e que existem outras provas a corroborar a denúncia. No mérito, pela denegação da ordem (evento 11).

Vieram os autos conclusos para julgamento.

*É o relatório.*

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto:*

### *1. Cabimento e limites da ação constitucional de habeas corpus*

#### *1.1. Cabimento do habeas corpus*

*1.1.1.* Tem chamado a atenção, sobretudo no âmbito das ações penais que guardam relação com a denominada Operação Lava-Jato, a frequente utilização do *habeas corpus* com a finalidade de enfrentar, de modo precoce, questões de índole processual.

O remédio heroico destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, mas sempre – e em especial – quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu.

Ou seja, “as questões relativas à produção de prova são, em regra, afetas ao juízo de primeiro grau, sendo que eventual alegação de cerceamento de defesa deve ser arguida em preliminar de apelo, à vista da sentença” (HC nº 0000537-56.2014.404.0000, 7ª Turma, Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, v.u., publ. 13.06.2014).

A jurisprudência dominante, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, indica que, mesmo nos casos de nulidade absoluta, não se há de reconhecê-la quando não comprovado o prejuízo efetivo:

“*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL PELO CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1. Ausência de demonstração de prejuízo concreto para o paciente pela ausência de oitiva de testemunha por ele arrolada. 2. Sem a demonstração de prejuízo, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*, corolário da natureza instrumental do processo, não se decreta nulidade no processo penal. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (HC 110647, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25.02.2014, Processo Eletrônico, DJe-058, divulg. 24.03.2014, public. 25.03.2014)*

Deve ficar claro, além disso, que, regra geral, eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova ou do trâmite processual tem lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal.

1.1.2. Não está em pauta, pois, o cerceamento da liberdade do paciente, tampouco o risco de que isso venha a ocorrer. De igual modo, não é caso de trancamento da ação penal por ausência de requisito próprio, mostrando-se questionável o uso do *writ* com a finalidade buscada na inicial. Tal entendimento, refira-se, já foi reafirmado pela 8ª Turma, como se extrai do julgado que segue:

“*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A impetração de *habeas corpus* destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou do réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade que afete sobremaneira a ampla defesa. 2. Eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, não restando demonstrado flagrante constrangimento ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais. 3. Não conhecida a impetração da ordem de *habeas corpus* e julgado prejudicado o pedido liminar.” (HC nº 5030376-41.2014.404.0000, 8ª Turma, minha relatoria, por unanimidade, juntado em 22.01.2015)*

Assim colocadas tais premissas em juízo de admissibilidade, todavia, há que se verificar se a decisão de primeiro grau revela alguma ilegalidade latente, capaz de autorizar a intervenção prematura do juízo recursal na instrução.

E, nesse cotejo, deve-se ter presente o princípio da proporcionalidade, seja no que diz respeito ao amplo contraditório, seja no que concerne à utilidade da própria ação penal, de modo a evitar nulidades desnecessárias. *Nesse passo, de forma excepcional, tenho como cabível a presente impetração*, até mesmo porque o cerne da discussão diz respeito exclusivamente à legalidade e ao alcance da decisão que decretou a quebra de sigilo. Ou seja, não se há de falar em incursão aprofundada no material probatório, mas tão somente em análise dos requisitos para a medida judicial.

Para enriquecer o debate, refira-se o recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal HC nº 127.483/PR, impetrado em favor de

E.M.F., no qual se discutia justamente a validade ou não de acordo de colaboração premiada firmado por A.Y.

Na oportunidade, em que pese apenas pelo desempate favorável à defesa, a Corte Constitucional decidiu conhecer da ordem de *habeas corpus*, de modo que, atento às premissas daquele julgamento, tenho por cabível a impetração, nos limites a seguir esclarecidos.

## 1.2. Limites do habeas corpus

1.2.1. Antes de avançar sobre as questões atinentes ao acordo de colaboração firmado por H.P.P., cabe salientar *que eventual inconsistência nas informações prestadas pelo colaborador não tem, como se verá adiante, consequência imediata na validade da ação penal, tampouco na liberdade do paciente.*

A concessão da liberdade somente teria lugar se a defesa tivesse sucesso em apontar equívocos no decreto prisional, o que, até o momento, não se verificou. *A legalidade e a adequação da prisão preventiva já foram examinadas pela 8ª Turma deste Tribunal nos autos do HC nº 5025774-70.2015.4.04.0000/PR, tendo o colegiado, por unanimidade, denegado a ordem, nos termos da ementa que segue:*

“OPERAÇÃO LAVA-JATO. *HABEAS CORPUS*. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPLEXO ENVOLVIMENTO DO CRIMINOSO. NOVOS PARADIGMAS. 1. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto. 2. Para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do *periculum libertatis*, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal. 3. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada Operação Lava-Jato, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas revelam a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos. 4. 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. 5. Materialidade e indícios suficientes de autoria caracterizados pela transferência de significativo numerário entre contas situadas no exterior, em nome de *offshores* das quais o paciente figura como controlador e beneficiário, inclusive no curso da investigação e após a sua notoriedade. 5. Havendo fortes indícios da participação do paciente em ‘organização criminosa’, em crimes de ‘lavagem de capitais’ e ‘contra

o sistema financeiro nacional’, todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, seu enriquecimento ilícito e o de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC nº 302.604/RP, rel. Ministro Newton Trisotto, Quinta Turma, julg. 24.11.2014). 6. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23.10.2014). 7. Ordem de *habeas corpus* denegada.” (TRF4, *Habeas Corpus* nº 5025774-70.2015.404.0000, 8ª Turma, Des. Federal João Pedro Gebran Neto, por unanimidade, juntado aos autos em 14.08.2015)

1.2.2. É igualmente inviável que se afira, *em segundo grau*, a higidez do restante do conjunto probatório, caso eventualmente expurgado do caderno probatório o elemento tido por inválido.

Assim é que, mesmo que do julgamento possa resultar, em alguma medida, a nulidade do acordo de colaboração premiada, *mostra-se inviável ao Tribunal, em sede mandamental, até mesmo porque incompatível com o próprio instrumento*, antecipar-se ao juízo originário no exame de todo o conjunto probatório, declarando as invalidades derivadas e identificando a prova que permanece intacta porquanto independente.

Tal premissa, ressalte-se, não se traduz em negativa de jurisdição. Em caso de alta complexidade, como nas investigações levadas a efeito pela Operação Lava-Jato, *é impossível ao juízo recursal adentrar na especificidade da prova e em todos os reflexos advindos de eventual exclusão de um ou outro elemento*. O relato contido na denúncia da Ação Penal nº 5039475-50.2015.4.04.7000/PR é exemplificativo da limitação que surge em razão de todas as ramificações de fatos e personagens.

Assim, não merece ser conhecido o *habeas corpus* no que diz respeito aos pedidos de (a) trancamento da ação penal por ausência de justa causa, caso excluído do processo o depoimento que fundamentou a denúncia; e (b) revogação da prisão cautelar.

## 2. Do acordo de colaboração premiada

2.1. Recentemente o tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 127.483/PR, impetrado em favor de E.M.F.,

também investigado e réu em processo correlacionado à investigação em curso, no qual pretendia a defesa a declaração de nulidade do acordo de colaboração firmado por A.Y. e homologado pelo Ministro Teori Zavascki.

Embora seja digno de leitura, descabe aqui transcrever na íntegra o voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli. Mas, no que importa para a apreciação do presente pedido, é válido dizer que o acordo de colaboração premiada não atinge a esfera jurídica dos corréus na ação penal.

Bem sintetizando os fundamentos invocados no julgamento pela Corte Constitucional, a denegação da ordem tomou em conta algumas premissas que merecem destaque.

2.2. *A colaboração premiada não é prova*, mas sim mero meio de obtenção, como são as buscas domiciliares ou as quebras de sigilo. Seguindo a linha de argumentação traçada pelo Ministro Dias Toffoli, “(...) o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador”. Prossegue o então relator do *habeas corpus* antes referido:

“Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meios de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.”

Somente a prova propriamente dita tem aptidão para interferir no grau de cognição do magistrado no instante do julgamento da causa. É ela que exerce influência de forma direta sobre seu convencimento, ou seja, é do cotejo das provas (documentos, escritos, escutas, dentre outras) que o magistrado extrai suas conclusões.

Partindo justamente dessa premissa, o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 estabelece que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

2.3. *A colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico processual*.

Seu objetivo é a cooperação do imputado com a investigação e com o processo criminal. Fazendo uso das concepções emprestadas pela

Lei nº 12.850/13, trata-se de verdadeira negociação entre o Ministério Público e o agente colaborador.

Cada um, em sua esfera de disponibilidade, transige em certa medida, até chegarem ao ponto de comunhão de interesses. Se, por um lado, o colaborador busca benefícios – às vezes imediatos, outras vezes futuros –, de outro lado, é inegável o auxílio que presta na busca de provas para a elucidação do ilícito e para a identificação dos envolvidos.

É vedado ao juízo participar dos atos de negociação do acordo de colaboração. Não cabe a ele, até por ser prematuro o momento, a verificação da veracidade ou não das informações.

*Tampouco o momento da homologação é adequado para aferir a idoneidade dos depoimentos dos colaboradores, valendo lembrar que os fatos ilícitos porventura narrados deverão ser reforçados por prova. Tal circunstância foi bem identificada pelo Ministro Teori Zavascki:*

“(…) o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, e não pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribui escassa confiança e limitado valor probatório (‘Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador’, diz o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13).”

Diante disso, não há dúvida de que *a homologação do acordo não adentra no mérito das declarações do colaborador, sem prejuízo de eventual inverdade ser objeto das sanções legais cabíveis ou, até mesmo, ensejar a perda dos benefícios.*

2.4. Como negócio jurídico processual de natureza personalíssima que é, “não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no momento do ‘relato da colaboração e de seus possíveis resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13)” (HC nº 127.483/PR).

Também por ser personalíssimo, não vincula o delatado aos seus termos e não atinge diretamente a sua esfera jurídica, isto é, seus efeitos não são extensíveis aos demais corréus. E não só no que concerne às obrigações e aos benefícios; *eventual descompasso nas declarações até mesmo poderá resultar na revogação dos benefícios pactuados com o colaborador. Contudo, em nenhuma hipótese interfere naquilo que for objeto de apuração e na prova decorrente no curso da ação penal.* É fundamental ter em conta os esclarecimentos feitos pelo Ministro Dias Toffoli:

“Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que *não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la*, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou das medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes ou mesmo independentemente de um acordo de delação.

(...)

Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa.”

Em síntese, *as informações prestadas pelos colaboradores serão confrontadas, no curso da ação penal, justamente com as provas obtidas a partir do acordo.* Em linha de princípio, eventuais informações falsas resultarão na ausência de provas a respeito de fatos, sem prejuízo de submeter o falso colaborador às respectivas penas, porém, sem invalidar o ajuste na sua essência. Colhida a prova, contudo, como regra geral, nenhuma mácula sobre a prova recairá.

Nesse passo, a *indicação, pela própria defesa do colaborador H.P.P.*, da existência de erros circunstanciais nos depoimentos prestados, *no momento da homologação, registre-se*, não invalida o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção da prova. *Tampouco, tendo em vista se tratar de ato jurídico pessoal que tem o colaborador e o órgão ministerial como partes, se há de questionar a possibilidade de complementação ou correção, desde que com a concordância do parquet.*

2.5. Por todo o exposto, pode-se concluir que, regra geral: (a) o acordo de colaboração premiada é ato jurídico negocial de natureza processual; (b) o acordo de colaboração não é prova, mas sim meio para a sua obtenção; (c) o confronto pelos corrêus das declarações contidas no acordo se dá no curso do processo judicial, sobretudo sobre o material probatório dele resultante; (d) eventual falha do colaborador ou inverdade nas declarações pode acarretar, além da submissão daquele que quebra o pacto às penas legais, a perda dos benefícios pleiteados pelo colaborador, mas não tem como consequência a sua invalidez completa; (e) o corrêu indicado pelo colaborador não tem legitimidade para pleitear a declaração de invalidez do acordo de colaboração; (f) tendo em vista o caráter personalíssimo do negócio jurídico e tendo a defesa indicado a existência de erros nas transcrições das declarações do colaborador, eventuais correções e esclarecimentos necessários por petição, no momento da homologação, não maculam a essência do acordo, tampouco o tornam imprestável como meio de obtenção de prova.

*Ante o exposto, voto por conhecer em parte do habeas corpus e, na parte conhecida, denegar-lhe a ordem, nos termos da fundamentação.*

*É o voto.*



***HABEAS CORPUS Nº 5044182-12.2015.4.04.0000/PR***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha

*Paciente/Impetrante:* C.L.

*Advogado:* Dr. Fernando Armando Schaurich

*Impetrado:* Juízo Substituto da 4ª VF de Foz do Iguaçu

*MPF:* Ministério Público Federal

***EMENTA***

Habeas corpus. *Contrabando de cigarros. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Concessão de liberdade provisória mediante fixação de medidas cautelares alternativas. Conjugação de fiança e monitoramento eletrônico.*

1. Há evidência de risco concreto à aplicação da lei penal quando o paciente descumpre medidas cautelares anteriormente impostas, ocultando-se da citação e da persecução penal.

2. Sendo a prisão preventiva medida excepcional, sobretudo após a edição da Lei nº 12.403/2011, seu cabimento é restrito às situações nas quais não se mostra cabível a substituição por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese de crime, em tese, praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e sopesadas as circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão da liberdade provisória mediante a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão, especialmente, a fiança conjugada à monitoração eletrônica, que se mostra eficaz para manter o paciente vinculado ao juízo e impedir eventual reiteração delitiva.

4. Como condição de sua liberdade, deverá o paciente propiciar o monitoramento de seus deslocamentos, por meio do excepcional uso de tornozeleira eletrônica (art. 319, IX, do CPP), mediante a respectiva contraprestação da monitoração eletrônica, com os ônus financeiros por sua conta.

5. Em caso de fuga, o valor está sujeito a perdimento integral. Fixado como limite de deslocamentos do paciente o raio de 10 quilômetros do local de residência, além da vedação de ultrapassar as fronteiras nacionais.

## 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 unanimidade, conceder a ordem, para substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares indicadas, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 01 de dezembro de 2015.

Des. Federal *Márcio Antônio Rocha*, Relator.

## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha:* Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Fernando Armando Schaurich em favor de C.L., contra ato do Juízo Substituto da 4ª VF de Foz do Iguaçu, pretendendo a revogação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Relata que o paciente foi preso em flagrante na data de 30.10.2015 pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 334-A, § 1º, II, do Código Penal. Alega que o paciente não participava da empreitada criminosa. Sustenta, em síntese, que a decisão que decretou a prisão preventiva carece de fundamentação, não havendo elementos concretos que autorizem a segregação cautelar. Requer a revogação da decisão, com a consequente concessão da liberdade provisória sem fiança, por ser o paciente pobre.

O pedido liminar foi indeferido (ev. 2).

A autoridade impetrada prestou as informações solicitadas (ev. 5).

O Ministério Público Federal opina pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha:* Segundo consta do auto de prisão em flagrante, o paciente foi preso juntamente com outros 4 indivíduos, além de um menor, no momento em que carregavam caixas de cigarro de origem estrangeira, sem a devida documentação de sua regular importação. Na ocasião, agentes da Polícia Federal

perceberam intensa movimentação de pessoas próximas ao Rio Paraná, as quais tentaram empreender fuga no momento em que avistaram a viatura policial. Ato contínuo, os indivíduos foram abordados, sendo-lhes dada voz de prisão. Foram apreendidas 14 caixas de cigarros contrabandeados.

Em sede policial, o paciente afirmou que mora nas adjacências do Rio Paraná e que, na data dos fatos, viu um grupo de pessoas transitando em sua propriedade e tentando passar por uma cerca eletrificada. Disse que se aproximou para soltar a cerca, a fim de evitar que alguém fosse eletrocutado. Alegou que não estava carregando cigarros, informando que nem mesmo consegue carregar peso por conta de uma cirurgia na perna a que foi submetido.

A prisão em flagrante do paciente foi homologada e convertida em preventiva, para assegurar a *aplicação da lei penal*. Para tanto, o magistrado *a quo* entendeu estarem presentes indícios de autoria e materialidade e considerou o fato de que o autuado possui mandado de prisão em aberto, expedido nos autos da Ação Penal nº 5002433-97.2011.404.7002, a demonstrar o risco de evasão por parte do flagrado.

Destacou o juiz federal que, naqueles autos, o paciente teve a liberdade provisória concedida mediante fiança. Contudo, após prestar fiança e ser posto em liberdade, não foi localizado para citação e deixou de comparecer ao processo, motivo pelo qual foi decretada sua prisão preventiva e a quebra da fiança.

Inicialmente, observo que constam dos autos indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, a partir do que se vê do flagrante, dos depoimentos prestados e do auto de apreensão. Anoto que, neste momento, bastam indícios suficientes de autoria, os quais se encontram presentes na hipótese.

Da certidão de antecedentes criminais (ev. 24, doc. 1, do IPL), verifica-se que o paciente responde a uma ação penal pela prática, em tese, do crime do art. 18, c.c o art. 19, da Lei nº 10.826/2003 (autos nº 5002433-97.2011.4.04.7002), na qual fora decretada sua prisão preventiva após a citação por edital, diante do descumprimento das medidas cautelares impostas.

Como se vê, a decisão impugnada, ao contrário do alegado, indica elementos concretos para prisão preventiva como medida necessária

para assegurar a aplicação da lei penal. Com efeito, neste momento, verifica-se que é real o risco de evasão por parte do paciente e que as medidas alternativas anteriormente fixadas não foram suficientes para impedir a reiteração delitiva.

Por outro lado, a defesa constituída deixou de juntar quaisquer documentos com a presente impetração.

Nesse contexto, entendo restar evidenciado o risco concreto à aplicação da lei penal.

Entretanto, como destacado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, devem ser sopesadas as circunstâncias do caso, especialmente que o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça e que a quantidade de cigarros apreendidos não é exorbitante.

Nessa medida, considerando ainda que a prisão anterior data de 19.01.2011, já longínqua portanto, bem como que a prisão preventiva é medida excepcional, na linha da manifestação do *Parquet*, tenho que é cabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, especialmente, a *monitoração eletrônica*, que se mostra eficaz para manter o réu efetivamente vinculado ao juízo, conjugada ao pagamento de *fiança* em patamar mais elevado que a anterior.

Assim, como condição de sua liberdade, deverá o paciente propiciar, além da fiança, o monitoramento de seus deslocamentos, por meio do excepcional uso de tornozeleira eletrônica (art. 319, IX, do CPP). Para tanto, deve arcar com os custos respectivos, pois esse custo somente é gerado pela incapacidade do réu em comprovar condições realmente favoráveis a sua soltura, que, no caso, seriam, *v.g.*, apresentar comprovantes de residência, de rendimentos lícitos, não apresentar ligação com pessoas voltadas ao cometimento de ilícitos, não apresentar antecedentes criminais, etc.

Considerando-se desde logo uma razoável duração do processo penal, em dois anos (frente à ausência de maiores complexidades), deverá o réu arcar com os custos desse monitoramento, equivalentes a R\$ 275,00 mensais. Assim, é cabível a medida alternativa prevista no artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, desde que o indiciado, aceitando o monitoramento eletrônico, deposite o valor do serviço de locação do aparelho e respectivo monitoramento, pelo prazo de 24 meses, ou seja, totalizando o valor de R\$ 6.600,00. Esse valor do ressarcimento, por

ser alternativo e fazer frente às já referidas condições específicas da liberdade do paciente, deverá ficar à disposição do juízo e não estará sujeito a ressarcimento ao réu, salvo nas hipóteses do artigo 65 e do artigo 386, incisos I a V, do Código de Processo Penal. Não ocorrendo tais hipóteses absolutórias, a medida perdurará até que cumprido o referido prazo de duração razoável do processo ou até que iniciada a execução de eventual sentença condenatória.

O valor também está sujeito a *perdimento integral* no caso de fuga.

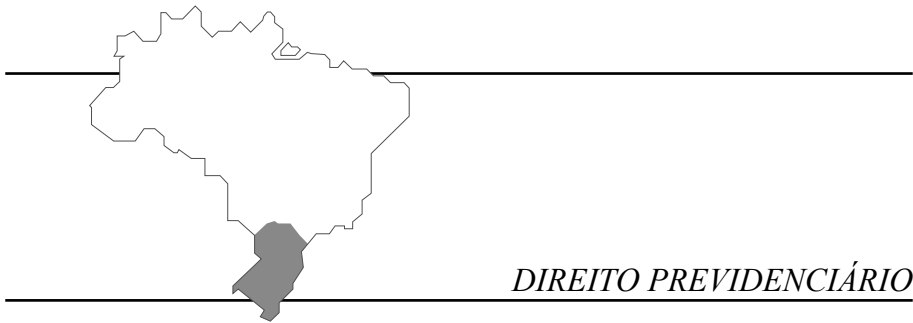
Fixo como limite de deslocamentos o raio de *10 quilômetros do local de residência* e a *vedação de ultrapassar qualquer uma das fronteiras nacionais*.

Assim, fixo as seguintes medidas cautelares como condição para liberdade provisória do acusado:

- a) pagamento de fiança no valor de *R\$ 4.000,00*;
- b) colocação de tornozeleira eletrônica (art. 319, IX, do CPP – monitoração eletrônica), com os respectivos custos ao encargo do paciente;
- c) compromisso de comparecimento em todos os atos do processo e de não se ausentar da comarca de residência sem autorização do juízo processante;
- d) ratificação do endereço onde possa ser encontrado e compromisso de não mudar de endereço sem comunicação prévia ao juízo processante.

Quanto ao valor da fiança, verifica-se que o montante anteriormente arbitrado (R\$ 2.500,00) não o foi em patamar suficiente a inibir a reiteração criminosa, tampouco para vincular o réu ao juízo, razão pela qual se justifica a sua fixação, neste novo processo, em montante superior.

*Ante o exposto, voto por conceder a ordem, para substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares indicadas.*



*DIREITO PREVIDENCIÁRIO*



***EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0017468-81.2012.4.04.9999/PR***

*Relator:* O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat  
*Rel. p/ acórdão:* O Exmo. Sr. Des. Federal Rogerio Favreto

*Embargante:* Pedro Ducate Bueno  
*Advogados:* Drs. Tadeu Oliva Kurpiel e outro  
*Embargado:* Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
*Advogado:* Procuradoria Regional da PFE – INSS

***EMENTA***

*Previdenciário. Embargos infringentes. Decadência do direito de revisão. Repercussão geral julgada no STF, RE nº 626.489.*

A parte final do art. 103 da Lei nº 8.213/1991 (“ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”) diz respeito ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que tenha atendido sua pretensão de forma parcial, antes de iniciado o curso do prazo decadencial. Pois este, uma vez inaugurado, não se suspende ou interrompe, segundo expressa disposição do art. 207 do Código Civil.



## 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 voto de desempate, negar provimento aos embargos infringentes*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de dezembro de 2015.

Des. Federal *Rogério Favreto*, Relator para o acórdão.

## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat*: Trata-se de embargos infringentes interpostos em face de acórdão lavrado nos seguintes termos:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO PRAZO DECADENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO.

1. Definiu o Supremo Tribunal Federal (RE 626489) que a norma processual de decadência decenal incide a todos benefícios previdenciários concedidos, desde o dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação a partir de 01.08.97, após não sendo possível revisar a RMI pela inclusão de tempo, sua classificação como especial, ou por erros de cálculo do PBC.

2. Excetuando-se situações específicas, o termo inicial da contagem do prazo decadencial para a revisão do ato concessório do benefício previdenciário será sempre a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação, ou, para os benefícios concedidos antes da MP nº 1.523-9/97, do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação a partir de 01.08.97.

3. Estabelecida a regra geral de contagem do termo inicial, não se pode cogitar que posterior requerimento administrativo de revisão venha criar excepcional hipótese de suspensão ou, menos ainda, de interrupção do prazo decadencial. Inteligência dos artigos 207 do Código Civil e 103 da Lei nº 103 da Lei nº 8.213/91.”

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, que afastou a prejudicial de mérito, sob o fundamento de que, quando postulada a revisão do benefício na via administrativa, não haviam transcorrido 10 anos da data da concessão.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat*: O voto condutor do

acórdão, da lavra da Des. Federal Vânia Hack de Almeida, adotando o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE nº 626.489, submetido à sistemática da repercussão geral, consignou:

“Peço vênia para divergir do entendimento do eminente relator.

Trata-se de ação proposta em face do INSS na qual o autor objetiva a revisão de seu benefício previdenciário a fim de que seja recalculada a renda mensal inicial, considerando os períodos em que laborou na agricultura, em regime de economia familiar.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 626489), que a norma processual de decadência incide sobre todos benefícios previdenciários concedidos, desde o dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação a partir de 01.08.97 (pela vigência da MP nº 1.523-9/97). Decorre daí o impedimento à revisão do ato de concessão do benefício sob qualquer justificativa (alteração da RMI pela inclusão de tempo, sua classificação como especial, erros de cálculo do PBC...).

Como decorrência da *actio nata*, somente se computa a decadência com o surgimento do direito pela comunicação de encerramento do processo administrativo ou por fato posterior (alteração legal ou administrativa nos benefícios pagos).

De outro lado, do voto do relator *do RE 626489* extrai-se não incidir a decadência sobre o direito fundamental à previdência social, que sempre poderá ser postulado, assim não se aplicando a decadência para pleito de benefício integralmente denegado.

Na espécie, ocorreu a DIP em 29.09.1998 (fl. 112), e o ajuizamento desta ação em 05.02.2010 deu-se após o prazo decenal, sem notícia de intermediário recurso administrativo ou judicial, pelo que reconheço como consumada a decadência ao direito de revisão do ato administrativo, na forma dos arts. 103 da Lei nº 8.213/91 c/c art. 269, IV, do CPC.

Esclareço que o termo inicial da contagem do prazo decadencial para a revisão do ato concessório do benefício previdenciário será sempre a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação, ou, para os benefícios concedidos antes da MP nº 1.523-9/97, do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação a partir de 01.08.97. Da regra geral, excetuam-se situações específicas, como, por exemplo, a data do trânsito em julgado de reclamatória trabalhista que reconhece ao segurado o direito ao recebimento das verbas salariais, ou da data da concessão da pensão por morte, hipótese em que o beneficiário estava impedido de postular a revisão do benefício anteriormente ao óbito do instituidor, ante a sua ilegitimidade.

Assim, estabelecida a regra geral de contagem do termo inicial, não se pode cogitar que posterior requerimento administrativo de revisão venha criar excepcional hipótese de suspensão ou, menos ainda, de interrupção do prazo decadencial.

Com efeito, dispõe o artigo 207 do Código Civil:

‘Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.’

Por sua vez, o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, na sua atual redação, prevê o prazo decadencial para revisão do benefício inicialmente concedido, nos seguintes termos:

‘Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.’

Sendo certo que inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário, a teor da decisão em Repercussão Geral no RE nº 626.489 acima referida, a expressão decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo poderia, em um primeiro momento, ensejar dúvida quanto à abrangência das decisões proferidas em processos revisionais administrativos.

No entanto, não é o que se extrai do entendimento referendado pelo Superior Tribunal Federal. Cito, por oportuno, trechos do voto proferido pelo Des. Federal Rogério Favreto, que bem analisou a questão trazida para exame (AC nº 5011232-38.2011.404.7000/PR, em 02.04.2014):

‘Em relação à segunda parte do art. 103 da Lei nº 8.213/1991 (‘ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’), entendo que a norma deve ser interpretada de acordo com o seu antecedente frasal (a contar), de modo que a única conclusão possível é a de que a expressão ‘decisão indeferitória’ está relacionada ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que tenha atendido sua pretensão de forma parcial.

Segundo o art. 126 da Lei nº 8.213/1991, ao segurado é facultada a interposição de recurso administrativo contra todas as decisões proferidas pela autarquia previdenciária, conforme dispuser o regulamento. O art. 305 do Decreto nº 3.048/1999, por sua vez, previu que o prazo para interposição de recurso é de trinta dias a contar da ciência da decisão.

Nessa linha de pensamento, portanto, a decisão indeferitória diz respeito ao julgamento dos recursos administrativos, quando interpostos pelo segurado visando à discussão do ato concessório, observados, por óbvio, os prazos e as formalidades exigidos.

Nada impede que o segurado, parcialmente insatisfeito com a concessão do benefício, interponha recurso contra a decisão administrativa, pretendendo a rediscussão dos critérios de cálculo da renda mensal inicial ou o reconhecimento de período de labor desconsiderado pelo INSS, por exemplo. Nesses casos, contudo, o prazo extintivo tem início no dia em que o segurado tomar ciência da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Em outras palavras, a interposição de recurso pelo segurado impede a perfectibilização do ato de concessão, postergando a definitividade da decisão administrativa para momento posterior ao julgamento, de modo que, enquanto não decidida a questão recursal, não há que se falar em início do prazo decadencial.

De maneira didática, pode-se dizer que a contagem do prazo decadencial de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício tem início:

a) nos casos de benefício concedido sem que tenha havido interposição de recurso administrativo – a contar ‘do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação’.

b) nos casos de benefício concedido e que tenha sido interposto recurso administrativo contra o ato concessório – a contar ‘do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’.

Por outro lado, se a segunda parte do dispositivo legal fosse interpretada como indeferimento do benefício, o próprio direito ao benefício restaria extinto após o decurso do prazo decenal, conclusão que não se mostra possível diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal, conforme anteriormente fundamentado.

Ainda, se a interpretação fosse no sentido de que o indeferimento diz respeito à ne-

gativa de pedido genérico de revisão do benefício (enquanto não decorridos dez anos), estaria sendo admitida a possibilidade de sucessivas prorrogações do prazo decadencial, transformando a revisão, na verdade, em hipótese implícita de interrupção da decadência, que, salvo disposição legal em contrário, não se suspende ou interrompe, segundo dispõe o art. 207 do Código Civil.

Neste ponto, essa última conclusão também iria de encontro ao posicionamento da Suprema Corte, que se baseou ‘no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário’, pois estaria permitindo o prolongamento infinito da discussão sobre o valor do benefício.

Assim, diante da fundamentação, o termo ‘decisão indeferitória’ está relacionado ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que tenha atendido sua pretensão de forma parcial. Portanto, caso o segurado interponha recurso contra o ato de concessão do benefício, o prazo decadencial tem início somente no dia em que tomar ciência da decisão indeferitória administrativa definitiva.’

Não procede, assim, a pretensão da parte-autora.”

Restou vencido o Des. Federal João Batista Pinto Silveira, que ultrapassou a prejudicial com os seguintes argumentos:

#### “*Da decadência*

Não merece prosperar a alegação da decadência do direito da parte-autora de revisar seu benefício.

No caso, a DER foi em 22.10.98, e o ajuizamento, em 05.02.10. Entretanto, houve pedido de revisão administrativa em 17.02.00 (fls. 117 e 123), relativamente ao tempo rural ora postulado que, ao final, restou parcialmente deferido na via administrativa, em 25.04.00 (fl. 122). Ressalte-se que, quando a parte requereu a revisão do benefício, ainda não haviam transcorrido 10 anos da data da concessão. Assim, o presente caso subsume-se na segunda parte do art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios, cuja redação segue:

‘Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.’ (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

*In casu*, igualmente, não transcorreram mais de dez anos entre a data do indeferimento do pedido de revisão (25.04.00) e o ajuizamento da ação (05.02.10). Assim, não há falar em decadência. Apenas deve ser observada a prescrição quinquenal (que fica suspensa durante o trâmite do processo administrativo de revisão).

Vencida essa questão, trata-se de pedido de majoração do benefício, considerando-se os períodos rurais de 27.06.1965 a 31.12.1970 e de 01.01.1973 a 28.02.1975, respeitada a prescrição quinquenal, nos termos anteriormente transcritos.”

A questão controvertida diz respeito ao início do prazo decadencial na hipótese de pedido de revisão postulado na via administrativa, o que remete à interpretação da última parte do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

“Art. 103 É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória no âmbito administrativo.”

Indaga-se, assim, se a regra que protraí o termo *a quo* da decadência para a data em que o segurado tiver ciência da decisão indeferitória no âmbito administrativo estaria atrelada à *decisão indeferitória da própria concessão* ou à *decisão indeferitória do pedido de revisão*.

Preliminarmente, tenho que a dificuldade interpretativa decorre da identificação do instituto previsto no art. 103 citado, com prazo de decadência, o que localiza o direito à revisão de benefício previdenciário entre os chamados *direitos potestativos*, em contraposição aos *direitos prestacionais*, na clássica distinção feita por Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1.) Os primeiros são aqueles que a lei confere a alguém de “influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso deste”, sendo sua principal característica o estado de *sujeição* que o seu exercício cria para terceiros. Os *direitos a uma prestação*, por sua vez, são aqueles “tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros”. Por isso, podem ser objeto de violação por terceiros, o que não acontece com os direitos potestativos, cujo exercício e satisfação dependem da declaração de vontade de seu titular, exclusivamente.

Da atecnia da redação do art. 103, todavia, não cuidou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 626489, restrito que estava o paradigma à constitucionalidade da instituição do prazo e à incidência dele aos processos ajuizados anteriormente à lei instituidora. Assim, a distinção doutrinária entre decadência e prescrição não repercutiu naquele julgado, e, desde então, restou assente que o prazo aludido é decadencial, *tout court*. Não se ignora, todavia, que a diferença entre os institutos permanece subjacente aos diversos problemas que se apresentam na aplicação do art. 103: ora invoca-se o princípio da *actio nata* para estabelecer o início do prazo dito decadencial, ora invoca-se a impossibilidade de interrupção da decadência para desconsiderar os efeitos do pedido administrativo de revisão.

Não obstante a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,

importa ter presente a origem das diversas nuances da matéria que se apresenta à discussão, assim como perscrutar as causas remotas para melhor elucidá-las.

Tenho que a locução “decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo” refere-se, indubitavelmente, à *decisão que indefere o pedido de revisão do benefício previdenciário*. A interpretação no sentido de que a “decisão indeferitória definitiva” relaciona-se ao julgamento do recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que atendeu sua pretensão de forma parcial pode ser compreendida, na leitura do art. 103, Lei 8.213/91, como a própria revisão do ato de concessão do benefício. Seja porque o ato de concessão não contemplou a pretensão da forma como postulada, seja porque o segurado pretende a revisão a partir de novos elementos (averbação de tempo de serviço, por exemplo), o pedido é de revisão do ato de concessão. Essa ilação é autorizada pela primeira parte do art. 103, que dispõe: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício”.

Se assim não fosse, estar-se-ia atrelando o transcurso do prazo decadencial ao conteúdo da matéria deduzida no recurso administrativo; isto é, assumindo que a “decisão indeferitória definitiva” refere-se exclusivamente àquela que solucionou o recurso contra o ato de concessão, o prazo não incidiria nas hipóteses em que o segurado postula direito que não foi objeto de apreciação no processo de concessão, hipótese que repristinaria tese já superada no âmbito desta 3ª Seção, como se vê dos precedentes a seguir transcritos:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. EFEITOS DEVOLUTIVO E TRANSLATIVO DOS RECURSOS. DECADÊNCIA PARA REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 626.489. 1. A violação de literal dispositivo de lei, prevista no art. 485, V, do CPC, legitima o manejo da rescisória quando o pronunciamento meritório transitado em julgado não aplicou a lei ou a aplicou de forma errônea. 2. O INSS arguiu, nos autos originários, a decadência em contestação, o que foi apreciado pelo juízo monocrático na sentença, de modo que a prejudicial deveria ter sido examinada, no instante do julgamento por esta Corte da apelação e da remessa oficial, por força dos efeitos devolutivo e translativo do recurso (art. 515, § 1º, do CPC). 3. A despeito da posição pessoal do relator, considerando o que

decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sob regime de repercussão geral, no julgamento do recurso extraordinário 626.489-SE (Plenário, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, 16.10.2013), e a orientação do Superior Tribunal de Justiça externada no julgamento dos REsp's 1.309.529 e 1.326.114 (regime de recurso repetitivo), e ainda nos REsp's 1.406.361, 1.406.855 e 1.392.882, são aplicáveis à decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 as seguintes diretrizes: a) em relação aos benefícios deferidos antes da vigência da MP 1.523-9/97 (depois convertida na Lei 9.528/97), o prazo decadencial tem início no dia 01.08.1997; b) nos casos dos benefícios concedidos posteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997, o prazo decadencial tem início no dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação; c) *concedido o benefício, o prazo decadencial alcança toda e qualquer pretensão, tenha sido discutida ou não no processo administrativo*; d) não há decadência quando o pedido administrativo tiver sido indeferido pela autarquia previdenciária, incidindo apenas a prescrição quinquenal sobre as prestações vencidas. 4. A pretensão de reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício (RE 630.501) implica discussão sobre a graduação econômica de benefício já deferido, pois o segurado entende que a RMI deveria ser mais elevada, preservada a DER, porque em DIB hipotética anterior as condições para a concessão seriam mais favoráveis. Está, assim, sujeita a prazo decadencial. 5. Decadência reconhecida no caso concreto, pois o benefício foi deferido antes da vigência da MP 1.523-9/1997, e a ação, proposta somente em 20.08.2007.” (TRF4, Ação Rescisória nº 0007210-02.2013.404.0000, 3ª Seção, Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, por maioria, D.E. 29.05.2015, publicação em 01.06.2015)

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. QUESTÕES NÃO DECIDIDAS NO ATO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. ABRANGÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. STF, RE 626489/SE. STJ, REsp 1.406.361, AREsp 398.250, REsp 1.406.855, REsp 1.392.882. Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, incide a decadência para a revisão dos benefícios previdenciários, prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, mesmo para as questões não resolvidas no processo administrativo. Ressalva do entendimento pessoal do relator.” (TRF4, EINF 0003971-97.2012.404.9999, Terceira Seção, relator Rogerio Favreto, D.E. 24.08.2015)

Observo que a segunda parte do art. 103 prescreve o início da contagem da decadência, “quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”, porque é nesse momento que se esgota a última instância administrativa. O fato de ter sido requerida a revisão para agregar tempo de serviço reconhecido em reclamatória trabalhista, ou para haver reajuste da renda mensal alcançado por legislação superveniente, por exemplo, não implica que o ato de concessão não estivesse perfeito ao tempo do deferimento.

A questão que norteia a solução do problema, então, reside não propriamente em identificar qual seja *decisão indeferitória definitiva*, mas em estabelecer de que modo a decisão indeferitória do pedido de

revisão do ato de concessão interfere no prazo do art. 103.

Da análise detida e sistemática do regramento aplicável, infere-se que, *havendo pedido administrativo de revisão, o prazo preclusivo só tem início a partir da ciência da decisão indeferitória definitiva.*

O art. 103, *caput*, ao sujeitar a prazo decadencial a revisão do ato de concessão do benefício, não prima pelo rigor científico, como já posicionado por doutrinadores, visto que esse direito consistiria em direito a uma prestação; e não em direito potestativo, porque não pode o segurado exercer o direito por meio de simples declaração *sponte propria*. A ação do segurado tem como finalidade a revisão do benefício, na hipótese de negativa da instituição previdenciária ou na hipótese de concessão incorreta, e reclama para sua satisfação uma prestação por parte da Previdência, consistente no pagamento mensal do benefício, a qual pode ser passível de resistência.

Em vista de tal constatação, cabe lembrar clássico estudo de *Agnelo Amorim Filho* (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961) ao estabelecer correlação entre os direitos potestativos e os direitos prestacionais com a decadência e a prescrição. Poderia assim ser discorrido que o prazo para a revisão de ato concessivo de benefício previdenciário é de prescrição, e a denominação emprestada pela Lei nº 8.213/91 não é suficiente para alterar-lhe a natureza. A ação que visa à revisão de benefício previdenciário tem cunho condenatório; pressupõe a violação do direito reclamado, da qual surge a possibilidade de o seu titular buscar perante o Poder Judiciário uma prestação destinada a restaurar o direito material atacado. É o chamado princípio da *actio nata*, marco a partir do qual se terá como iniciado o prazo prescricional.

Essa classificação da natureza prescricional do prazo em comento aponta para uma interpretação mais consentânea com os conceitos doutrinários e com a jurisprudência até então pacífica acerca dos institutos da decadência e da prescrição, além de permitir, sem qualquer atecnia, a aplicação dos efeitos da interrupção e suspensão dos prazos prescricionais. Desse modo, é cristalina a ilação de que o pedido de revisão na órbita administrativa interrompe o prazo, que só começa a correr após a ciência da decisão indeferitória definitiva, tal como



preceitua o art. 4º do Decreto nº 20.910/32 (“Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou os funcionários encarregados de estudá-la e apurá-la”).

Entretanto, ainda que superado tal entendimento e considerado que o prazo do art. 103 da Lei 8.213/91 é, de fato, de decadência, pode ser também concluído que a lei estabeleceu hipótese de interrupção da decadência, o que encontra permissivo na previsão do art. 207 do Código Civil, quando disciplina que, “salvo *disposição legal em contrário*, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. E a previsão legal está exatamente na 2ª parte do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Nesse sentido, a lição de *Castro e Lazzari*:

“O atual Código Civil estabelece somente normas interruptivas da prescrição, e as limita em apenas uma vez para cada direito. Tal novidade legislativa de limitação do número de interrupções para a prescrição não existia no Código Civil antigo e por isso deve ser observada para os fatos e atos ocorridos após 2003, com a entrada do novo Código Civil. Existem ainda causas interruptivas constantes de leis especiais, que devem ser consideradas para os casos regradados pela lei que os criar.

É importante observar, no entanto, que o novo Código Civil, apesar de não citar quais as hipóteses, criou permissão expressa para a existência de prazos interruptivos da decadência no seu art. 207, senão vejamos: ‘Salvo *disposição legal em contrário*, não se aplicam à decadência as normas que impedem ou interrompem a prescrição’.

Logo, haveria a possibilidade de impedimento e interrupção da decadência, desde que legalmente e expressamente prevista.

No caso do direito previdenciário, a Lei nº 8.213/91 possui tal previsão expressa, como vimos acima, presente no final do art. 103, *caput*. Assim, é aplicável à espécie a forma interruptiva do prazo decadencial. (...)

Dessa forma, há que se considerar a possibilidade de interrupção do prazo decadencial no instante do requerimento administrativo da revisão do ato de concessão, desde que ele ocorra antes da fluência do prazo decenal. E, caso a decisão administrativa seja indeferitória, a data da notificação do segurado será então o novo marco inicial para o prazo decadencial, que começará a contar sem qualquer utilização do tempo fruído anteriormente, tudo conforme a redação da parte final do *caput* do art. 103 da Lei nº 8.213/91.” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 904)

Veja-se que assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/1991. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS 1.309.529/PR E 1.326.114/SC. TERMO

## INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior, na assentada do dia 28.11.2012, ao apreciar os Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, ambos de relatoria do Min. Herman Benjamin, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, conforme art. 543-C do CPC, decidiu que a revisão, pelo segurado, do ato de concessão dos benefícios concedidos antes da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97) tem prazo decadencial decenal, com seu termo *a quo* a partir do início da vigência da referida medida provisória, qual seja, 27.06.1997.

2. *No caso dos autos, o Tribunal a quo afastou a decadência aplicando a segunda parte do art. 103, caput, da Lei 8.213/1991, porquanto houve pedido de revisão administrativa antes de transcorridos 10 anos da data da concessão do benefício, e a Administração permaneceu inerte, sem comunicar o resultado do pedido revisional.*

Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EDcl no REsp 1505512/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.04.2015, DJe 22.04.2015)

Por relevante, do voto exarado pelo Ministro Relator Humberto Martins, no precedente referido, extrai-se:

“No caso dos autos, o Tribunal *a quo* afastou a decadência aplicando a segunda parte do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, porque houve pedido de revisão administrativa antes de transcorridos 10 anos da data da concessão do benefício, e a Administração permaneceu inerte, sem comunicar o resultado do pedido revisional.

*Ressalte-se que, quando a parte requereu a revisão do benefício, ainda não havia transcorrido o período de 10 anos da data da concessão. Assim, o presente caso subsume-se na segunda parte do art. 103, caput, da Lei de Benefícios, cuja redação é a seguinte:*

(...)

*Nesse diapasão, não transcorridos mais de dez anos entre a data do indeferimento do pedido de revisão (setembro de 2010) e o ajuizamento da ação (maio de 2011), não há falar em decadência. Apenas deve ser observada a prescrição quinquenal (que fica suspensa durante o trâmite do processo administrativo de revisão).”*

Também no mesmo sentido o julgado seguinte:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. PRAZO DECADENCIAL. ART. 103 DA LEI 8.213/91. EXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. 1. Havendo omissão no acórdão embargado, quanto à existência de requerimento administrativo apresentado anteriormente ao transcurso do prazo decadencial, admite-se a correção do vício na via dos embargos de declaração. 2. De acordo com a atual redação do art. 103 da Lei nº 8.213/91, ‘é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’. 3. *Hipótese em que a ação foi ajuizada antes da consumação do prazo decadencial, contado a partir da ciência da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.* 4. Embargos

de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.” (EDcl no AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 31.746 – PR (2011/0180331-4), rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16.10.2014)

Por qualquer ângulo pelo qual se examine a questão, impõe-se a dedução de que o prazo preclusivo do art. 103 deva ser contado a partir da ciência da decisão indeferitória do pedido de revisão do benefício.

Tal entendimento encontra ressonância, inclusive, na Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015 – DOU de 22.01.2015, quando assim dispõe:

“Art. 568. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva, no âmbito administrativo, levando-se em consideração:

(...)

Parágrafo único. *Em se tratando de pedido de revisão de benefícios com decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo, em que não houver a interposição de recurso, o prazo decadencial terá início no dia em que o requerente tomar conhecimento da referida decisão.*

(...)”

Concluindo, na linha da fundamentação antecedente, considerado que, no caso dos autos, a DER é de 22.10.1998; o benefício foi deferido em 02.03.1999 (fl. 143); houve pedido de revisão administrativa em 17.02.00 (fl. 117), para agregar tempo de serviço rural, o qual foi parcialmente deferido em 25.04.00 (fl. 122); tendo sido ajuizada a ação em 05.02.10, não se consumou a decadência.

*Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes.*

#### VOTO-VISTA

*O Exmo. Sr. Des. Federal Rogerio Favreto:* Pedi vista para melhor apreciação da questão em debate e, depois de acurada análise, peço vênua para divergir do voto proferido pelo eminente relator dos embargos infringentes – fls. 402-8.

O caso concreto trata de pedido de revisão de benefício com DER em 22.10.1998 e deferido em 02.03.1999 – fl. 143. O pedido de revisão na esfera administrativa foi protocolado em 17.02.2000 (fl. 117), e a

presente ação, ajuizada somente em 05.02.2010. A controvérsia reside em definir se o prazo decadencial do art. 103 da LBPS fluiu a contar de 02.03.1999 e se houve suspensão ou interrupção no momento do pedido de revisão administrativa em 17.02.2000.

De início aponto precedente desta 3ª Seção, julgado em abril de 2015:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO. SÚMULA 343 DO STF. SÚMULA 63 DESTA TRF4. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ALTERAÇÃO DO ART. 103 DA LEI DE BENEFÍCIOS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9 DE 28.06.1997. APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS DEPOIS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. REPERCUSSÃO GERAL JULGADA NO STF, RE Nº 626.489.

(...)

3. A parte final do art. 103 da Lei nº 8.213/1991 (‘ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’) diz respeito ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que tenha atendido sua pretensão de forma parcial, antes de iniciado o curso do prazo decadencial. Pois este, uma vez inaugurado, não se suspende ou interrompe, segundo expressa disposição do art. 207 do Código Civil.” (TRF4, Embargos Infringentes nº 5000707-70.2011.404.7008, 3ª Seção, Des. Federal Rogerio Favreto, por maioria, juntado aos autos em 20.04.2015)

Nessa oportunidade, proferi voto com a seguinte argumentação.

#### *Da decadência do direito de revisão*

A decadência, instituto de direito substantivo, é a perda do direito potestativo em razão da *inércia do seu titular no período determinado em lei*. Em outras palavras, é a extinção do direito pela inércia do titular quando a eficácia desse direito estava originalmente subordinada ao exercício dentro de determinado prazo, que se esgotou, sem o respectivo exercício (CÂMARA LEAL, Antonio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978).

#### *Da instituição do prazo decadencial e suas alterações*

No âmbito do direito previdenciário, a Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios), na redação original do art. 103, *não previa a existência de um prazo decadencial*, limitando-se a disciplinar a prescrição quinquenal da pretensão *às prestações não pagas nem reclamadas na época própria*.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523-9, publicada em 28.06.1997, que alterou a redação do art. 103 da Lei nº 8.213/1991, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, *foi previsto pela primeira vez o instituto da decadência, com prazo de dez anos*, para todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão de ato de concessão do benefício.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 1.663-15/1998, de 23.10.1998, alterou novamente o dispositivo, *fixando em cinco anos o prazo decadencial*. Contudo, *a redução do prazo não foi convalidada pela Lei nº 9.711/1998*, passando a vigorar apenas a partir da edição da referida lei, em 21.11.1998.

Tendo em vista as inúmeras modificações ocorridas na legislação previdenciária ao longo dos anos e a exigência de grande esforço do Poder Judiciário e dos próprios segurados no sentido de apurar a extensão de seus eventuais direitos (*Exposição de Motivos Interministerial nº 57/CC/AGU/MPS*), houve a edição da Medida Provisória nº 138/2003, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/2003, que *restabeleceu, de forma definitiva, o prazo decadencial de dez anos*.

O aumento do prazo decadencial para dez anos ocorreu antes do término dos cinco anos previstos pela Lei nº 9.711/1998, o que significa dizer que, nesse intervalo de tempo, *nenhum benefício foi atingido pela materialização da decadência*, tendo havido um elastecimento do prazo que já estava em curso.

Portanto, a redação atual do art. 103 da Lei de Benefício assim dispõe:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.” (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Apresentadas as sucessivas alterações legislativas, impõe-se a *análise da aplicação das regras de direito intertemporal*, especialmente em vista da natureza material do prazo decadencial.

### *Da aplicação das regras de direito intertemporal*

Nos casos dos benefícios concedidos posteriormente à edição da

Medida Provisória nº 1.523-9, ou seja, a partir de 28.06.1997, não há controvérsia de que o prazo decadencial conta-se *do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.*

Por outro lado, em relação aos benefícios concedidos até 27.06.1997, ou seja, *anteriormente à introdução do prazo decadencial* no âmbito do direito previdenciário, *deve ser analisada a evolução jurisprudencial a respeito do tema.*

Até o ano de 2012, o entendimento que prevalecia na jurisprudência era no sentido de que os benefícios concedidos antes da edição da Medida Provisória nº 1.523-9, de 28.06.1997, *não se sujeitavam ao prazo decadencial de revisão.* Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Considerando-se a natureza material do prazo estabelecido no art. 103, *caput*, da Lei nº 8.213/91 pela MP nº 1.523-9, de 27.06.1997 (convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997), os benefícios concedidos na via administrativa anteriormente a 27.06.1997 não se sujeitam à decadência, admitindo revisão judicial a qualquer tempo.” (TRF4, Apelação Cível nº 0018226-60.2012.404.9999, 5ª Turma, Des. Federal Rogerio Favreto, por unanimidade, D.E. 12.12.2012)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA. ANULAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1. O prazo de decadência do direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão do benefício, previsto no art. 103, *caput*, da Lei nº 8.213/91 – a partir da redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997, alterada pelas Leis nºs 9.711/98 e 10.839/04, todas precedidas de uma ou mais medidas provisórias –, somente é aplicável aos segurados que tiveram benefícios concedidos após a publicação da lei que o previu pela primeira vez, não podendo esta incidir sobre situações jurídicas já constituídas sob a vigência da legislação anterior.

2. Tendo em vista que o benefício da parte-autora foi concedido antes da publicação da Lei nº 9.528/97, inexistente prazo decadencial para que aquela pleiteie a revisão da RMI do benefício.

(...)” (TRF4, Apelação Cível nº 5019619-33.2011.404.7100, 6ª Turma, Des. Federal João Batista Pinto Silveira, por unanimidade, juntado aos autos em 25.01.2013)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91. INAPLICABILIDADE. APOSENTADORIA. REVISÃO. LEI VIGENTE QUANDO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – CLPS (DECRETO Nº 89.312/84). RECÁLCULO DA RENDA MENSAL

INICIAL. ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91. REGIME MISTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o tema relativo à decadência foi devidamente enfrentado, tendo o acórdão hostilizado, inclusive, decidido, quanto ao ponto, em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, a partir da MP 1.523/97, que resultou na Lei 9.528/97, não atinge as relações jurídicas constituídas anteriormente.

(...)” (STJ. REsp 1210744/PR, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15.03.2012, DJe 09.04.2012)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em *regime de recurso repetitivo* (REsp nº 1.309.529 e REsp nº 1.326.114), alterando o entendimento até então majoritário, decidiu que o prazo decadencial decenal é aplicável inclusive aos benefícios concedidos anteriormente à publicação da referida Medida Provisória e “tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.06.1997)”.

“PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA (RESPS 1.309.529/PR E 1.326.114/SC). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO SEGURADO. DECADÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997 AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DESTA NORMA. POSSIBILIDADE. TERMO *A QUO*. PUBLICAÇÃO DA ALTERAÇÃO LEGAL.

MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (DOU 28.06.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: ‘É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’.

SITUAÇÃO ANÁLOGA – ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que ‘o prazo previsto na Lei nº 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida lei’ (MS 9.122/DF, rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 03.03.2008).

No mesmo sentido: MS 9.092/DF, rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.09.2006; e MS 9.112/DF, rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

## O OBJETO DO PRAZO DECADENCIAL

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

## RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.06.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento – com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios – de que ‘o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.06.1997)’ (REsp 1.303.988/PE, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.03.2012).

## CASO CONCRETO

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.” (STJ, REsp 1326114/SC, rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28.11.2012, DJe 13.05.2013)

Em 16.10.2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 626.489, em *repercussão geral*, assentou de forma definitiva o posicionamento de que os benefícios concedidos anteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1.523-9, de 28.06.1997, *estão sujeitos à incidência de prazo decadencial*.

Segundo prevaleceu, em votação unânime, o fato de, ao tempo da concessão, não haver limite temporal para futuro pedido de revisão *não significa que o segurado tenha direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido*.



Conforme bem observou o Ministro Luís Roberto Barroso,

“não se incorpora ao patrimônio jurídico de um beneficiário o suposto direito à aplicação de uma determinada regra sobre decadência para eventuais pedidos de revisão do ato concessório. Como a decadência não integra o espectro de pressupostos e condições para a concessão do benefício – *sendo um elemento externo à prestação previdenciária* –, não se pode exigir a manutenção de seu regime jurídico.”

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.” (STF. RE 626489/SE, Plenário, rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em 16.10.2013)

Portanto, a Suprema Corte firmou entendimento de que *o prazo decadencial para revisão dos benefícios concedidos anteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1.523-9, de 28.06.1997, teve início no dia 01.08.1997*, levando em conta que a primeira prestação superveniente à instituição da decadência foi paga em 07/1997, em decorrência da interpretação da aplicação do dispositivo – *a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo* (art. 103 da Lei de Benefícios).

### *Do alcance da aplicação do prazo decadencial*

Estabelecidos os aspectos temporais do prazo extintivo, cumpre esclarecer o *alcance da aplicação da decadência ao ato de concessão do benefício*.

De início, deve-se partir das premissas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, *in verbis*:

“a) não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, que corresponde ao exercício de um direito fundamental rela-

cionado à mínima segurança social do indivíduo;

b) a instituição de um prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de uma conciliação razoável entre os interesses individuais envolvidos e os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social, dos quais decorre a necessidade de se preservar o equilíbrio atuarial do sistema em benefício do conjunto de segurados atuais e futuros.”

Assim, *a decadência atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário*, ou seja, alcança a discussão da *graduação econômica* quando já foi concedido, pois o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo.

Em outras palavras, uma vez concedido o benefício, a partir do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação, *dá-se início ao prazo decadencial, que alcança toda e qualquer pretensão, tenha sido discutida ou não no processo administrativo*. Nesse sentido, peço permissão para transcrever novamente parte da decisão da Corte Suprema:

“Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo. Esse ponto justifica um comentário adicional.

O Regime Geral de Previdência Social é um sistema de seguro na modalidade de repartição simples, a significar que todas as despesas são diluídas entre os segurados. Não se trata, portanto, de um conjunto de contas puramente individuais, e sim de um sistema fortemente baseado na solidariedade. Isso aumenta a interdependência entre os envolvidos. Diante disso, há maior razão para a estipulação de um prazo razoável para a revisão de atos de concessão, conciliando os interesses individuais com o imperativo de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.”

Nesse aspecto, parece-me que *deve ser adequado o posicionamento que prevalecia neste Regional*, no sentido de que “a decadência não alcança as questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício” (TRF4, Embargos Infringentes nº 0002211-73.2009.404.7201, 3ª Seção, Des. Federal Rogerio Favreto, por voto de desempate, D.E. 17.11.2011).

Uma vez que, segundo entendimento que prevaleceu, *a decadência atinge o aspecto econômico do benefício*, em proteção à previsibilidade atuarial do sistema, *não há razão para afastá-la* ao fundamento de que eventuais questões anteriores à concessão não teriam sido enfrentadas na via administrativa (por exemplo, especialidade do labor em determinado período).

Tratando-se de questão anterior à discussão da *graduação econômica, são indiferentes para a incidência do prazo extintivo os fundamentos suscitados* (ou não suscitados) no processo administrativo de concessão.

O Superior Tribunal de Justiça, que já adotava o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em razão do julgamento dos recursos especiais repetitivos anteriormente referidos, *tem reiteradamente reformado as decisões deste Regional* nos casos em que o reconhecimento da decadência foi afastado pela tese de que as questões não resolvidas no processo administrativo não seriam atingidas pelo prazo decadencial (REsp 1.406.361, AREsp 398.250, REsp 1.406.855, REsp 1.392.882 – todos julgados no segundo semestre de 2013).

A decadência no âmbito do direito previdenciário visa, portanto, à *estabilização das relações jurídicas e econômicas estabelecidas entre a autarquia previdenciária e os beneficiários*, tendo por objeto, ao fim e ao cabo, o *valor do benefício* propriamente dito.

Por outro lado, em consequência do reconhecimento de que o prazo decadencial atinge especificamente o valor do benefício, *não há que se falar em decadência quando o pedido administrativo de concessão tiver sido indeferido pela autarquia previdenciária*. Nestes casos, *o segurado poderá postular novamente a concessão a qualquer tempo*, incidindo apenas a prescrição quinquenal sobre as prestações vencidas.

Nessa direção, o voto do eminente ministro relator do RE nº 626.489, ao tratar da imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido e da aplicabilidade da Súmula nº 443 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu que “*não se aplica em matéria previdenciária, entretanto, a conclusão das referidas súmulas quando há pedido administrativo indeferido. Nesse caso, somente perdem a exigibilidade as prestações atingidas pela prescrição, e não o próprio fundo de direito*” (nota de rodapé – nº 7).

Em relação à *segunda parte do art. 103 da Lei nº 8.213/1991* (“ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”), entendo que a norma deve ser interpretada de acordo com o seu *antecedente frasal (a contar)*, de modo que a única conclusão possível é a de que a expressão “*decisão indeferitória*” *está relacionada ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão* que

tenha atendido sua pretensão de forma parcial, no mesmo expediente e dentro do prazo legal.

Nesse sentido, o art. 126 da Lei nº 8.213/1991 faculta a interposição de recurso administrativo contra todas as decisões proferidas pela autarquia previdenciária, *conforme dispuser o regulamento*. Já a regulamentação pelo Decreto nº 3.048/1999 (art. 305) previu que o prazo para interposição de recurso é de *trinta dias* a contar da ciência da decisão.

Portanto, nessa linha de entendimento, a *decisão indeferitória* diz respeito ao *julgamento dos recursos administrativos, quando interpostos nos autos pelo segurado visando à discussão do ato concessório*, observados, por óbvio, os prazos e as formalidades exigidos.

Ou seja, quando parcialmente insatisfeito com a *concessão do benefício*, o segurado pode *interpor recurso contra a decisão administrativa*, pretendendo a rediscussão dos critérios de cálculo da renda mensal inicial ou o reconhecimento de período de labor desconsiderado pelo INSS, por exemplo. Nesses casos, contudo, o prazo extintivo tem início no dia em que o segurado tomar ciência da decisão indeferitória definitiva do recurso no âmbito administrativo.

Em outras palavras, *a interposição de recurso pelo segurado impede a perfectibilização do ato de concessão, postergando a definitividade da decisão administrativa para momento posterior ao julgamento, de modo que, enquanto não decidida a questão recursal, não há que se falar em início do prazo decadencial*.

De maneira didática, pode-se dizer que a contagem do prazo decadencial de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício tem início:

a) nos casos de benefício concedido *sem* que tenha havido interposição de recurso administrativo – *a contar* “do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação”.

b) nos casos de benefício concedido e que tenha sido *interposto recurso administrativo* contra o ato concessório – *a contar* “do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

Por outro lado, se a segunda parte do dispositivo legal fosse interpretada como *indeferimento do benefício*, o próprio direito ao

benefício restaria extinto após o decurso do prazo decenal, conclusão que *não se mostra possível diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal*, conforme anteriormente fundamentado.

Caso a interpretação fosse no sentido de que o indeferimento diz respeito à negativa de pedido genérico de revisão do benefício (enquanto não decorridos dez anos), estaria sendo admitida a possibilidade de *sucessivas prorrogações do prazo decadencial*, transformando a revisão, na verdade, em *hipótese implícita de interrupção da decadência*, que, salvo disposição legal em contrário, não se suspende ou interrompe, segundo dispõe o art. 207 do Código Civil. Assim, eventual requerimento contestando o ato de concessão de aposentadoria direto ao INSS, depois de finalizado o prazo de recurso e, conseqüentemente, já inaugurado o prazo decenal de decadência, deve ser concebido como mero pedido de revisão, sem capacidade de suspender ou interromper o transcurso decadencial.

Nesse ponto, esta última conclusão também iria *de encontro ao posicionamento da Suprema Corte*, que se baseou “no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário”, pois estaria permitindo o prolongamento infinito da discussão sobre o valor do benefício.

Assim, diante da fundamentação, o termo “decisão indeferitória” *está relacionado ao julgamento de recurso administrativo interposto pelo segurado contra o ato de concessão que tenha atendido sua pretensão de forma parcial*. Portanto, *caso o segurado interponha recurso contra o ato de concessão do benefício*, o prazo decadencial tem início somente no dia em que tomar ciência da *decisão indeferitória administrativa definitiva*.

Por fim, em relação à tese do *direito adquirido ao melhor benefício*, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento, em repercussão geral, do RE nº 630.501, apresento *ressalva de entendimento pessoal* por compreender que a lei não pode prejudicar o direito adquirido, nos termos do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Por se tratar de opção a outro benefício – *mais benéfico* – e em momento diverso, possui caráter fundamental e está protegido pelo denominado fundo de direito, já incorporado ao patrimônio do

segurado, que no meu entender pode ser exercido a qualquer tempo, sem penalização temporal (decadência) pela inércia do beneficiário.

Contudo, o próprio voto condutor do referido julgamento determina o respeito à *decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às parcelas vencidas*. Além disso, o Supremo Tribunal Federal (AI nº 858.865, AI nº 858.911) e o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.422.481, AREsp nº 436.965, REsp nº 1.423.176) têm sistematicamente reconhecido a decadência do direito de revisão nessas hipóteses, de modo que *deve ser aplicado o entendimento da Corte Constitucional* a fim de evitar falsa perspectiva jurídica e protelação da expectativa do segurado.

### *Conclusões*

Portanto, em relação à decadência no âmbito do direito previdenciário, a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, e do Superior Tribunal de Justiça, em regime de recurso repetitivo, conclui-se:

a) em relação aos benefícios concedidos até 27.06.1997, ou seja, anteriormente à introdução do instituto da decadência, *o prazo decadencial tem início no dia 01.08.1997*, levando em conta que a primeira prestação superveniente à instituição da decadência foi paga em 07/1997, em decorrência da interpretação da aplicação do dispositivo – *a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação* (art. 103 da Lei de Benefícios).

b) nos casos dos benefícios concedidos posteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.523-9, ou seja, a partir de 28.06.1997, o prazo decadencial também tem início no *dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo*.

c) havendo, no prazo legal de 30 dias (art. 305 do Decreto nº 3.048/1999), *interposição de recurso administrativo pelo segurado* contra o ato de concessão que atendeu parcialmente a pretensão, o prazo extintivo inicia-se com a ciência da decisão definitiva no âmbito administrativo que aprecie o recurso, de acordo com a parte final do art. 103 da Lei nº 8.213/1991.

d) não há decadência quando o *pedido administrativo de concessão de benefício tiver sido indeferido* pela autarquia previdenciária, incidindo apenas a prescrição quinquenal sobre as prestações vencidas.

#### *Do caso concreto*

No caso dos autos, o benefício foi concedido posteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1.523-9, de 28.06.1997, razão pela qual se enquadra na *hipótese B* das conclusões anteriormente apresentadas. A presente ação, por sua vez, foi ajuizada *após o transcurso do prazo decenal*.

O pedido administrativo de revisão formulado em 17.02.2000, como visto acima, foi interposto depois do lapso de 30 dias da ciência do deferimento do pedido de aposentadoria, em 02.03.1999, deixando inaugurar a sua fruição. Como visto acima, o prazo decadencial não se interrompe ou suspende. Assim, como a ação foi ajuizada somente em 05.02.2010, operou-se perda do direito de revisar o benefício.

Portanto, agrego os apontamentos acima formulados às razões do voto majoritário.

#### *Dispositivo*

Ante o exposto, voto por *negar provimento aos embargos infringentes*.

***APELAÇÃO CÍVEL Nº 5035572-31.2015.4.04.9999/PR***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

*Apelante:* Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

*Apelada:* Cristiana Domingos de Jesus

*Advogada:* Dra. Fernanda Zacarias

***EMENTA***

*Previdenciário. Salário-maternidade. Prescrição. Inocorrência. Benefício destinado indiretamente a absolutamente incapazes. Condição de segurada demonstrada.*

1. O *salário-maternidade* não se destina exclusivamente à segurada, mas visa também à proteção suprema da infância justamente no período em que o ser humano recém-nascido se encontra mais fragilizado e necessitando de todo o amparo necessário à sobrevivência nos primeiros meses de vida. Logo, como o descendente da parte-autora é beneficiário indireto desse benefício, não há falar em transcurso do prazo prescricional, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil.

2. Existindo início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal, de que a autora exercia atividade agrícola no período correspondente à carência, estão presentes os requisitos legais para a concessão do benefício de *salário-maternidade*.

***ACÓRDÃO***

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento à apelação do INSS, tão somente para adequação dos consectários*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 01 de dezembro de 2015.

Des. Federal *Paulo Afonso Brum Vaz*, Relator.



## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz:* Cuida-se de apelação interposta pelo INSS em face da sentença que julgou procedente o pedido de concessão de *salário-maternidade*.

Sustenta, em síntese, que a parte-autora não preenche os requisitos necessários à prestação previdenciária deferida pelo juízo *a quo*. Alega, outrossim, que se impõe o reconhecimento da prescrição das parcelas pretendidas no presente caso, de acordo com o disposto no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91. Por fim, em caso de eventual procedência, requer a aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97 e a redução dos honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação, diante da simplicidade da causa.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento. É o relatório.

A Procuradoria Regional da República da 4ª Região opinou pelo provimento do recurso da autarquia (evento 60).

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz:*

#### *Remessa oficial*

Não se desconhece o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a sentença ilíquida está sujeita a reexame necessário (Súmula 490). Contudo, tratando-se de salário-maternidade postulado por trabalhadora rural, cujo benefício, de acordo com a lei, corresponde ao valor de 1 (um) salário mínimo e a apenas 4 (quatro) prestações mensais, é certo que a condenação jamais excederá 60 (sessenta) salários mínimos, montante exigível para a admissibilidade do § 2º do art. 475 do CPC. Logo, a sentença prescinde de liquidação e *não* deve ser submetida ao reexame necessário, nos termos do disposto no art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

#### *Prescrição*

A Procuradoria Regional da República da 4ª Região manifestou-se pelo provimento do recurso do INSS no tocante ao reconhecimento da prescrição (evento 60):

“Assim, considerando que o filho da apelada, Tiago Henrique Domingos de Souza, nasceu em 07.05.2007 e a ação originária pleiteando o benefício de auxílio-doença foi ajuizada em 05.10.2013, houve o transcurso de mais de cinco anos. Cumpre atentar que a apelada, antes de recorrer à via judicial, apresentou requerimento para a concessão do referido benefício, em 07.11.2011, perante o INSS, que indeferiu o pedido em 10.06.2011. Portanto, deve ser considerada a suspensão da prescrição no período em que tramitou o processo administrativo, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 20.910/1991. Ocorre que, mesmo descontado tal período de suspensão, ainda assim está configurada a prescrição neste caso.”

Muito embora a manifestação ministerial esteja amparada em firme jurisprudência desta Corte, é forçoso reconhecer que a solução preconizada pelo *parquet* viola o disposto no artigo 198, I, do Código Civil (“Art. 198. Também *não corre a prescrição*: I – *contra os incapazes* de que trata o art. 3º”), pois não se pode olvidar que o *salário-maternidade* não se destina exclusivamente à segurada, mas visa também à proteção suprema da *infância* justamente no período em que o ser humano recém-nascido se encontra mais fragilizado e necessitando de todo o amparo necessário à sobrevivência nos primeiros meses de vida. Nesse sentido, leciona Fabio Luiz dos Passos:

“O salário-maternidade é prestação previdenciária temporária prevista na Constituição Federal, destinada à proteção da segurada *e do filho* em razão da maternidade, em atenção ao primado constitucional de proteção à maternidade e à infância (CF/88, art. 6º).” (In: SAVARIS, José Antonio (coord.). *Direito Previdenciário: problemas e jurisprudência*. Curitiba: Alteridade, 2015. p. 342 – grifei)

Além da tutela constitucional conferida à infância pelo artigo 6º da Constituição da República (“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a *proteção à maternidade e à infância*, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”) e pelo artigo 227 da Carta Magna (“*É dever* da família, da sociedade e *do Estado assegurar à criança*, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à *alimentação*, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”), é forçoso reconhecer que a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, a qual assegura inúmeros compromissos perante a comunidade internacional, dentre os quais se destacam os seguintes:

“Artigo 3.1: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, *tribunais*, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, *o interesse maior da criança*.

(...)

Artigo 18.2: A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, *os Estados-partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções* no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

(...)

Artigo 24: 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

- a) *reduzir a mortalidade infantil*;
- b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
- c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
- d) *assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal*;
- e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

(...)

Artigo 26: 1. *Os Estados-partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.*

2. *Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.*”

Como é cediço, a vedação da prescrição contra incapazes prevista no ordenamento jurídico pátrio “demonstra a preocupação que o legislador teve em proteger os hipossuficientes descritos no artigo 3º, quais sejam, os menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, não correndo, também, contra o absolutamente incapaz, independentemente de estar ou não representado, consoante lecionam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina

Bodin de Moraes (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 370).

Desse modo, considerando que o salário-maternidade é prestação previdenciária que substitui a verba salarial, de natureza eminentemente alimentar, para que a segurada possa ter dedicação exclusiva ao absolutamente incapaz, não se afigura razoável prejudicar a criança pela inércia da sua genitora em obter o benefício tempestivamente. Note-se que este é raciocínio adotado pelos tribunais em matéria de pensão por morte, haja vista que o direito ao pensionamento devido aos filhos menores de 16 anos de idade é assegurado a despeito da inércia de seus representantes:

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO E PAI. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA UNIÃO ESTÁVEL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PRESCRIÇÃO. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. NÃO INCIDÊNCIA. [...] 3. Não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, consoante as previsões legais insculpidas nos arts. 169, inciso I, e 5º, inciso I, ambos do Código Civil de 1916, e no art. 198, inciso I, do Código Civil, c/c os arts. 79 e 103, parágrafo único, da Lei de Benefícios. Precedentes desta Corte. [...] 5. No caso concreto, o requerimento administrativo ocorreu antes mesmo que as filhas do *de cujus* completassem 16 anos de idade, razão pela qual fazem jus às parcelas desde a data do óbito.” (TRF4, APELREEX nº 0004813-09.2014.404.9999, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 18.11.2014)

Dessarte, considerando que o filho da parte-autora, beneficiário indireto do *salário-maternidade* ora requestado por sua genitora, é menor de 16 anos, porquanto nascido em 07.05.2007 (evento 01 – PROC2), não há falar em transcurso do prazo prescricional, nos termos do artigo 198, I, do Código Civil.

### *Premissas*

Trata-se de demanda previdenciária na qual a parte-autora objetiva a concessão de *salário-maternidade*, previsto no artigo 71 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 10.710/2003, que entrou em vigor em 01.09.2003:

“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 condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.”

Em relação à carência, a Lei de Benefícios da Previdência Social exige, em seu artigo 25, inciso III, *dez contribuições mensais*, “respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta lei, das seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13,” ao passo que, no artigo 39, parágrafo único, para as *seguradas especiais*, “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*”.

Pois bem. A controvérsia dos autos cinge-se à *comprovação da qualidade de segurada especial da parte-autora*.

Saliente-se que, no caso dos trabalhadores rurais conhecidos como boias-frias, considerando a informalidade com que é exercida a profissão no meio rural, o entendimento pacífico desta Corte é no sentido de que a exigência de início de prova material deve ser abrandada, vedada a concessão do benefício tão somente a partir da prova exclusivamente testemunhal (STJ, REsp 1321493/PR, rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012). De qualquer sorte, tratando-se de pedido de concessão de salário-maternidade à trabalhadora rural, deve ser mitigada a exigência de demonstração plena do exercício de atividades rurais para não inviabilizar a proteção à maternidade, à gestante e à infância, conforme preconizam os artigos 6º, 7º, XVIII, e 201, II, todos da Constituição Federal.

#### *Exame da qualidade de segurada especial no caso concreto*

A demandante, cujo descendente nasceu em 07.05.2007 (evento 01 – PROC2), apresentou documentos, dentre os quais se destacam:

“a) certidão de nascimento de descendente, efetuada em 15.06.2010, *em que foi qualificada como lavradora* (evento 1 – OUT3);

b) sua certidão de nascimento, efetuada em 07.10.2002, em que seu pai foi qualificado como lavrador (evento 1 – PROC2);

c) carteira de trabalho em nome do esposo, em que consta como trabalhador no cultivo de cana de açúcar (16.04.2007 a 15.12.2007); trabalhador agrícola polivalente (01.06.2008 a 27.10.2009); trabalhador agropecuário polivalente (01.10.2010 até os dias atuais) (evento 1 – OUT4 e evento 1 – OUT5);

d) certidão de nascimento de descendente, efetuada em 23.05.2007, em que seu esposo foi qualificado como lavrador (evento 1 – PROC2);”

Ademais, o labor rurícola da autora, ainda que de forma descontínua, nos *12 (doze) meses que precederam ao início do benefício*, restou demonstrado pela prova testemunhal realizada perante o juízo *a quo*. Confira-se, a propósito, excerto dos depoimentos:

*Nelson Marques Arnaut* (evento 55 – VIDEO1):

“Conhece a autora há 9/10 anos. Afirma ter visto a autora trabalhando na lavoura. A autora trabalhava carpindo, colhendo laranja, plantando mandioca. Viu a autora trabalhando durante a gestação, aproximadamente até os 8 meses. Nunca parou de trabalhar na zona rural.”

*Regina Lázara Gonçalves* (evento 55 – VIDEO2):

“Conhece a autora há muito tempo. A autora trabalha na zona rural desde antes de se conhecerem. A autora trabalha como boia-fria. Informa que trabalhou durante a gestação (aproximadamente até 15 dias antes de dar à luz) e sempre na zona rural.”

Dessarte, observa-se que a prova oral corroborou o início de prova material sobre o labor rural da autora no período exigido legalmente, reputando-se preenchidos os requisitos necessários à concessão do salário-maternidade, razão pela qual deve ser *ratificada* a sentença.

#### *Dos consectários*

Segundo o entendimento das turmas previdenciárias do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, estes são os critérios aplicáveis aos consectários:

#### *Correção monetária*

Com base no posicionamento consolidado na 3ª Seção deste TRF4, a correção monetária 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. 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);

– TR (a partir de 30.06.2009, conforme art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009).”

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, afastando a utilização da TR como fator de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, relativamente ao período entre a respectiva inscrição em precatório e o efetivo pagamento.

Em consequência dessa decisão e tendo presente a sua *ratio*, a 3ª Seção desta Corte vinha adotando, para fins de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública a sistemática anterior à Lei nº 11.960/2009, o que significava, nos termos da legislação então vigente, apurar-se a correção monetária segundo a variação do INPC, salvo no período subsequente à inscrição em precatório, quando se determinava a utilização do IPCA-E.

Entretanto, a questão da constitucionalidade do uso da TR como índice de atualização das condenações judiciais da Fazenda Pública no período anterior à inscrição do débito em precatório teve sua repercussão geral reconhecida no RE 870.947 e aguarda pronunciamento do STF no que se refere ao mérito. A relevância e a transcendência da matéria foram reconhecidas especialmente em razão das interpretações que vinham ocorrendo nas demais instâncias quanto à abrangência do julgamento nas ADIs 4.357 e 4.425.

Recentemente, em sucessivas reclamações, a Suprema Corte vem afirmando que, no julgamento das ADIs em referência, a questão constitucional decidida restringiu-se à inaplicabilidade da TR ao período de tramitação dos precatórios, de forma que a decisão de inconstitucionalidade por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, § 12, da CRFB e o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009. Em consequência, as reclamações vêm sendo acolhidas, assegurando-se que, ao menos até que haja decisão específica do STF, seja aplicada a legislação em referência na atualização das condenações impostas à Fazenda Pública, salvo após inscrição em precatório. Os pronunciamentos sinalizam,

inclusive, para eventual modulação de efeitos, caso sobrevenha decisão mais ampla quanto à inconstitucionalidade do uso da TR para correção dos débitos judiciais da Fazenda Pública (Rcl 19.050, rel. Min. Roberto Barroso; Rcl 21.147, rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 19.095, rel. Min. Gilmar Mendes).

Em tais condições, com o objetivo de guardar coerência com os mais recentes posicionamentos do STF sobre o tema e para prevenir a necessidade de futuro sobrestamento dos feitos apenas em razão dos consectários, a melhor solução a ser adotada, por ora, é aplicar o critério de atualização estabelecido no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009.

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 advenha em sede de modulação de efeitos.

#### *Honorários advocatícios*

Os 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”.

Contudo, em se tratando de salário-maternidade, em que a condenação corresponde a quatro salários mínimos, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no valor de R\$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais), consoante pacificada jurisprudência deste Regional.

Todavia, não havendo apelação da parte-autora, mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença.

#### *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.

### *Prequestionamento*

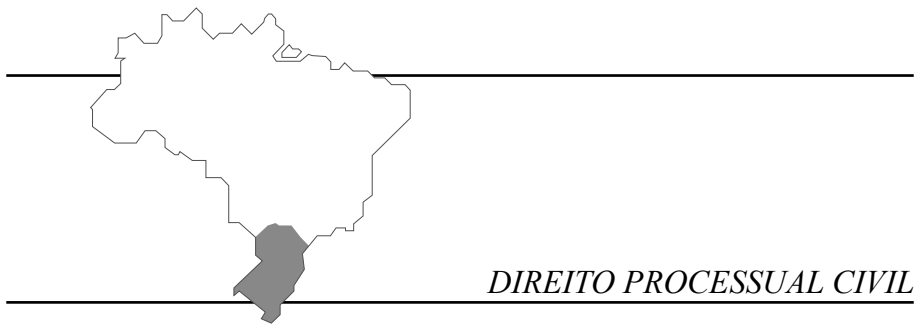
Para fins de possibilitar o acesso das partes às instâncias superiores, dou por prequestionadas as matérias constitucionais e legais alegadas em recurso, nos termos das razões de decidir já externadas no voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou tidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do declinado.

### *Conclusão*

Confirma-se a sentença que julgou procedente o pedido de concessão de salário-maternidade.

### *Dispositivo*

*Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação do INSS, tão somente para adequação dos consectários.*



*DIREITO PROCESSUAL CIVIL*



***QUESTÃO DE ORDEM NA APELAÇÃO CÍVEL***  
***Nº 5037777-09.2015.4.04.7000/PR***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle

*Apelante:* Itaipu Binacional

*Apelada:* Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.

*Advogado:* Dr. Rômulo Greff Mariani

*Apelada:* Siemens Ltda.

*Advogado:* Dr. Guilherme Enrique Malosso Quintana

*Apelada:* Voith Hydro Ltda.

*Advogados:* Dr. Flávio Luiz Fonseca Nunes Ribeiro

Dra. Andrea Gomes

Dra. Caroline Araujo Brunetto

Dra. Jaqueline Lobo da Rosa

Dr. Luis Filipe Rache Soares

***EMENTA***

*Questão de ordem em apelação. Decisão mista. Nulidade parcial. Cisão do processo – determinação judicial que não se coaduna com o Direito Processual pátrio. Questão de mérito devolvida a processamento – observância do devido processo legal.*

1. Mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.232/2005

no conceito de sentença (arts. 162, § 1º, 269 e 463 do CPC), não se admite a resolução definitiva fracionada da causa mediante prolação de sentenças parciais de mérito. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

2. Constata-se erro *in procedendo* ao ser proferida decisão mista, tendo o magistrado de origem impulsionado a parte a interpor duplo recurso, com ofensa ao princípio da unirrecorribilidade e desencadeando a cisão processual, o que não se coaduna com o direito processual pátrio.

3. Questão de ordem solvida para reconhecer a nulidade parcial da decisão proferida, não conhecer do recurso na parte em que a matéria era agravável (ilegitimidade de parte) e julgar prejudicado o pleito na parte em que enfrenta o mérito decidido parcialmente. Devolução do tema ao julgador originário para unificação da demanda.

### 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 maioria, vencida a Desa. Federal Vivian Caminha, acolher a questão de ordem, anular a decisão na parte em que julga o mérito, reconhecendo nesse ponto prejudicado o apelo, e não conhecer do recurso no tocante à legitimidade passiva das rés, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2015.

Des. Federal *Luis Alberto d’Azevedo Aurvalle*, Relator.

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luis Alberto d’Azevedo Aurvalle*: Trata-se de apelação interposta de decisão proferida em ação ajuizada pela Itaipu Binacional pretendendo:

“cobrança de multa por atraso no adimplemento do Contrato 6.128/2000;  
ressarcimento de valores relativos a despesas de empréstimo oneroso de equipamento, disponibilização de técnico, mão de obra, cessão de ramais telefônicos;  
ressarcimento e valores gastos na substituição e armazenamento de óleo isolante contaminado com enxofre corrosivo;  
declaração quanto às obrigações assumidas pelas partes contratantes na execução do contrato.”

Em “decisão mista”, o julgador de origem concluiu por:

“– afastar a preliminar de falta de interesse processual da pretensão de cunho declaratório;  
– reconhecer a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário no que se refere à pretensão de cunho declaratório;  
– declarar a ilegitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte e Voith Hydro Ltda. para responder judicialmente por algumas despesas incorridas por empresas diversas (Bardella S.A. Indústrias Mecânicas, UTC Engenharia S.A., Cesbe S.A. Eng. e Empreendimentos);  
– deferir chamamento ao processo da Siemens Ltda., no que se refere à pretensão de indenização pela substituição do óleo isolante nos transformadores elevadores da U9A e da U18A;  
– julgar prescrita a pretensão de a Itaipu Binacional cobrar multa cominada pela cláusula oitava do referido contrato;  
– julgar prescrita a pretensão de a Itaipu Binacional cobrar despesas operacionais de diversos avisos de débito;  
– condenar a Itaipu Binacional, porque decaiu em maior parte do pedido, a arcar com as custas processuais e a pagar honorários sucumbenciais, fixados em 10% dos valores reconhecidos como prescritos pela sentença.”

Da decisão recorreram:

Itaipu Binacional – via agravo de instrumento (nº 5016503-37.2015.404.0000/PR): postulando afastar a conclusão acerca do litisconsórcio passivo necessário e o chamamento ao processo da Siemens Ltda.; via apelação – pretendendo reconhecer a legitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Voith Hydro Ltda. para responderem a ação pelas despesas estampadas nos avisos de débitos; afastar a prescrição da pretensão cobrança das multas moratórias; afastar a prescrição da pretensão de cobrança das despesas anteriores a 2008; modificar o valor dos honorários advocatícios em face da desproporcionalidade. Referido recurso, sob minha relatoria, teve seguimento negado, sendo que, levado a julgamento o agravo legal interposto pela recorrente, foi pedida vista pela e. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha.

Da decisão que recebeu o apelo, a Voith Hydro interpôs agravo de instrumento (nº 5028350-36.2015.404.0000/PR). Referido recurso foi levado a julgamento na sessão do dia 29.09.2015, tendo a Turma, à unanimidade, não lhe conhecido. Firmou-se, naquele autuado, o entendimento de que a questão levantada – inadequação da via eleita (apelação) para recorrer da decisão de origem – seria apreciada nestes autos, como preliminar.

Saliento que, pelo julgador da causa, foi determinada a cisão

processual, sendo que nesta Corte se tem recurso de apelação e na origem se tem o processamento do feito, com produção de prova, em relação aos tópicos remanescentes.

Considerando a situação processual estabelecida na presente demanda, apresento o presente feito sob *questão de ordem*, submetendo ao colegiado a admissibilidade recursal, bem ainda, a análise sobre a higidez ou não da decisão proferida na origem.

É ao que passo.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle:*

*Do conteúdo da decisão proferida na origem e de sua incompatibilidade com o sistema processual civil pátrio atual*

No evento 34, a inclita magistrada proferiu decisão mista, conhecida pela jurisprudência e pela doutrina como sendo aquela que define questões interlocutórias e de mérito no mesmo ato. Ainda, ciente da decisão que proferira, impulsionou as partes a interpirem agravo de instrumento e/ou apelação e, recebendo o apelo, cindiu o processo para que o mesmo pudesse ter continuidade na origem e nesta Corte.

Sobre o tema, trago à baila recente decisão proferida pela Superior Corte, nos autos do REsp nº 1.281.978/RS, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva (Informativo 562), *in verbis*:

*“Mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.232/2005 no conceito de sentença (arts. 162, § 1º, 269 e 463 do CPC), não se admite a resolução definitiva fracionada da causa mediante prolação de sentenças parciais de mérito. A reforma processual oriunda da Lei 11.232/2005 teve por objetivo dar maior efetividade à entrega da prestação jurisdicional, sobretudo quanto à função executiva, pois o processo passou a ser sincrético, tendo em vista que os processos de liquidação e de execução de título judicial deixaram de ser autônomos para constituírem etapas finais do processo de conhecimento; isto é, o processo passou a ser um só, com fases cognitiva e de execução (cumprimento de sentença). Daí porque houve a necessidade de alteração, entre outros dispositivos, dos arts. 162, 269 e 463 do CPC, visto que a sentença não mais ‘põe fim’ ao processo, mas apenas a uma de suas fases. Alguns processualistas, a partir do novo conceito, em uma interpretação literal do art. 162, § 1º, do CPC, passaram a enxergar a sentença exclusivamente quanto ao seu conteúdo, de modo a admitirem que o juiz julgue apenas parcela da demanda, remetendo para outro momento processual o julgamento do restante da controvérsia. Entretanto, a exegese que melhor se coaduna com o sistema lógico-processual brasileiro é a sistemática e a teleológica, devendo, portanto, ser levados em consideração, para a definição de sentença, não só o art. 162, § 1º,*

do CPC, mas também os arts. 162, §§ 2º e 3º, 267, 269, 459, 475-H, 475-M, § 3º, 504, 513 e 522 do CPC. Logo, pelo atual conceito, sentença é o pronunciamento do juiz de primeiro grau de jurisdição (i) que contém uma das matérias previstas nos arts. 267 e 269 do CPC e (ii) que extingue uma fase processual ou o próprio processo. A nova lei apenas acrescentou mais um parâmetro (conteúdo do ato) para a identificação da decisão como sentença, já que não foi abandonado o critério da finalidade do ato (extinção do processo ou da fase processual). Permaneceu, assim, no CPC/1973 a teoria da unidade estrutural da sentença, a obstar a ocorrência de pluralidade de sentenças em uma mesma fase processual. Isso não impede, todavia, a prolação de certas decisões interlocutórias que contenham matérias de mérito (art. 269 do CPC), tais quais as que apreciam a liquidação, mas, por não encerrarem o processo ou a fase processual, não podem ser consideradas sentença. Ademais, apesar de o novo CPC (Lei 13.105/2015), que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016, ter disciplinado o tema com maior amplitude no art. 356, este diploma não pode incidir antes da referida data nem de forma retroativa, haja vista os princípios do devido processo legal, da legalidade e do *tempus regit actum*.” (REsp 1.281.978-RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05.05.2015, DJe 20.05.2015)

No precedente referido, extrai-se indicação doutrinária de Fredie Didier Jr. no sentido de:

“A nova redação do §1º do art. 162 do CPC, introduzida pela Lei Federal nº 11.232/2005, foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, como antes se dizia, tendo em vista que toda sentença de prestação, agora, dá ensejo a execução imediata, sem necessidade de um outro processo (de execução) para isso. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC, para retirar a menção que se fazia ao ‘encerramento da atividade jurisdicional’ com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva. Após essa alteração legislativa, é preciso compreender a sentença como o ato que encerra o procedimento na fase de conhecimento/execução e em primeira instância. O encerramento do procedimento fundar-se-á ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC. O conceito de sentença tem bastante relevância: é com base nele que se saberá qual o recurso cabível, pois, de acordo com o nosso código, da sentença, cabe apelação (art. 513 do CPC) e, da decisão interlocutória, cabe agravo (art. 522 do CC).” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm. v. 1. p. 534)

Dito isso, concluo que não andou bem a magistrada ao proferir a decisão mista, e, mais ainda, ao impulsionar a parte a interpor duplo recurso, ofendendo princípio da unirrecorribilidade e, ainda, desencadeando a cisão processual.

A cisão processual não se coaduna com o direito pátrio atual e, conquanto se verifique previsão de que, sob o advento do Novo Código de Processo Civil, seja alcançada ao magistrado a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, também há a de que o recurso



cabível será o de agravo de instrumento *in verbis*:

“*Seção III*

*Do julgamento antecipado parcial do mérito*

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

*Da cisão processual – e do recebimento do recurso de apelação. Da via recursal adequada em se tratando de decisão mista que reconhece a ilegitimidade passiva da parte*

A situação desencadeada pela julgadora acabou proporcionando prejuízo à parte que recorreu duplamente da decisão. E, conquanto seja ônus do patrono da parte a escolha correta do recurso para fins de manifestação de sua insurgência à instância superior, tratando-se de erro grosseiro a interposição de apelação quando se está diante de decisão interlocutória, a aplicação dessa conclusão merece certo tempero na situação dos autos, não se havendo aniquilar por completo o direito recursal da recorrente Itaipu Binacional.

O presente recurso pretende reconhecer a legitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Voith Hydro Ltda. para responderem a ação pelas despesas estampadas nos avisos de débitos; afastar a prescrição da pretensa cobrança das multas moratórias; afastar a prescrição da pretensão de cobrança das despesas anteriores a 2008; e modificar o valor dos honorários advocatícios em face da desproporcionalidade.

No que concerne à ilegitimidade passiva das empresas Alstom e Voith, reconhecida na decisão recorrida, tenho que o pleito recursal não

merece conhecimento. Para tanto, considero a jurisprudência pátria, no sentido de que o recurso cabível de decisão que reconhece ilegitimidade da parte é o agravo de instrumento, tenho por não conhecer do recurso no tocante. Acerca do recurso cabível nesses casos, colaciono rr. precedentes desta Corte e da Superior:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO CABÍVEL. DECISÃO QUE RECONHECE A ILEGITIMIDADE DE UMA DAS PARTES. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. 1. O recurso cabível contra decisão que exclui parte da lide, por ilegitimidade passiva, é o agravo de instrumento. 2. O manejo do recurso de apelação consubstancia erro grosseiro, sendo, portanto, inaplicável a fungibilidade recursal.” (TRF4, Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5009752-41.2010.404.7200, 4ª Turma, Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, por unanimidade, juntado aos autos em 26.03.2015)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA RECURSAL. Tratando-se de apelação interposta contra decisão interlocutória que declarou a ilegitimidade de parte, bem como reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal, erro grosseiro caracterizado à vista da previsão processual que impõe o uso do agravo de instrumento. Hipótese submetida aos princípios fundamentais informados pela Teoria Geral dos Recursos, que não permite a aplicação daquele inerente à fungibilidade quando utilizada via recursal imprópria. Ausência dos requisitos de admissibilidade, porque a apelação não pode ser recebida como agravo de instrumento, à vista das peculiaridades inerentes a este, que deve ser submetido em segunda instância, mediante o preenchimento dos requisitos processuais próprios. Agravo legal improvido.” (TRF4, Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 0024406-87.2010.404.0000, 4ª Turma, Juíza Federal Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, por unanimidade, D.E. 27.10.2010, Publicação em 28.10.2010)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXCLUSÃO DE UM DOS LITISCONSORTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO. SÚMULA 83/STJ. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. ERRO GROSSEIRO.

1. A exclusão de um dos litisconsortes do polo passivo, por ilegitimidade, prosseguindo-se o feito perante os demais, não configura extinção da totalidade do feito, caracterizando decisão interlocutória – ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente –, pelo que é recorrível mediante recurso de agravo de instrumento. Precedentes.

2. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal é cabível na hipótese em que exista dúvida objetiva, fundada em divergência doutrinária ou mesmo jurisprudencial acerca do recurso a ser manejado em face da decisão judicial a qual se pretende impugnar.

3. O entendimento pacífico do STJ é de que constitui erro grosseiro, não amparado pelo princípio da fungibilidade recursal, por ausência de dúvida objetiva, a interposição de recurso de apelação quando não houve a extinção total do feito – caso dos autos – ou seu inverso, quando a parte interpõe agravo de instrumento contra sentença que extinguiu

totalmente o feito. Súmula 83/STJ.

4. ‘É pacífico nesta Corte Superior que a decisão que exclui do processo um dos litis-consortes, prosseguindo-se a execução com relação aos demais coexecutados, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação’ (AgRg no Ag 1.236.181/PR, Terceira Turma, rel. Ministro Vasco Della Giustina – desembargador convocado do TJ/RS –, DJe de 13.09.2010).

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 336.945/SC, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02.10.2014, DJe 23.10.2014)

No que remanesce, reconhecimento de prescrição em relação a algumas cobranças, tenho por bem reconhecer a nulidade parcial do *decisum*, excluindo de seu conteúdo a antecipação de mérito, mantendo a controvérsia a respeito. A conclusão a que chego busca evitar a cisão processual – hipótese que não se coaduna com o direito pátrio –, bem ainda evitar a ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

O recurso de apelação resta prejudicado no ponto.

Concluindo, é a presente questão de ordem suscitada para, de ofício, anular a decisão na parte em que adentra o mérito, julgando prejudicado o apelo no tocante; e não conhecer do recurso na parte que sustenta a legitimidade passiva das rés Alstom e Voith.

Ante o exposto, voto por *suscitar a presente questão de ordem, solvendo-a nos termos da fundamentação.*

#### VOTO-VISTA

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior:* Na sessão de 20.10.2015, o Desembargador Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle suscitou questão de ordem para anular a decisão recorrida na parte que adentra o mérito da ação, julgando nesse ponto prejudicado o apelo, e não conhecer do recurso na parte que sustenta a legitimidade passiva das rés Alstom e Voith.

Pedi vista para melhor analisar a questão e especialmente em face da existência de agravo de instrumento relacionado, que se encontra com pedido de vista da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha.

Examinados os autos, acompanho o voto do relator, que bem encaminha a controvérsia.

Apenas aproveito para destacar que não estamos aqui examinando a matéria de fundo, o mérito das questões discutidas na apelação. Estamos

discutindo inicialmente a questão formal, isto é, se o ato judicial que acabou atacado por dois recursos (um agravo de instrumento e uma apelação) é processualmente hígido.

Para discutirmos se o ato judicial é hígido, precisamos primeiro discutir se os recursos que atacam o ato judicial são processualmente viáveis.

Em princípio, estaria inclinado a dizer que impera aqui o princípio da unicidade recursal e que um ato judicial só pode ser atacado por um único recurso. Deduzido um recurso pela parte contra aquele ato judicial, ou contra parte daquele ato judicial, teríamos preclusão consumativa quanto ao restante, e outro recurso não poderia depois ser interposto na sequência pela mesma parte.

Fôssemos aplicar esse princípio da unicidade recursal, não seria possível conhecer a apelação agora em julgamento, porque tanto ela (apelação do evento 67, apresentada em 12.05.15) quanto o outro recurso (agravo de instrumento do evento 59, apresentado em 07.05.15) atacam o mesmo ato judicial, embora partes diferentes desse ato judicial.

Entretanto, aqui me parece que esse princípio da unicidade recursal deva ser afastado, admitindo-se excepcionalmente conhecer os dois recursos interpostos pela parte contra partes diferentes do ato judicial impugnado.

Isso porque me parece que teremos que conciliar o julgamento desse princípio (unicidade recursal) com o da devolutividade dos recursos (artigo 512 do CPC) e da boa-fé processual (artigo 14-II do CPC), evitando que a parte acabe prejudicada por uma decisão que padece de nulidade, como bem me parece reconheceu a questão de ordem suscitada pelo relator (que votou por anular de ofício a decisão na parte que adentra o mérito e não conhecer do recurso na parte que sustenta a legitimidade passiva).

Ainda que seja elogiável o esforço feito pelo juízo de origem para equacionar as complexas questões de direito e de fato que estavam sendo discutidas, e poupar recursos das partes (evitando perícia complexa e resolvendo desde já a questão da prescrição), me parece que a parte final do ato judicial pecou por desatender ao que prescrevia a lei processual, acabando por criar uma confusão incontornável para as partes, que resultou na interposição de dois recursos.

Não houvesse a parte final do ato judicial duplamente recorrido, talvez estivesse inclinado a reconhecer que deveria imperar o princípio da unicidade recursal. Mas existe a parte final do ato impugnado, que foi lançado pelo juízo de origem nestes termos:

“Em sendo interposto(s) agravos pela(s) parte(s), desde já manifesto que mantenho esta decisão por seus próprios fundamentos.

Interposto agravo retido ou sendo o agravo de instrumento convertido em retido, caberá à secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões, salvo em caso de intempestividade, hipótese que deverá ser certificada.

Aguarde-se decisão da instância superior acerca de eventual concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento.

Em sendo interposta(s) apelação(ões) (artigo 513 c/c artigos 162, § 1º, 267 e 269, todos do Código de Processo Civil), recebo-a(s) no duplo efeito, salvo no caso de intempestividade ou ausência de preparo, hipóteses que serão oportunamente certificadas pela secretaria.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.”

Sempre tive estranheza quanto à prática, quase usual, que tem sido adotada pelos juízes, de já no final da sentença, no dispositivo, anteciparem o recebimento de recurso e os efeitos com que o receberão, principalmente em sentenças.

A pretexto de se economizar tempo e facilitar a tramitação do processo, acaba se automatizando um ato de suma importância no processo, que diz respeito não apenas ao exame da admissibilidade dos recursos (especialmente da apelação), mas também um exame judicial mais criterioso sobre os efeitos com que tais recursos seriam recebidos. Muitas vezes isso gera novos recursos entre as partes, discutindo quais os efeitos serão imediatamente aplicados à sentença, o que muitas vezes é bastante relevante para as partes (há ou não o efeito suspensivo na apelação, por exemplo).

No caso dos autos, mais do que antecipar o recebimento de eventual recurso e de seus efeitos, o juízo de origem acrescentou a possibilidade de duplo recurso para as partes: “se interpuser agravo (...)” e “se interpuser apelação (...)”.

Ora, isso não foi um detalhe irrelevante, mas acabou trazendo um complicador para o processo, porque a parte vencida acabou seguindo o que o juízo da causa havia sinalizado, interpondo apelação contra uma parte do ato judicial e interpondo agravo de instrumento contra outra parte.

Não parece que tenham sido interpostos dois recursos contra as mesmas questões, mas dois recursos atacando cada um questões diferentes, sem que exista sobreposição na pretensão recursal.

Ora, me parece que estamos diante de um erro de forma praticado pelo juízo de origem, que está sendo corrigido pela questão de ordem suscitada pelo relator (anulando de ofício a “decisão” na parte que adentra o mérito), que permitirá que os autos retornem e essa questão seja novamente enfrentada pelas partes, sem prejuízo a nenhuma delas, mas assegurado o devido processo legal.

A correção me parece possível e oportuna porque:

(a) o juiz pode corrigir de ofício as nulidades existentes no processo que não tenham ainda precluído;

(b) a questão não precluiu porque foi inclusive objeto de dois recursos distintos, tratando de matérias distintas, ambos em julgamento perante essa turma;

(c) o princípio da boa-fé e da lealdade processual não vinculam apenas as partes (artigo 14, II, do CPC), mas também devem estar presentes (e estão implícitas) em todos os atos praticados pelos juízes, cabendo a todos zelar para que o processo atinja seu resultado útil e assegure o cumprimento de sua elevada missão constitucional de garantir os direitos (artigo 5, XXXV, da CF) e assegurar o contraditório e o devido processo (artigo 5, LV, da CF);

(d) então, se o ato judicial inadvertidamente acaba assegurando às partes a interposição de dois recursos (agravo e apelação, como feito no final do ato judicial discutido), não há como se deixar de considerar a boa-fé da parte que segue o proposto pelo juízo e impugna o ato judicial com dois recursos distintos e não sobrepostos;

(e) o princípio devolutivo do artigo 512 do CPC permite que o tribunal conheça das questões que lhe foram devolvidas, o que está sendo feito pela questão de ordem, que está examinando a regularidade formal do ato judicial ali impugnado e está reconhecendo de ofício a nulidade;

(f) o equívoco praticado pelo juízo (inserindo despachos eventuais e condicionais no final do ato judicial, permitindo apelação e agravo de instrumento) não é mero “erro de forma” para os fins do artigo 250 do CPC, que pudesse ser relevado e aproveitado, mas acaba prejudicando

uma das partes, cerceando-lhe a possibilidade de recorrer contra aquele ato judicial, porque, se tivesse interposto apenas o agravo de instrumento, poder-se-ia vir a dizer que não impugnou todo o ato judicial (os atos com conteúdo de “sentença” que examinavam o mérito), vendo-se a parte então obrigada ao duplo recurso;

(g) o que temos no ato judicial impugnado é caso de nulidade, que foi objeto de recurso, que causa prejuízo à parte, que não pode ser aproveitado (artigos 243-249 do CPC), e por isso parece-me possível superar a questão do conhecimento da apelação, anulando-se o ato judicial impugnado, na parte que foi impugnada e nos termos propostos pelo relator.

Ante o exposto, acompanho o relator e voto por *acolher a questão de ordem, anular a decisão* na parte em que julga o mérito, reconhecendo nesse ponto prejudicado o apelo, e não conhecer do recurso no tocante à legitimidade passiva das rés.

### VOTO-VISTA

*A Exma. Sra. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha:* Em 08.01.2014, a Itaipu Binacional ajuizou ação ordinária (nº 5000330-21.2014.404.7000) em face de Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Voith Hydro Ltda., integrantes do Ceitaiçu – Consórcio Empresarial Itaipu, objetivando (1) a condenação das rés ao pagamento de valores, a título de multas, pendências financeiras relativas ao contrato nº 6.128/2000 e ressarcimento de custos, com acréscimos legais, e (2) a declaração de existência das situações jurídicas que dizem respeito a obrigações assumidas pelas contratantes na execução do ajuste.

Após regular tramitação, foi proferida decisão saneadora do feito em 04.02.2015 (evento 34), com o seguinte teor:

“DESPACHO/DECISÃO

#### 1. Relatório

A Itaipu Binacional ajuizou esta ação ordinária pretendendo (i) a cobrança de multa por atraso no adimplemento do Contrato nº 6.128/2000, (ii) o recebimento de valores referentes a despesas com o empréstimo oneroso de equipamentos, disponibilização de técnicos, mão de obra e materiais, cessão de ramais telefônicos e respectivas despesas de utilização, (iii) o ressarcimento de valores gastos na substituição e no armazenamento de óleo isolante contaminado com DBDS (enxofre corrosivo), (iv) a declaração do juízo quanto às obrigações assumidas pelas partes contratantes na execução do contrato.

(...)

É o relatório. Passo a decidir.

## 2. Fundamentação

Preliminar de falta de interesse processual – pretensão de cunho declaratório

A Itaipu Binacional pediu que o juízo declare a existência de situações jurídicas que já se consumaram no decorrer da execução do contrato, e que consistem na proposta de Aditamento nº 03 ao Contrato nº 6.128/2000:

‘(i) a alteração do evento de pagamento 3.1.39 do Aditamento nº 02,

(ii) a existência de extensão de garantia dos equipamentos que elenca às fls. 26-27 da petição inicial, quais sejam: o pé da viga frontal na região em que suporta o anel magnético da U9A, o núcleo do estator da U18A, o cubo do rotor do gerador das U9A e U18A, o transformador 02 da U9A nº 4001727, o conjunto transformadores/buchas e/ou buchas de alta tensão tipo EKTG, e os suportes do estator U9A e U18A,

(iii) a existência de modificações de itens específicos da Cláusula Quarta dos Anexos do Contrato: revisão de dados do *Work statement* seção III – Esp. 025/97, alteração da especificação técnica das chapas de aço-silício para o núcleo do estator da U9A e U18A, esclarecimento das especificações técnicas es. 023/97 e 035/97, alteração do esquema de pintura do revestimento do tubo de sucção da U9A e U18A, alteração da composição química das palhetas diretrizes da turbina da U9A e U18A, alteração da especificação técnica das bombas de óleo para o sistema de resfriamento dos transformadores elevadores principais da U9A e U18A, correção de texto na especificação técnica 022/97 cap. V, item 3.3.1.7.’

As correspondências trocadas entre a Itaipu Binacional e o Ceitaipu contendo as referidas alterações encontram-se no evento 1, OUT65 a 90.

A análise desses documentos permite afirmar o interesse processual da Itaipu Binacional em ver declaradas pelo Poder Judiciário as alterações ocorridas no Contrato nº 6.128/2000.

O contrato firmado entre a Itaipu Binacional, as nove empreiteiras e os dois consórcios para a implantação de duas unidades geradoras de energia elétrica é bastante detalhado nas suas especificações técnicas, nas formas e nos eventos de pagamento. Dessa forma, a autora tem interesse em ver reconhecidas as alterações da relação jurídica contratual.

Afasto, portanto, a preliminar.

### *Preliminar de litisconsórcio passivo necessário/unitário*

A Voith Hydro Ltda. sustentou, na contestação, a necessidade de formação de litisconsórcio passivo para a pretensão declaratória.

Assiste-lhe razão.

A Itaipu Binacional pretende que declaração judicial faça as vezes de aditamento do Contrato nº 6.128/2000. Ocorre que esse negócio jurídico foi firmado pela entidade binacional, de um lado, e por nove empreiteiras e dois consórcios, de outro lado. A alteração das especificações técnicas, dos eventos de pagamento, da extensão de garantia, entre outros itens, altera a posição jurídica de todos aqueles que integraram o contrato.

Há de se ver, por exemplo, que algumas alterações desejadas pela Itaipu Binacional referem-se a cláusulas ou itens contratuais que envolvem contratados ainda não integrantes da relação processual. Trata-se, por exemplo, do pedido de alteração da descrição do evento de pagamento 3.1.39, realizada em favor da ‘UTC, EBE e CIE’ conforme consta dos documentos de evento 1, OUT65/66; ou então da extensão de garantia de transformador da



U9A, a ser prestada pela Siemens Ltda. (evento 1, OUT74/75); ou, ainda, da alteração da especificação técnica das chapas de aço-silício para o núcleo do estator da U9A e U18A, a cargo de VSPA, Alstom e CIE (evento 1, OUT82); além da alteração do esquema de pintura do revestimento do tubo de sucção da U9A e da U18A, a cargo da CIE – LUQUE/PY (evento 1, OUT85).

As ora rés não têm legitimidade processual para, sozinhas, responder pela totalidade das alterações contratuais (artigos 3º e 6º do Código de Processo Civil). Assim, esse pedido declaratório deve ser dirigido à totalidade das empreiteiras e dos consórcios signatários do Contrato nº 6.128/2000.

Intime-se a Itaipu Binacional para que, no prazo de 10 (dez) dias, promova a citação de todas as empresas e os consórcios signatários do Contrato nº 6.128/2000, sob pena de indeferimento do pedido declaratório, na forma do artigo 267, XI, do Código de Processo Civil.

#### *Ilegitimidade passiva*

A Itaipu Binacional pretende ressarcir-se das despesas com o empréstimo oneroso de equipamentos, disponibilização de técnicos da ora autora, mão de obra, equipamentos e materiais, bem como as decorrentes da cessão de ramais telefônicos e respectivas despesas de utilização.

A autora apresentou, no evento 1, OUT44 a 54, avisos de débitos emitidos entre os anos de 2006 a 2010, de despesas incorridas pelas rés, pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas, pela UTC Engenharia S/A e pela Cesbe S.A. Eng. e Empreendimentos.

Tratando-se de pretensão fundada em alegado enriquecimento ilícito, não se pode estender a solidariedade contratual para que as ora rés arquem com despesas que não provocaram.

Assim, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte e Voith Hydro Ltda. para responder judicialmente pelas despesas estampadas nos avisos de débito emitidos: em 15.04.2010 de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT44, p. 26-31), em 29.06.2010 de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT44, p. 32-34), em 27.07.2009 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 1-12), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 13-22), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 23-25), em 14.06.2007 de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT51, p. 16-23), em 27.07.2009 de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT52, p. 1, 7-8, 10-11, 13-14), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela Cesbe S.A. Eng. e Empreendimentos (evento 1, OUT52, p. 2-4), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 1-4), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 5-7), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 8-12), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 13-15), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 16-19), em 31.05.2006 de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 22-24).

#### *Chamamento ao processo*

A Alstom Brasil Energia e Transporte, na sua contestação, pediu o chamamento ao processo da Siemens Ltda. ao argumento de que ela é devedora solidária e, ademais, como fornecedora do óleo isolante utilizado nos transformadores elevadores principais das

unidades geradoras U9A e U18A, detém conhecimento técnico aprofundado do ocorrido.  
Defiro o pedido.

O artigo 77, III, do Código de Processo Civil admite o chamamento ao processo dos devedores solidários quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Comentando citado dispositivo legal, Athos Gusmão Carneiro explica:

‘A lei processual, nesse ponto, terá alterado a doutrina da solidariedade passiva. O credor ajuíza a ação de cobrança apenas contra o devedor B, e este tem a faculdade de, pelo chamamento dos coobrigados, impor ao autor o litisconsórcio passivo; assim, pode obrigar o credor a exercer a pretensão creditória não só contra ele, chamante, mas também contra os chamados.

A sentença (se procedente a ação, é claro) condenará os devedores solidários que figurem no litisconsórcio passivo; e aquele que vier a satisfazer a dívida poderá, nos mesmos autos, executar os demais, pelas respectivas quotas (CC, art. 283, e CPC, art. 80).’ (*Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175-176)

É o caso dos autos.

O Contrato nº 6.128/2000 foi firmado pela Itaipu Binacional, de um lado, e por nove empreiteiras e dois consórcios, de outro. Dentre as empreiteiras encontram-se as ora rés (Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Voith Hydro Ltda.) e a Siemens Ltda.

De acordo com a correspondência E/CO.DF/004299/10 da Itaipu Binacional direcionada ao Ceitaipu, a Siemens Ltda. é a fabricante dos transformadores principais das U9A e U18A, em cuja composição química foi detectada a presença de enxofre corrosivo (evento 1, OUT59). A Siemens Ltda. respondeu a essa correspondência da Itaipu Binacional, defendendo as propriedades técnicas do óleo isolante (evento 1, OUT60).

Assim, por ser devedora solidária, a Siemens Ltda. deve ser chamada ao processo.

Cite-se no endereço indicado pela Alstom Brasil Energia e Transporte (evento 18, CONT1, p. 45).

Observe-se o artigo 79 c/c o artigo 75, ambos do Código de Processo Civil, isto é: caso a Siemens Ltda. aceite o chamamento ao processo e conteste o pedido, intime-se a parte-autora para réplica, no prazo de 10 (dez) dias; caso a Siemens Ltda. deixe de contestar ou compareça apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, intimem-se a Alstom Brasil Energia e Transporte e a Voith Hydro Ltda. (por força do artigo 5º, LV, da Constituição de 1988) para se manifestarem, no prazo comum de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.

*Saneamento do feito*

Analisadas e decididas as questões preliminares, reputo saneado o feito.

Passo a analisar a prejudicial de prescrição, pois a situação específica dos autos revela que os fatos demandam complexa, custosa e demorada dilação probatória.

Assim, com fulcro na garantia constitucional à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988), examino a prejudicial de mérito.

*Prejudicial de mérito: prescrição*

*Prescrição da pretensão de cobrança de multa*

O contrato nº 6.128/2000 (evento 1, OUT11) dispõe:

‘CLÁUSULA OITAVA – Caso não sejam cumpridos os marcos contratuais, as CON-

TRATADAS ficarão sujeitas às seguintes multas:

a) Marcos intermediários

0,125% (cento e vinte e cinco milésimos por cento) do valor total do contrato para cada período de 7 (sete) dias corridos de atraso;

b) Marcos finais

1% (um por cento) do valor total do contrato no vencimento do marco contratual final e, adicionalmente, 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do valor total do contrato para cada período de 7 (sete) dias corridos de atraso.

§ 1º A multa será cobrada sempre por marco contratual em atraso, independentemente do reflexo que possa ter sobre quaisquer outros marcos, sendo cumulativas as multas referentes aos diferentes marcos contratuais.

§ 2º A soma das multas previstas nesta cláusula e que vierem a ser cobradas das CONTRATADAS não poderá exceder, para cada unidade geradora, a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato. Caso isso ocorra, as CONTRATADAS, a critério da Itaipu, poderão ser consideradas inadimplentes de pleno direito, ficando sujeitas ao disposto no Capítulo XLIII.

CLÁUSULA NONA – Ocorrido o atraso de marco contratual e quantificado o valor da multa correspondente, a ITAIPU comunicará o fato ao executor-geral do empreendimento, solicitando que este indique, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a CONTRATADA sobre a qual deve ser aplicada a multa mediante dedução do valor correspondente no próximo pagamento. Findo esse prazo e não havendo pronunciamento a respeito, a ITAIPU procederá à aplicação da multa ao executor-geral do empreendimento.

§ 1º Fica, entretanto, assegurado às CONTRATADAS o direito de substituir, às suas expensas, as eventuais multas relativas a marcos intermediários por garantias bancárias, que poderão ser executadas pela ITAIPU, caso os marcos finais deixem de ser cumpridos. As garantias bancárias em questão devem ser apresentadas, em termos e condições aceitáveis pela ITAIPU, juntamente com a solicitação do pagamento do qual seria deduzida a multa.

§ 2º As multas aplicadas e cobradas, referentes aos marcos intermediários, serão canceladas e devolvidas caso as CONTRATADAS venham a cumprir os respectivos marcos finais. A devolução somente será feita após o efetivo cumprimento do marco final, e as quantias eventualmente restituídas serão reajustadas nas mesmas condições contratuais sem acréscimo de juros.

Faz-se necessário esclarecer as datas em que os marcos contratuais deveriam ter sido cumpridos.

A Itaipu Binacional afirmou, na petição inicial (evento1, INIC1, p. 9), que os marcos contratuais finais M13 e M14 foram fixados em 15.09.2005 e 15.10.2005. Acrescentou que o M13 foi cumprido em 11.06.2006 e o M14 foi cumprido em 05.12.2006. Disse que aplicou de forma definitiva ‘a multa máxima contratualmente prevista para o descumprimento do marco contratual final – M13’ pelas correspondências ‘Carta E/CGB/CGP/0121/06, de 23.10.2006, e Carta E/CGB/CGP/0142/06, de 29.11.2006’ (p. 10 da petição inicial). Em relação ao marco contratual M14, a petição inicial narrou que, ‘em 03.02.2006, foi atingida a multa máxima contratual para a U18A, fato esse comunicado às empresas contratadas mediante Carta E/CGB/CGP/0148/06, de 07 de dezembro de 2006’ (p. 11 da petição inicial).

A autora argumentou ter notificado o consórcio de empresas para pagamento das multas pelo descumprimento dos M13 e M14, extrajudicialmente, em 10.05.2010, e judicialmente, em 21.01.2011 (autos 5001108-93.2011.404.7000, que tramitaram perante a 1ª Vara Federal

de Curitiba). As ora requeridas apresentaram contranotificação à notificação judicial, de forma que teria sido interrompida a prescrição na forma do artigo 202, V, do Código Civil.

Vale anotar que esta ação ordinária de cobrança cumulada com ressarcimento e declaratória de direitos foi ajuizada em 08.01.2014.

A Voith Hydro Ltda. defendeu que, ‘em relação ao Marco Final 13, a primeira multa se tornou exigível em 15.09.2005, e a última, em 05.01.2006, sendo atingidas pela prescrição respectivamente em 15.09.2008 e em 05.01.2009. O mesmo pode ser dito em relação ao Marco Final 14. A primeira multa se tornou exigível em 15.10.2005, e a última, em 04.02.2006, prescrevendo as respectivas pretensões em 15.10.2008 e em 04.02.2009’ (evento 17, CONT1, p. 19).

A Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. (evento 18, CONT1, p. 13), por sua vez, apresentou quadro com termo *a quo* da prescrição – para o marco contratual M13, em ‘16.09.05’, para o marco contratual M14, em ‘16.10.2005’. A data da multa máxima corresponde a 06.01.2006, para o marco contratual M13, e a 05.02.2006, para o marco contratual M14.

A Itaipu Binacional, na réplica às contestações, alegou que ‘as multas pelos atrasos dos marcos contratuais finais são aplicadas por dia de atraso e são definitivas, sendo que a sua quantificação somente ocorre após o cumprimento do marco contratual’ (evento 24, p. 12). Por isso, defendeu que o prazo prescricional decenal iniciou-se em 25.10.2006 para as multas do marco contratual M13 e em 11.07.2007 para as multas do marco contratual M14.

É incontroversa, portanto, a data em que os marcos contratuais finais M13 e M14 deveriam ter sido cumpridos: 15.09.2005 e 15.10.2005, respectivamente. A partir daí incide multa de 1%, acrescida de 0,25% para cada período de 7 (sete) dias corridos de atraso até o máximo de 5% do contrato. A multa máxima seria, portanto, atingida 16 semanas após o marco contratual, isto é, em 06.01.2006 e 05.02.2006.

Para solucionar a controvérsia, as partes invocam o Código Civil, que assim dispõe:

‘Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III – por protesto cambial;

IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

(...)

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

III – a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V – a pretensão de reparação civil;

(...)

As partes apresentaram pareceres jurídicos que estudam a questão da prescrição da multa. Passo a analisá-los.

Conforme pontuado pelo parecer dos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (evento 29, PAREC\_MPF2, p. 9), ‘definição de radical importância para o adequado tratamento da questão apresentada pela CONSULENTE concerne à natureza da multa contratual e da correlata pretensão à sua cobrança. Isso porque é daí que se pode retirar qual o prazo prescricional a que se encontra sujeita a pretensão alegada pela ITAIPU no processo’.

Referidos professores prosseguem:

‘No caso apresentado pela CONSULENTE, é fácil perceber que a prestação principal é a implantação de dois geradores de energia. A fim de assegurar a perfeita realização dessa prestação, que consiste no real interesse da ITAIPU, previu-se como instrumento de gestão contratual a possibilidade de imposição de multas pelo atraso na implantação dos geradores. As multas contratuais obviamente não existem como fins em si mesmas – são antes e tão somente formas de reforço para a realização da prestação principal. São prestações acessórias, que só têm sentido como meio para assegurar o perfeito cumprimento da prestação principal, sem a qual não teriam qualquer razão de ser.

Como são oriundos de prestações acessórias, os créditos decorrentes das multas impostas pela ITAIPU contra o consórcio integrado pela CONSULENTE só podem dar lugar a direitos e a pretensões igualmente marcados pela nota da acessoriedade. Partindo-se do negócio entretido pelas partes, considera-se como principal o direito e a pretensão aos geradores de energia – consequentemente, considera-se como acessório o direito e a pretensão à multa oriunda do atraso no cumprimento da prestação principal.’ (evento 29, PAREC\_MPF2, p. 11-12)

A partir da definição da natureza da multa contratual, referidos pareceristas apontam o prazo legal da prescrição da pretensão:

‘Isso porque nosso Código Civil prevê em seu artigo 206, § 3º, inciso III, que prescreve no prazo de 3 (três) anos a ‘pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis em períodos não maiores de 1 (um) ano, com capitalização ou sem ela’. Sendo uma pretensão acessória, porque oriunda de uma pretensão acessória, a pretensão ao pagamento dos valores decorrentes das multas contratuais tem sua vida balizada no tempo pelo artigo 206, § 3º, inciso III, do Código Civil. O prazo para o seu exercício é de 3 (três) anos.’ (evento 29, PAREC\_MPF2, p. 14)

Os Professores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero analisam, então, se a pretensão da Itaipu Binacional está prescrita:

‘As pretensões à cobrança das multas pelo descumprimento do prazo negocial de implantação dos geradores (M13 e M14), acordadas em 1% (um por cento) sobre o valor total do contrato, nascem nos dias 16 de setembro de 2005 (M13) e 16 de outubro de 2005 (M14) – momentos a partir dos quais já há a violação do direito e o aparecimento da sua respectiva exigibilidade. Esses são os seus respectivos termos iniciais prescricionais.

As pretensões à cobrança das multas pelo período de atraso, acordadas em 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do valor total do contrato para cada período de 7 (sete)

dias de atraso, estendem-se do dia 23 de setembro de 2005 até o dia 06 de janeiro de 2006 (M13) e do dia 23 de outubro de 2005 até o dia 05 de fevereiro de 2006 (M14). A partir de cada um desses marcos periódicos, nascem pretensões à cobrança a favor da ITAIPU e contra a CONSULENTE – consequentemente, esses são os seus respectivos termos iniciais prescricionais.

A consumação da prescrição de todas as pretensões da ITAIPU contra a CONSULENTE é flagrante.

No que tange às pretensões às multas pelo descumprimento, a prescrição consumou-se nos dias 16 de setembro de 2008 (M13) e 16 de outubro de 2008 (M14). No que concerne às pretensões às multas periódicas pelo período de atraso, tomando-se exemplificativamente os termos iniciais das últimas multas periódicas aplicadas, a prescrição consumou-se nos dias 06 de janeiro de 2009 (M13) e 05 de fevereiro de 2009 (M14). Logicamente, todas as multas periódicas anteriores prescreveram em datas anteriores a essas.’ (evento 29, PAREC\_MPF2, p. 14-46)

Referidos pareceristas analisam se ocorreu algum evento interruptivo ou suspensivo da prescrição:

‘Evidentemente não é o caso de cogitar da existência de qualquer causa de suspensão da prescrição (artigos 197 a 200, Código Civil), de modo que cumpre desde logo enfrentar a questão de saber se a prescrição foi de algum modo interrompida a favor da ITAIPU. A resposta diante da ordem jurídica vigente tem de ser buscada no artigo 202, Código Civil, que prevê as formas pelas quais a prescrição pode ser interrompida.

O único ato narrado pela ITAIPU capaz de interromper a prescrição, acaso fosse praticado idoneamente do ponto de vista temporal, seria a notificação judicial proposta em 21 de janeiro de 2011 – notificações extrajudiciais, como é evidente, não se encontram no rol do artigo 202, Código Civil. Obviamente que semelhante marco supera em muito os termos consumativos da prescrição concernente a quaisquer das multas aplicadas à CONSULENTE, que ocorreram nos anos de 2008 e 2009.’ (evento 29, PAREC\_MPF2, p. 16-17)

Sem demérito às conclusões dos eminentes Professores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, tenho que a natureza jurídica da multa cobrada pela Itaipu Binacional nestes autos não consiste em prestações acessórias. Acompanho a ponderação do Professor Eduardo Talamini a respeito do artigo 206, § 3º, III, do Código Civil:

‘Mas tal regra concerne a hipótese absolutamente alheia ao caso em análise. A norma refere-se a situações em que um bem jurídico principal gera rendimentos, frutos, periódicos a serem pagos de modo igualmente periódico antes do vencimento da obrigação de pagamento ou devolução daquele bem principal. Por exemplo, é o que se tem no contrato de mútuo em que o mutuário obriga-se mensalmente a pagar ao credor os juros relativos àquele período – obrigando-se a pagar o principal ao fim do prazo do mútuo. É o que igualmente se passa na hipótese em que o arrendatário obriga-se a entregar ao arrendante periodicamente uma parte dos rendimentos gerados pela coisa arrendada, a qual será devolvida apenas ao final do contrato.

(...)

A multa que a consulente está cobrando não constitui obviamente fruto, rendimento, remuneração de uma obrigação principal. É, isso sim, sanção pelo inadimplemento relativo, a mora, da própria obrigação principal. O mero fato de essa sanção ter incidido periodicamente (foi aplicada semanalmente, até atingir seu limite) não a faz enquadrar-se na regra

prescricional ora em exame.’ (evento 31, PAREC\_MPF2, p. 33 e 34)

Assim, afasto a aplicação do art. 206, § 3º, III, do Código Civil neste caso concreto.

O Professor Eduardo Talamini, por sua vez, ao analisar a natureza da multa contratual exigida nesta ação judicial, leciona:

‘Como se verá a seguir, a multa estipulada no edital e no contrato do caso em exame nem sequer se enquadra no figurino puramente privado da cláusula penal disciplinada no Código Civil. Mas, se fosse para enquadrá-la nessa figura, a sanção pecuniária do caso em tela haveria de ser qualificada como uma cláusula penal moratória, obviamente. Ela foi prevista para punir a intempetividade no cumprimento dos marcos contratuais (o que configura inadimplemento relativo, mora), sendo indiscutivelmente cumulável com a obrigação principal.

Já isso seria suficiente para reconhecer-lhe natureza preponderantemente punitiva, e não ressarcitória.’ (evento 31, PAREC\_MPF2, p. 19)

Prossigue o parecerista:

‘(...) Importa é reconhecer que, conquanto revestida de natureza supranacional, a consulente é dotada de caráter não privado. Consiste, repita-se, em uma entidade pública binacional ou ‘pessoa jurídica pública internacional’.

(...)

Isso igualmente significa que suas contratações não são puramente privadas e subsumíveis ao Código Civil brasileiro. Refletem a natureza jurídica da consulente. Revestem-se, portanto, de caráter público internacional.

(...)

Em consonância com esses vetores, foi instituída a Norma Geral de Licitação da Itaipu Binacional (NGL). Esse é o estatuto institucional regulador das licitações e dos contratos da ora consulente. Ele foi aprovado por igual número de representantes dos governos brasileiro e paraguaio, inclusive os respectivos embaixadores.

(...)

A Norma Geral de Licitação da Itaipu – tal como as normas de licitações e contratos dos entes administrativos de direito interno (v. adiante) – veicula o rol de sanções administrativas aplicáveis ao particular contratado que injustificadamente descumpra total ou parcialmente o contato.

(...)

Daí se extrai que a multa, no caso em análise, tem caráter institucional. Sua previsão no contrato constitui simples cumprimento da determinação contida no estatuto normativo regulador da contratação. Não há como simplesmente identificá-la ou mesmo equipará-la com a cláusula penal típica das relações contratuais puramente privadas.

(...)

E as sanções administrativas aplicáveis ao inadimplemento contratual têm função retributiva negativa. Destinam-se fundamentalmente a punir o particular contratado que não cumpre suas obrigações. Contêm precípua carga de censura, reprovação, da conduta faltosa.

(...)

Enfim, a multa em questão tem natureza punitiva, e não ressarcitória.’ (evento 31, PAREC\_MPF2, p. 22-26)

O Professor Eduardo Talamini arremata que se aplica, na hipótese dos autos, ‘o prazo prescricional subsidiário, geral, de dez anos’ (evento 31, PAREC\_MPF2, p. 37).

Ao estudar o termo inicial do prazo prescricional, citado parecerista pondera:

‘A Norma Geral de Licitação da Consulente consagra o contraditório e a ampla defesa como um de seus princípios fundamentais. E há a determinação de que a aplicação das sanções aos contratados inadimplentes, inclusive a multa de que ora se trata, seja antecedida da oportunidade do exercício dessas duas garantias (‘A ITAIPU aplicará as seguintes penalidades, que poderão ser cumulativas, respeitados os princípios de ampla defesa e contraditório...’).

(...)

Se havia o dever de a consulente observar o contraditório para só depois aplicar a sanção, isso significa que o direito ao recebimento da multa era inexigível enquanto não exaurida tal etapa. Se a consulente fosse ao judiciário cobrar a multa sem haver respeitado a garantia do contraditório e da defesa, tal demanda certamente seria rechaçada.

(...)

Há ainda outra perspectiva a ser considerada. Era incabível a cobrança judicial enquanto não se desenvolvesse e concluísse o procedimento de apuração e quantificação de responsabilidades, pela pura e simples razão de que, antes disso, a multa ainda não estava investida do atributo jurídico da certeza.

(...)

A consulente notificou o consórcio tão logo se deu o descumprimento de cada um dos dois marcos finais. Tornou a notificá-lo quando atingida a meta prevista para cada um dos dois marcos (implantação das unidades geradoras).

Em resposta a essas notificações, o consórcio apresentou suas justificativas para o atraso. Em ambos os casos, pleiteava que fossem reconhecidos fatores que pretensamente autorizariam a alteração dos marcos finais.

Essas justificativas e defesas foram examinadas pela consulente, que concluiu por sua improcedência. Apenas nesse momento, certificou-se a exata incidência de cada uma das duas multas.

Relativamente ao M13, a notificação deu-se em 23.10.2006, por meio do Ofício E/CGB/CGP/0121/06. Relativamente ao M14, tal se deu por meio do Ofício E/CGB/CGP/0148/06, de 07.12.2006.

Eis os termos iniciais do prazo prescricional.’ (evento 31, PAREC\_MPF2, p. 39-44)

Em que pesem as judiciosas palavras do Professor Eduardo Talamini, tenho que, a partir do descumprimento dos marcos contratuais finais, o Ceitapu incidiu na multa cominada pela cláusula oitava do Contrato nº 6.128/2000.

A Itaipu Binacional notificou extrajudicialmente o consórcio tão logo se deu o descumprimento do M13, em 16.09.2005 (evento 1, OUT19), e do M14, em 17.10.2005 (evento 1, OUT23). Nessas datas, a autora demonstrou sua inequívoca intenção de fazer cumprir a cláusula contratual relativa à multa.

É verdade que o valor máximo da multa somente seria alcançado 16 semanas após o marco contratual, isto é, em 06.01.2006 e 05.02.2006. Tal não implica postergar o início do prazo prescricional para 23.10.2006 (data do Ofício E/CGB/CGP/0121/06) ou 07.12.2006 (data do Ofício E/CGB/CGP/0148/06), como ponderou o ilustre parecerista. Afinal, a Itaipu Binacional reconheceu administrativamente que ‘o valor da multa máxima admitida no contrato, como estabelecido no parágrafo segundo da cláusula oitava do contrato, decorre de simples operação aritmética’ (evento 1, OUT29).



Por outro lado, divirjo do entendimento do Professor Eduardo Talamini quando invoca o prazo decenal para a prescrição da pretensão da Itaipu Binacional receber os valores relativos à multa contratual.

Caso se pretenda aplicar o regime jurídico público, há de se adotar o prazo prescricional quinquenal. Ora, se o particular tem o prazo de cinco anos para ajuizar ações contra a Administração Pública (artigo 1º do Decreto-Lei 20.910/1932), é assente na jurisprudência que, por simetria, a Administração Pública tem o prazo de cinco anos para exercer suas pretensões em juízo contra os administrados.

São esses os motivos pelos quais ousou discordar do parecer elaborado pelo meu estimado Professor Eduardo Talamini.

A Itaipu Binacional trouxe aos autos outro parecer jurídico, agora elaborado pelo Professor Ruy Rosado de Aguiar Junior. De acordo com o parecerista:

‘A multa prevista na Cláusula 8ª tem natureza moratória, única interpretação possível a extrair do seu texto. Ali são fixados marcos temporais, cujo descumprimento gera sanção proporcionada à sua natureza.

Para essa hipótese não há nenhuma regra especial estipulando prazo prescricional menor do que o decenal: incide o disposto no art. 205 do Código Civil.

Admitindo, para argumentar, que a multa seria de natureza indenizatória, caso de responsabilidade contratual, a pretensão de sua cobrança não prescreveria no prazo trienal do art. 206, § 3º, V, segundo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A multa da Cláusula 8ª não tem natureza de prestação periódica, pois ela surge quando e se houver o descumprimento do marco temporal. Dessarte, a pretensão de sua cobrança não está limitada ao prazo trienal do art. 206, § 3º, III, e segue a regra comum do art. 205 do Código Civil.

Sendo assim, inexistindo previsão específica na lei dispendo sobre período menor, a pretensão da cobrança de multa moratória prevista na Cláusula 8ª prescreve no tempo da prescrição ordinária e decenal do art. 205 do Código Civil.

Aceitando que o direito à multa surgiu para a Itaipu em 2005, conforme as contratadas admitem, e contado dali o período prescricional, é claro que ao tempo da propositura desta ação em 2014 ainda não se completara o decênio.’ (evento 32, PAREC\_MPF2, p. 37-38)

Peço vênia para discordar das conclusões exaradas pelo eminente Professor Ruy Rosado de Aguiar Junior, pois compartilho do entendimento exposto no parecer do Professor Nelson Nery Junior quanto à natureza da multa prevista na cláusula oitava do Contrato nº 6.128/200:

‘A par disso, é mister examinar a natureza jurídica da multa contratual pactuada pelas partes, para que se possa apontar o aplicável prazo prescricional para o caso.

(...)

No caso sob análise, inequívoco que a multa contratual pactuada pelas partes tem natureza de cláusula penal compensatória, cuja principal função é a de prefixar a indenização em caso de descumprimento da obrigação.

Como já tivemos ocasião de nos manifestar, uma das funções principais da cláusula penal é fixar previamente as perdas e os danos no caso de descumprimento. Essa modalidade de cláusula penal é classificada pela doutrina como cláusula penal compensatória, porque compensa a parte credora na eventual hipótese de experimentação de danos em virtude de inadimplemento da obrigação pactuada.

(...)

Da leitura da cláusula supratranscrita, é possível verificar que as partes optaram pela estipulação prévia de valores a serem pagos em caso de atraso na entrega da empreitada contratada em lugar da propositura de ação própria para a comprovação e a quantificação dos danos supostamente experimentados.

Em outras palavras, *in casu*, as partes celebraram cláusula penal compensatória dos eventuais futuros danos que a Itaipu viesse a experimentar em virtude do possível atraso na entrega das obras, tal como pactuado em contrato.

Com essa medida de prefixação de perdas e danos em contrato por meio da multa contratual em referência, a Itaipu se desincumbiria de comprovar os danos sofridos em razão do hipotético atraso, bem como se desoneraria de quantificar tais danos em ação indenizatória: bastava executar o contrato, formulando pretensão condenatória de natureza reparatória.

Ademais, tem-se que, em relação aos valores totais contratados, os percentuais da multa contratual representam significativas quantias. Logo, de fato, as partes consideraram o eventual e futuro prejuízo que a Itaipu experimentaria em caso de atraso na obra, estipulando valor que tivesse o condão de ressarcir-la devidamente por meio do pagamento da multa pactuada.

Assim é que a multa contratual não tem caráter meramente punitivo (para obrigar as partes a cumprir a obrigação) ou liberatório (para liberar as partes do cumprimento da obrigação em caso de arrependimento): a multa contratual tem natureza jurídica compensatória, prefixando as perdas e os danos que a Itaipu sofreria em caso de atraso no adimplemento dos marcos contratuais finais.

É cediço que a indenização por dano material pretende claramente a recomposição, de natureza econômica, do patrimônio, enquanto a indenização por dano moral requer a compensação ou a reparação por suposta violação a direito extrapatrimonial dos autores (imagem, respeitabilidade e credibilidade). Essa é a definição, por excelência, do conceito de reparação civil do dano, cuja forma mais comum é a reparação da perda sofrida em dinheiro.

Essa era claramente a função da cláusula oitava do contrato celebrado entre as partes: fixar, previamente, as perdas e os danos para reparar a Itaipu, que sofreria prejuízos com a conclusão extemporânea dos marcos contratuais finais.

A partir da conclusão de que a pretensão formulada pela Itaipu reveste-se da natureza de pretensão condenatória de cunho de reparação civil, tem-se claro que o regime aplicável é o prescricional.’ (evento 30, PAREC\_MPF2, p. 38, 42, 44-46)

De fato, no introito do seu parecer, o Professor Ruy Rosado de Aguiar Junior constatou que ‘o Brasil vivia, à época (do contrato, em 2000), grave crise de energia e necessitava – urgentemente – aumentar sua produção’ (evento 32, PAREC\_MPF2, p. 2). Assim, o atraso no cumprimento do contrato ocasionou danos emergentes pela falta de produção de energia, e o valor desses danos foi prefixado pelas partes contratantes em vultosa soma – até 5% (cinco por cento) do valor do contrato para cada marco contratual final!

Após tecer considerações sobre a natureza jurídica da multa prevista na cláusula oitava do Contrato nº 6.128/2000, o Professor Nelson Nery Junior pondera sobre o prazo prescricional:

‘A norma estabelece prazo de prescrição de 3 (três) anos para o caso de reparação civil de danos. É norma geral, portanto, subsidiária, sendo aplicável somente quando não houver regra especial determinando outro prazo de prescrição para o exercício da pretensão reparatória. (...)

Portanto, aplica-se a regra estipulada no CC 206, § 3º, V, que prevê ser de 3 (três) anos o prazo para o exercício da pretensão condenatória de reparação civil de danos.’ (evento

O prazo trienal é aplicável à pretensão da cobrança da multa contratual, pois a multa, nos termos em que foi estipulada pelas partes, visava à reparação de prejuízos sofridos pela Itaipu Binacional pela perda da produção de energia.

Caso se considere a Itaipu Binacional uma ‘pessoa jurídica pública internacional’, a quem se aplica o regime jurídico administrativo, conforme sustentado pelo eminente Professor Eduardo Talamini, há de se reconhecer que, como ente estatal, deve primar, sempre e mais do que os administrados, pela observância dos princípios e das garantias fundamentais dos administrados.

É dizer: exige-se que o Estado (aí na sua acepção mais ampla possível, englobando a Administração Pública Direta e Indireta) nunca se desvie da ética e dos princípios e das garantias fundamentais.

Justamente por isso é que o Professor Nelson Nery Junior bem lembrou:

‘(...) o sistema constitucional brasileiro estabelece a prescritebilidade e a caducidade de diversas pretensões que favorecem o poder público, preceito repetido e implementado pela legislação infraconstitucional de que é exemplo o art. 21 da Lei da Ação Popular (L. 4.717/65). Nem teria sentido se não fosse assim.

A esse propósito convém consultar a notável tese de livre-docência de ANNETTE GUCKELBERGER, defendida na Faculdade de Ciências da Administração Speyer, que trata longamente do tema, afirmando que é no direito público que mais se necessita de estabilização para as relações jurídicas, em cumprimento à determinação dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Ainda que a doutrina tenha defendido a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência no direito público, com nuances diferentes da aplicação dos mesmos institutos no direito privado, o fato é que sempre se profligou a tese da prescritebilidade e da caducidade das pretensões do poder público, que, por óbvio, não podem ficar incólumes da extinção pelo decurso de prazo e serem exercidas perpetuamente.

Os princípios da segurança jurídica e da proibição de excesso, adotados pelo sistema constitucional brasileiro, estão a indicar de forma clara a necessidade de haver formas de extinção de direitos e pretensões por intermédio de institutos como os da prescrição, da decadência, da preempção e da preclusão.’ (evento 30, PAREC\_MPF2, p. 28-29)

Não vislumbro contradição em concluir que a Administração Pública brasileira tem o prazo trienal para exercer suas pretensões em juízo contra particulares, ao passo que os administrados têm o prazo quinquenal para exercer suas pretensões em juízo em face daquela.

Há de se notar, como bem apontado pelo Professor Nelson Nery Junior:

‘Com isso queremos demonstrar a tendência, sempre presente e crescente no direito brasileiro, desde o início do século XX, de serem abreviados os prazos para o exercício de pretensões em juízo, dada pela necessidade de segurança das relações jurídicas e tendo em vista a velocidade das informações e das comunicações dos dias de hoje.’ (evento 30, PAREC\_MPF2, p. 30)

Ora, o Decreto-Lei 20.910, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos das dívidas passivas da Administração Pública, data de 1932. O Código Civil, por sua vez, data de 2002 e acompanhou a tendência de redução de prazos prescricionais.

A par disso, faço notar que não são raros os processos judiciais em que os advogados da União e procuradores federais invocam o prazo trienal do Código Civil para sustentar a

prescrição das pretensões ajuizadas pelos administrados em face dos órgãos públicos. Com isso pretendo sublinhar que já se aceita, na prática judiciária e na sociedade, a diminuição dos prazos prescricionais judiciais – ainda que à míngua de disposição legal específica.

Estabelecido, portanto, o prazo trienal para a Itaipu Binacional cobrar judicialmente as multas impostas pela cláusula oitava do Contrato nº 6.128/2000, cabe ponderar sobre o termo *a quo* e sobre a existência de evento suspensivo ou interruptivo da prescrição.

Valho-me, mais uma vez, da percuciente análise promovida pelo parecer do Professor Nelson Nery Junior:

‘Em conformidade com o que expusemos, a pretensão nasce no instante em que o direito é violado. Após ter nascido a pretensão, automaticamente, em seguida, inicia-se o prazo prescricional. Essa é a regra geral a orientar e regulamentar a aplicação do instituto da prescrição.

(...)

De acordo com dados postos no processo, nota-se que a multa contratual finalmente se tornou exigível, ainda que não em sua integralidade, depois dos aditamentos contratuais, em 15.09.2005 referente ao Marco Contratual 13 e no dia 15.10.2005 para o Marco Contratual 14.

A partir dessas datas, incidiria a multa de 1% em razão do primeiro dia de atraso e a multa seria majorada em 0,25% para cada semana adicional de atraso. Sempre ressaltando que, por força do que estabelece a própria cláusula oitava do contrato, o valor da multa nunca poderia exceder os 5% do valor total do contrato.

Nesse contexto, a partir do acréscimo de 0,25%, tem-se que o valor total da multa para o Marco Contratual 13 ocorre no dia 05.01.2006 e para o Marco 14 em 04.02.2006. Nessas duas datas, o valor da multa atingiria o teto de 5%.

Desse modo, pode-se concluir que a possibilidade para a cobrança da totalidade da dívida nasceria no exato instante em que o valor da multa estivesse consolidado em sua totalidade, respectivamente nos dias 05.01.2006 e 04.02.2006. Isso porque, nessas datas, passaria a haver interesse processual para a Itaipu pleitear a cobrança do valor máximo da dívida. Nesse instante, estaria caracterizada a *actio nata* da Itaipu para obter ressarcimento indenizatório pelo descumprimento dos marcos contratuais pactuados em sua totalidade.

Entretanto, é importante destacar que o valor da multa recrudesce e é cumulativo. Vale dizer, o valor da multa para fins de reparação não é único, ele tem uma base e aumenta caso ocorra atraso nos marcos finais do contrato. Sendo assim, não era obrigatório aguardar o prazo final de cada vencimento para se cobrar o valor máximo em termos da multa.

Assim, desde o dia 15.09.2005 referente ao Marco Contratual 13 e o dia 15.10.2005 para o Marco Contratual 14, já se tornava possível a cobrança da multa contratual no valor de 1% e a multa seria majorada em 0,25% para cada semana de atraso. Portanto, a *actio nata* para a cobrança da multa de 1% ocorreria em 15.09.2005 e 15.10.2005 para o Marco Contratual 13 e o 14, respectivamente, e, a cada semana adicional de atraso, surgiria a *actio nata* para a majoração de 0,25% prevista contratualmente.

Nesse cenário, para o Marco Contratual 13, o surgimento da pretensão para se exigir a primeira multa de 1% ocorreu em 15.09.2005. Em seguida, surgiram 16 (dezesesseis) novas pretensões para a cobrança de majoração da multa, ocasião em que a multa atingiria o teto de 5%, sendo o surgimento da última a data do dia 05.01.2006, devendo portanto ser contada a prescrição a partir do surgimento de cada pretensão.

No cenário do Marco Contratual 14, o surgimento da pretensão para se exigir a primeira multa de 1% ocorreu em 15.10.2005. Em seguida, surgiram 16 (dezesesseis) novas pretensões para cobrança de majoração da multa, sendo o surgimento da última a data do dia 04.12.2006, devendo portanto ser contada a prescrição a partir do surgimento de cada pretensão.

Ocorre que, no tópico antecedente, evidenciamos que a pretensão sob análise tem natureza de reparação civil, logo, o prazo prescricional que a normatiza é o de três anos. Por conseguinte, os dias finais para exercício dela em razão do descumprimento dos marcos contratuais seriam, inicialmente, 05.01.2009 para o Marco Contratual 13 e 04.02.2009 para o Marco Contratual 14, visualizando-se a dívida em sua totalidade. Todavia, o prazo prescricional de três anos inicia sua contagem a partir do surgimento de cada pretensão indenizatória, ou seja, ele se inicia em 15.09.2005 (Marco 13) e 15.10.2005 (Marco 14) e, a cada semana de atraso, a majoração de multa de 0,25 tem seu prazo prescricional iniciado no exato instante em que se consolida o atraso.

(...)

Nesse sentido, o STJ já decidiu que a contagem do prazo prescricional inicia-se com o surgimento da pretensão (violação ao direito), sendo irrelevante para a alteração dessa conclusão o conhecimento da lesão pelo titular do direito (...).

(...)

Dessarte, tendo em vista que as pretensões indenizatórias *sub examine* possuem a natureza de reparação civil, seu prazo prescricional é de 3 anos, por consequência, *o dies ad quem* para seu exercício seria respectivamente 05.01.2009 para o Marco Contratual 13 e 04.02.2009 para o Marco Contratual 14.' (evento 30, PAREC\_MPF2, p. 51, 57-59, 62)

Concordo com o parecer do Professor Nelson Nery Junior quando conclui que, a partir do inadimplemento contratual, a Itaipu Binacional poderia cobrar judicialmente a multa da cláusula oitava. A periódica majoração da multa – até atingir o máximo de 5% do valor do contrato – não impunha que se aguardasse o término das dezesseis semanas para só então consolidar-se o valor e aplicar-se a multa. A pretensão de indenização pela violação de um direito não depende do cálculo da extensão do dano.

Justamente por isso, a prescrição começou a correr nos dias 16.09.2005 (M13) e 16.10.2005 (M14). As pretensões à cobrança das multas incidentes para cada período de 7 (sete) dias de atraso estendem-se do dia 23.09.2005 até o dia 06.01.2006 (M13) e do dia 23.10.2005 até o dia 05.02.2006 (M14).

Assim, quando a Itaipu Binacional notificou judicialmente as rés em 21.01.2011 (autos 5001108-93.2011.404.7000, que tramitaram perante a 1ª Vara Federal de Curitiba), sua pretensão já se encontrava prescrita.

#### *Prescrição da pretensão de ressarcimento de despesas operacionais*

A Itaipu Binacional pretende ressarcir-se das despesas com o empréstimo oneroso de equipamentos, disponibilização de técnicos da ora autora, mão de obra, equipamentos e materiais, bem como as decorrentes da cessão de ramais telefônicos e respectivas despesas de utilização.

A fim de comprovar seu crédito, a autora apresentou, no evento 1, OUT44 a 54, avisos de débitos emitidos entre os anos de 2006 e 2010, de despesas incorridas pelas rés (e pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas e UTC Engenharia S/A).

Incide, na hipótese, o prazo prescricional trienal previsto no artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, pois a autora pretende receber os valores que despendeu durante o período

em que as empreiteiras integrantes do Ceitaipu estiveram no canteiro de obras da usina hidrelétrica de Itaipu.

A autora reputa que as ora rés experimentaram enriquecimento sem causa, pois deixaram de arcar com despesas que eram de sua responsabilidade.

Assim, e considerando que a Itaipu Binacional notificou judicialmente as rés em 21.01.2011 (autos 5001108-93.2011.404.7000, que tramitaram perante a 1ª Vara Federal de Curitiba) para pagamento desses débitos, deve ser declarada a prescrição das despesas incorridas pelas ora rés até 20.01.2008.

Passo a elencar os avisos de débito emitidos pela Itaipu Binacional, destacando aquelas cobranças que já estão prescritas. Os documentos apresentados no evento 1 estampam avisos de débito emitidos:

‘OUT44

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Voith Siemens em 11.07.2009 (p. 1-3),  
em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Voith Siemens em outubro de 2009 (p. 4-6),  
em 29.06.2010, de despesa incorrida pela Voith Siemens em data não definida (p. 7-9),  
em 16.10.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens em agosto de 2007, aviso de débito (p. 10-15),

em 18.10.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens em data não definida (p. 16-20),  
em 06.12.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens em setembro e outubro de 2007 (p. 21-25),

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas em data não definida (p. 26-31),

em 29.06.2010, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas em data não definida (p. 32-34).

OUT45

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em data não definida (p. 1-3),

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em setembro de 2009 (p. 4-5),

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em outubro de 2009 (p. 6-7),

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em novembro de 2009 (p. 8-9),

em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em dezembro de 2009 (p. 10-11),

em 20.07.2009, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em outubro de 2006 (p. 12-15),

em 20.07.2009, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em 05.08.2006 (p.16-18).

OUT46

em 27.07.2009, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em novembro de 2006 (p. 1-5),

em 13.03.2008, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em outubro de 2007 (p. 5-8),

em 28.05.2008, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em novembro de 2007 (p. 9-15),

em 04.05.2009, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. entre julho e setembro de 2007 (p. 16-24),

em 22.06.2009, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em maio de 2009 (p. 25-26),

em 16.10.2007, de despesa incorrida pela ABB Alstom Power Brasil Ltda. em setembro de 2007 (p. 27-28),

em 12.08.2008, de despesa incorrida pela ABB Alstom Power Brasil Ltda. entre outubro de 2006 e abril de 2007 (p. 30-44),

em 16.10.2007, de despesa incorrida pela ABB Alstom Power Brasil Ltda. em setembro de 2007 (p. 27-28),

em 14.03.2007, de despesa incorrida pela Alstom Brasil Ltda. em fevereiro de 2007 (p. 45-47),

em 14.10.2007, de despesa incorrida pela Alstom Brasil Ltda. em abril de 2007 (p. 48-49).

#### OUT47

em 27.07.2009, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em dezembro de 2003 (p. 1-12),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em 2004 e 2005 (p. 13-22),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em 2006 (p. 23-25),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em data não definida (p. 26),

em 17.08.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em 2006 e 2007 (p. 27-34),

em 24.09.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em 2007 (p. 35-39).

#### OUT48

em 12.11.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em maio de 2007 (p. 1-47).

#### OUT49

em 28.05.2008, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2004 (p. 1-7),

em 27.08.2008, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em dezembro de 2002 (p. 8-12),

em 27.07.2009, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation de 2003 a 2005 e em setembro de 2008 (p. 13-28). Deve permanecer apenas a cobrança estampada na página 19,

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2004 e 2005 (p. 29-31),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2004 e 2005 (p. 32-36),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em data não especificada (p. 37),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2005 (p. 38-43),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2006 (p. 44-48),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2006 (p. 49-52).

#### OUT50

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em 2006 (p. 1-4),

em 06.06.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em abril de 2006 (p. 5-6),

em 06.06.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em abril de 2006 (p. 7-8),

em 27.06.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em maio de 2006 (p. 9-10),

em 28.06.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em maio de 2006 (p. 11-12),

em 14.08.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em junho e julho de 2006 (p. 13-15),

em 14.08.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em junho de 2006 (p. 16-17),

em 25.08.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em data não especificada (p. 18-19),

em 26.09.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em agosto de 2006 (p. 20-21),

em 26.09.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em agosto de 2006 (p. 22-23),

em 30.10.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em setembro de 2006 (p. 24-25),

em 30.10.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em setembro de 2006 (p. 26-27),

em 01.12.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em outubro de 2006 (p. 28-31),

em 26.12.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em novembro de 2006 (p. 32-33),

em 14.02.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em novembro e dezembro de 2006 (p. 34-39),

em 07.03.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em janeiro de 2007 (p. 40-42),

em 26.03.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em fevereiro de 2007 (p. 43-46),

em 26.04.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em março de 2007 (p. 47-50).

#### OUT51

em 14.06.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em



abril de 2007 (p. 1-2),  
em 14.06.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em abril de 2007 (p. 3-4),  
em 29.06.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em maio de 2007 (p. 5-6),  
em 23.07.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em maio e junho de 2007 (p. 7-9),  
em 20.08.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em julho de 2007 (p. 10-11),  
em 20.08.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em julho de 2007 (p. 12-13),  
em 20.08.2007, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation em junho de 2007 (p. 14-15),  
em 14.06.2007, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (p. 16-23).

#### OUT52

em 27.07.2009, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas em junho de 2003 e em outubro de 2008 (p. 1, 7-8, 10-11, 13-14),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Cesbe S.A. Eng. e Empreendimentos em novembro de 2003 e em junho de 2005 (p. 2-4),  
em 06.12.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. de setembro a novembro de 2010 (p. 15-20),  
em 06.12.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em outubro de 2009 (p. 21-22),  
em 07.11.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em agosto de 2010 (p. 23-26),  
em 21.10.2010, de despesa incorrida pela Alstom Hydro Energia Brasil Ltda. em 2010 (p. 27-31).

#### OUT53

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em dezembro de 2003 e maio de 2005 (p. 1-4),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A de março de 2002 a março de 2005 (p. 5-7),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em janeiro, fevereiro e abril de 2004 (p. 8-12),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em junho de 2005 (p. 13-15),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A em março e abril de 2004 (p. 16-19),  
em 03.08.2009, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em junho de 2005 (p. 20-21),  
em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A de maio a agosto de 2004 (p. 22-24).

#### OUT54

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em dezembro de 2005 (p. 1-3),

em 04.08.2009, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em julho de 2005 (p. 4-5),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em julho de 2005 (p. 6-8),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em março e abril de 2004 (p. 9-12),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em agosto de 2005 (p. 13-15),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em setembro de 2005 (p. 16-18),

em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power em dezembro de 2005 (p. 19-21).’

Encontram-se prescritas, portanto, todas as cobranças destacadas. As demais cobranças, desde que se refiram a despesas incorridas por uma das duas rés (Voith Hydro Ltda. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda.), podem ser exigidas neste processo.

#### *Prescrição da pretensão de ressarcimento pelo óleo isolante*

A Itaipu Binacional pretende ser indenizada dos custos relativos à substituição de óleo isolante dos transformadores principais da U9A e da U18A, no valor de US\$ 718.621,73 – custos relativos ao novo óleo isolante – e US\$ 194.651,81 – custos relativos à mão de obra e aos equipamentos utilizados para o serviço (evento 1, OUT59).

A Voith Hydro Ltda. sustentou, em sua contestação, a prescrição da pretensão à indenização pela substituição do óleo isolante.

Não há como acolher – ao menos por ora – a alegação de prescrição.

Os autos ressentem-se de provas da data em que a Itaipu Binacional julgou necessária a substituição do óleo isolante e da data em que houve a referida substituição. Os documentos apresentados pela autora (evento 1, OUT59 e 60) e pela Voith Hydro Ltda. (evento 17, OUT9 e 38) não permitem que este juízo se manifeste, neste momento processual, a respeito da prescrição desta pretensão da Itaipu Binacional.

### *3. Dispositivo*

Em virtude do exposto,

- a) afasto a preliminar de falta de interesse processual da pretensão de cunho declaratório;
- b) reconheço a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário no que se refere à pretensão de cunho declaratório. Intime-se a Itaipu Binacional para que, no prazo de 10 (dez) dias, promova a citação de todas as empresas e os consórcios signatários do Contrato nº 6.128/2000, sob pena de indeferimento do pedido declaratório, na forma do artigo 267, XI, do Código de Processo Civil. Cumprida essa determinação, retifique-se a autuação, e cite-se;
- c) declaro a ilegitimidade passiva das rés Alstom Brasil Energia e Transporte e Voith Hydro Ltda. para responder judicialmente pelas despesas estampadas nos avisos de débito emitidos: em 15.04.2010, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT44, p. 26-31), em 29.06.2010, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT44, p. 32-34), em 27.07.2009, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 1-12), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 13-22), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela

UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT47, p. 23-25), em 14.06.2007, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT51, p. 16-23), em 27.07.2009, de despesa incorrida pela Bardella S.A. Indústrias Mecânicas (evento 1, OUT52, p. 1, 7-8, 10-11, 13-14), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela Cesbe S.A. Eng. e Empreendimentos (evento 1, OUT52, p. 2-4), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 1-4), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 5-7), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 8-12), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 13-15), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 16-19), em 31.05.2006, de despesa incorrida pela UTC Engenharia S/A (evento 1, OUT53, p. 22-24);

d) defiro o chamamento ao processo da Siemens Ltda. no que se refere à pretensão de indenização pela substituição do óleo isolante nos transformadores elevadores da U9A e da U18A. Cite-se no endereço indicado pela Alstom Brasil Energia e Transporte (evento 18, CONT1, p. 45).

Observe-se o artigo 79 c/c o artigo 75, ambos do Código de Processo Civil, isto é: caso a Siemens Ltda. aceite o chamamento ao processo e conteste o pedido, intime-se a parte-autora para réplica, no prazo de 10 (dez) dias; caso a Siemens Ltda. deixe de contestar ou compareça apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, intimem-se a Alstom Brasil Energia e Transporte e a Voith Hydro Ltda. (por força do artigo 5º, LV, da Constituição de 1988) para se manifestarem, no prazo comum de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos para análise da manifestação da Siemens Ltda., fixação dos pontos controvertidos e deliberação a respeito das provas a serem produzidas;

e) julgo prescrita a pretensão de a Itaipu Binacional cobrar a multa cominada pela cláusula oitava do Contrato nº 6.128/2000;

f) julgo prescrita a pretensão de a Itaipu Binacional cobrar as despesas operacionais estampadas nos avisos de débito emitidos em 16.10.2007 (evento 1, OUT44, p. 10-15), em 18.10.2007 (evento 1, OUT44, p. 16-20), em 06.12.2007 (evento 1, OUT44, p. 22-25), em 20.07.2009 (evento 1, OUT45, p. 12-15), em 20.07.2009 (evento 1, OUT45, p. 16-18), em 27.07.2009 (evento 1, OUT46, p. 1-5), em 13.03.2008 (evento 1, OUT46, p. 5-8), em 28.05.2008 (evento 1, OUT46, p. 9-15), em 04.05.2009 (evento 1, OUT46, p. 16-24), em 16.10.2007 (evento 1, OUT46, p. 27-28), em 12.08.2008 (evento 1, OUT46, p. 30-44), em 16.10.2007 (evento 1, OUT46, p. 27-28), em 14.03.2007 (evento 1, OUT46, p. 45-47), em 14.10.2007 (evento 1, OUT46, p. 48-49), em 27.07.2009 (evento 1, OUT47, p. 1-12), em 31.05.2006 (evento 1, OUT47, p. 13-22), em 31.05.2006 (evento 1, OUT47, p. 23-25), em 31.05.2006 (evento 1, OUT47, p. 26), em 17.08.2007 (evento 1, OUT47, p. 27-34), em 24.09.2007 (evento 1, OUT47, p. 35-39), em 12.11.2007 (evento 1, OUT48, p. 1-47), em 28.05.2008 (evento 1, OUT49, p. 1-7), em 27.08.2008 (evento 1, OUT49, p. 8-12), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 29-31), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 32-36), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 37), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 38-43), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 44-48), em 31.05.2006 (evento 1, OUT49, p. 49-52), em 31.05.2006 (evento 1, OUT50, p. 1-4), em 06.06.2006 (evento 1, OUT50, p. 5-6), em 06.06.2006 (evento 1, OUT50, p. 7-8), em 27.06.2006 (evento 1, OUT50, p. 9-10), em 28.06.2006 (evento 1, OUT50, p. 11-12), em 14.08.2006 (evento 1, OUT50, p. 13-15), em 14.08.2006 (evento 1, OUT50, p. 16-17), em 25.08.2006 (evento 1, OUT50, p.

18-19), em 26.09.2006 (evento 1, OUT50, p. 20-21), em 26.09.2006 (evento 1, OUT50, p. 22-23), em 30.10.2006 (evento 1, OUT50, p. 24-25), em 30.10.2006 (evento 1, OUT50, p. 26-27), em 01.12.2006 (evento 1, OUT50, p. 28-31), em 26.12.2006 (evento 1, OUT50, p. 32-33), em 14.02.2007 (evento 1, OUT50, p. 34-39), em 07.03.2007 (evento 1, OUT50, p. 40-42), em 26.03.2007 (evento 1, OUT50, p. 43-46), em 26.04.2007 (evento 1, OUT50, p. 47-50), em 14.06.2007 (evento 1, OUT51, p. 1-2), em 14.06.2007 (evento 1, OUT51, p. 3-4), em 29.06.2007 (evento 1, OUT51, p. 5-6), em 23.07.2007 (evento 1, OUT51, p. 7-9), em 20.08.2007 (evento 1, OUT51, p. 10-11), em 20.08.2007 (evento 1, OUT51, p. 12-13), em 20.08.2007 (evento 1, OUT51, p. 14-15), em 31.05.2006 (evento 1, OUT52, p. 2-4), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 1-4), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 5-7), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 8-12), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 13-15), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 16-19), em 03.08.2009 (evento 1, OUT53, p. 20-21), em 31.05.2006 (evento 1, OUT53, p. 22-24), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 1-3), em 04.08.2009 (evento 1, OUT54, p. 4-5), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 6-8), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 9-12), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 13-15), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 16-18), em 31.05.2006 (evento 1, OUT54, p. 19-21). Relativamente ao aviso de débito emitido em 27.07.2009 de despesa incorrida pela Voith Siemens Hydro Power Generation de 2003 a 2005 e em setembro de 2008 (evento 1, OUT49, p. 13-28), deve permanecer apenas a cobrança estampada na página 19;

g) condeno a Itaipu Binacional, porque decaiu da maior parte do pedido, a arcar com as custas processuais e a pagar honorários sucumbenciais, que fixo em 10% (dez por cento) dos valores reconhecidos como prescritos por esta sentença. Os honorários sucumbenciais serão rateados pela parte-ré.

Em sendo interposto(s) agravo(s) pela(s) parte(s), desde já manifesto que mantenho esta decisão por seus próprios fundamentos.

Interposto agravo retido ou sendo o agravo de instrumento convertido em retido, caberá à secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões, salvo em caso de intempestividade, hipótese que deverá ser certificada.

Aguarde-se decisão da instância superior acerca de eventual concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento.

Em sendo interposta(s) apelação(ões) (artigo 513 c/c artigos 162, § 1º, 267 e 269, todos do Código de Processo Civil), recebo-a(s) no duplo efeito, salvo no caso de intempestividade ou ausência de preparo, hipóteses que serão oportunamente certificadas pela secretaria.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Curitiba, 04 de fevereiro de 2015.”

Contra essa decisão, foram opostos embargos de declaração pela Itaipu Binacional (evento 38) e pela Voith Hydro Ltda. (evento 45), os quais foram rejeitados (evento 48), nos seguintes termos:

#### “DESPACHO/DECISÃO

1. O despacho saneador proferido no evento 34: a) reconheceu a necessidade de formação de litisconsórcio passivo em relação à pretensão declaratória; b) reconheceu a ilegitimidade passiva das rés para responderem judicialmente por algumas despesas operacionais; c) defe-

riu o chamamento ao processo da Siemens Ltda. para responder pelo pedido de ressarcimento dos custos relativos à substituição de óleo isolante utilizado nos transformadores elevadores principais das unidades geradoras U9A e U18A; d) reconheceu a prescrição da pretensão de cobrança de multa contratual; e) reconheceu a prescrição da pretensão de ressarcimento de algumas despesas operacionais; f) deixou de acolher, naquele momento, a alegação de prescrição da pretensão de ressarcimento das despesas pela substituição do óleo isolante.

A Itaipu Binacional interpôs embargos declaratórios (evento 38). Alegou que a decisão embargada é omissa, contraditória e obscura. Argumentou que a decisão embargada é contraditória porque sua fundamentação adotou parcialmente os pareceres do Professor Eduardo Talamini e do Professor Nelson Nery Junior. Acrescentou que a decisão é omissa quanto à previsão contratual da cláusula quadragésima, obscura em relação à cláusula oitava e contraditória em relação à cláusula nona, todas do Contrato nº 6.128/2000. Sustentou que a decisão embargada é obscura porque a autora não auferiu lucro. Aduziu que a decisão embargada apresentou contradição entre o relatório e a fundamentação e arrematou que o dispositivo da decisão embargada omitiu o fundamento legal para o reconhecimento da prescrição trienal.

A Siemens Ltda. apresentou contestação (evento 43). Arguiu preliminarmente a existência de cláusula compromissória no Acordo Operacional do Consórcio que impede seu chamamento ao processo. Sustentou a prescrição da pretensão da Itaipu Binacional e defendeu que o pedido indenizatório é improcedente. Arguiu a falta de interesse processual em relação ao pedido declaratório e, no mérito, sua improcedência. Quanto aos demais pedidos condenatórios, sustentou a prescrição, sua ilegitimidade passiva, a improcedência, a redução equitativa das multas e a impropriedade do critério de atualização monetária adotado pela autora.

A Voith Hydro Ltda. interpôs embargos declaratórios (evento 45). Alegou que a decisão proferida no evento 34 é omissa no que se refere à prescrição da pretensão da Itaipu Binacional em receber indenização pela substituição do óleo isolante. Segundo a embargante, este juízo deve manifestar qual o termo inicial do prazo prescricional e, a partir desse esclarecimento, integrar a decisão. Defendeu que o termo inicial do prazo prescricional corresponde à data do ilícito ou, no máximo, à data em que a Itaipu Binacional teve ciência da presença de enxofre corrosivo no óleo isolante. Essa data teria sido confessada pela autora na petição inicial, corroborada por prova material.

Relatei. Decido.

2. Conheço dos embargos declaratórios porque ambos são tempestivos.

No mérito, entendo não ser o caso de lhes dar provimento. Os embargantes pretendem apenas rediscutir o mérito da decisão embargada, alegando inexistentes omissões, contradições ou obscuridades.

Para atingirem seu intento – que é a reforma da decisão embargada – devem manejar o recurso pertinente – que não é a via dos embargos declaratórios.

3. Em virtude do exposto, conheço dos embargos declaratórios apresentados pela Itaipu Binacional e pela Voith Hydro Ltda. No mérito, nego-lhes provimento. Intimem-se.

4. Tendo em vista que a Siemens Ltda. em sua contestação se insurgiu contra o chamamento ao processo e contra o mérito, intimem-se as rés Voith Hydro Ltda. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., além da autora Itaipu Binacional, para se manifestarem no prazo comum de 10 dias, conforme já fundamentado e determinado pelo item 3, *d*, da decisão proferida no evento 34.

5. Cumpra-se, no mais, o que já foi decidido no evento 34.”

Ato contínuo, a Voith Hydro Ltda. interpôs *agravo retido* (evento 55), e a Itaipu Binacional, o *Agravo de Instrumento n° 5016503-37.2015.404.0000* (evento 59) e, posteriormente, a *Apelação n° 5037777-09.2015.404.7000* (evento 67).

Ao *Agravo de Instrumento n° 5016503-37.2015.404.0000*, foi negado seguimento, monocraticamente, pelo e. relator. Na linha desse pronunciamento, e por dever de congruência com a decisão prolatada anteriormente, o e. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, em substituição ao e. Des. Federal Luís Alberto Aurvalle na relatoria do feito, proferiu voto, em sede de agravo legal, refutando a tese da nulidade do *decisum*, mantendo-o em seus demais termos.

Nesse interregno, a *Apelação n° 5037777-09.2015.404.7000* foi recebida pelo juízo *a quo* (evento 77), o que ensejou a interposição do *Agravo de Instrumento n° 5028350-36.2015.404.0000*, por Voith Hydro Ltda., ao qual foi concedido efeito suspensivo, sob o fundamento de que: (a) a despeito da

“existência de divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da chamada ‘sentença parcial’ e do recurso cabível para impugná-la, a *jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o recurso a ser manejado é o agravo de instrumento, sendo a interposição de apelação considerada um erro grosseiro, (b) se a decisão não pôs fim ao processo, o recurso a ser manejado é o agravo de instrumento, e (c) conhecido o agravo de instrumento, como o foi, o manejo da apelação mostra-se prejudicado, tendo em conta a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade.*”

Posteriormente, o e. relator reviu esse pronunciamento, votando pelo não conhecimento do agravo de instrumento, a fim de evitar a multiplicidade de recursos sobre idêntica questão, o que foi chancelado pelo colegiado em 30.09.2015, restando preclusa a decisão.

Diante desse contexto, é forçoso concluir que:

(1) em todas as manifestações na ação originária (eventos 34, 48 e 77), o juízo *a quo* acentuou que a decisão proferida no evento 34 é saneadora do feito (que prosseguirá), sendo, inclusive, assim nominada, embora, na parte final, conste a expressão “sentença” (item *f*);

(2) o que qualifica o ato judicial não é a denominação que lhe é atribuída pelo magistrado, mas o seu conteúdo e a sua finalidade, sendo definido como *sentença o ato do juiz que implica alguma das*

*situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC (extinguindo o processo ou uma fase deste, com ou sem resolução de mérito) e como decisão interlocutória o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162 do CPC);*

(3) a decisão que não põe termo a uma fase processual (no caso, a de conhecimento, pois o processo prosseguirá) ou ao próprio processo é impugnável por meio de agravo de instrumento, e não de apelação (arts. 513 e 522 do CPC). Isso porque o pressuposto para a qualificação do ato judicial como sentença – contra a qual cabe apelação – é que contenha uma das matérias previstas nos artigos 267 e 269 do CPC e extinga uma fase processual ou o próprio processo. Nos dizeres do e. relator do REsp 1.281.978/RS, *sentença é decisão definitiva (resolve o mérito) ou terminativa (extingue o processo por inobservância de algum requisito processual) e é também decisão final (põe fim ao processo ou a uma de suas fases. A decisão impugnada pela Itaipu não extinguiu a fase de conhecimento, tampouco o próprio processo, o que torna inadequada a interposição de apelação, não se aplicando, na espécie, o princípio da fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro. Aliás, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado”* (STJ, 1ª Seção, AgRg no AgRg nos EDcl nos EDv no AgRg no CC 134.824/GO, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 31.03.2015). Nessa linha:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CASO DE RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interposição de recurso ordinário, em vez do recurso especial, é *erro grosseiro que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal*.

2. Precedentes: AgRg no RMS 32.218/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28.09.2010, DJe 07.10.2010; RMS 31.992/BA, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.08.2010, DJe 14.09.2010; AgRg no RMS 15.664/SP, rel. Desembargador convocado do TJ/AP Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, julgado em 23.03.2010, DJe 12.04.2010. Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª Turma,

AgRg no AREsp 675.700/MG, rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 18.06.2015, DJe 26.06.2015 – destaquei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. *DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE DESISTÊNCIA DE AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA FORMULADO APÓS A SENTENÇA DE NEGATÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ.*

1. Discute-se nos autos a aplicação dos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas a fim de conhecer, como agravo de instrumento, a apelação interposta em face de decisão que indeferiu o pedido de desistência da ação após a prolação da sentença que denegou a segurança, mesmo que interposto no prazo de dez dias previsto no art. 522 do CPC, que trata do agravo de instrumento.

2. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC, visto que o tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. De comum sabença, cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se de fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso, não estando obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte quando já encontrou fundamento suficiente para decidir a controvérsia.

3. O acórdão recorrido se manifestou no mesmo sentido desta Corte quanto à impossibilidade de conhecimento de apelação interposta em face de decisão que resolve incidente no processo sem extinguir o feito. É que *tal hipótese configura erro grosseiro e inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.* Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.” (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1519148/AL, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 05.05.2015, DJe 12.05.2015 – destaquei)

(4) ainda que se superasse a questão da adequação do recurso interposto, a partir da premissa de que o juízo *a quo* induziu a parte em erro, permitindo-se a aplicação do princípio da fungibilidade, não há como desconsiderar que, no sistema processual vigente, vigora o princípio da unicidade recursal, e o fato de o juízo *a quo* ter antecipado, ao final da decisão proferida no evento 34, os procedimentos a serem adotados na hipótese de interposição de agravo de instrumento/retido e apelação não tem o condão de excepcioná-lo. Logo, não há como esta Corte admitir, conhecer e apreciar ambos os recursos veiculados pela Itaipu Binacional em face da mesma decisão monocrática – o *Agravo de Instrumento nº 5016503-37.2015.404.0000* e a *Apelação nº 5037777-09.2015.404.7000* –, sob pena de eventuais decisões contraditórias. Para ilustrar esse posicionamento, invoco, por analogia, precedente do eg. Supremo Tribunal Federal:



“EMENTA Segunda questão de ordem no recurso extraordinário. Abuso do direito de recorrer. Manejo sistemático de 3 (três) recursos extraordinários contra julgados do Superior Tribunal de Justiça provenientes do mesmo recurso especial. Caráter manifestamente protelatório. Pretensão de alcançar a prescrição da pretensão punitiva. Risco iminente da prescrição. Determinação de baixa imediata dos autos independentemente da publicação da decisão. Entendimento consolidado na jurisprudência da Corte. Precedentes. Legitimidade da atuação do relator na forma regimental (RISTF, art. 21, § 1º). Precedente. Alegação de afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e de inexistência de juízo prévio de admissibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça em um dos recursos extraordinários interpostos pela defesa. Reiteração. Questões devidamente analisadas e decididas pela Corte no julgamento da primeira questão de ordem. Nulidade da decisão em que se negou seguimento ao primeiro e ao segundo recursos extraordinários. Não ocorrência. Exercício complementar da prestação jurisdicional. Princípio do impulso oficial (CPC, arts. 2º e 262). Não ocorrência de afronta ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. Trânsito em julgado da condenação efetivado um dia antes de sua consumação. Concomitante interposição de embargos de divergência e de recurso extraordinário contra o mesmo acórdão perante o Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Princípio da unicidade recursal. Não esgotamento da instância de origem. Incidência da Súmula nº 287/STF. Questão de ordem resolvida no sentido de não se conhecer dos pleitos formulados. Determinação do desentranhamento e da devolução da Petição/STF nº 47.742/14 aos subscritores, uma vez que exaurida a prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. 1. As questões relativas ao cabimento do agravo regimental, em face dos princípios da colegialidade e do devido processo legal (item III.A da inicial), e à necessidade do retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para que se proceda ao juízo de admissibilidade prévio não realizado em um dos recursos extraordinários (item III.C da inicial) já foram submetidas à Corte e por ela decididas na primeira questão de ordem, de modo que se deve reportar ao voto proferido na ocasião. 2. Razão não assiste ao requerente no que diz respeito à tese de que o primeiro e o segundo recursos extraordinários não poderiam ter sido analisados em 01.10.14, ao argumento de que os autos do processo não estariam mais sob a jurisdição da Corte desde 26.09.14, visto que a jurisdição da Corte não se teria encerrado de fato. 3. Não obstante os autos tenham formalmente sido encaminhados à origem, sua disponibilidade – garantida pela natureza eletrônica de seus documentos – permitiu à diligente Secretaria Judiciária da Corte constatar, em 01.10.14, a pendência de análise de 2 (dois) recursos extraordinários dos 3 (três) que foram apresentados nos mesmos autos, demonstrando, assim, que a jurisdição da Corte não se havia exaurido. 4. Inaugurada com a admissão do extraordinário pelo Superior Tribunal de Justiça, a jurisdição da Corte só se encerraria, de fato e de direito, após a entrega da prestação jurisdicional em todos os recursos a si dirigidos. Logo, se a prestação jurisdicional não compreendeu todos os recursos extraordinários do requerente, conforme certificado, a jurisdição, por óbvio, não se havia encerrado. 5. Nesse contexto, a segunda decisão proferida em 01.10.14 traduz, apenas, o exercício complementar da prestação jurisdicional, desempenhado em conformidade com o princípio do impulso oficial (CPC, arts. 2º e 262), dada a pendência de dois recursos na Corte, não havendo que se falar, portanto, em violação do princípio do *ne procedat iudex ex officio*. 6. A prescrição da pretensão punitiva não se consumou, sendo vazios os argumentos do requerente a respeito da sua consumação em

02.10.14 (item III.D da inicial), já que a decisão proferida em 01.10.14, com a determinação de baixa dos autos independentemente de sua publicação e de qualquer outra formalidade, transitou em julgado na mesma data, conforme certificado pela própria Secretaria Judiciária da Corte. 7. *Muito embora o recurso de embargos de divergência seja de natureza facultativa, se a parte opta por sua interposição, não pode, ao mesmo tempo, manejar 2 (dois) recursos extraordinários.* 8. Em tal hipótese, é mister aguardar-se o julgamento daquele recurso para, apenas então, vir a interpor o extraordinário, *sob pena de ausência de esgotamento de instância e de violação do princípio da unicidade recursal.* Precedentes. 9. Abstraído o postulado da unicidade recursal, despicienda seria a análise do primeiro e do segundo extraordinários, já que, conforme reiteradamente afirmado pelo requerente ao longo de sua exposição, todas as teses abordadas naqueles recursos foram incorporadas ao terceiro recurso extraordinário, ao qual neguei seguimento em 25.09.14, sendo, portanto, estreme de dúvidas que todos os argumentos foram devidamente analisados, não havendo, portanto, prejuízo para a defesa. 10. Questão de ordem que se resolve no sentido de não se conhecer dos pleitos formulados na petição avulsa nº 47.742/14, com a determinação de seu desentranhamento e de sua devolução aos subscritores, uma vez que exaurida a prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, Pleno, RE 839163 QO-segunda, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 05.11.2014, Processo Eletrônico, DJe-027, divulg. 09.02.2015, public. 10.02.2015 – destaquei)

(5) exercido o direito de recorrer pela Itaipu Binacional, com a interposição do *Agravo de Instrumento nº 5016503-37.2015.404.0000* em 07.05.2015 (evento 59), não há como admitir a *Apelação nº 5037777-09.2015.404.7000*, apresentada em 12.05.2015 (evento 67), ante a preclusão consumativa. Ainda que se argumente que os recursos atacam partes distintas do ato judicial, não se perca de vista que a interposição de recurso voluntário e a abrangência da matéria impugnada ficam a critério da parte interessada, não podendo o juiz suprir eventual inércia ou opção equivocada sua. Como bem ressaltados pelos apelados em memoriais, a *apelação sub judice* é flagrantemente inadmissível, seja por impugnar decisão interlocutória, seja por já ter sido exercido, anteriormente, o direito da parte de recorrer. Cito exemplificativamente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA MESMA PARTE. UNICIDADE RECURSAL. PREJUDICIALIDADE DO SEGUNDO RECURSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. MULTA DIÁRIA. ALEGAÇÃO DE VALOR EXCESSIVO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.” (STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 477.421/PR, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 19.10.2015 – destaquei)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DA UNICIDADE RECURSAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *Ocorreu a quebra da unicidade recursal porque a parte interpôs agravo regimental em dois momentos distintos, a saber: Petição AgRg 00278686/2015, em 03.07.2015, às 16h40min (fls. 291-299, e-STJ), e Petição AgRg 00285641/2015, em 09.07.2015, às 13h01min (fls. 283-289, e-STJ).*

2. *Considerando que a protocolização do primeiro agravo esgota o exercício do direito recursal e ocasiona a correspondente preclusão consumativa, não conheço da petição de fls. 283-289, e-STJ.*

3. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

4. O acórdão recorrido afirmou que a CDA não atendeu aos requisitos legais necessários.

5. A aferição dos requisitos essenciais à validade da CDA demanda, em regra, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.” (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 719.258/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 25.08.2015, DJe 10.09.2015 – destaquei)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE SUPOSTO ERRO MATERIAL OCORRIDO NA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGUNDO RECURSO CONTRA A MESMA DECISÃO. INTEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO. UNIRRECORRIBILIDADE OU UNICIDADE RECURSAL.

1. Os presentes embargos declaratórios não merecem ser conhecidos, pois opostos fora do prazo de 5 dias previsto no art. 536 do CPC.

2. *O processo sempre segue uma marcha tendente a um fim. Por isso, nele não cabem dois recursos contra uma mesma decisão, conforme o princípio da unirrecorribilidade, porque electa una via non datum regressus ad alteram.*

3. Embargos de declaração não conhecidos.” (STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 575.429/PR, rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 09.06.2015, DJe 18.06.2015 – destaquei)

(6) não há óbice legal ou processual ao reconhecimento da ocorrência de prescrição em decisão interlocutória ou saneadora do feito, razão pela qual não há se falar em sentença parcial de mérito (uma vez que não houve um juízo de procedência ou não de um dos pedidos, ainda que sua parte dispositiva enseje certa confusão), mas, sim, decisão interlocutória sobre matéria elencada no artigo 269 do CPC. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça, no precedente invocado pelo e. relator, reconhece a possibilidade de “certas decisões interlocutórias que contenham matérias de mérito (art. 269 do CPC), tais quais as que apreciam a liquidação, mas, por não encerrarem o processo ou a fase

processual, não podem ser consideradas sentença”. E, na sequência, faz expressa remissão à doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, da qual se destaca a seguinte passagem:

“É possível a prolação pelo juiz de decisões que contenham matéria de mérito (CPC 269), mas que não encerrem o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição [decisão que julga a liquidação]. Esses pronunciamentos caracterizam-se como decisões interlocutórias de mérito (CPC, 162, § 2º, e 269). A cisão do julgamento da lide, que pode ser julgada em dois ou mais momentos processuais, é, portanto, admitida no sistema do CPC.” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.281.978/RS, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 05.05.2015, DJe 20.05.2015)

Distingue-se, portanto, a sentença parcial (que é incompatível com o atual sistema processual) da sentença aparente (que é válida e impugnável por meio de agravo de instrumento). A par disso, é relevante o argumento de que a deliberação acerca da prescrição no curso do processo evitaria uma longa, complexa e onerosa instrução probatória relativamente a pedidos que, ao final, não seriam acolhidos:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRABALHO. DECISÃO DO JUÍZO SINGULAR QUE DECLARA A PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO DO AUTOR. PROSEGUIMENTO DA AÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A decisão que reconhece a prescrição de parte da pretensão do autor, sem pôr fim ao processo, é interlocutória. Assim, o recurso que a desafia não é o de apelação, mas sim de agravo de instrumento.* Não se aplica no caso o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta Corte. Aplicação da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1318312/PR, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27.03.2014, DJe 08.04.2014 – destaquei)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. EX-POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO, FORMULADO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA, BASEADA EM INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ARGUIDA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. REJEIÇÃO DA PREJUDICIAL, PELO JUIZ DE 1º GRAU, EM DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. POSTERIOR SENTENÇA, ACOLHENDO A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. REEXAME DA MATÉRIA NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO. REEXAME DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. AFRONTA AO ART. 471, CAPUT, DO CPC. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Trata-se de ação ordinária, ajuizada por ex-policia militar, objetivando a anulação do ato administrativo que importou em sua exclusão das fileiras da corporação e, em consequência,

a sua reintegração ao serviço público, com o pagamento dos respectivos vencimentos, tendo em vista sua posterior absolvição, na esfera penal militar, por insuficiência probatória.

II. Hipótese em que o juiz de 1º grau, após afastar a tese de prescrição do direito de ação, no despacho saneador – contra o qual não foi interposto qualquer recurso –, novamente decidiu a questão, no momento da prolação da sentença, acolhendo a referida prejudicial de mérito, reexaminando matéria preclusa, questão que já se encontrava acobertada pela preclusão também para o tribunal de origem, em flagrante afronta ao art. 471 do CPC.

III. ‘O art. 471 do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas – ‘precisamente por falar em nenhum juiz, o texto dessa disposição abrange também o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio’. Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias. O art. 473 do CPC determina: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Nada há em tais artigos que leve à conclusão de que as questões de admissibilidade, mesmo já decididas, podem ser rediscutidas’ (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1. p. 515-516).

IV. Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual, ‘**afastada a prescrição no despacho saneador e não havendo a interposição de recurso, não pode o tribunal, em sede de apelação, sob pena de vulneração do instituto da preclusão, proferir nova decisão sobre a matéria**. Precedentes: AgRg no REsp 1.013.225/SC, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 04.02.2009; REsp 1.147.112/PR, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19.08.2010; AgRg no REsp 1.147.834/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 19.05.2011’ (STJ, AgRg no AREsp 195.865/PR, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 21.11.2013).

V. Recurso especial conhecido e provido, para reformar o acórdão recorrido, a fim de restabelecer a rejeição da prescrição do fundo de direito, reconhecida em 1º grau, no saneador, e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem, para que prossiga no julgamento do feito, dando-lhe a solução que entender de direito.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1276048/SP, rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 16.12.2014, DJe 12.02.2015 – destaqueei)

(7) inadmitida a apelação, não há como adentrar a análise da validade da decisão impugnada, uma vez que a admissibilidade do recurso é pressuposto para seu conhecimento e, conseqüentemente, a devolutividade da matéria objeto da insurgência recursal e as de ordem pública (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC). Dessarte,

“o efeito devolutivo de todo recurso é de ser entendido sob o ângulo de extensão e profundidade. A extensão diz acerca da análise horizontal da matéria posta em juízo, ao passo que a profundidade é a verticalização da cognição do julgador. Tal verticalização, por muitos considerada como efeito translativo dos recursos, *consiste na possibilidade de o tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição*, como é o caso das nulidades absolutas, das condições da ação, dos pressupostos processuais e das demais matérias a que se referem o § 3º do art. 267 e o § 4º do art. 301.” (STJ, 4ª Turma, REsp 304.629/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 09.12.2008, DJe 16.03.2009 – destaqueei)

Em outros termos,

“o exame de ofício das matérias de ordem pública depende do conhecimento do recurso, porque a translação está inserida no juízo de mérito do recurso, e não no juízo de admissibilidade. Por isso é defeso ao tribunal não conhecer do recurso e, a despeito disso, decidir matéria de ordem pública de ofício.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 815-816)

No mesmo sentido:

“Com base nos arts. 257 do RISTJ e na Súmula 456/STF, o *Superior Tribunal de Justiça* tem se posicionado no sentido de que, **superado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso especial por outros fundamentos**, deve-se dar a este efeito devolutivo amplo, de forma a permitir o exame de ofício das questões de ordem pública, ainda que não prequestionadas.” (STJ, 5ª Turma, REsp 949.204/RJ, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 11.11.2008, DJe 01.12.2008 – destaquei)

“**Superado o juízo de admissibilidade**, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder cabe ao órgão julgador, se necessário, enfrentar a matéria prevista no art. 267, § 3º, e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública.” (STJ, 1ª Turma, REsp 869.534/SP, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 27.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 306 – destaquei)

(8) e, ainda que se admitisse tal análise de ofício, independentemente da admissibilidade do recurso, o princípio da preservação dos atos judiciais, reforçado pelos princípios da economia e da celeridade processuais (art. 5º, inciso LXX, da CRFB), permitiria, s.m.j., a manutenção do *decisum*, com o expurgo da parte que se afigura incompatível com sua natureza jurídica, desde que tal exclusão não comprometa a própria essência do ato judicial (no caso, a condenação prematura da Itaipu ao pagamento de honorários advocatícios relativamente aos pedidos declarados prescritos, porquanto ainda não extinta a fase de conhecimento). O que não parece razoável é anular de ofício toda a decisão (inclusive a parte que dispõe sobre questões preliminares) para compelir o juízo *a quo* a manifestar-se novamente sobre o tema, reabrindo o prazo recursal.

Ante o exposto, voto por rejeitar a questão de ordem suscitada e não conhecer da apelação.

*É o voto.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5039005-67.2015.4.04.0000/RS**

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona

*Agravante:* Odete Portella Lehmann

*Advogado:* Dr. Fabiano Andrighetti Zamboni

*Agravada:* União – Fazenda Nacional

*Interessada:* Gracinha Ribas de Souza

*Advogado:* Dr. Fabiano Andrighetti Zamboni

**EMENTA**

*Agravo de instrumento. Execução contra a fazenda pública. Suspensão do processo. Habilitação dos sucessores. Provimento parcial.*

1. A habilitação representa o mecanismo utilizado pelos interessados para proporcionar o exame da legitimidade das pessoas que migram para o processo no intuito de sucederem ao falecido.

2. Dispõe o art. 43 do Código de Processo Civil que, “ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265”. Trata-se, em verdade de sucessão processual, a ser procedida na forma dos arts. 1.055 e ss. do CPC, que preveem o procedimento especial da habilitação.

3. Provimento parcial.

**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 parcial provimento ao agravo de instrumento, para o fim de declarar extinta a pretensão veiculada na execução fiscal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de dezembro de 2015.

Des. Federal *Otávio Roberto Pamplona*, Relator.

**RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona: Cuida-se de agravo de instrumento manejado por Odete Portella Lehmann em*

face de decisão monocrática proferida em execução contra a fazenda pública que determinou o arquivamento da execução, em função da irregularidade no polo ativo, porquanto é necessária a habilitação dos sucessores do autor falecido.

Eis o teor do *decisum* impugnado (evento 21 do processo originário):

“O processamento regular do feito depende da habilitação do conjunto dos sucessores de Antonio Muniz Portella ou do representante do espólio.

Considerando que uma das sucessoras não deseja conferir mandato de representação ao advogado, não compete a este juízo intervir na autonomia privada da vontade da sucessora.

É inviável, portanto, a deflagração do processo executivo, em face da irregularidade do polo ativo.

Dê-se baixa e archive-se.

Intime-se. Cumpra-se.”

O recorrente alega, em suma, que deve ser provido o recurso para que seja determinado: *a)* é importante referir que não se está buscando que a Sra. Gracinha seja compelida a conferir mandato a esse advogado, o que se busca é que ela seja intimada a manifestar o seu interesse na execução do julgado, ainda que por meio de outro procurador; *b)* é inaceitável que a agravante, herdeira, seja prejudicada por conta da intransigência da Sra. Gracinha, até mesmo pelo fato de que a agravante, por ser filha do autor, já falecido, é sim parte legítima para postular em juízo, ainda que somente a parte que lhe cabe na sucessão; *c)* a extinção do feito sem que haja pelo menos a intimação da Sra. Gracinha irá prejudicar a herdeira, ora agravante, que necessita desses recursos, beneficiando aquela que se mostra intransigente e que, pelo visto, não tem nenhum interesse nos valores que estão sendo pleiteados; e *d)* é importante frisar que não se busca a obtenção forçada de um mandato, mas sim a intimação de uma das herdeiras para que se manifeste sobre o interesse na execução ou constitua um procurador de sua confiança, sob pena exclusiva de prejuízo a terceiro.

É o relatório.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona:* Assim se manifestou o juízo *a quo* nos embargos de declaração, acerca das alegações da ora agravante, *verbis*:



“Anoto que todas as questões relativas à sucessão e à partilha devem ser resolvidas por meio adequado, qual seja, ajuizamento do processo de inventário ou mediante escritura pública de inventário e partilha no tabelionato de notas. Nessas situações, o espólio pode vir a este feito representado pelo respectivo inventariante, regularizando a representação e a legitimidade para constar na execução.

Ademais, o pedido de intimação de uma das herdeiras para informar se deseja executar não ocasionará nenhum efeito prático neste processo, porque a matéria que impossibilita o prosseguimento regular da execução é de direito, relativa à condição da ação, e não meramente fática. A eventual negativa em comparecer ao feito, por parte da sucessora não habilitada, não supre a exigência legal de habilitação dos sucessores, ou, como mencionado acima, do inventariante representando o espólio.”

A habilitação representa o mecanismo utilizado pelos interessados para proporcionar o exame da legitimidade das pessoas que migram para o processo no intuito de sucederem ao falecido.

De fato, a morte do autor originário da ação de conhecimento, em 17.05.2012 (evento 01, CERTOBT5), portanto antes de ser instaurada a execução (20.02.2014), retira a legitimação dos sucessores para figurar no polo ativo da execução sem que haja regularização processual por meio da habilitação dos interessados.

Dispõe o art. 43 do Código de Processo Civil que, “ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265”. Trata-se, em verdade de sucessão processual, a ser procedida na forma dos arts. 1.055 e ss. do CPC, que preveem o procedimento especial da habilitação, *verbis*:

“Art. 1.055. A habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.

(...)

Art. 1.059. Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator e será julgada conforme o disposto no regimento interno.

Art. 1.060. Proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando:

I – promovida pelo cônjuge e pelos herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade;”

Por sua vez, o Regimento Interno deste Tribunal, ao tratar da habilitação incidente, assim estabelece:

“Art. 330. Não dependerá de decisão do relator o pedido de habilitação:

I – do cônjuge e de herdeiros necessários que provem por documento sua qualidade e o óbito do *de cuius* e promovam a citação dos interessados para a renovação da instância;”

Por certo, informado o âmbito do sucedido, tal fato acarreta a suspensão do processo a fim de permitir que os herdeiros ou sucessores providenciem a habilitação nos autos, ou então, preferencialmente, o espólio, caso o inventário esteja já instaurado e ainda em curso, assumindo o lugar anteriormente ocupado pelo *de cuius*.

Merece, portanto, reparo a decisão do juízo singular que indevidamente extinguiu o feito em relação à agravante, porquanto deveria ter assegurado, ainda que de forma incidental, a possibilidade de regularização da legitimação processual aos sucessores por meio da habilitação. Ressalto que a morte do autor originário da ação de conhecimento somente importaria a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IX, se o feito versasse, por exemplo, sobre direitos personalíssimos, a impedir a habilitação.

Deve, então, ser facultada a habilitação incidental da ora agravante, na forma do art. 1.060, I, do CPC, a ser processada nos autos da causa principal, devendo ser observadas as disposições processuais inerentes à partilha e à sobrepartilha (caso a partilha dos bens tenha sido realizada sem o arrolamento do crédito oriundo desta ação), nos termos do art. 1.040, II e III, do CPC, *in verbis*:

“Art. 1.040. Ficam sujeitos à sobrepartilha os bens:

I – sonogados;

II – da herança que se descobrirem depois da partilha;

III – litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa;

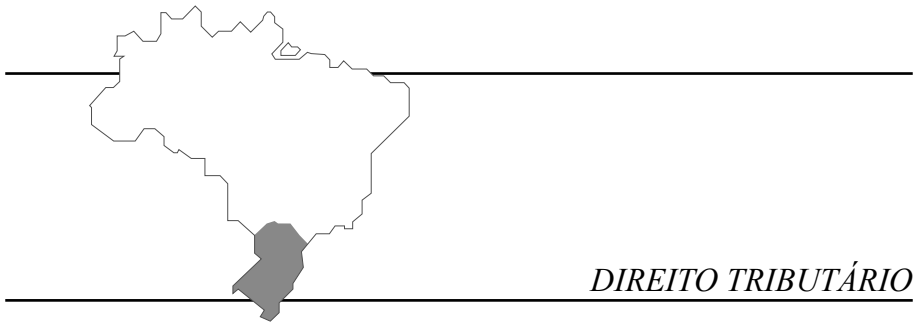
IV – situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário.

Parágrafo único. Os bens mencionados nos n<sup>os</sup> III e IV deste artigo serão reservados à sobrepartilha sob a guarda e administração do mesmo ou de diverso inventariante, a aprazimento da maioria dos herdeiros.”

O recurso merece, portanto, parcial provimento a fim de que o juiz de primeiro grau, a quem incumbirá a verificação da qualidade dos sucessores, proceda à abertura de instrução para habilitação incidental, devendo ser estabelecido o contraditório, na origem, mediante intimação da parte adversa. Os sucessores poderão requerer a habilitação por meio de petição avulsa, fazendo prova de tal condição e, bem assim, do trâmite do processo de inventário (para efeito de instauração de sobrepartilha, com o desarquivamento dos autos no juízo competente).

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* ao agravo de instrumento.





*DIREITO TRIBUTÁRIO*



***APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.71.00.019511-1/RS***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik

*Apelante:* Copesul Cia. Petroquímica do Sul

*Advogados:* Dra. Marcia Mallmann Lippert e outros

*Apelada:* União Federal (Fazenda Nacional)

*Advogado:* Procuradoria Regional da Fazenda Nacional

***EMENTA***

*Tributário. IRPJ e CSLL. Empresa controlada ou coligada sediada no exterior. Momento da disponibilização dos lucros. Países com tributação favorecida. Regime fiscal privilegiado. Critério estabelecido em lei. Necessidade de regulamentação. Normas complementares. Eficácia. Uruguai. Sociedade financeira de inversão. MP 2.158-35/2001, art. 74. Instruções Normativas SRF nº 164/1999, nº 33/2001, nº 188/2002 e nº 1.037/2010.*

1. Considerando os termos da decisão do STF no RE 611.586, com repercussão geral, o acórdão proferido pela Turma deve ser modificado, para reconhecer a inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 sobre os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001.

2. Decidiu o STF, no RE 611.586, também, que se consideram

disponibilizados os lucros auferidos pela controlada ou coligada sediada em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários adequados na data do balanço no qual tiverem sido apurados, para efeito de determinar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Quanto às empresas coligadas ou controladas não sediadas em paraísos fiscais, porém, não se aplica o disposto no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001.

3. O critério definido no art. 24 da Lei nº 9.430/1996 para que um país seja considerado como paraíso fiscal é a não tributação da renda ou a tributação em alíquota máxima inferior a vinte por cento. A partir da Lei nº 11.727/2008, outro critério foi estabelecido: o sigilo quanto à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário de rendimentos atribuídos a não residentes.

4. A Lei nº 11.727/2008 acrescentou o art. 24-A à Lei nº 9.430/1996, passando a coexistir o conceito de país com tributação favorecida, que está relacionado a um determinado país, com o conceito de regime fiscal privilegiado, que pode alcançar regiões de um país, pessoas, estruturas e/ou operações específicas ali praticadas, as quais não acarretariam a classificação de todo o território como paraíso fiscal.

5. Diante da conceituação genérica da legislação fiscal, torna-se evidente a dificuldade de o contribuinte identificar os países com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados, visto que seria necessário conhecer as características e as particularidades da legislação dos países em que seus fornecedores e clientes no exterior estivessem estabelecidos. Além disso, haveria notória insegurança jurídica, pois a administração tributária poderia não concordar com os critérios utilizados para sujeitar ou não uma operação a controle.

6. Em razão da indeterminação do texto da lei, as regras atinentes a países com tributação favorecida e a regimes fiscais privilegiados não prescindem da regulamentação por ato normativo, expedido pela administração tributária com a finalidade de permitir a aplicação concreta das normas. Embora a fonte primária seja a lei, a explicitação do conteúdo da norma é essencial para evitar a pluralidade de entendimentos por parte de seus diversos agentes.

7. As instruções normativas, como normas complementares das leis, de acordo com o disposto no art. 100, inciso I, do CTN, integram

a legislação tributária e possuem a mesma eficácia normativa que as normas superiores, quando válidas, fixando a interpretação da administração a respeito da lei. Da mesma forma que vinculam a administração tributária, os atos normativos criam o direito subjetivo do contribuinte de exigir que seja aplicada a orientação estabelecida nas normas complementares. Evidentemente, o Poder Judiciário não está adstrito ao ato normativo, caso ele seja contrário à lei.

8. O Uruguai não é considerado como país de tributação favorecida. As Instruções Normativas SRF nº 164/1999, nº 33/2001, nº 188/2002 e nº 1.037/2010, ao definirem o rol de países com tributação favorecida, limitaram-se a adotar o critério estabelecido no art. 24 da Lei nº 9.430/1996 – não tributação da renda ou tributação a alíquota inferior a 20%.

9. A IN SRF nº 1.037/2010, no art. 2º, inciso II, considera regime fiscal privilegiado, com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade financeira de inversão (Safi) até 31.12.2010.

10. Não vinga a argumentação desenvolvida pela impetrante, para afastar a aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 aos lucros oriundos de empresa controlada, sediada no Uruguai, constituída sob a forma de sociedade financeira de inversão, uma vez que o art. 24-A da Lei nº 9.430/1996, incluído pela Lei nº 11.727/2008, estendeu as regras de controle de preços de transferência às operações realizadas em regime fiscal privilegiado, tratando de estruturas específicas praticadas em países não classificados como paraísos fiscais.

11. A legislação que introduziu o conceito de regime fiscal privilegiado somente surte efeitos a partir de sua regulamentação pela Instrução Normativa SRF nº 1.037/2010. Entendimento em sentido contrário implicaria fazer retroagir a norma complementar que enquadrou as sociedades financeiras de inversão nesse regime, violando o princípio da irretroatividade. Conquanto a Lei nº 11.727/2008 tratasse da matéria, os contribuintes e a própria administração tributária não poderiam aplicá-la de forma geral, ampla e uniforme. A falta de regulamentação gera a possibilidade de divergência de interpretações, o que não se coaduna com o princípio da segurança jurídica.

12. A identificação e a particularização de cada regime fiscal



privilegiado pela instrução normativa não somente atendem à necessidade de complementação da lei, mas, principalmente, oferecem segurança jurídica nas relações tributárias. Permitem ao contribuinte saber, antecipadamente, os efeitos tributários dos atos que praticará; a administração tributária, por outro lado, uma vez consagrada a orientação normativa, pode exigir dos contribuintes que pautem seus negócios pelo modelo legal. Por conseguinte, os efeitos do art. 24-A da Lei nº 11.727/2008 produzem-se a partir da IN SRF nº 1.037/2010, no tocante ao enquadramento das Safis no regime fiscal privilegiado.

### 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, em juízo de retratação, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de novembro de 2015.

Des. Federal *Joel Ilan Paciornik*, Relator.

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik:* Trata-se de mandado de segurança em que a parte-autora postula o reconhecimento do direito de não oferecer à tributação pelo IRPJ e pela CSLL os lucros auferidos no exterior por suas controladas e/ou coligadas antes de sua efetiva disponibilização, e os valores relativos aos resultados positivos de equivalência patrimonial, assim como o reconhecimento do direito à compensação. Sucessivamente, foi requerido o reconhecimento da inexistência de IRPJ e CSLL sobre os lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas antes da efetiva disponibilização no período compreendido entre a edição da Lei nº 9.249/1995 e a da Lei Complementar nº 104/2001 ou com base no art. 74 da MP 2.158-35/2001 e na IN SRF nº 213/2002.

A sentença denegou a segurança. Foi negado provimento à apelação interposta nestes termos (fls. 669-691):

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS

OU CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. LEI Nº 9.249/95. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 38/96. LEI Nº 9.532/97. LEI COMPLEMENTAR Nº 104/00. CTN, ART. 43, *CAPUT* E PARÁGRAFO 2º. MP Nº 2.158-35/2001. ART. 74. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 213/2002.

1. Inocorreu tributação de IRPJ e CSLL em relação aos lucros não disponibilizados auferidos por empresas controladas e coligadas sediadas no exterior, em razão da Lei 9.249/95, porque a Instrução Normativa SRF nº 38/96 ajustou os dizeres da lei àqueles constantes no art. 43 do CTN, que condicionava a ocorrência do fato gerador do imposto à disponibilidade econômica e jurídica de renda (na redação anterior à LC 104/00).

2. A Lei 9.532/97 também determinou a incidência de IRPJ e CSLL apenas em relação aos lucros disponibilizados auferidos por empresas controladas e coligadas sediadas no exterior (art. 1º da Lei 9.532/97).

3. Alteração significativa ocorreu a partir de 11 de janeiro de 2001, quando entrou em vigor a Lei Complementar 104, de 10.01.2001, acrescentando os parágrafos 1º e 2º ao art. 43 do Código Tributário Nacional e modificando o conceito de ‘aquisição da disponibilidade econômica e jurídica’, com consequências no aspecto temporal da hipótese de incidência do imposto de renda.

4. O parágrafo único do art. 74 da MP 2.158-37/01 (reeditada pela MP 2.158-35, de 24 de agosto de 2001) trata de regra de transição.

5. A ADI 2.588-DF, em julgamento no STF, discute a inconstitucionalidade do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001 e do parágrafo 2º do art. 43 do Código Tributário Nacional, este último acrescentado pela LC 104/00. O voto-vista proferido pelo Ministro Nelson Jobim: aponta a gênese legal do regime tributário criado pela MP nº 2.158-35/2001 (que adota o regime contábil de competência, e não o de caixa); historia a substituição da regra de cobrança do IRPJ do sistema territorial para o sistema de tributação em bases universais (TBU), aperfeiçoado pela LC 104/2001, que permitiu à MP 2.158-34/01 estender às empresas coligadas e controladas tratamento idêntico ao que era dispensado às filiais e sucursais desde 1997; ressalta, quanto ao TBU, a utilização no Brasil da regra de compensação do IR pago pela investida estrangeira; considera irrelevante a questão sobre o controle que a empresa brasileira exerça sobre estrangeira, em razão dos benefícios decorrentes da repercussão, no mercado, do acréscimo patrimonial, expresso no balanço.

6. Prequestionados dispositivos constitucionais e legais.

7. Apelação improvida.”

A impetrante interpôs recurso especial (fls. 715-766) e extraordinário (fls. 821-863), ambos admitidos (fls. 936-941).

O STJ negou provimento ao recurso especial (fls. 950-955) e ao agravo regimental (fls. 1048-1058). Em embargos de declaração, foi corrigida a parte dispositiva do julgado para dar parcial provimento ao agravo regimental, visto que fora reconhecida a ilegalidade do art. 7º da IN SRF nº 213/2002, somente na parte em que determina a incidência tributária sobre a integralidade da variação positiva (fls. 1071-1075).

Remetidos os autos ao STF, foi determinada a sua devolução à origem, com fulcro no art. 543-B do CPC, diante da pendência do julgamento do RE 611.586 (Tema 537), com repercussão geral (fl. 1089).

A Vice-Presidência declarou prejudicado o recurso extraordinário (fls. 1092-1093).

Reconsiderada a decisão, os autos vieram para novo exame, consoante previsto no art. 543, § 3º, do CPC (fls. 1306-1307).

Considerando que a discussão sobre a matéria tornou-se necessária em razão dos contornos da decisão do STF no RE 611.586, as partes foram intimadas para se manifestar sobre o disposto no art. 2º, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010, o qual qualifica como regime fiscal privilegiado as sociedades financeiras de inversão (Safis) existentes no Uruguai.

Ambas as partes se manifestaram (fls. 1313-1340 e 1342-1358).

É o relatório.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik:* Vieram os autos para novo exame, consoante previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC, tomando-se como paradigma o RE 611.586/PR:

“TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (‘31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO’). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III, DA CONSTITUIÇÃO). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA OU CLASSIFICADO COMO ‘PARAÍSO FISCAL’. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).

1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º, do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielísivo (impedir ‘planejamento tributário’) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, seja devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras

teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.

2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: 2.1. a inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam 'paraísos fiscais'; 2.2. a aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados ('paraísos fiscais', assim definidos em lei); 2.3. a inconstitucionalidade do art. 74, par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

3. No caso em exame, a empresa controlada está sediada em país inequivocamente classificado como 'paraíso fiscal'. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento." (RE 611586, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2013, Processo Eletrônico, DJe-198, divulg. 09.10.2014, public. 10.10.2014)

A impetrante aduz, entre outros fundamentos invocados na inicial e nos recursos interpostos, a violação aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária e da segurança jurídica, uma vez que o parágrafo único do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, ao determinar a tributação dos lucros auferidos no exterior por coligada ou controlada apurados até 31.12.2001, atinge fatos anteriores à edição da medida provisória (fls. 27-31, 637-641 e 853-856).

Considerando os termos da decisão do STF no RE 611.586, com repercussão geral, *o acórdão proferido pela Turma deve ser modificado, para reconhecer a inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 sobre os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001.*

Resta definir, ainda, se o art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001 é aplicável ou não no caso dos autos. Segundo o colendo STF, consideram-se disponibilizados os lucros auferidos pela controlada ou coligada sediada em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários adequados na data do balanço no qual tiverem sido apurados, para efeito de determinar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Quanto às empresas coligadas ou controladas não sediadas em paraísos fiscais, porém, não se aplica o disposto no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001.

O Brasil, desde a modificação introduzida pelo art. 25 da Lei nº

9.249/1995, passou a adotar o regime de tributação em bases universais para as pessoas jurídicas, com o objetivo de evitar a elisão fiscal. A Lei nº 9.430/1996 acrescenta outro instrumento antielisivo, que também visa a combater os regimes tributários nocivos à livre concorrência e à justiça tributária internacional. Trata-se das regras de controle dos preços de transferência para apurar o imposto de renda, no tocante a bens, serviços e direitos adquiridos no exterior, assim como do conceito de país com tributação favorecida.

A definição legal de país com tributação favorecida foi dada pelo art. 24 da Lei nº 9.430/1996, com acréscimo da Lei nº 11.727/2008:

“Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, *residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.*

§ 1º Para efeito do disposto na parte final deste artigo, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação.

§ 2º No caso de pessoa física residente no Brasil:

I – o valor apurado segundo os métodos de que trata o art. 18 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito;

II – o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será o apurado de conformidade com o disposto no art. 19;

III – será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado de conformidade com o disposto no art. 19;

IV – serão considerados como rendimento tributável os juros determinados de conformidade com o art. 22.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, considerar-se-á separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio. (Redação dada pela Lei nº 10.451, de 2002)

§ 4º *Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.* (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)”

O critério definido pela Lei nº 9.430/1996 para que um país seja considerado como paraíso fiscal é a não tributação da renda ou a tributação em alíquota máxima inferior a vinte por cento. A partir da Lei nº 11.727/2008, outro critério foi estabelecido: o sigilo quanto à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário de rendimentos atribuídos a não residentes

(conceito de “paraísos societários”).

Outra inovação foi introduzida pela Lei nº 11.727/2008, que acrescentou o art. 24-A à Lei nº 9.430/1996. O conceito de *país com tributação favorecida*, que está relacionado a um determinado país, passou a coexistir com o conceito de *regime fiscal privilegiado*, que pode alcançar regiões de um país, pessoas, estruturas e/ou operações específicas ali praticadas, as quais não acarretariam a classificação de todo o território como paraíso fiscal. Veja-se a redação do dispositivo legal:

“Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, *considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características*: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – não tribute a renda ou a tribute a alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, à titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)”

Diante da conceituação genérica da legislação fiscal, torna-se evidente a dificuldade de o contribuinte identificar os países com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados, visto que seria necessário conhecer as características e as particularidades da legislação dos países em que seus fornecedores e clientes no exterior estivessem estabelecidos. Além disso, haveria notória insegurança jurídica, pois a administração tributária poderia não concordar com os critérios utilizados para sujeitar ou não uma operação a controle.

Assim, as Instruções Normativas SRF nº 164, de 29.12.1999, nº 33,

de 30.03.2001, e nº 188, de 06.08.2002, possibilitaram a aplicação do disposto no art. 24 da Lei nº 9.430/1996, ao veicular a lista específica dos países com tributação favorecida. Por sua vez, a Instrução Normativa SRF nº 1.037, de 04.06.2010, regulamentou o art. 24-A da Lei nº 9.430/1996, acrescentando o rol dos regimes fiscais privilegiados.

Segundo os documentos acostados na inicial (fls. 58-136), a impetrante controla as empresas *Intertown Sociedad Anonima, com sede no Uruguai, e Copesul International Trading Inc., com sede nas Ilhas Virgens Britânicas*.

Nessa senda, verifica-se que a IN SRF nº 164/1999 qualifica as Ilhas Virgens Britânicas, sede da empresa *Copesul International Trading Inc.*, como país com tributação favorecida, assim como as instruções normativas supervenientes. Por conseguinte, *é aplicável o art. 74 da MP 2.158-35/2001 para o fim de determinar a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, considerando-se disponibilizados os lucros auferidos pela empresa Copesul International Trading Inc. para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados*, salvo no tocante aos lucros apurados no exterior até 31 de dezembro de 2001, consoante o decidido pelo STF no RE 611.586/PR.

Por sua vez, a IN SRF nº 1.037/2010, no art. 2º, inciso II, *considera regime fiscal privilegiado*, com referência à legislação do Uruguai, *o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de “sociedades financeiras de inversão (Safis)” até 31.12.2010*. Nessa categoria enquadra-se a empresa *Intertown Sociedad Anonima*, com sede no Uruguai (fls. 58-68).

A despeito da tese defendida pela Fazenda Nacional de que, sendo a empresa *Intertown Sociedad Anonima* uma sociedade financeira de inversão (Safi), é aplicável o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, visto que o art. 24 da Lei nº 9.430/1996 não se refere a paraíso fiscal como critério distintivo, é bem de ver que as Instruções Normativas SRF nº 164/1999, nº 33/2001, nº 188/2002 e nº 1.037/2010 não consideram o Uruguai como país com tributação favorecida.

Em razão da indeterminação do texto da lei, as regras atinentes a países com tributação favorecida e a regimes fiscais privilegiados não prescindem da regulamentação por ato normativo, expedido pela administração tributária com a finalidade de permitir a aplicação

concreta das normas. Embora a fonte primária seja a lei, a explicitação do conteúdo da norma é essencial para evitar a pluralidade de entendimentos por parte de seus diversos agentes.

As instruções normativas, como normas complementares das leis, de acordo com o disposto no art. 100, inciso I, do CTN, integram a legislação tributária e possuem a mesma eficácia normativa que as normas superiores, quando válidas, fixando a interpretação da administração a respeito da lei. Da mesma forma que vinculam a administração tributária, os atos normativos criam o direito subjetivo do contribuinte de exigir que seja aplicada a orientação estabelecida nas normas complementares. Evidentemente, o Poder Judiciário não está adstrito ao ato normativo, caso ele seja contrário à lei. As Instruções Normativas SRF nº 164/1999, nº 33/2001, nº 188/2002 e nº 1.037/2010, ao definirem o rol de países com tributação favorecida, limitaram-se a adotar o critério estabelecido no art. 24 da Lei nº 9.430/1996 – não tributação da renda ou tributação a alíquota inferior a 20%.

Por sua vez, também não vinga a argumentação desenvolvida pela impetrante, para afastar a aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 aos lucros oriundos da empresa *Intertown Sociedad Anonima*, uma vez que o art. 24-A da Lei nº 9.430/1996, incluído pela Lei nº 11.727/2008, estendeu as regras de controle de preços de transferência às operações realizadas em regime fiscal privilegiado, tratando de estruturas específicas praticadas em países não classificados como paraísos fiscais. Como já explicitado, passaram a coexistir os conceitos de país com tributação favorecida e de regime fiscal privilegiado, alcançando regiões de um país, pessoas, estruturas e operações específicas praticadas que não implicariam a classificação de todo o território como paraíso fiscal.

Entretanto, a legislação que introduziu o conceito de regime fiscal privilegiado somente surte efeitos a partir de sua regulamentação pela Instrução Normativa SRF nº 1.037/2010. Entendimento em sentido contrário implicaria fazer retroagir a norma complementar que enquadrou as sociedades financeiras de inversão nesse regime, violando o princípio da irretroatividade. Conquanto a Lei nº 11.727/2008 tratasse da matéria, os contribuintes e a própria administração tributária não poderiam aplicá-la de forma geral, ampla e uniforme. A falta de regulamentação gera a possibilidade de divergência de interpretações,



o que não se coaduna com o princípio da segurança jurídica.

A identificação e a particularização de cada regime fiscal privilegiado pela instrução normativa não somente atendem à necessidade de complementação da lei, mas, principalmente, oferecem segurança jurídica nas relações tributárias. Permitem ao contribuinte saber, antecipadamente, os efeitos tributários dos atos que praticará; a administração tributária, por outro lado, uma vez consagrada a orientação normativa, pode exigir dos contribuintes que pautem seus negócios pelo modelo legal. Por conseguinte, os efeitos do art. 24-A da Lei nº 11.727/2008 produzem-se a partir da IN SRF nº 1.037/2010, no tocante ao enquadramento das Safis no regime fiscal privilegiado.

Reconhece-se, assim, quanto aos lucros gerados pela empresa *Intertown Sociedad Anonima*, a aplicabilidade do *caput* do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 somente a partir da edição da Instrução Normativa SRF nº 1.037/2010.

Os valores indevidamente recolhidos podem ser compensados com débitos oriundos de quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, de acordo com a redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96 dada pela Lei nº 10.637/2002 e alterações supervenientes. Pendendo controvérsia judicial sobre a existência do crédito, todavia, é imprescindível que seja obedecida a disposição do art. 170-A, implementando-se a compensação somente após o trânsito em julgado da decisão.

Em virtude da regra do artigo 39, § 4º, da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996 deve ser computada sobre o crédito do contribuinte apenas a taxa Selic, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora, pois a referida taxa já os inclui. Por não se tratar das matérias enumeradas no art. 146, III, da Constituição, reservadas à lei complementar, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95 revogou o art. 167, parágrafo único, do CTN, passando a fluir somente a Selic sobre os valores a serem restituídos ou compensados.

O apelo deve ser parcialmente provido para: a) reconhecer a inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 sobre os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001; b) reconhecer, quanto aos lucros gerados pela empresa *Intertown Sociedad Anonima*, a aplicabilidade do *caput* do art. 74 da MP nº 2.158-

35/2001 somente a partir da edição da Instrução Normativa SRF nº 1.037/2010.

*Ante o exposto, voto no sentido de, em juízo de retratação, dar parcial provimento à apelação.*

***APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO***  
***Nº 5058068-55.2014.404.7100/RS***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti

*Apelante:* Chronos S/A Produtos Eletrônicos

*Advogados:* Dra. Marcia Mallmann Lippert

Dr. Renan de Vargas Barreto

*Apelante:* União – Fazenda Nacional

*Apelados:* Os mesmos

***EMENTA***

*Programa de Recuperação Fiscal (Refis). Lei nº 9.964, de 2000. Prestações em valor insuficiente à amortização do débito.*

É indevida a exclusão do contribuinte do Programa de Recuperação Fiscal (Refis) da Lei nº 9.964, de 2000, a pretexto de que as prestações do parcelamento, por ele mensalmente recolhidas, são em valor insuficiente à amortização do débito consolidado, uma vez que tal situação não está prevista na lei de regência como causa de exclusão do benefício fiscal.

***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 autora e *negar provimento* à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos

e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de março de 2015.

Des. Federal *Rômulo Pizzolatti*, Relator.

### RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti*: A juíza da causa assim relatou a controvérsia:

“Trata-se de ação ordinária em que a parte-autora requer que sejam afastadas as determinações constantes do Ofício nº 156/2013/DRFB/POA/SECAT, sendo a ré ordenada a se abster de exigir da autora o pagamento das parcelas mensais nos moldes e valores referidos no documento como condição para permanência no Refis. Postula, também, a declaração do seu direito à compensação dos valores pagos a maior por força de tal documento.

Relatou ter aderido ao parcelamento da Lei nº 9.964/2000, o qual vem sendo regularmente cumprido. Afirmou ter sido notificada pelo Fisco para aumentar significativamente o valor da parcela, que significa 20% de seu faturamento mensal, sob pena de exclusão por inadimplência. Afirmou que tal exigência viola os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da boa-fé e da vedação ao confisco, além de se configurar em *venire contra factum proprium* da administração.

Citada, a União apresentou contestação. Sustentou a legalidade da atuação da Receita Federal. Afirmou que os pagamentos mensais que a autora vem efetuando sequer pagam a atualização monetária. Afirmou que a concessão de parcelamento pressupõe a possibilidade de quitação.

Houve réplica.

Vieram os autos conclusos para sentença.”

Ao final, a sentença julgou procedente em parte a demanda, para o fim de determinar à União que se abstenha de considerar como inadimplência os pagamentos efetuados pela autora com base em percentual de sua receita bruta, na forma da legislação de regência. Condenou a União ao ressarcimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelaram as partes. Em suas razões recursais, a União sustenta, em síntese, que as parcelas realizadas com valores ínfimos devem ser consideradas inadimplidas, visto que os pagamentos em valores mínimos e irrisórios, por mais adequados que sejam para a empresa, são insuficientes para amortizar sequer os juros incidentes sobre a dívida, o que se dirá para amortizar a dívida (principal e juros), que aumenta sucessivamente, quando deveria diminuir com o pagamento de cada parcela. Aduz que a quitação do débito (consequência natural

e necessária aos parcelamentos) demandaria milhares de anos. Frisa que o recolhimento de valores irrisórios para promover a amortização do débito equivale a não pagamento, autorizando a exclusão do sujeito passivo do Programa de Recuperação Fiscal – Refis. Requer a reforma da sentença.

A parte-autora, por sua vez, requer o direito de compensar os valores pagos a mais por força da intimação fiscal objeto do Ofício nº 156/2013/DRFB/POA/SECAT com quaisquer tributos vincendos, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96 e do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

Com respostas, vieram os autos a este tribunal.

É o relatório.

### VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti:*

#### *Observação inicial*

Pedi vista dos autos na sessão de 24 de fevereiro de 2015, para melhor exame do caso, e os trago em mesa, nesta sessão subsequente, observado o prazo do artigo 555, § 2º, do Código de Processo Civil.

#### *Mérito da causa*

Pelo que se vê dos autos, a parte-autora aderiu ao parcelamento da Lei nº 9.964, de 2000 (Refis), o que lhe propiciou imputar a pagamento do seu débito consolidado (acrescido de juros correspondentes à variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP) o recolhimento de prestações mensais e sucessivas, sendo o valor de cada parcela *determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior* (Lei nº 9.964, de 2000, art. 2º, § 4º, incisos I e II).

Desde o ano de 2000, quando aderiu ao referido programa de parcelamento, a parte-autora vem pagando as prestações devidas regularmente, nos termos da lei.

Ocorre que recebeu notificação da Receita Federal do Brasil (RFB), com base no *Parecer PGFN/CDA nº 1.206, de 2013*, aprovado pela Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, de que, a partir de outubro de 2013, a parcela mínima a ser paga pela autora seria de R\$ 9.483,91,

a pretexto de que as prestações calculadas em percentual sobre seu faturamento, na forma da Lei nº 9.964, de 2000, não eram suficientes para amortizar a dívida, o que caracterizaria inadimplência, acarretando a rescisão do parcelamento, caso a autora deixasse de pagar as parcelas conforme esse novo valor.

Embora tenha este relator aderido à orientação prevalecente nesta Segunda Turma, no sentido de que o pagamento das prestações de parcelamento fiscal em valor insuficiente à amortização do débito configura caso de rescisão do benefício fiscal, por inadimplência, agora revejo esse entendimento, depois de melhor estudo da matéria, *ao menos em se tratando do parcelamento da Lei nº 9.964, de 2000 (caso dos autos)*.

Com efeito, a Lei nº 9.964, de 2000 (Refis), estabelece que as parcelas serão calculadas em percentual sobre o faturamento da pessoa jurídica, nos seguintes termos:

“Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

§ 1º A opção poderá ser formalizada até o último dia útil do mês de abril de 2000.

§ 2º Os débitos existentes em nome da optante serão consolidados tendo por base a data da formalização do pedido de ingresso no Refis.

§ 3º A consolidação abrangerá todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 4º O débito consolidado na forma deste artigo:

I – independentemente da data de formalização da opção, sujeitar-se-á, a partir de 1º de março de 2000, a juros correspondentes à variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP, vedada a imposição de qualquer outro acréscimo; (Redação dada pela Lei nº 10.189, de 2001)

II – será pago em parcelas mensais e sucessivas, vencíveis no último dia útil de cada mês, sendo o valor de cada parcela determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior, apurada na forma do art. 31 e parágrafo único da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, não inferior a:

a) 0,3% (três décimos por cento), no caso de pessoa jurídica optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples e de entidade imune ou isenta por finalidade ou objeto;

b) 0,6% (seis décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido;

c) 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, relativamente às receitas decorrentes das atividades comerciais, industriais, médico-hospitalares, de transporte, de ensino e de

construção civil;

d) 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), nos demais casos.”

Ocorre que não houve a fixação, pela Lei nº 9.964, de 2000, de *prazo para pagamento do débito consolidado*, razão pela qual é descabida a afirmação constante do item 24 do Parecer PGFN/CDA nº 1.206, de 2013, *in verbis*:

“24. Os parcelamentos realizados pelo contribuinte devem servir para amortizar o saldo do débito, pois é da essência do parcelamento que o débito seja extinto por meio dos pagamentos realizados no decorrer do *prazo definido na lei para duração do parcelamento*.” (destacou-se)

Por outro lado, se as parcelas, calculadas em percentual sobre o faturamento mensal da pessoa jurídica devedora, são insuficientes à *amortização* do débito consolidado, isso se deve ao fato de a Lei nº 9.964, de 2000, ter estabelecido *um critério* para atualização do saldo devedor e *outro critério* para atualização das parcelas mensais: o saldo devedor é atualizado pela TJLP (Lei nº 9.964, de 2000, art. 2º, § 4º, I), enquanto as parcelas são atualizadas/calculadas conforme o faturamento mensal da pessoa jurídica devedora (Lei nº 9.964, de 2000, art. 2º § 4º, II).

Ora, foi justamente essa *duplicidade de critérios* que levou à bancarrota o BNH e o SFH, por força de contratos de financiamento habitacional cujo saldo devedor era corrigido por índices superiores aos das cadernetas de poupança (de onde oriundos os recursos), enquanto as prestações eram corrigidas pela “equivalência salarial da categoria profissional”.

Por aí se vê que a União, ao instituir o parcelamento da Lei nº 9.964, de 2000, já estava ciente, pela fracassada experiência do SFH, baseado na utopia da “equivalência salarial”, de que prestações calculadas em percentual sobre o faturamento (critério simétrico ao da equivalência “salarial”, pois, em termos figurados, o “faturamento” do empresário corresponde ao “salário” dos mutuários do extinto SFH) dificilmente poderiam garantir a *amortização* do débito, e mais dificilmente ainda a sua *liquidação em tempo razoável*, ao contrário do que fantasia o Fisco, no item 25 do citado Parecer PGFN/CDA nº 1.206, de 2013, *in verbis*:

“25. Se o pagamento não é suficiente para *liquidar o saldo devedor em tempo razoável*, resta evidente que a prestação oferecida pelo sujeito passivo não satisfaz o direito de crédito

da Fazenda Pública. Nesse aspecto, sobressai a violação ao princípio da isonomia tributária, cujo conteúdo visa garantir que todos se submetam à incidência das normas tributárias e cumpram a obrigação de pagar os tributos quando ocorrer a situação hipotética descrita na norma como suficiente para surgir a obrigação tributária.” (destacou-se)

Cabe destacar que a própria Lei nº 9.964, de 2000, declara que o Refis, por ela instituído, não veio com o escopo de obter a *satisfação ou liquidação* dos créditos da União, mas apenas a *regularização* (?) desses mesmos créditos:

“Art. 1º É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a *regularização* de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.” (destacou-se)

E foi justamente isso que obteve a parte-autora, ao optar pelo Refis da Lei nº 9.964, de 2000: a “regularização” da sua situação, relativamente ao débito consolidado e incluído no parcelamento, embora, devido à assimetria entre o critério de atualização do saldo devedor e o de atualização das prestações, não tenha conseguido “amortizar” o saldo devedor e esteja longe da sua “liquidação”.

Outro grave equívoco do Fisco, lançado no Parecer PGFN/CDA nº 1.206, de 2013, está em afirmar que o parcelamento está sujeito à regra do artigo 155 do Código Tributário Nacional (CTN):

“26. Em conformidade com o disposto no artigo 155 do CTN, o Fisco não é obrigado a manter o favor fiscal concedido, quando alteradas as condições em que este foi deferido, pois é imperioso o direito de obter uma parcela que viabilize a quitação do parcelamento.”

Ocorre que o próprio CTN, na redação que lhe deu a Lei Complementar nº 104, de 2001, evidencia que *o parcelamento* não é exatamente a mesma coisa que *moratória*, pois, se fosse, a referida lei complementar não precisaria ter acrescentado, como acrescentou, o inciso VI ao artigo 151 do CTN:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:  
I – moratória;  
II – o depósito do seu montante integral;  
III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;  
IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.”

Enfim, a questão que se põe no exame do presente caso é de *pura e simples legalidade*. A parte-autora, ao pagar as prestações mensais do parcelamento no percentual indicado pela lei sobre o faturamento, está *dentro da lei*. Já a Receita Federal do Brasil (RFB), ao exigir que a parte-autora pague as prestações sobre valor que ela mesma (a RFB) arbitrou, está *fora da lei*, ou seja, *no terreno da arbitrariedade*. Deve, pois, ser recordado à parte-ré o que dispõe o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal:

“II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Cabe aqui distinguir, como fez a Ministra Eliana Calmon, relatora, com voto vencedor no julgamento do *Recurso Especial nº 1.242.772-SC*, em 10 de dezembro de 2013, pouco antes de sua aposentadoria:

“(…)

Com isso, se o programa de parcelamento faz menção a prazo determinado para quitação do débito e penaliza a inadimplência com a exclusão do programa, diante da constatação da impossibilidade de adimplemento da obrigação no prazo legal, mostra-se legítima a exclusão do programa.

*Tal hipótese é diversa da que ocorre no parcelamento previsto na Lei 9.964/2000, o chamado Refis 2000, pois neste inexistente prazo máximo de duração do programa.* No entanto, observo que alguns julgados, inclusive um de minha relatoria (REsp 1.238.519/PR, DJe 28.08.2013, AgRg no REsp 1.352.070/RS, DJe 25.03.2013, REsp 1253283/PR, DJe 27.02.2012), têm aplicado o entendimento constante da jurisprudência firmada para os casos do Paes a partir do julgamento do REsp 1187845/ES, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.2010, sem observar as diferenças constantes nas leis de um e outro programa de parcelamento – isto é, Refis 2000 e Paes.

Inicialmente, faço uma análise da legislação que regula o parcelamento – Refis 2000.

*Lei 9.964/2000* (Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994)

‘Art. 1º É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade



suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos. (*Vide* Lei nº 10.189, de 2001)

Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

(...)

§ 4º O débito consolidado na forma deste artigo:

(...)

II – será pago em parcelas mensais e sucessivas, vencíveis no último dia útil de cada mês, sendo o valor de cada parcela determinado em função de percentual da receita bruta do mês imediatamente anterior, apurada na forma do art. 31 e parágrafo único da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, não inferior a:

a) 0,3% (três décimos por cento), no caso de pessoa jurídica optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples e de entidade imune ou isenta por finalidade ou objeto;

b) 0,6% (seis décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido;

c) 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, relativamente às receitas decorrentes das atividades comerciais, industriais, médico-hospitalares, de transporte, de ensino e de construção civil;

d) 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), nos demais casos.

(...)

Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º;

II – autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis;

III – acompanhamento fiscal específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de receitas;

IV – aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas;

V – cumprimento regular das obrigações para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e para com o ITR;

VI – pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

§ 1º A opção pelo Refis exclui qualquer outra forma de parcelamento de débitos relativos aos tributos e às contribuições referidos no art. 1º. (*Vide* Lei nº 12.688, de 2012)

§ 2º O disposto nos incisos II e III do *caput* aplica-se, exclusivamente, ao período em que a pessoa jurídica permanecer no Refis.

§ 3º A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 5º São dispensadas das exigências referidas no § 4º as pessoas jurídicas optantes pelo Simples e aquelas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 6º Não poderão optar pelo Refis as pessoas jurídicas de que tratam os incisos II e VI do art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

(...)

*Art. 5º A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor:*

I – inobservância de qualquer das exigências estabelecidas nos incisos I a V do *caput* do art. 3º;

II – *inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro de 2000;*

III – constatação, caracterizada por lançamento de ofício, de débito correspondente a tributo ou contribuição abrangidos pelo Refis e não incluídos na confissão a que se refere o inciso I do *caput* do art. 3º, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência do lançamento ou da decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial;

IV – compensação ou utilização indevida de créditos, prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa referidos nos §§ 7º e 8º do art. 2º;

V – decretação de falência, extinção, pela liquidação, ou cisão da pessoa jurídica;

VI – concessão de medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992;

VII – prática de qualquer procedimento tendente a subtrair receita da optante, mediante simulação de ato;

VIII – declaração de inaptidão da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, nos termos dos arts. 80 e 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX – decisão definitiva, na esfera judicial, total ou parcialmente desfavorável à pessoa jurídica, relativa ao débito referido no § 6º do art. 2º e não incluído no Refis, salvo se integralmente pago no prazo de trinta dias, contado da ciência da referida decisão;

X – arbitramento do lucro da pessoa jurídica, nos casos de determinação da base de cálculo do imposto de renda por critério diferente do da receita bruta;

XI – suspensão de suas atividades relativas a seu objeto social ou não auferimento de receita bruta por nove meses consecutivos.

§ 1º A exclusão da pessoa jurídica do Refis implicará exigibilidade imediata da totalidade do crédito confessado e ainda não pago e automática execução da garantia prestada, restabelecendo-se, em relação ao montante não pago, os acréscimos legais na forma da legislação aplicável à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 2º A exclusão, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, produzirá efeitos a partir do mês subsequente àquele em que for cientificado o contribuinte.

§ 3º Na hipótese do inciso III, e observado o disposto no § 2º, a exclusão dar-se-á, na data da decisão definitiva, na esfera administrativa ou judicial, quando houver sido contestado o lançamento.

Consoante se verifica da literalidade dos dispositivos legais que regulamentam o Refis 2000, as hipóteses de exclusão do programa estão disciplinadas no art. 5º da Lei 9.964/2000 e *inexiste previsão de prazo máximo para o fim do parcelamento.*

Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, de modo que o contribuinte não possui o direito a pleitear parcelamento em molde e com características diversas daquelas constantes na lei. De outro

lado, também não pode o Fisco exigir senão o cumprimento das condições previstas na lei do parcelamento.

Com efeito, o parcelamento é ato administrativo vinculado, cingindo-se aos exatos termos da legislação de regência.

Diante disso, observa-se que a hipótese de exclusão do programa por inadimplência está prevista no art. 5º, inc. II, cuja redação é a seguinte:

‘II – inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro de 2000;’

Assim, verifica-se que somente a falta de pagamento, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, caracteriza inadimplemento apto a justificar a exclusão do programa.

Dessa forma, não vejo como concordar com o raciocínio, *para o caso do Refis 2000*, de que o pagamento regular das prestações, conforme estipulado na lei de regência, embora o valor da parcela mensal pareça ínfimo, se comparado com o valor total do débito, caracterize inadimplência apta a ensejar exclusão do parcelamento, em face da absoluta falta de previsão legal.

Ressalte-se que na lei do Refis 2000 não há prazo determinado para o fim do parcelamento ou número máximo de prestações, tal como ocorre no Paes, que prevê o prazo máximo de 180 meses (arts. 1º e 7º da Lei 10.684/2003).

Com isso, quanto ao Refis 2000 não há que se falar em *inadimplemento nas hipóteses em que existir parcela paga e calculada de acordo com o preceito legal de regência*.

Parece-me claro, com a devida vênia, que, no Refis 2000, a disposição legal que permite a exclusão do programa por inadimplência refere-se tão somente ao inadimplemento da parcela mensal, e não ao saldo total da dívida (impossibilidade de adimplemento do valor total da dívida), tal como ocorre no Paes.

Se há alguma incongruência na lei, cabe ao legislador alterá-la, não podendo o Poder Judiciário realizar interpretação extensiva para impor sanção, em face da observância do princípio da legalidade.

Destaque-se que não se está aqui falando dos casos em que o contribuinte paga valor irrisório, aleatório ou insuficiente para a quitação do débito *e em desconformidade com os critérios estabelecidos pela lei*, buscando, com isso, obter apenas a aparência de cumprimento das obrigações, mas da hipótese em que o contribuinte, de boa-fé, paga montante segundo critérios previstos em lei, sendo depois surpreendido com sua exclusão do programa sob a alegação de inadimplemento, por não ter o valor das parcelas mensais potencial para adimplir o débito total.

Com isso, diante do pagamento regular das prestações que foram estipuladas observando a lei pertinente, é impossível criar hipótese de exclusão do programa não contemplada na lei de regência.

Registro que não desconheço a existência de julgados da lavra do Min. Mauro Campbell Marques, cujo entendimento vem sendo aplicado indistintamente em julgados das 1ª e 2ª Turmas, entendendo que a realização de pagamentos ínfimos que impossibilitariam a quitação do débito configura inadimplência parcial (REsp 1.187.845/ES, DJe 28.10.2010, e REsp 1.2227.055/PR, DJe 10.03.2011) apta a ensejar a exclusão do programa de parcelamento.

Embora naquele julgado tenha sido reconhecida a possibilidade de as pessoas jurídicas

optantes pelo Simples, as microempresas e as empresas de pequeno porte que efetuam recolhimento com base no percentual de 0,3% de sua receita bruta não estarem limitadas ao parcelamento em 180 parcelas mensais, o raciocínio da ineficácia do parcelamento pautou-se na existência de prazo determinado para a quitação do débito, conforme se verifica de excerto do acórdão, *in verbis*:

‘Com efeito, entendo que as normas que disciplinam o parcelamento não podem ser interpretadas fora de sua teleologia. Se um programa de parcelamento é criado e faz menção a prazo determinado para a quitação do débito e penaliza a inadimplência (arts. 1º e 7º da Lei nº 10.684/2003 – 180 meses), não se pode compreendê-lo fora dessa lógica, admitindo que um débito passe a existir de forma perene, ou até, absurdamente, tenha o seu valor aumentado com o tempo, diante da irrisoriedade das parcelas pagas. A finalidade de todo parcelamento, salvo disposição legal expressa em sentido contrário, é a quitação do débito, e não o seu crescente aumento para todo o sempre. Sendo assim, a impossibilidade de adimplência há que ser equiparada à inadimplência para efeitos de exclusão do dito programa de parcelamento.’

No entanto, entendo que o raciocínio ali desenvolvido é inaplicável ao Refis 2000, pois neste não há prazo determinado para quitação do débito. Digo isso especialmente em face da conclusão apresentada pelo relator no sentido de que, ‘se um programa de parcelamento é criado e faz menção a prazo determinado para quitação do débito e penaliza a inadimplência (arts. 1º e 7º da Lei nº 10.684/2003 – 180 meses), não se pode compreendê-lo fora dessa lógica (...)’ (grifo nosso, excerto do REsp 1.187.845/ES, acima transcrito).

Consoante se verifica, uma das premissas fixadas para a aplicação do entendimento fixado naquele julgado é a existência de previsão legal de prazo máximo para o fim do parcelamento, circunstância que não ocorre no Refis 2000.

Assim, inexistindo prazo determinado, é inviável se admitir como hipótese de exclusão do programa o *pagamento de prestação do parcelamento que foi calculada nos moldes previstos na legislação, por ser considerada de valor irrisório*.

Tenha-se presente que cabe à administração atentar para o princípio da legalidade, no sentido de que somente a lei pode impor sanção.

Como decorrência do regime de direito público, a legalidade traduz a ideia de que a administração pública somente pode praticar ato que exclua ou outorgue direito a terceiros quando exista lei que o determine (atuação vinculada), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei. Até mesmo no exercício de atividade discricionária, deve a administração observar os termos, as condições e os limites autorizados na lei.

Com efeito, ainda que argumentos de ordem prática sejam invocados para apontar a ocorrência de situações em que o parcelamento se prolongaria por muitos anos, não vejo como aplicar hipótese de sanção não prevista em lei sem que seja ofendido o princípio da legalidade.

Ressalto, uma vez mais, que, se há incongruências na lei, cabe ao legislador alterá-la para que haja adequação à realidade prática e se alcance o fim pretendido.

(...)”

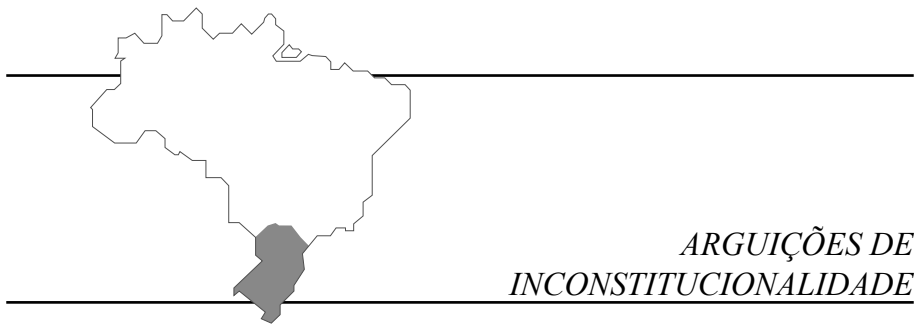
Acresce a tudo o que vem de ser dito a peculiaridade de que a Lei nº 9.964, de 2000, é fruto da conversão da Medida Provisória nº 2.004-6, de 10.03.2000, e vem assinada pelo Chefe do Poder Executivo da União

e outros responsáveis, inclusive o Ministro da Fazenda, ao qual se subordina toda a estrutura fiscal da União. Soa inusitado, pois, que o Fisco venha agora a atentar contra a lei de cuja elaboração participou.

Enfim, se a autora se viu compelida pela Receita Federal do Brasil (RFB) a recolher prestações acima do estabelecido em lei, sob pena de exclusão do Refis da Lei nº 9.964, de 2000, a pretexto de inadimplência, esses pagamentos se deram contra o Direito, tendo ela, portanto, como postula na apelação, o direito de compensar o que pagou a mais com quaisquer tributos e contribuições vincendos, administrados pela RFB, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

### *Dispositivo*

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação da autora e *negar provimento* à apelação da União e à remessa oficial.



*ARGUIÇÕES DE  
INCONSTITUCIONALIDADE*



***ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE***  
***Nº 0000190-57.2013.4.04.0000/RS***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

*Interessada:* Vania de Moura Fonseca

*Advogados:* Dr. Jorge Brandalize e outros

*Interessado:* Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do  
Paraná

*Suscitante:* 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

***EMENTA***

*Arguição de inconstitucionalidade. Direito Administrativo. Servidor público. Licença-adoptante. Lei 8.112/90, art. 210. Inconstitucionalidade. Violação ao princípio da igualdade. CF/88, art. 227, § 6º.*

É inconstitucional a regra do art. 210, *caput* e parágrafo único, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União – Lei 8.112/90, que instituiu licença para servidoras mães adotantes de duração inferior àquela prevista para servidoras gestantes e variável conforme a idade da criança adotada. Violação ao preceito contido no art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988, que estabelece a igualdade entre os filhos, de qualquer condição.



## 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, declarar a inconstitucionalidade do art. 210, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.112/90, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de novembro de 2015.

Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Júnior*, Relator.

## RELATÓRIO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior*: Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 210, *caput* e parágrafo único, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis (Lei 8.112/90), no relativo à disciplina da concessão de licença à servidora adotante, suscitado pela 4ª Turma do Tribunal. A regra em foco tem o seguinte teor:

“*Art. 210.* À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

*Parágrafo único.* No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.”

A inconstitucionalidade do preceito é arguida frente ao princípio constitucional da isonomia, inscrito, particularmente no que se refere à igualdade entre filhos de qualquer natureza, no art. 227, § 6º, da Constituição da República.

Essa violação restaria consubstanciada na existência, no art. 207 da mesma lei, de regra diversa para o caso de servidora gestante, para a qual é garantida licença por período superior, de 120 dias:

“*Art. 207.* Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.”

O Ministério Público Federal, em extenso e aprofundado parecer, opinou pela inconstitucionalidade da regra em comento (fls. 74-78).

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior:*  
Conforme relatado, a controvérsia envolve a constitucionalidade ou não da regra da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis que confere à servidora pública mãe adotante licença de duração menor do que a licença devida à servidora mãe biológica (90 ou 30 dias, conforme a idade da criança adotanda, e 120 dias, respectivamente).

Inicialmente, impõe-se breve exposição da disciplina legal e regulamentar das licenças em foco.

### *I – A disciplina legal e regulamentar da licença-maternidade e da licença-adotante*

#### *I. 1 – A Lei do Regime Jurídico Único – Lei 8.112/90*

A Lei 8.112/90 (Lei do Regime Jurídico Único dos servidores públicos federais) estabeleceu licenças de duração diversa para as servidoras públicas federais para as hipóteses de nascimento de filho e de adoção. Nesse último caso, ainda, a duração da licença varia conforme a idade da criança adotada. Assim, a licença para a mãe é de 120 dias no caso de nascimento de filho, de 90 dias no caso de adoção de criança de até um ano de idade e de 30 dias se a criança tiver mais de um ano. Confira-se:

#### *Mãe biológica:*

“Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.”

#### *Mãe adotante:*

“Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.”

#### *I. 2 – O Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante das servidoras públicas federais (Decreto 6.690/2008)*

Posteriormente, foi instituído o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante das servidoras públicas federais (Decreto 6.690/2008), acrescentando às licenças previstas na Lei 8.112/90 um período equivalente à metade do que já contavam.

Assim, para as mães biológicas foram acrescentados 60 dias de licença após o término da licença de 120 dias da Lei do Regime Jurídico Único, totalizando 180 dias de licença à gestante:

“Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

Art. 2º (...)

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.”

Para as mães adotantes, por sua vez, foram concedidos 45 ou 15 dias de prorrogação, conforme a idade da criança adotada, após o encerramento da licença de 90 ou 30 dias do art. 210 da Lei 8.112/90, totalizando 135 dias de licença no caso de crianças de até um ano de idade e 45 dias na hipótese de crianças com mais de um ano e menos de 12 anos. Estes são os termos do decreto:

“Art. 2º (...)

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no *caput* será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

(...)

II – para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.”

## *II – As licenças à gestante e à adotante na ordem constitucional*

O cerne do debate reside exatamente em se decidir se é legítimo, conforme os preceitos constitucionais atinentes à proteção à criança e à maternidade, o estabelecimento de licenças de duração diferenciada a serem concedidas às servidoras públicas federais em decorrência da maternidade, conforme se trate de filho biológico ou adotado, e, ainda, conforme a idade do filho adotado.

Inicialmente, há de ser ressaltado que o instituto da licença-maternidade *lato sensu* não pode ser apreendido em sua totalidade se for focado apenas *na sua dimensão de direito da servidora mãe*.

Ainda que prevista na Constituição Federal como direito das trabalhadoras gestantes (art. 7º, XVIII) e inscrita no estatuto dos servidores públicos como benefício devido às funcionárias dentro do

plano de seguridade social do servidor (Lei 8.112/90, arts. 207 e 210), *a licença está estreitamente relacionada com a proteção aos direitos da criança, constitucionalmente assegurados.*

Com efeito, no art. 6º da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, a proteção à maternidade e a proteção à infância aparecem vinculadas, aliás, nem podendo ser diferente, dado constituírem a maternidade e a infância duas faces indissociáveis de um mesmo fenômeno humano e social:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”

Nessa perspectiva, o texto constitucional, no art. 227, impõe *ao Estado e aos pais* deveres que se complementam: (a) *ao Estado* (e à família), o dever de *assegurar à criança o direito ao convívio familiar*; e (b) *aos pais*, o dever de *assistir, criar e educar os filhos menores*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Tenho que é a partir desse enquadramento constitucional que a licença-maternidade e a licença-adoptante devem ser analisadas.

De fato, quando o legislador dispõe sobre a licença-maternidade ou sobre a licença-adoptante, estão em jogo não só os interesses da servidora pública, mãe biológica ou adotante, mas também – eu diria principalmente – *os direitos da criança*, cuja possibilidade de convívio maior ou menor com a mãe dependerá certamente da extensão da licença que o Estado-administração a esta conceder, permitindo-lhe se afastar de suas atividades laborais para estar com a criança, *prestando ao filho a assistência que a Constituição a ele assegura e aos pais obriga.*

Nessa perspectiva, sob o prisma do princípio constitucional da igualdade, não se poderia apreciar a questão da instituição de licenças

de duração diferenciada, em toda sua dimensão, confrontando-se apenas a situação da servidora mãe adotante com a da servidora mãe biológica: *é tão ou mais relevante verificar-se a situação das crianças, um filho biológico e outro filho adotivo, para se aferir a existência ou não de motivos que justifiquem o tratamento desigual.* Essa questão, ao meu sentir, é decisiva para o deslinde da controvérsia.

### *III – A licença-gestante e a licença-adoção como expressão do direito da criança à assistência*

A infância, enquanto estágio inicial do desenvolvimento do ser humano, tem a proteção do Estado, independentemente de a criança ser assistida por pais biológicos ou adotivos, conforme se viu da dicção do art. 227 da Constituição da República. Portanto, enfocando a questão pela ótica dos deveres do Estado, não há qualquer relevância no fato de a criança ser filha adotiva ou não. *O Estado não está menos obrigado a assegurar proteção à criança por se tratar de filho adotivo.*

Examinando a questão pela perspectiva da relação mãe-filho, *a mãe adotiva também não está menos obrigada perante seu filho do que a mãe biológica.* Com efeito, o texto constitucional afirma expressamente a igualdade de direitos entre filhos naturais e filhos adotivos no § 6º do art. 227, que tem a seguinte redação:

“Art. 227 (...)

(...)

§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Portanto, *para a delimitação dos direitos da criança e para a definição dos deveres do Estado e dos pais, é irrelevante o fato de se tratar de filho natural ou adotivo, não havendo, em princípio, fundamento que justifique o estabelecimento de licenças diferenciadas quanto à duração.*

*Quanto à questão da idade da criança a ser adotada, poder-se-ia cogitar constituir-se em fator legitimador do estabelecimento de licenças com duração diferenciada a ser conferida à mãe adotante. Contudo, são tantas as circunstâncias a serem consideradas que julgo impossível se estabelecer um critério etário para definir licenças diferentes sem malferir o princípio da igualdade. Lembremos, inicialmente, que a*

criança pode ser adotada recém-nascida: haveremos de convir que o recém-nascido não precisa de menos atenção de sua mãe só por ter sido adotado, mas a lei faz a distinção. Se a criança adotada for maior, por sua vez, se já tiver ultrapassado os primeiros meses ou anos de vida, é certo que não demandará os cuidados próprios de um recém-nascido, mas as dificuldades não serão menores, pois estará sendo agregado ao núcleo familiar um ser humano já em formação, com experiências familiares pretéritas certamente não muito auspiciosas, provavelmente portador de déficit afetivo, necessitando adaptar-se ao novo grupo familiar (e este a ele), e assim por diante.

A propósito dessa questão, transcrevo excerto do brilhante parecer ministerial oferecido pelo Procurador Regional da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, que, consistentemente fundado em subsídios advindos da Psicologia, demonstra o desacerto de se entender suficiente licença de menor duração quanto maior for a criança adotada (as notas bibliográficas foram suprimidas):

*“Da necessidade de período inicial integral de convivência/adaptação como fundamento do salário-maternidade a adotante de criança de qualquer idade*

Não há justificativa racional para o tratamento diferenciado aos adotantes e às crianças adotadas no que se refere ao período de salário-maternidade, que tem por objetivo possibilitar que seja dada atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos (biológicos ou adotivos).

Assim como a dedicação e o cuidado de que a criança necessita independem de ser ela adotada ou não, o período inicial que ela passa com a mãe ou outra figura parental não se justifica ser diverso caso ela não seja mais bebê.

O direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade se justifica na necessidade de convivência e adaptação inicial entre a mãe e o filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança.

O fundamento reside na necessidade de dedicação exclusiva da figura parental à criança no período inicial de convivência, o que vale para crianças adotadas ou não e, se adotadas, de qualquer idade (visto que a adoção não se restringe a bebês).

Quanto à necessidade de dedicação exclusiva no período inicial de convivência em relação a bebês, sejam adotados ou não, há norma infraconstitucional que a contempla, em conformidade com a Constituição Federal.

Observe-se que, se, no caso dos bebês, a dependência com a figura parental se revela absoluta, o processo de adaptação das crianças maiores que são adotadas apresenta grandes dificuldades, muitas delas decorrentes da história de vida e da situação anterior de abandono da criança.

Assim, ainda que as necessidades das crianças possam se diferenciar em determinados aspectos, conforme a sua idade, todas necessitam do período inicial de convivência/adap-

tação em regime de dedicação exclusiva por parte da figura parental.

(...)

No entanto, ainda que não seja objeto dos autos a questão da necessidade de convivência entre a mãe e o bebê, essa análise assume importância na medida em que estudos demonstram que uma das maiores dificuldades encontradas no processo de adaptação entre o adotante e a criança de mais idade em grande parte decorre de problemas enfrentados pela criança quando ainda era bebê.

Nas adoções tardias, consideradas as adoções de crianças maiores de dois ou três anos, por exemplo, há estudos que demonstram a dificuldade de adaptação da criança na família substituta. Estudiosos entendem que na adoção logo após o nascimento existirão melhores condições para o desenvolvimento de relações favoráveis.

Em pesquisa sobre comportamento de apego em crianças adotivas, Cristina Berthoud concluiu que ‘tanto a idade da criança como a história de vida que antecede a sua adoção são fatores intimamente relacionados e que têm influência decisiva no sucesso da adoção’.

Muitos autores fazem referência à complexidade do processo de adaptação na adoção tardia, relacionando-o com um período marcado por muita tensão:

‘Na adoção tardia, a tensão é ainda mais complexa porque a criança se posiciona no processo interativo de modo mais ativo que um bebê, aceitando, negando e negociando posições que lhe são atribuídas, somado ao fato de que ela tem uma história progressiva. Uma história de vida anterior às relações agora estabelecidas.’

Dessa forma, ‘os pais e as crianças encontram-se diante de um desafio maior na busca de adaptação mútua’.

A insuficiência e/ou ruptura dos primeiros vínculos afetivos, como os estabelecidos com a primeira figura de apego, implica dificuldade de identificação da criança com as novas figuras parentais.

Com efeito, seria extremamente difícil para a criança reconstruir vínculos primários, identificar-se com novas figuras parentais. A criança adotada tardiamente estaria, em uma certa medida, refratária aos novos vínculos:

‘(...) a dificuldade, ou não, de a criança estabelecer novos vínculos estaria, basicamente, relacionada com a possibilidade de expressão e atendimento, pelos pais adotivos, de suas necessidades emocionais mais primitivas, ou seja, de ser gestada novamente, de se mostrar indefesa, de requerer atenção, de renegar essa atenção... Enfim, de refazer todo o caminho para a construção de seu novo eu a partir de novos modelos parentais.’

Para Winnicott, médico e psicanalista inglês, ‘a saúde mental do indivíduo é construída pela mãe – ou outras pessoas que possam estar disponíveis como figuras maternas’, e ‘a base da saúde mental é fundamentada no início da infância pelo provimento de cuidados dispensados à criança por uma mãe suficientemente boa’.

Daí a importância dos primeiros vínculos afetivos, cuja insuficiência ou ruptura traz consequências no desenvolvimento emocional da criança. Assim, a pessoa que adota uma criança mais velha, que, na maior parte das vezes, não foi cuidada por uma mãe ou outra figura parental suficientemente boa, na concepção de Winnicott, deve procurar atender às necessidades afetivas da criança, a fim de que ela possa recuperar a confiabilidade abalada com o rompimento da mãe biológica.

Winnicott fala que, nesses casos, a mãe adotiva não estaria adotando apenas uma criança, mas um ‘caso’:

‘(...) e, quando a história inicial não foi suficientemente boa em relação à estabilidade ambiental, a mãe adotiva não está adotando uma criança, mas um caso, e, ao se tornar mãe, ela passa a ser a terapeuta de uma criança carente.’ (Winnicott, 1954d/1997, p. 117)

Isso significa que ‘os cuidados dos pais adotivos com os filhos ultrapassam os cuidados comuns, e, mesmo não sendo responsáveis pelos problemas gerados pelo manejo inadequado dos bebês, terão de lidar com isso’.

Essa convivência é fundamental para a saúde mental da criança, que fora abalada em maior ou menor intensidade dependendo do grau de privação a que ela teria sido submetida. Afinal, segundo Winnicott, o grau de perturbação ambiental que a criança sofreu influencia sobremaneira o seu desenvolvimento emocional.

Há a possibilidade, no entanto, de reparação de possíveis experiências traumáticas mediante novas vivências parentais:

‘Conforme apontamentos psicanalíticos discutidos nesse texto, as primeiras inscrições deixadas na mais tenra idade admitirão marcas mnêmicas de cheiro, textura, forma, entre outros, e, mesmo que a criança passe um curto período de tempo com a mãe biológica, as primeiras vivências poderão influenciar no posterior desenvolvimento psíquico da criança. Por outro lado, a subsequente relação estabelecida entre criança e pais adotivos pode ser marcada por uma nova oportunidade de a criança estabelecer novos vínculos afetivos e esses serem reparadores de possíveis experiências traumáticas vivenciadas.

(...)

A tarefa de se proporcionar amor, quando a criança é mais velha, como nos casos de adoções, se torna mais complexa. A dificuldade provém da necessidade da criança de testar e de ver se esse amor, esse ‘segurar’ e esse manejo pré-verbal resistem à destrutividade ligada ao amor primitivo.

(...)

Além disso, os sentimentos que permeiam essa vivência incluem, segundo Bleichmar (1994), além do vazio, ‘um sentimento de desajuda, des-ser, desamparo ante o abandono sofrido nestes primeiros tempos’ (p. 76). Essas situações podem ter implicações futuras inquietantes. Contudo, por meio de novas vivências parentais e/ou do processo analítico, faz-se possível reendereçar uma localização mal estruturada por meio de ressignificações. Ademais, haverá marcas possíveis de serem ressignificadas, mas também marcas que terão sua retranscrição impossibilitada.’

Pode-se dizer, como entende Winnicott, que a adoção é verdadeiramente terapêutica quando se espera que a criança adotada possa se recuperar da privação dos cuidados maternos:

‘(...) a finalidade é verdadeiramente terapêutica. Espera-se que, com o decorrer do tempo, a criança se recupere da privação que, sem tais cuidados, não só deixaria uma cicatriz como, na realidade, mutilaria emocionalmente a criança.’ (Ibid., p. 188)

Estudiosos da área psicanalítica entendem que os pais adotivos, assim como os pais biológicos, devem ser capazes de exercer uma apropriação real sobre o filho; ao assumirem uma condição de pais e provedores, devem assegurar a ele todos os cuidados necessários, não esquecendo que a espécie de vínculo estabelecido entre a criança e os pais adotivos poderá possibilitar o agravamento, a manutenção e/ou a ressignificação das primeiras vivências da criança:

(...)



Em razão disso, fala-se na fundamental importância do acompanhamento da criança pela família e do processo de adaptação mútua, o que estaria diretamente relacionado com o sucesso da adoção, preocupação que deve ser de toda a sociedade:

‘Winnicott reconhece a necessidade de uma política de tratamento para as crianças que sofreram privação. O problema não é de uma família, mas de toda a sociedade e de suas práticas e políticas de saúde. A psicoterapia é importante, porém, não deve ser o passo inicial da política de ação a ser criada para tratar desses casos. ‘Quero enfatizar aqui [...] que o princípio claro com respeito à assistência à criança vítima de privação não é o provimento de psicoterapia [...] que [...] em termos gerais [...] não é uma política prática. O procedimento essencial é o fornecimento de uma alternativa para a família.’

As dificuldades apresentadas nesse processo de adaptação podem ser minimizadas pela implementação de medidas como a extensão da licença e do salário-maternidade aos adotantes de crianças de qualquer idade:

‘Caselatto (1998), sob o mesmo enfoque teórico de Berthoud (op. cit.), afirma que, na adoção tardia, a criança traz vivências que a levaram a um adiamento da formação de um vínculo seguro, com sua figura constante, provedora e prazerosa, com disponibilidade emocional e emergencial, concluindo que a dificuldade adaptativa pode ser minimizada ou diminuída por meio de medidas práticas, como a extensão do benefício de licença-maternidade às mães adotivas, independentemente da idade da criança adotada.’

Não há, pois, razão suficiente para o tratamento desigual entre gestantes e adotantes previsto no Estatuto dos Servidores Públicos Federais.”

Em suma, não vislumbro um critério racional e razoável para se estabelecer a distinção que a lei fez sem ferir o princípio da igualdade, seja entre filhos biológicos e filhos adotados, seja entre filhos adotados de idades diversas. As crianças, filhos biológicos ou adotados, tenham a idade que tiverem, são iguais em nossa ordem constitucional e têm igual direito à assistência de suas mães (e também dos pais, mas esse já é outro capítulo), e o Estado está obrigado a assegurar tal convívio.

Ocorre que a Lei 8.112/90, a Lei do Regime Jurídico Único dos servidores públicos federais, como vimos anteriormente, estabeleceu diferenciações entre a licença-maternidade (art. 207) e a licença-adoção (art. 210), e, no âmbito desta, diferentes durações conforme a idade da criança adotada (art. 210, parágrafo único). E, assim o fazendo, violou o princípio constitucional da igualdade, particularmente no que se refere à igualdade entre filhos de qualquer natureza, insculpido no art. 227, § 6º, da Constituição da República.

Ressalto que preceito legal de teor semelhante, que, no âmbito do RGPS, limitou o período de salário-maternidade no caso de adoção de crianças de mais de um ano de idade (art. 71-A, em sua parte final, da Lei de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/91), já teve sua

inconstitucionalidade declarada pela Corte Especial deste Tribunal na sessão de 19 de dezembro de 2012 (Arguição de Inconstitucionalidade nº 5014256-88.2012.404.0000, rel. Des. Federal Rogério Favreto).

Observo, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade do art. 210 da Lei 8.112/90 pela Corte Especial implicará a aplicação analógica da regra do art. 207 da Lei 8.112/90 (licença de 120 dias) pela Turma julgadora aos casos das licenças postuladas por servidoras em face de adoção, independentemente da idade da criança adotada.

Ante o exposto, voto por declarar *a inconstitucionalidade do art. 210, caput e parágrafo único, da Lei 8.112/90*, ao estabelecer períodos de duração de licença para servidora adotante diversos daquele previsto para a licença da servidora gestante, nos termos da fundamentação.

***ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE***  
***Nº 0006040-92.2013.404.0000/RS***

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Celso Kipper

*Interessado:* João Pedro Kliemann

*Advogados:* Dr. Alberto Hugo Kliemann e outro

*Interessado:* Desembargador(a) Federal Presidente do Tribunal  
Regional Federal da 4ª Região

*Interessada:* União Federal

*Procurador:* Procuradoria Regional da União

*Suscitante:* Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

***EMENTA***

*Administrativo. Tempo especial prestado na iniciativa privada, antes do ingresso do servidor no serviço público. Averbação no regime próprio de previdência dos servidores públicos. Vedação existente no*

*inc. I do art. 96 da Lei nº 8.213/91 e no inc. I do art. 4º da Lei nº 6.226/75, conforme interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade por afronta aos princípios da igualdade e do direito adquirido.*

1. A Lei nº 8.213/91 assegura aos beneficiários do RGPS duas possibilidades: (a) aposentadoria especial (art. 57, *caput*); e (b) aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, com o cômputo de tempo fictício, decorrente da conversão do tempo especial em comum (§ 5º do art. 57).

2. Aos servidores públicos, é possível vislumbrar a existência de quatro possibilidades distintas: (a) aposentadoria especial; (b) conversão de tempo especial em comum exercido pelo servidor público no serviço público; (c) conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS quando o servidor público, embora já ostentasse essa condição, era celetista; e (d) conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS, antes do ingresso do servidor no serviço público.

3. Embora ausente lei específica, o Supremo Tribunal Federal vem assegurando a possibilidade de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos, cabendo ao órgão a que se encontram vinculados analisar o implemento dos requisitos legais, considerando, para tanto, o disposto no art. 57 da LBPS. Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, datada de 09.04.2014, aprovou a Proposta de Súmula Vinculante nº 45, com o seguinte teor: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”.

4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem entendido como inviável o cômputo de tempo ficto prestado no serviço público, seja porque há vedação expressa no § 10 do art. 40 da Constituição Federal, seja porque o art. 40, § 4º, da Carta Magna prevê apenas a possibilidade de concessão de aposentadoria especial.

5. No entanto, o STF vem reconhecendo o direito de o servidor público ex-celetista averbar, no RPPS, o acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum prestado no RGPS, se o segurado, à época, já era servidor público.

6. Quanto à conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS, antes do ingresso do servidor no serviço público, o Supremo Tribunal Federal, aparentemente, ainda não se manifestou. A questão, contudo, vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou posição no sentido de ser inviável a contagem recíproca, no Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais, de tempo de serviço ficto prestado no âmbito do RGPS, a teor do disposto no art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75 e no art. 96, I, da Lei nº 8.213/91.

7. Quanto ao segurado vinculado ao RGPS, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça são pacíficas, desde longa data, no sentido de que o reconhecimento da especialidade da atividade exercida é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador, de modo que, prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida.

8. Dentro dessa perspectiva, o mesmo fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para autorizar o cômputo do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum, qual seja, o direito adquirido (prestado o serviço sob condições nocivas quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado), é válido para o caso de conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS, antes do ingresso do servidor no serviço público.

9. A incorporação do tempo especial ao patrimônio jurídico do segurado ocorre independentemente de a vinculação ao RGPS dar-se na condição de servidor público celetista ou na condição de segurado obrigatório do RGPS. Em ambos os casos, o trabalhador exerceu suas atividades no Regime Geral da Previdência Social, e, em ambos os casos, tem direito adquirido à contagem diferenciada do tempo de serviço.

10. Se o fundamento para o STF deferir a averbação, no RPPS, do tempo especial dos servidores públicos ex-celetistas é o de que esse direito se incorporou ao patrimônio jurídico do segurado antes da

vigência da Lei 8.112/90, não pode haver distinção entre o segurado que já era “empregado público” e aquele que não era, pois, em ambos os casos, no momento da prestação da atividade, eram segurados do RGPS. Entender-se que o primeiro possui direito à contagem diferenciada do tempo de serviço e o segundo não consubstancia afronta direta ao princípio da igualdade e ao direito adquirido constitucionalmente assegurados.

11. Nessa linha de raciocínio, tanto o art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75 quanto o inc. I do art. 96 da Lei nº 8.213/91, se interpretados no sentido de que constituem óbice à contagem ponderada do tempo especial prestado sob a égide de legislação em que esta era prevista, acabam por ferir a garantia constitucional do direito adquirido e o princípio da isonomia.

12. O § 10 do art. 40 da Constituição Federal de 1988 não pode ser empecilho para a averbação do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum. Se assim fosse, a mesma disposição constitucional teria obrigatoriamente de funcionar como óbice também para a averbação do tempo ficto do servidor público ex-celetista, haja vista que este, também, terá averbado acréscimo decorrente de conversão de tempo especial em comum para futura concessão de benefício pelo RPPS.

13. Em conclusão, o art. 4º, inc. I, da Lei 6.226/75 e o art. 96, inc. I, da Lei nº 8.213/91 não podem constituir óbice à contagem ponderada do tempo especial prestado sob a égide de legislação em que esta era prevista, sob pena de tratar de forma diferente situações jurídicas idênticas, incorrendo assim em violação aos princípios constitucionais da igualdade e do direito adquirido.

14. Em relação ao art. 4º, inc. I, da Lei 6.226/75, dado que consubstancia norma pré-constitucional incompatível com a Constituição superveniente, impõe-se um juízo negativo de recepção, na linha da jurisprudência consolidada do egrégio STF.

15. Declarada a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 96, inc. I, da LBPS e do art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75.

### *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 maioria, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do inciso I do artigo 96 da Lei nº 8.213/91, no tocante à sua aplicação às hipóteses de contagem diferenciada (ponderada), no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Federais, do acréscimo decorrente da conversão, em comum, de tempo de serviço em atividades exercidas sob condições especiais, em período em que vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), por afronta aos princípios da igualdade e do direito adquirido, insculpidos no art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, bem como, nas mesmas hipóteses acima mencionadas, a não recepção, pela Constituição atual, do art. 4º, inciso I, da Lei 6.226/75, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de maio de 2015.

Des. Federal *Celso Kipper*, Relator.

### *RELATÓRIO*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Celso Kipper:* Na sessão de julgamento realizada em 23.10.2014, esta Corte Especial, por maioria, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade do inciso I do artigo 96 da Lei nº 8.213/91 e do inciso I do artigo 4º da Lei nº 6.226/75, no tocante à sua aplicação às hipóteses de contagem diferenciada (ponderada), no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Federais, do acréscimo decorrente da conversão, em comum, de tempo de serviço em atividades exercidas sob condições especiais, em período em que vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), por afronta aos princípios da igualdade e do direito adquirido, insculpidos no art. 5º, *caput* e inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Também deliberou pela suspensão do processo e pela respectiva remessa dos autos ao Ministério Público Federal para parecer acerca da inconstitucionalidade, ou não, das normas arguidas.

Devidamente intimada, a União nada requereu. O Ministério Público Federal, por meio de parecer de lavra da douta Procuradora Regional da República Andrea Falcão de Moraes, manifestou-se pelo provimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade (fls. 96-97).

Após, vieram os autos conclusos para julgamento do mérito do incidente.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Celso Kipper:*

### *O contexto da presente arguição*

*João Pedro Kliemann*, servidor público federal lotado neste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, impetrou mandado de segurança contra o ato do Exmo. Senhor Presidente desta Corte, consubstanciado no indeferimento do pedido de averbação, no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais (RPPS), do acréscimo decorrente da conversão, em comum, do tempo de serviço especial de 15.10.1987 a 30.05.1995, prestado na Embratel (Empresa Brasileira de Telecomunicações), quando o impetrante era vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

É importante referir que o tempo de serviço de 15.10.1987 a 30.05.1995 foi reconhecido como especial em anterior ação previdenciária ajuizada pelo impetrante contra o INSS (processo nº 2010.71.50.023907-0, com trânsito em julgado em 01.08.2012), cuja procedência do pedido restringiu-se à expedição, pela autarquia, de Certidão de Tempo de Contribuição com o tempo comum e com o acréscimo de 03 anos e 18 dias decorrentes da conversão, pelo fator 1,4, do tempo especial em comum. É de se referir, também, que o tempo comum de 15.10.1987 a 30.05.1995 já foi averbado por este Tribunal e que o presente mandado discute apenas o indeferimento do pedido de averbação do acréscimo de 03 anos e 18 dias decorrentes da conversão do tempo especial em comum.

O relator do mandado de segurança, Des. Federal Rômulo Pizzolatti, denegou a ordem, ao fundamento de que

“a Constituição Federal assegura a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, porém jamais contagem recíproca de tempo de serviço fictício de um regime (v.g., RGPS) para outro (v.g., regime próprio de previdência dos servidores federais) que não o preveja (v.g., Lei nº 8.112, de 1990).”

Divergiu o Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, concedendo a segurança. Na sequência, pedi vista dos autos para melhor apreciação,

e concluí por suscitar incidente de inconstitucionalidade, acolhido na sessão de julgamento da Corte Especial realizada em 23.10.2014, como mencionado no relatório.

Resta a esta Corte Especial, portanto, o exame da constitucionalidade dos dispositivos legais arguidos.

### *Mérito*

Com o fim de evitar a repetição de fundamentos, reproduzo aqueles que expendi por ocasião da instauração do incidente de inconstitucionalidade (sessão de 23.10.2014), *verbis*:

*Da aposentadoria especial e da conversão do tempo especial em comum no RGPS*

A possibilidade de concessão de aposentadoria com contagem de tempo especial para os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) vem assegurada no § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (...)”.

Dentro desse prisma, a Lei nº 8.213/91 assegura aos beneficiários do RGPS duas possibilidades:

- a) aposentadoria especial (art. 57, *caput*);
- b) aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, com o cômputo de tempo fictício, decorrente da conversão do tempo especial em comum (§ 5º do art. 57).

*Da aposentadoria especial e da conversão do tempo especial em comum no serviço público*

Em relação aos servidores públicos, é possível vislumbrar a existência de quatro possibilidades distintas:

- a) aposentadoria especial;
- b) conversão de tempo especial em comum exercido pelo servidor público no serviço público;
- c) conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS quando o servidor público, embora já ostentasse essa condição, era celetista;



d) conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS, antes do ingresso do servidor no serviço público.

Passo a analisar, para que se tenha uma melhor visualização da questão posta no presente feito, todas as possibilidades acima.

#### *A) Aposentadoria especial*

Para os servidores públicos (titulares de cargo efetivo) da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos quais é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, o inc. III do § 4º do art. 40 da Carta Magna de 1988 veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, no § 2º do art. 186, assegura que, nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, *a* e *c* (aposentadoria voluntária aos 30 e aos 35 anos de contribuição), observará o disposto em lei específica.

Não obstante a previsão constitucional e a disposição expressa na Lei nº 8.112/90, até o momento, ainda não há lei complementar disciplinando a aposentadoria especial dos servidores públicos. Em face disso, o Supremo Tribunal Federal vem concedendo inúmeros mandados de injunção a servidores para, reconhecendo a omissão legislativa em face da ausência de lei complementar que defina as condições para o implemento da aposentadoria especial, garantir que o órgão ao qual pertencem analise a possibilidade de concessão de aposentadoria especial à luz do disposto no art. 57 da LBPS. Nesse sentido: AgR no MI 930, Tribunal Pleno, rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.10.2013; AgR no MI 2139, Tribunal Pleno, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17.10.2013; AgR no MI 4457, Tribunal Pleno, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 18.02.2013; e MI 795-1, Tribunal Pleno, rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15.04.2009, dentre outros.

Dos julgados acima referidos, transcrevo as seguintes ementas:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Ainda, o STF tem competência para apreciar os mandados de injunção impetrados por servidores públicos municipais, estaduais e distritais. Fundamentos observados pela decisão agravada.

2. Agravos regimentais desprovidos.” (AgR no MI 930, Tribunal Pleno, rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.10.2013)

“MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA.

1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.

2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.

3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei nº 8.213/91.” (MI 795-1, Tribunal Pleno, rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15.04.2009)

Veja-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, datada de 09.04.2014, aprovou a Proposta de Súmula Vinculante nº 45, com o seguinte teor: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”.

Portanto, ainda que ausente lei específica, o STF vem assegurando a possibilidade de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos, cabendo ao órgão a que se encontram vinculados analisar o implemento dos requisitos legais, considerando, para tanto, o disposto no art. 57 da LBPS.

*B) Conversão de tempo especial em comum exercido pelo servidor público no serviço público, ou seja, após a vigência da Lei 8.112/90*

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo ser inviável a conversão do tempo especial em comum exercido pelo servidor público no serviço público, ou seja, no período posterior à vigência da Lei nº 8.112/90,

quando este já se encontrava vinculado ao RPPS. O entendimento é de que há vedação expressa na Constituição Federal de cômputo, como especial, do tempo de serviço prestado junto ao RPPS, nos termos do disposto no § 10 do art. 40 da Constituição Federal, que preconiza que a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Nesse sentido, diversos precedentes julgados em 2013 pelo Tribunal Pleno do STF, da relatoria do Ministro Teori Zavascki (AgR no MI 5781; AgR no MI 5450; AgR no MI 2806; AgR no MI 1596; AgR no MI 1320; AgR no MI 1517, dentre outros), em que o ministro expressamente refere que,

*“segundo a jurisprudência firmada no STF, não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão de aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição (‘A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’).”*

Também nessa linha, AgR no MI 1.481, de que foi relatora a Ministra Rosa Weber, julgado pelo Plenário em 23.05.2013.

Além disso, o Plenário do Supremo também vem entendendo que não há dever constitucional de legislar acerca da conversão de tempo especial em comum prestado pelo servidor público no serviço público, em face de o art. 40, § 4º, inciso III, prever apenas a possibilidade de concessão de aposentadoria especial.

Embora o entendimento no STF acerca da questão não seja pacífico (o Ministro Marco Aurélio vem ressaltando sua posição pessoal no sentido de que é possível a conversão do tempo especial em comum prestado pelo servidor público no serviço público), a posição que prevaleceu foi aquela defendida pelo Ministro Luiz Fux no MI 2.140, julgado pelo Plenário em 06.03.2013, de que foi relator para o acórdão (o relator, Ministro Marco Aurélio, ficou vencido), do qual extraio o seguinte excerto:

*“Para equacionar a controvérsia, é preciso verificar se a pretensão deduzida (i.e., reconhecimento de um direito subjetivo de contagem diferenciada de seu tempo de serviço prestado em condições insalubres) é, à luz do art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição, exigível na via do mandado de injunção.*

Nesse particular, exsurtem duas interpretações possíveis: na primeira, de viés mais res-

tritivo, o art. 40, § 4º, inciso III, limitar-se-ia a reconhecer o direito à aposentadoria especial, aplicando-se, por analogia, o art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91; na segunda, procedendo a um elastério hermenêutico, se seria extrair do aludido preceito constitucional um suposto direito à contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições nocivas.

No caso vertente, o eminente rel. Min. Marco Aurélio, optando por exegese ampliativa, reconheceu não apenas o direito à aposentadoria especial, mas também fixou ‘o direito da parte impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividades exercidas em trabalho especial’ (i.e., para além dos limites fixados pela Corte ao decidir casos análogos). Ponho-me a divergir, com as devidas vênias, das conclusões a que chegou o i. relator.

O mandado de injunção encerra uma garantia fundamental, prevista pela Lei Fundamental de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXI, destinada a assegurar a fruição de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania a seus titulares diante da ausência de norma regulamentadora. Trata-se, a rigor, de um instrumento processual destinado a sanar *in concreto* omissões legislativas, totais ou parciais, quando a *inertia deliberandi* obstaculizar o pleno exercício de um direito subjetivo reconhecido constitucionalmente.

Isso significa que a procedência do *writ* depende do preenchimento cumulativo de dois requisitos: (i) ausência de norma regulamentadora de uma liberdade constitucional e (ii) a efetiva inviabilização do exercício do direito por seu titular como resultado dessa inação do órgão legiferante. Há, como se percebe, uma relação de causalidade entre a omissão regulamentar e a inviabilidade no exercício do direito.

*In casu*, a expressa literalidade do art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição de 1988 faculta aos servidores públicos o exercício, condicionando-o à prévia edição de lei complementar, mas não alude a existência de suposto direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em virtude de o servidor ter labutado em condições especiais, conforme (*sic*). Dito em termos mais claros: não se extrai da disciplina constitucional um dever constitucional de legislar acerca da averbação do tempo de serviço prestado por servidores públicos em tais condições, razão por que se revela manifestamente improcedente o pedido nesta via injuncional.

Nesse sentido, esta Suprema Corte já reconheceu que o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição limita-se a consagrar o direito subjetivo à aposentadoria especial, assentando que a colmatação da mora legislativa do Presidente da República em regulamentar o retromencionado preceito constitucional exige a aplicação, por analogia, da norma contida no art. 57 da Lei nº 8.213/91 (‘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’), devendo a administração examinar, no caso concreto, os requerimentos de aposentadoria especial formulados por servidor público que desempenhe atividades em condições insalubres, até a sobrevinda de legislação específica sobre o tema (cito os precedentes: MI nº 721, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 30.11.2007; MI nº 758, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 26.09.2008; MI nº 788, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 08.05.2009; e MI nº 795, rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 22.05.2009).

*O reconhecimento da contagem diferenciada e da averbação do tempo de serviço prestado pelo impetrante em condições insalubres, pretensão distinta do reconhecimento da aposentadoria especial, não tem procedência injuncional por exorbitar da expressa*

*disposição constitucional*, consoante inúmeras manifestações da Corte (MI nº 4295, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06.11.2012; MI nº 2764, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 02.10.2012; MI 4334, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.08.2012; Emb. de Decl. no MI nº 1.280, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28.03.2010).

*Forçoso é concluir, neste particular, que o alcance da decisão proferida por esta Corte, no momento da integração legislativa do art. 40, § 4º, inciso III, da CRFB/88, não tutela o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, adstringindo-se a reconhecer, no caso concreto, o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos.” (destaquei)*

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: AgR no MI 2.123, Plenário, relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 06.03.2013; AgR no MI 3.875, Plenário, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 20.10.2011; ED no MI 1.208, Plenário, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 06.03.2013; e ED no MI 1.957, Plenário, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10.04.2014.

Assim, o STF tem entendido como inviável o cômputo de tempo ficto prestado no serviço público, seja porque há vedação expressa no § 10 do art. 40 da Constituição Federal, seja porque o art. 40, § 4º, da Carta Magna prevê apenas a possibilidade de concessão de aposentadoria especial.

*C) Conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS quando o servidor público, embora já ostentasse essa condição, era celetista*

Muito embora haja repercussão geral reconhecida, desde 13.08.2010, no RE nº 612.358, que trata da contagem especial de tempo de serviço, prestado sob condições insalubres, em período anterior à instituição do Regime Jurídico Único, o STF vem julgando e garantindo, desde longa data, que o direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pelo servidor público celetista, à época em que a legislação então vigente permitia tal benesse, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico (RE nº 258.327-8, Segunda Turma, rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 06.02.2004), como se verifica pelos seguintes julgados: AgR no RE 724.221, Segunda Turma, rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12.03.2013; ED no AI 728.697, Segunda Turma, rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 05.02.2013; e AgR no RE 463.299-3, Primeira Turma, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 25.06.2007, dentre inúmeros outros.

O STF vem entendendo, portanto, ser possível a averbação, no

Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais, do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum prestado no RGPS, se o segurado, à época, já era servidor público.

O argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para considerar viável a averbação, no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais, do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum prestado no RGPS, se o segurado, à época, já era servidor público, é o de que, *prestado o serviço sob condições nocivas quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado*. Tal entendimento vem expresso em diversos julgamentos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – SERVIDOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO – PRETENDIDA AVERBAÇÃO – ATIVIDADE INSALUBRE EXERCIDA ANTES DA CONVERSÃO DO REGIME CELETISTA EM REGIME ESTATUTÁRIO – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 8.112/90, QUE INSTITUIU O REGIME JURÍDICO ÚNICO – DIREITO ADQUIRIDO – PRECEDENTES (...) RECURSO IMPROVIDO.” (ED no AI 728697, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 08.03.2013)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL EX-CELETISTA. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES EM PERÍODO ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. DIREITO ADQUIRIDO. AGRAVO IMPROVIDO. I – *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o servidor público, ex-celetista, possui direito adquirido à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, penosas ou perigosas no período anterior à instituição do regime jurídico único. Precedentes*. II – *Agravo regimental improvido*.” (AgR no RE 695749, Segunda Turma, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.03.2013 – destaquei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NOVEL REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.322/2010 AO ART. 544 DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA QUE EXERCEU ATIVIDADE INSALUBRE ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.112/90. CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 287 DO STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito suficientes à reforma da decisão objurgada, trazendo à baila novas argumentações capazes de infirmar todos os fundamentos do *decisum* que se pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos. 2. O agravo de instrumento é

inadmissível quando a sua fundamentação não impugna especificamente a decisão agravada. Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia. (Súmula 287/STF). 3. Precedentes desta Corte: AI 841690 AgR, relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01.08.2011; RE 550505 AgR, relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 24.02.2011; AI 786044 AgR, relator: Min. Ellen Gracie, DJe 25.06.2010. 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: ‘PREVIDENCIÁRIO E ‘PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL –EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA FUNASA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO CONVERSÃO DO PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE. 1. ‘A contagem e a certificação de tempo de serviço prestado sob o regime celetista é atribuição do INSS, que detém, por isso, a legitimidade exclusiva para figurar no polo passivo da ação.’ (AC 1998.38.00.037819-0/MG, relator: Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ 07.03.2005). 2. *O servidor público celetário anteriormente ao advento da Lei nº 8.112/90 que exerceu atividade insalubre tem direito à contagem desse tempo como especial, porquanto à época a legislação então vigente permitia essa conversão*, entretanto, para o período posterior à referida lei, faz-se necessário que seja regulamentado o art. 40, § 4º, da Carta Magna (RE 382352/SC, relator(a): Min. Ellen Gracie, DJ 06.02.2004). 3. Reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da Funasa, quanto ao período anterior à Lei nº 8.112/90, com a extinção do feito sem exame de mérito, com fundamento no art. 267, VI e § 3º, do CPC. 4. Apelação conhecida em parte e desprovida’ (fl. 378). 5. Agravo regimental desprovido.” (AgR no ARE 686697, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 13.08.2012 – destaquei)

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Atividade insalubre. Contagem especial de tempo. Período anterior à edição da Lei nº 8.112/90. Possibilidade. Precedentes. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência desta Corte a respeito do tema, a qual reconhece a possibilidade da contagem especial do tempo de serviço em atividade insalubre prestado antes da edição da Lei nº 8.112/90. 2. Agravo regimental não provido.” (AgR no RE 457106, Primeira Turma, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27.03.2012)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO À CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES EM PERÍODO ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. PRECEDENTES. *A jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que o servidor público federal ou estadual ex-celetista possui direito adquirido à contagem de tempo de serviço prestado sob condições insalubres ou perigosas no período anterior à instituição do Regime Jurídico Único* (AgR no RE 333.246, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 07.12.2011).

*(...) anoto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o direito à contagem do tempo de serviço público prestado por servidor celetista, antes da passagem para o regime estatutário, incorpora-se ao seu patrimônio jurídico, para todos os efeitos. (...)*” (Ag no RE 363.064, Segunda Turma, rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 28.09.2010 – destaquei)

“1. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público estadual. Contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, no período anterior à

*instituição de regime jurídico único. Regime da Previdência Social. Contagem recíproca. Direito reconhecido. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”* (AgR no RE 408.338, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 28.11.2008 – destaquei)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM CELETISTA. PRECEDENTES.

A decisão agravada não diverge da pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, de que ‘o direito à contagem do tempo de serviço público federal prestado por celetista, antes de sua transformação em estatutário, se incorpora ao seu patrimônio jurídico para todos os efeitos: comprovado o exercício de atividade considerada insalubre, perigosa ou penosa, pela legislação à época aplicável, possui o servidor o direito à contagem especial deste tempo de serviço’ (RE 440.648, relator o Ministro Sepúlveda Pertence). Nesse mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões: RE 446.462, relator o Ministro Cezar Peluso; e RE 461.977, relator o Ministro Celso de Mello. (...)” (AgR no RE 474.450, Primeira Turma, rel. Ministro Carlos Britto, DJe de 29.09.2006)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES EM PERÍODO ANTERIOR À SUPERVENIÊNCIA DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO. CONTAGEM RECÍPROCA. POSSIBILIDADE. 1. *A contagem recíproca é um direito assegurado pela Constituição do Brasil. O acerto de contas que deve haver entre os diversos sistemas de previdência social não interfere na existência desse direito, sobretudo para fins de aposentadoria.* 2. *Tendo exercido suas atividades em condições insalubres à época em que submetido aos regimes celetista e previdenciário, o servidor público possui direito adquirido à contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada e para fins de aposentadoria.* 3. Não seria razoável negar esse direito à recorrida pelo simples fato de ela ser servidora pública estadual, e não federal. E isso mesmo porque condição de trabalho, insalubridade e periculosidade é matéria afeta à competência da União (CB, artigo 22, I [direito do trabalho]). Recurso a que se nega provimento.” (RE 255827, Primeira Turma, rel. Ministro Eros Grau, DJ de 02.12.2005 – destaquei)

“1. *Servidor público federal: contagem especial de tempo de serviço prestado como celetista, antes, portanto, de sua transformação em estatutário: direito adquirido, para todos os efeitos, desde que comprovado o efetivo exercício de atividade insalubre, perigosa ou penosa. (...)*” (Ag no RE 367.314-9, Primeira Turma, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20.04.2004 – destaquei)

Também nesse sentido: AgR no ARE 724221, Segunda Turma, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 03.04.2013.

Como se verifica, o STF vem reconhecendo, desde longa data, o direito de o servidor público ex-celetista averbar, no RPPS, o acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum prestado no RGPS, se o segurado, à época, já era servidor público.

*D) Conversão de tempo especial em comum prestado no RGPS, antes do ingresso do servidor no serviço público*



Esta é a situação do caso concreto. Trata-se de servidor público federal que pretende a averbação, em seus assentos funcionais, do acréscimo resultante da conversão, para comum, de tempo de serviço especial em que se encontrava vinculado ao RGPS; entretanto, na época da prestação da atividade, o impetrante não era servidor público. Não se trata, pois, de hipótese de servidor público celetista que foi transposto para Regime Próprio de Previdência. Cuida-se, em verdade, de segurado vinculado ao RGPS que, após a prestação da atividade, prestou concurso público e passou, na condição de servidor público federal, a ser regido pela Lei nº 8.112/90.

Quanto à situação específica do impetrante, o Supremo Tribunal Federal, aparentemente, ainda não se manifestou. A questão, contudo, vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou posição no sentido de ser inviável a contagem recíproca, no Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais, de tempo de serviço ficto prestado no âmbito do RGPS, a teor do disposto no art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75 e no art. 96, I, da Lei nº 8.213/91. Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO – TEMPO DE SERVIÇO – CONTAGEM RECÍPROCA – ATIVIDADE INSALUBRE PRESTADA NA INICIATIVA PRIVADA – CONTAGEM ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. O REsp nº 534.638/PR, relatado pelo Excelentíssimo Ministro Félix Fischer, indicado como paradigma pela autarquia previdenciária, espelha a jurisprudência sedimentada desta Corte no sentido de que, objetivando a contagem recíproca de tempo de serviço, vale dizer, a soma do tempo de serviço de atividade privada (urbana ou rural) ao serviço público, não se admite a conversão do tempo de serviço especial em comum, ante a expressa proibição legal (artigo 4º, I, da Lei nº 6.226/75 e artigo 96, I, da Lei nº 8.213/91). Precedentes.

2. Embargos de divergência acolhidos para dar-se provimento ao recurso especial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, reformando-se o acórdão recorrido para denegar-se a segurança.” (REsp 524267/PB, Terceira Seção, relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 24.03.2014)

Nesse sentido, ainda, os seguintes precedentes: REsp 925.359, Quinta Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.03.2009; ED no REsp 640.322, Sexta Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 12.09.2005; e REsp 534.638, Quinta Turma, rel. Ministro Félix Fischer, julgado em 03.02.2004. As seguintes decisões monocráticas também são na mesma linha: REsp 1151024, rel. Ministro Marco

Aurélio Bellizze, DJe de 18.02.2014; REsp 1088568, rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 02.05.2012; REsp 1295443, rel. Ministro Francisco Falcão, DJe de 12.03.2012; Ag 1143623, rel. Ministra Thereza de Assis Moura, DJe de 24.10.2011; e Ag 1215059, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 04.08.2011.

Acerca da questão, assim estabelece o art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75, que dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço público federal e de atividade privada, para efeito de aposentadoria, e o art. 96, I, da Lei nº 8.213/91:

“Art. 4º – Para os efeitos desta lei, o tempo de serviço ou de atividade, conforme o caso, será computado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

I – não será admitida a contagem de tempo de serviço em dobro ou em outras condições especiais;

(...)”

“Art. 96 – O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

I – não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais;

(...)”

Como referido acima, o STJ consolidou o entendimento de que, se o tempo especial foi prestado no RGPS quando o segurado ainda não era servidor público, porém veio a sê-lo posteriormente, não é possível o cômputo do tempo como especial, em face do óbice existente no art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75 e no art. 96, I, da Lei nº 8.213/91.

Entretanto, não vislumbro como diferenciar a hipótese acima daquela situação em que o tempo especial foi prestado no RGPS pelo servidor público que deixou de ser celetista e teve o emprego público transformado em cargo público por força da Lei 8.112/90. Em ambos os casos, o tempo especial foi prestado no RGPS, e em ambos os casos o tempo ficto será averbado no Regime Próprio dos Servidores.

O mesmo fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para autorizar o cômputo do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum, qual seja, o direito adquirido (*prestado o serviço sob condições nocivas quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado*), é válido para o presente caso. Veja-se a lição de Gabba sobre direito adquirido:

“É adquirido todo direito que: a) seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a seu respeito; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.” (GABBA, Francesco. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3. ed. Roma, 1891. v. I. p. 191 – destaquei)

Como se verifica, quando da prestação da atividade pelo impetrante, a legislação a que estava vinculado autorizava o reconhecimento do tempo como especial e o cômputo do tempo de serviço ficto. Dessa forma, o exercício de atividade especial incorporou-se ao seu patrimônio jurídico e não mais pode ser retirado.

Acerca do direito adquirido, veja-se, também, a lição de Luis Roberto Barroso ao tratar do tema *in Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/2003 – doutrina, pareceres e obras selecionadas* (Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 124-129):

“Como visto, a constituição estabelece que a lei – e, para esse fim, também a emenda constitucional – não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido. Cabe, portanto, qualificar o que seja o efeito retroativo vedado. O tema é envolto em polêmica, mas há um ponto inicial de consenso: se a lei pretender modificar eventos que já ocorreram e se consumaram ou desfazer os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, ela estará em confronto com a Constituição e será inválida nesse particular.

A controvérsia na matéria surge a propósito de uma outra situação: a do tratamento jurídico a ser dado aos efeitos de um ato praticado sob a vigência da lei anterior, que só venham a se produzir após a edição da lei nova. Foi precisamente em torno dessa questão que se dividiu a doutrina, contrapondo dois dos principais autores que se dedicaram ao tema: o italiano Gabba e o francês Paul Roubier. Para Roubier, a lei nova aplicava-se desde logo a esses efeitos, circunstância que denominou de eficácia imediata da lei, e não retroatividade. Gabba, por sua vez, defendia tese oposta: a de que os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que disciplinou sua causa, isto é, a lei velha. Esta foi a linha de entendimento que prevaleceu no direito brasileiro e que tem chancela da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Como já se assinalou, é a posição de Gabba que, de longa data, baliza o tema no direito brasileiro, apontando como características do direito adquirido: 1) ter sido consequência de um fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. O conhecimento corrente é o de que, havendo o fato necessário à aquisição de um direito ocorrido integralmente sob a vigência de uma determinada lei, mesmo que seus efeitos somente se devam produzir em um momento futuro, terão de ser respeitados na hipótese de sobrevir uma lei nova.

O direito adquirido pode ser mais bem compreendido se extremado de duas outras categorias que lhe são vizinhas, a saber: a expectativa de direito e o direito consumado. Com base na sucessão de normas no tempo e na posição jurídica a ser desfrutada pelo in-

divíduo em face da lei nova, é possível ordenar esses conceitos em sequência cronológica: em primeiro lugar, tem-se expectativa de direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado.

A expectativa de direito identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Nesse caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito. É possível cogitar, nessa ordem de ideias, de direito a uma transição razoável.

Na sequência de eventos, *direito adquirido traduz situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova.* Por fim, o direito adquirido consumado descreve a última das situações possíveis – quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo –, que é aquela na qual tanto o fato aquisitivo quanto os efeitos já se produziram normalmente. Nessa hipótese, não é possível cogitar de retroação alguma.

De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo:

- a) expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou;
- b) direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu;
- c) direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.

Um exemplo singelo ilustrará os conceitos. A Emenda Constitucional nº 20/98 instituiu a idade mínima de 60 anos para a aposentadoria dos servidores públicos do sexo masculino. Anteriormente, bastava o tempo de serviço de 35 anos. Ignorando-se as sutilezas do regime de transição, para simplificar o exemplo, confira-se a aplicação dos conceitos. O servidor público de 55 anos que já tivesse se aposentado pelas regras anteriores desfrutava de um direito consumado, isto é, não poderia ser ‘desaposentado’. O servidor público que tivesse 55 anos de idade e 35 de serviço no momento da promulgação da emenda, mas ainda não tivesse se aposentado, tinha direito adquirido a aposentar-se, pois já se haviam implementado as condições de acordo com as regras anteriormente vigentes. Porém, o servidor que tivesse 45 anos de idade e 25 de serviço, e que contava se aposentar daí a 10 anos, tinha mera expectativa de direito, não desfrutando de proteção constitucional plena.” (destaquei)

Com efeito, a título de exemplo, se um segurado do Regime Geral de Previdência Social passou 10 anos prestando atividade sujeita a condições nocivas, que lhe garantem a contagem do tempo como especial pela legislação a que estava vinculado, o tempo que integrou seu patrimônio jurídico não são apenas os 10 anos que passou trabalhando, mas sim 14 anos, ou seja, o tempo comum (10 anos) e o acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum (04

anos). O tempo que se incorpora ao patrimônio jurídico do segurado corresponde a 14 anos, independentemente de, posteriormente, deixar de exercer atividade vinculada ao RGPS.

Ainda no tocante ao segurado vinculado ao RGPS, a jurisprudência do STF é pacífica, desde longa data, no sentido de que o reconhecimento da especialidade da atividade exercida é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador, de modo que, prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida (AgReg no RE nº 463.299-3, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, D.J. de 17.08.2007; AgReg no RE nº 438.316-4, rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, D.J. de 30.03.2007; AgReg no RE 450.035-3, rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, D.J. de 22.09.2006; AgReg no RE 456.480-7, rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, D.J. de 24.02.2006; e RE nº 258.327-8, rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, D.J. de 06.02.2004). Com efeito, em recente julgado, o STF deixou assentado que a contagem, como especial, *de tempo de serviço rege-se pela lei vigente à época da prestação do serviço* (ARE nº 665.307, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 09.05.2014).

Confira-se, a título de exemplo, outro caso em que o Plenário do STF assegurou o direito adquirido: no julgamento do Recurso Extraordinário nº 630.501, submetido ao regime da repercussão geral, o Plenário entendeu, por maioria de votos, em sessão realizada em 21.02.2013, que, em reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, ainda que sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a eleger o benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação, consoante se vê do Informativo nº 695 daquela Corte, assim posto:

“Aposentadoria: preenchimento de requisitos e direito adquirido ao melhor benefício –7

O segurado do regime geral de previdência social tem direito adquirido a benefício calculado de modo mais vantajoso, sob a vigência da mesma lei, consideradas todas as datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos para a jubilação. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, proveu, em parte, recurso

extraordinário para garantir a possibilidade de os segurados verem seus benefícios deferidos ou revisados de modo que correspondam à maior renda mensal inicial (RMI) possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional, com efeitos financeiros a contar do desligamento do emprego ou da data de entrada do requerimento, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas. Prevaleceu o voto da Min. Ellen Gracie – v. Informativo 617. Observou, inicialmente, não se estar, no caso, diante de questão de direito intertemporal, mas da preservação do direito adquirido em face de novas circunstâncias de fato, devendo-se, com base no Enunciado 359 da Súmula do STF, distinguir a aquisição do direito do seu exercício. Asseverou que, cumpridos os requisitos mínimos (tempo de serviço e carência ou tempo de contribuição e idade, conforme o regime jurídico vigente à época), o segurado adquiriria o direito ao benefício. Explicitou, no ponto, que a modificação posterior nas circunstâncias de fato não suprimiria o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular. Dessa forma, o segurado poderia exercer o seu direito assim que preenchidos os requisitos para tanto ou fazê-lo mais adiante, normalmente por optar em prosseguir na ativa, inclusive com vistas a obter aposentadoria integral ou, ainda, para melhorar o fator previdenciário aplicável. RE 630501/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 21.02.2013. (RE-630501)

Aposentadoria: preenchimento de requisitos e direito adquirido ao melhor benefício – 8

Reputou que, uma vez incorporado o direito à aposentação ao patrimônio do segurado, sua permanência na ativa não poderia prejudicá-lo. Esclareceu que, ao não exercer seu direito assim que cumpridos os requisitos mínimos para tanto, o segurado deixaria de perceber o benefício mensal desde já e ainda prosseguiria contribuindo para o sistema. Não faria sentido que, ao requerer o mesmo benefício posteriormente (aposentadoria), o valor da sua RMI fosse inferior àquele que já poderia ter obtido. Aduziu que admitir que circunstâncias posteriores pudessem ensejar renda mensal inferior à garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos seria permitir que o direito adquirido não pudesse ser exercido tal como adquirido. Vencidos os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que consideravam o requerimento de aposentadoria ato jurídico perfeito, por não se tratar, na hipótese, de inovação legislativa. RE 630501/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 21.02.2013. (RE-630501)”

O acórdão do aludido Recurso Extraordinário, publicado em 26.08.2013, restou assim ementado:

“APOSENTADORIA – PROVENTOS – CÁLCULO. Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.”

A propósito, transcrevo excerto do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, na Repercussão Geral no RE 630.501, acima referida:

“A garantia constitucional do direito adquirido está estampada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.’

O instituto do direito adquirido insere-se, normalmente, nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova. Assegura-se, com isso, a ultratividade da lei revogada em determinados casos, de modo que o direito surgido sob sua vigência continue a ser reconhecido e assegurado.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição anterior – cujo art. 153, § 3º, trazia a mesma fórmula –, já destacava que a lei nova não pode prejudicar os direitos emanados de fatos pretéritos, considerados adquiridos, ‘isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se’ (*Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1, de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo V. p. 67).

Celso Ribeiro Bastos dá destaque a outra perspectiva, esclarecendo que, ao se assegurar o direito adquirido, o que se protege ‘não é o passado, mas sim o futuro’. Continua: ‘o direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extraírem-se efeitos de um ato contrários aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada. [...] o direito adquirido envolve muito mais uma questão de permanência da lei no tempo, projetando-se, dessarte, para além da sua cessação de vigência, do que um problema de retroatividade’ (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 192).

Em matéria previdenciária, já está consolidado o entendimento de que é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior revogue o dito benefício, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis.

É que, nessas situações, coloca-se a questão da supressão, de um direito já incorporado ao patrimônio do segurado e constitucionalmente protegido contra lei posterior, que, no dizer do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, não pode prejudicá-lo.”

Também as modificações instituídas pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, e pela Lei nº 9.876, de 1999, na concessão e na forma de cálculo da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, foram tema de repercussão geral pelo STF, que entendeu que ou o segurado se aposenta com base no direito adquirido, computando o tempo e os salários de contribuição vertidos até 16.12.1998 ou até 28.11.1999, véspera da data em que passou a vigor a Lei nº 9.876/99, cujo salário de benefício será apurado nos termos da legislação vigente à época; ou soma o tempo posterior à Lei nº 9.876/99 e se sujeita às regras de concessão do benefício e de apuração do salário de benefício vigentes nessa ocasião, com incidência do fator previdenciário, conforme

decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 575089, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, cujo mérito foi julgado em 10.09.2008 pelo Tribunal Pleno, como segue:

“INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO. I – Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. II – Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III – A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários. IV – Recurso extraordinário improvido.”

O STJ também vem decidindo no sentido de que o direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado (REsp 1387670, Segunda Turma, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 28.05.2014); como se verifica nos seguintes precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1425750, Segunda Turma, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 02.05.2014; AR nº 3320/PR, Terceira Seção, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 24.09.2008; EREsp nº 345554/PB, Terceira Seção, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.03.2004; AGREsp nº 493.458/RS, Quinta Turma, rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 23.06.2003; e REsp nº 491.338/RS, Sexta Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 23.06.2003, dentre outros.

Outro exemplo: a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1110565, pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008), definiu que os dependentes têm direito ao benefício previdenciário de pensão por morte se o segurado, no instante do seu falecimento, já preenchia os requisitos necessários para obter qualquer das aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, o segurado falecido tinha direito adquirido ao benefício previdenciário por ocasião do óbito, gerando assim direito à pensão aos seus dependentes. Em face disso, o STJ editou a Súmula 416, que dispõe: “É devida a pensão por morte aos dependentes do



segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que tanto o art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75 quanto o inc. I do art. 96 da Lei nº 8.213/91, se interpretados no sentido de que constituem óbice à contagem ponderada do tempo especial prestado sob a égide de legislação em que esta era prevista, acabam por ferir a garantia constitucional do direito adquirido e o princípio da isonomia.

No tocante ao princípio da isonomia ou igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, veja-se a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello *in O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 25-39:

*“20. É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.*

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inútil para distingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do país – só por isto – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área especial em que estejam sediados.

Poderão, isto sim – o que é coisa bastante diversa –, existir nestes vários locais situações ou circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso, não será a demarcação especial, mas o que nelas exista, a razão eventualmente substancial para justificar discriminação entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.

21. O asserto ora feito – que pode parecer, senão óbvio, quando menos, despiciendo – tem sua razão de ser. Ocorre que o fator ‘tempo’, assaz de vezes, é tomado como critério de discriminação sem fomento jurídico satisfatório, por desprezar a limitação ora indicada.

Essa consideração postrema é indispensável para aplinar de lés a lés possíveis dúvidas.

O fator ‘tempo’ não é jamais um critério diferencial, ainda que em primeiro plano aparente possuir esse caráter.

22. Quando a lei validamente colhe os indivíduos e as situações a partir de tal data ou refere os que hajam exercido tal ou qual atividade ao largo de um certo lapso temporal, não está, em rigor de verdade, erigindo o ‘tempo’, *per se*, como critério qualificador, como elemento diferencial.

Sucedendo, isto sim, que o tempo é um condicionante lógico dos seres humanos. A dizer, as

coisas decorrem em uma sucessão que demarcamos por força de uma referência cronológica irrefragável. Por isso, quando a lei faz referência ao tempo, aparentemente tomando-o como elemento para discriminar situações ou indivíduos abrangidos pelo período demarcado, o que na verdade está prestigiando como fator de desequiparação é a própria sucessão de fatos ou de ‘estados’ transcorridos ou a transcorrer.

(...)

24. Igualmente, quando a lei diz: a partir de tal data, tais situações passam a ser regidas pela norma superveniente, não está, com isso, elevando o tempo à conta de razão de discrimen, porém, tomando os fatos subjacentes e dividindo-os em fatos já existentes e fatos não existentes. Os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e virão a existir receberão outro tratamento. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o Direito empresta força de fator distintivo entre as situações para lhes atribuir disciplinas diversas. E, mesmo nessa hipótese, não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, os fatos já existentes foram e continuam sendo, todos eles, tratados do mesmo modo, salvo se, por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados.

(...)

25. Em conclusão: tempo, por si só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já os fatos ou situações que nele transcorreram e por ele se demarcam, estes sim é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento em função disso se adota.

*Sintetizando: aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, sob pena de hostilizar o princípio isonômico.*

(...)

*Isso posto, procede concluir: a lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isso pelear à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado.*

(...)

*Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.” (destaquei)*

No caso dos autos, o impetrante trabalhou, sob condições especiais (prejudiciais à sua saúde), no período de 15.10.1987 a 30.05.1995, na Embratel, à época sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, sujeito ao RGPS.

Tem direito à contagem diferenciada do seu tempo de serviço, mediante a conversão de tempo especial em comum, com base no art.

57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, o que, aliás, já lhe foi garantido por decisão judicial transitada em julgado. Tal contagem diferenciada de tempo de serviço incorporou-se ao seu patrimônio jurídico desde então, à medida que ia exercendo seu trabalho sob condições especiais. Na verdade, segundo as regras então vigentes, ele tem direito não apenas ao cômputo do tempo de serviço equivalente a 07 anos, 07 meses e 16 dias, mas também ao tempo acrescido em virtude do exercício do trabalho sob condições adversas à sua saúde (03 anos e 18 dias), totalizando 10 anos, 08 meses e 04 dias.

É esse o tempo que ele leva para o futuro. Nenhuma norma, sob qualquer fundamento, pode subtrair de seu patrimônio jurídico o referido tempo de serviço, sob pena de afronta direta ao direito adquirido.

Outro fundamento que impede qualquer norma de subtrair o tempo de serviço especial (em razão de exercido em condições nocivas à sua saúde) é o princípio da igualdade. Isso porque a situação do impetrante é idêntica à dos servidores públicos que exerceram atividade especial quando celetistas. Ambos estavam submetidos ao mesmo regime previdenciário. Ambos têm direito adquirido ao cômputo diferenciado do tempo de serviço, o qual já integrou o seu patrimônio jurídico. Conceder-lhes tratamento díspar fere o princípio da igualdade e o direito adquirido.

Poder-se-ia argumentar que a diferença entre as duas situações é a de que, na primeira, houve a transformação do emprego público em cargo público para os servidores públicos, enquanto, na segunda hipótese – caso dos autos –, o segurado optou pelo ingresso no Regime Próprio de Previdência ao se tornar servidor público em face de concurso, submetendo-se assim às regras existentes nesse regime. Ocorre que essa “transformação” (do emprego em cargo público) não seria um *discrímen* razoável para diferenciar as duas hipóteses, justamente porque no Regime Próprio de Previdência Social não é possível a contagem diferenciada do tempo de serviço.

A incorporação do tempo especial ao patrimônio jurídico do segurado ocorre independentemente de a vinculação ao RGPS dar-se na condição de servidor público celetista ou na condição de segurado obrigatório do RGPS. Em ambos os casos, o trabalhador exerceu suas atividades no Regime Geral da Previdência Social, e em ambos os casos tem direito

adquirido à contagem diferenciada do tempo de serviço.

Como diferenciar a situação do impetrante daquela em que o segurado trabalhou em condições especiais em um emprego público, depois transformado em cargo público, como, por exemplo, os casos de professores de universidades federais ou médicos e enfermeiros vinculados a hospitais públicos, casos em que o STF, como já visto, assegura o direito à averbação do tempo convertido?

No caso do impetrante, à época em que trabalhou sob condições especiais, estava sujeito ao RGPS; no caso dos empregados públicos citados, o regime previdenciário era absolutamente o mesmo (RGPS). O impetrante, hoje, está vinculado ao Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais (RPPS); os demais, também. Se a estes é assegurada a contagem diferenciada de tempo de serviço exercido sob condições especiais, ao primeiro (impetrante) não se pode deixar de considerar também. Não se pode dar tratamento diferenciado a situações essencialmente iguais.

Podem ser incluídas nessa análise, além das duas acima mencionadas, outras hipóteses: a terceira, em que um segurado também trabalhou na Embratel (como o impetrante), em condições nocivas (como o impetrante), na mesma época em que o impetrante, e depois passou a exercer outras atividades no setor privado, não prejudiciais à sua saúde; e a quarta, em que o segurado, enfermeiro de hospital público que desempenhou, como empregado público, atividades sujeitas a condições especiais, na mesma época, sob o RGPS, e depois também passou a desenvolver atividades na esfera privada, sem agentes agressivos à sua saúde. Também nesses casos o segurado teria, hoje, garantido o direito à conversão de seu tempo de serviço, então exercido sob condições especiais. Por que unicamente a hipótese do impetrante não estaria contemplada com a garantia desse direito?

Veja-se que não se está discutindo, aqui, direito adquirido a regime jurídico, o que se sabe inexistente. Gilmar Mendes (*in Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 511-515), analisando entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, referiu que se assentou, desde longa data, naquela Corte, que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico. Afirmou, ainda, que:

“Em acórdão mais recente, proferido no RE 94.020, de 04.11.1981, deixou assente a excelsa Corte, pela voz do Ministro Moreira Alves:

‘(...) em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, seja de marca), essa modificação se aplica de imediato.’

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em tempos mais recentes.

Em decisão proferida no RE 226.855, o Supremo Tribunal Federal afirmou a natureza institucional do FGTS, como se lê na ementa do acórdão, igualmente da relatoria do Ministro Moreira Alves:

‘Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

– O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da lei e por ela ser disciplinado.

– Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

(...)

– No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido (...).

(...)

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

Questão relevante foi trazida à apreciação da Corte na ADI 3.105, na qual se discutiu a incidência da Emenda Constitucional nº 41/2003, art. 4º, *caput*, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações. A requerente – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público/Conamp – alegava que a tributação dos inativos violava o art. 5º, XXXVI, da Constituição, uma vez que ‘os servidores públicos aposentados e os que reuniam condições de se aposentar até 19 de dezembro de 2003 têm assegurado o direito subjetivo, já incorporado aos seus patrimônios jurídicos, de não pagarem contribuição previdenciária, forçosa a conclusão de que o art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, não poderia, como fez, impor a eles a obrigação de pagar dito tributo, de modo a prejudicar aquele direito adquirido e impor aos seus titulares situação jurídica mais gravosa’.

O Tribunal, contudo, entendeu constitucional a incidência da contribuição social em acórdão assim ementado:

‘1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência

patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II, e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad eternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdenciária. Em outras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de emenda constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

(...)

Também aqui considerou-se a não configuração de direito adquirido a um dado estatuto jurídico. A não incidência inicial da contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à tributação, e o fato de não se ter estabelecido a tributação até então não legitima, do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse *status*.

Assinale-se que o tema pode ser objeto, porém, de discussão sob uma perspectiva estrita de segurança jurídica.

É a *não existência de um direito adquirido a um estatuto jurídico* que explica que a lei nova, que altere o regime das relações pessoais dos cônjuges ou a administração dos bens do casal, se aplique de imediato às situações constituídas anteriormente.

É também o *perfil institucional* que vai determinar a aplicação da lei nova no caso de alteração das regras sobre impedimentos matrimoniais, se ainda não se verificou o casamento, ou de alteração das causas de indignidade sucessória, dos fundamentos da deserção, das regras sobre vocação sucessória, antes da abertura da sucessão.

É verdade, todavia, que a validade formal de um testamento, dos pactos sucessórios e da capacidade para sua elaboração será aferida em face da lei do tempo de sua celebração. Da mesma forma, a validade formal dos contratos, em geral, há de ser aferida com base na

lei vigente ao tempo em que foram elaborados.

No que concerne ao direito dos servidores públicos, é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não se pode invocar direito adquirido para reivindicar a continuidade de um modelo jurídico referente ao sistema de remuneração, férias, licenças ou enquadramento ou outro qualquer benefício, exatamente por não se poder invocar direito adquirido a um dado estatuto jurídico.” (Os destaques são do original)

Os seguintes julgados do STF refletem o entendimento acima (quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico): AgR no MS 28433, Segunda Turma, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 14.08.2014; AgR no AI 803861, Primeira Turma, rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 25.11.2013; AgR no ARE 744672, Primeira Turma, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 28.10.2013; AgR no AI 632930, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 19.02.2013; AgR no AI 654807, Segunda Turma, rel. Ministra Ellen Gracie, DJe de 06.08.2009; e ADI 3104, Tribunal Pleno, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 08.11.2007. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DEFERIDO ANTES DA LEI 9.876/99. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. CONJUGAÇÃO DE VANTAGENS DO NOVO SISTEMA COM O ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – Em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no tempo de concessão do benefício (*tempus regit actum*). II – Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III – Agravo regimental improvido.” (AgR no AI 816921, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 03.03.2011)

Feitas tais considerações, verifica-se que a discussão posta nos presentes autos *não* se refere a direito adquirido a um determinado regime jurídico, mas sim a direito adquirido ao cômputo do tempo especial prestado quando o impetrante estava vinculado a regime que o admitia. E, se o fundamento para o STF deferir a averbação, no RPPS, do tempo especial dos servidores públicos ex-celetistas é o de que esse direito se incorporou ao patrimônio jurídico do segurado antes da vigência da Lei 8.112/90, não pode haver distinção entre o segurado que já era “empregado público” e aquele que não era, pois, em ambos os casos, no momento da prestação da atividade, eram segurados do RGPS. Entender-se que o primeiro possui direito à contagem diferenciada do tempo de serviço, e o segundo, não, consubstancia afronta direta

ao princípio da igualdade e ao direito adquirido constitucionalmente assegurados.

Finalmente, o § 10 do art. 40 da Constituição Federal de 1988 não pode ser empecilho para a averbação do acréscimo decorrente da conversão do tempo especial em comum. Se assim fosse, a mesma disposição constitucional teria obrigatoriamente de funcionar como óbice também para a averbação do tempo ficto do servidor público ex-celetista, haja vista que este, também, terá averbado acréscimo decorrente de conversão de tempo especial em comum para futura concessão de benefício pelo RPPS.

Em conclusão, o art. 4º, inc. I, da Lei 6.226/75 e o art. 96, inc. I, da Lei nº 8.213/91 não podem constituir óbice à contagem ponderada do tempo especial prestado sob a égide de legislação em que esta era prevista, sob pena de tratar de forma diferente situações jurídicas idênticas, incorrendo assim em violação aos princípios constitucionais da igualdade e do direito adquirido.

É importante salientar que este Tribunal, por suas duas Turmas que apreciam matéria afeta ao servidor público (Terceira e Quarta Turmas), vem julgando no sentido de admitir o cômputo do tempo de serviço especial prestado no RGPS para a concessão de aposentadoria no RPPS, não obstante o segurado, à época, não fosse servidor público: AC nº 0000930-85.2009.404.7200, Quarta Turma, rel. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, DE de 16.12.2013; MS nº 0025636-67.2010.404.0000, Quarta Turma, rel. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, DE de 13.03.2012; AC nº 2004.71.07.006545-5/RS, Terceira Turma, rel. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler, DE de 14.04.2011; AC nº 5003853-35.2010.404.7112, Terceira Turma, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, julgado em 21.08.2013; AC nº 0007694-08.2009.404.7000, Terceira Turma, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, DE de 05.04.2011; AC nº 2003.71.00.053964-2, Terceira Turma, rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, DE de 01.06.2011; AC nº 5005811-09.2012.404.7105, Terceira Turma, rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 26.03.2014; e Agravo em AC nº 0020008-11.2008.404.7100, Terceira Turma, rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE de 17.08.2010.



Considerando, no entanto, a posição consolidada do STJ em sentido contrário, como acima visto, outra solução não há senão arguir a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 96, inc. I, da LBPS e do art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.226/75.

O parecer do Ministério Público Federal, da lavra da douta Procuradora Regional da República Andrea Falcão de Moraes, também foi nesse mesmo sentido:

“Efetivamente, se o servidor público exerceu, no passado, atividade laborativa penosa ou insalubre, por isso mesmo sujeita a contagem favorecida sob o Regime Geral de Previdência Social, é mister que lhe seja assegurado transpor tal tempo de serviço especial, convertido em comum, para o Regime Próprio de Previdência Social, no qual veio a ingressar em momento posterior, sob pena de se tornar letra morta, em casos tais, a especial proteção que a ordem jurídica pretendeu conferir ao trabalhador que laborou sujeito a agentes nocivos.

Como bem destacou o insigne Des. Federal Aurvalle nos debates orais ocorridos em sessão, além de ‘o ex-trabalhador e atual servidor incorporar ao seu patrimônio jurídico esse direito adquirido, eu acho que ele incorpora também ao seu patrimônio físico, porque não será o fato de ser aprovado em um concurso que o agravo que foi feito em sua saúde durante a prestação de serviço particular irá ser restaurada’ (fl. 84 e v.).

Com efeito, assim como o ingresso do trabalhador em um novo regime jurídico não retira a nocividade das atividades laborais exercidas sob o regime anterior, do mesmo modo, a mudança de sistema previdenciário não pode fulminar o direito do trabalhador à contagem diferenciada do serviço prestado sob condições prejudiciais, direito esse que se incorporou em definitivo ao seu patrimônio jurídico, *pro labore facto*, nas palavras do voto do douto Des. Federal Lugon, em conformidade com a legislação a que estava vinculado no momento da prestação do trabalho.

Em suma, o tempo de serviço que o segurado carrega consigo para o novo regime previdenciário é o tempo de serviço nos termos em que foi reconhecido pela legislação sob a qual o trabalho foi prestado. Se essa legislação contemplou a conversão do tempo especial em comum, a contagem assim feita é direito adquirido do trabalhador, que se mantém sob o novo regime previdenciário.”

Em relação ao art. 4º, inc. I, da Lei 6.226/75, no entanto, dado que consubstancia norma pré-constitucional incompatível com a Constituição superveniente, impõe-se um juízo negativo de recepção, na linha da jurisprudência consolidada do egrégio STF (*Ag. Reg. na ADI 4.222/DF*, rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 02.09.2014; *Ag. Reg. no RE 766.616/RS*, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 12.12.2014; *Ag. Reg. no RE 353.508-1/RJ*, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.06.2007; *HC 113.857/AM*, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 30.10.2014; *Ag. Reg. no RE 278.710/RS*, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 28.05.2010; *Ag. Reg.*

na Reclamação 17.206/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 15.08.2014).

Ante o exposto, com base nos fundamentos acima delineados, voto por declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do inciso I do artigo 96 da Lei nº 8.213/91, no tocante à sua aplicação às hipóteses de contagem diferenciada (ponderada), no Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Federais, do acréscimo decorrente da conversão, em comum, de tempo de serviço em atividades exercidas sob condições especiais, em período em que vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), por afronta aos princípios da igualdade e do direito adquirido, insculpidos no art. 5º, *caput* e inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988, bem como, nas mesmas hipóteses acima mencionadas, a não recepção, pela Constituição atual, do art. 4º, inc. I, da Lei 6.226/75.

## **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**Nº 5009562-71.2015.4.04.0000/TRF**

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique

*Suscitante:* 1ª Turma do TRF da 4ª Região

*Interessado:* Estado do Paraná

*MPF:* Ministério Público Federal

*Interessada:* Uni Combustíveis Ltda.

*Advogados:* Dra. Betina Treiger Grupenmacher

Dr. Flávio Zanetti de Oliveira

*Interessada:* União – Fazenda Nacional

### **EMENTA**

*Tributário. Constitucional. Parcela de Preço Específica. Ofensa ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade do artigo 69 da Lei 9.478/97.*

1. A Parcela de Preço Específica, instituída pela Portaria nº 3/98 dos Ministros da Fazenda e de Minas e Energia, caracteriza-se como contribuição especial, de intervenção no domínio econômico, instrumento de atuação da União na área dos derivados de petróleo, tal como prevê o art. 149 da Constituição.

2. O artigo 69 da Lei 9.478/97 é inconstitucional, porquanto delegou poderes legislativos ao Poder Executivo: a instituição e os contornos do tributo.

### **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, declarar a inconstitucionalidade do artigo 69 da Lei 9.478/97, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de outubro de 2015.

Des. Federal *Jorge Antonio Maurique*, Relator.

### **RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique:* Trata-se de ação

ordinária ajuizada por Uni Combustíveis Ltda., visando à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da Parcela de Preço Específica – PPE, regulada pelas Portarias Interministeriais MME/MF 03/98, 04/98 e 05/98, no período de agosto de 1998 a 31 de dezembro de 2001, e o reconhecimento do direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos a esse título e dos valores indevidamente recolhidos em razão da incidência da contribuição para o PIS, da Cofins e do ICMS sobre a PPE.

O processo foi extinto sem resolução do mérito, em face da ilegitimidade ativa da autora para pleitear a restituição da PPE.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade ativa da autora para ajuizar a demanda.

Os autos retornaram à origem e sobreveio sentença com o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto:

a) declaro a ilegitimidade ativa da autora para pleitear a restituição dos créditos de ICMS indevidamente majorados pela eventual inclusão da PPE em sua base de cálculo, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC;

b) julgo improcedente o pedido de restituição dos créditos de PIS e de Cofins indevidamente majorados pela eventual inclusão da PPE em sua base de cálculo, nos termos do artigo 269, I, do CPC;

c) julgo procedente o pedido de restituição da PPE que incidiu sobre as mercadorias adquiridas pela autora junto às refinarias, a qual corresponde à diferença entre o preço de faturamento de cada produto e a soma do respectivo preço de realização, no período em que vigeu, corrigidas pela Selic, nos termos da fundamentação.

Condeno a autora ao pagamento de honorários ao Estado do Paraná, os quais arbitro em R\$ 5.000,00.

Condeno a União ao pagamento de honorários à autora, os quais arbitro em 10% do valor da condenação, já consideradas as disposições do artigo 21 do CPC, por ter sucumbido em parte maior do pedido.

Sentença sujeita a reexame necessário.”

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos para:

“a) suprir a obscuridade/contradição existente em relação aos efeitos do tabelamento de preços de venda de combustíveis ao consumidor final sobre a interpretação do artigo 166 do Código Tributário Nacional, nos termos da fundamentação;

b) reconhecer que a autora também tem direito à restituição do PIS e da Cofins que incidiram sobre a Parcela de Preço Específica – PPE que compôs o preço dos produtos adquiridos das refinarias de petróleo e foram retidos por estas, nas notas fiscais de fls. 160, 163, 170 e 171, corrigidos pela Selic, via requisição de pagamento ou compensação, nos

termos da fundamentação.”

Apelou a União, requerendo a improcedência dos pedidos.

Também apelou a parte-autora, postulando o reconhecimento do direito à devolução do ICMS indevidamente recolhido, mediante a restituição em espécie ou o lançamento do valor pago a maior como crédito em sua conta gráfica, conforme critérios indicados na inicial, e o direito à devolução da totalidade da contribuição para o PIS e da Cofins indevidamente exigidas.

Na sessão de julgamento do dia 17.12.2014, a 1ª Turma deste Tribunal, com a minha relatoria, suscitou perante este Órgão Especial incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 69 da Lei nº 9.478/97.

O Ministério Público Federal opinou no sentido de ser reconhecida a “inconstitucionalidade das portarias interministeriais que criaram a Parcela de Preço Específica, em especial das Portarias Interministeriais MME/MF 3, 4 e 5/98”.

É o relatório.

### *VOTO*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique:*

#### *1. Histórico da incidência dos tributos sobre os combustíveis até a criação da Parcela de Preço Específica – PPE*

O Decreto-Lei nº 395/38 estabeleceu como de utilidade pública as atividades relacionadas ao abastecimento nacional de petróleo e seus derivados. À União cabia autorizar, regular e controlar todas as etapas da cadeia produtiva do setor e a infraestrutura de movimentação e armazenamento.

Três impostos incidiam sobre os combustíveis em 1940: o Imposto de Importação, denominado selo, o Imposto sobre Vendas e Consignações – IVC e o Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes – IUCL.

Com a criação do Fundo Geral de Frete, para assegurar um preço único ao longo da costa brasileira, este último imposto passou a incidir sobre o valor agregado. A Lei nº 4.452/64 alterou a base de cálculo do Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes – IUCL, e suas alíquotas relativas aos combustíveis produzidos no país passaram a

incidir sobre valores tabelados.

Foram acrescentadas parcelas adicionais aos valores tabelados, denominadas alíneas, e o montante assim obtido constituía o preço de faturamento.

O Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes – IUCL sofreu mais duas alterações: com a edição do Decreto-Lei nº 61/66, sua base de cálculo passou a ser o custo do petróleo bruto; e, com o Decreto-Lei nº 1.785/80, passou a ter como base uma alíquota específica.

A Emenda nº 18/65 alterou a Constituição Federal de 1964, substituindo o IVC pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICM.

Em 1970, sobrevieram a Contribuição para os Programas de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep, por meio das Leis Complementares nºs 7 e 8, e, em 1982, o Fundo de Investimento Social – Finsocial.

Em 1984, as denominadas alíneas foram extintas e substituídas pelo Frete de Uniformização de Preço – FUP e pelo Frete de Uniformização de Preço do Álcool – Fupa, parcelas cujo objetivo principal era gerar receita para dar continuidade à política de equalização dos preços dos derivados em todo o território nacional. E foram inseridas a conta petróleo e a conta álcool na estrutura de preços dos derivados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o IUCL foi extinto e foi criado o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, em substituição ao ICM, que passou a incidir sobre os combustíveis e os lubrificantes e sobre as importações. Foi instituído, ainda, o Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis – IVVC.

A Emenda Constitucional nº 3/93 estabeleceu que, à exceção do ICMS, dos impostos de importação e exportação e das contribuições sociais, nenhum outro tributo poderia, a partir de janeiro de 1996, incidir sobre operações relativas a petróleo e derivados. Em 31 de dezembro de 1995, o IVVC restou extinto.

## *2. Instituição da Parcela de Preço Específica – PPE em substituição ao Frete de Uniformização de Preço – FUP*

O Frete de Uniformização de Preço – FUP era uma exação fiscal

que, criada para uniformizar preços, teve sua arrecadação utilizada para cobrir os subsídios cruzados entre derivados do petróleo, subsídios do álcool e subsídios ao transporte em regiões muito remotas.

Pois bem, a Emenda Constitucional nº 9/95 estabeleceu que o monopólio da União na pesquisa, na lavra, no transporte e no refino não seria mais exercido, com exclusividade, pela Petrobras.

A partir de então, era preciso implementar a liberação total dos preços e eliminar os subsídios cruzados presentes na estrutura de formação do preço dos derivados. A Lei nº 9.478/97 definiu as etapas necessárias à abertura do setor. No art. 69, estabeleceu um período de transição:

“Art. 69. Durante um período de transição de, no máximo, trinta e seis meses, contados a partir da publicação desta lei, os reajustes e revisões dos preços dos derivados básicos de petróleo e do gás natural, praticados pelas refinarias e pelas unidades de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.”

A Lei nº 9.990/2000 deu nova redação ao art. 69 da Lei nº 9.478/97, nos seguintes termos:

“Art. 69. Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.”

Assim, o processo de desregulamentação dos controles governamentais iniciou-se com a fixação de um período de transição, que deveria durar até 31.12.2001, quando os preços dos combustíveis passariam a ser livres em toda a cadeia e isso significaria o fim dos subsídios. Ao dispor que, durante o período de transição, os reajustes e as revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e do gás natural praticados pelas unidades produtoras ou de processamento dos derivados deveriam ser efetuados *segundo parâmetros estabelecidos pelos Ministros da Fazenda e de Minas e Energia*, o art. 69 da Lei nº 9.478/97 autorizou que esses ministros mantivessem a política de preços para o setor do petróleo nos moldes em que estava estabelecida até aquele momento, em toda sua abrangência, inclusive com a manutenção de mecanismo de acréscimo ao preço dos combustíveis nas refinarias, tal como o Frete de Uniformização de Preços – FUP, durante o período de transição. Corroborar esse entendimento o disposto

no art. 73 da Lei nº 9.478/97. Há uma clara vinculação entre os arts. 69 e 73 e a manutenção de subsídios custeados até então pelo Frete de Uniformização de Preço – FUP.

Esse mecanismo foi criado em 1998 pela Portaria nº 3 dos Ministros da Fazenda e de Minas e Energia, no art. 4º, com a Parcela de Preço Específica – PPE. Com esta, ficou tabelado o preço das refinarias e liberado o preço nas distribuidoras e nos postos varejistas. Citado art. 4º tem a seguinte redação:

“Art. 4º A diferença entre o preço de faturamento de cada produto de que trata o artigo 1º e a soma do respectivo preço de realização a que se refere o artigo 2º com as contribuições PIS/Pasep e Cofins constitui-se em parcela de preço específica destinada a assegurar o ressarcimento de despesas objeto do artigo 13 da Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, com as alterações, a qual terá seu valor calculado, mensalmente, de acordo com a seguinte fórmula: (...)”

Segundo destacam os analistas da matéria, a criação da PPE funcionava como uma conta petróleo entre a Petrobras e o Tesouro Nacional e servia também para amortecer os impactos das flutuações internacionais dos preços do petróleo e do câmbio sobre a Petrobras. As importações de óleo diesel eram atingidas pela PPE como forma de assegurar a competitividade dos combustíveis produzidos no mercado nacional, que não podiam concorrer com as importações daquele combustível.

De acordo com o art. 3º do CTN, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda, ou cujo valor nela possa se exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Pois bem, a Parcela de Preço Específica era prestação pecuniária compulsória, paga na aquisição dos derivados na refinaria, decorrente do art. 69 da Lei nº 9.478/97, em que pese sua instituição por portaria. O valor relativo à Parcela de Preço Específica era destinado ao Poder Executivo, e o preço de realização, correspondente à contraprestação, era destinado à refinaria.

Não tem característica de preço público, porquanto ausente o elemento contratualidade. Não se trata de imposto, pois seu fato gerador – venda dos derivados de petróleo pela refinaria – não era uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa



ao contribuinte, como estabelece o art. 16 do CTN. Sua finalidade era específica. Não se trata de taxa, visto que não remunerava serviço público específico e indivisível ou o exercício de poder de polícia. São desnecessárias considerações sobre não se configurar como contribuição de melhoria ou empréstimo compulsório.

Trata-se, portanto, de contribuição especial, de intervenção no domínio econômico, dado seu caráter de parafiscalidade: intervenção no mercado de derivados de petróleo para propiciar subsídios, conter variações incessantes de preços ao consumidor e possibilitar o transporte dos produtos a áreas remotas do país.

Caracteriza-se como instrumento de atuação da União na área dos derivados de petróleo, tal como prevê o art. 149 da Constituição.

Dito isso, parece-me evidente a inconstitucionalidade do art. 69 da Lei nº 9.478/97, na parte em que delega aos Ministros da Fazenda e de Minas e Energia a manutenção ou, melhor dizendo, a recriação de uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

O Poder Legislativo, ao fazer a lei, pode prescrever suas próprias instruções no tocante aos agentes públicos que vão executá-la. No entanto, todo sistema de tributação se compõe de duas partes: os elementos que contribuem para a imposição do tributo e as medidas a serem tomadas para o seu lançamento e a sua cobrança. A primeira é uma função legislativa que não pode ser delegada. A última é mera execução delegável aos agentes do Poder Executivo.

No caso da Parcela de Preço Específica, não houve apenas delegação de um poder administrativo para o Poder Executivo ou delegação de uma função administrativa por natureza. Houve delegação de poderes legislativos distintos dos poderes administrativos: a instituição e os contornos do próprio tributo.

Para compreender o que levou o Congresso Nacional a delegar a função legiferante, é preciso considerar o contexto histórico, social e político subjacente ao *thema decidendum*.

O ato de liberar ou não os preços dos combustíveis, no instante do advento da Lei nº 9.478/97, estava inserido fortemente no poder do Estado de atuar na ordem econômica, apesar de esta, segundo ditames constitucionais, ser fundada na livre-iniciativa e na livre concorrência. E a legislação em vigor naquele momento era no sentido de que

competiam ao Ministro da Fazenda os assuntos referentes aos preços em geral: nesse sentido, o art. 3º, III, da Lei nº 8.178/95. Entendeu o legislador que a necessidade de implantar medidas tendentes ao processo de desregulamentação do setor não lhe retirava o direito de prorrogar a adoção dessas medidas, não restando afastada, por consequência, a competência daquela autoridade fazendária.

Naquele momento, não imaginava estar se despojando de exercer função que constitucionalmente lhe pertence para que outro poder a exercesse. Imaginava apenas estar incumbindo os órgãos do Poder Executivo de adotar medidas amplas relacionadas com fatos e apurações de natureza técnica. Na seara dos preços dos combustíveis, o legislador sempre estabeleceu certa porção de autonomia ao Poder Executivo, indispensável à execução das leis, mesmo porque não se podia pretender que a regulação completa dos preços tivesse que constar da lei ou aguardar intervenção legislativa sempre que necessária sua modificação. Isso seria impraticável.

O legislador não poderia prefixar regras e estabelecer detalhes, insensível às características do mercado dos derivados do petróleo e a outros fatores que intervinham nos preços. Isso não seria possível, sem comprometer a eficácia das medidas de regulação do setor e tornar precário e inútil o controle que se pretendia exercer. Não havia como o Congresso legislar de tal modo sobre o controle dos preços, pois estaria agindo desavisada e imprudentemente em seara estranha. O Executivo sempre esteve mais capacitado a acompanhar *pari passu* as modificações no setor. Uma regulação de tal modo rígida impediria que se realizasse eficientemente a função de administrar.

E não se atentava para a circunstância de que o Frete de Uniformização de Preços, criado com o objetivo de gerar receita para dar continuidade à política de equalização dos preços dos derivados em todo o território nacional, tinha natureza tributária. Assim, poderia ser substituído por outro instrumento de intervenção, por meio de normas infralegais do Poder Executivo, sem ofensa ao princípio da legalidade.

Na realidade, foi com o advento da Lei nº 10.336/2001 que veio à tona a discussão em torno da natureza tributária do Frete de Uniformização de Preços e da Parcela de Preço Específica, na medida em que ficou evidenciado que a Cide foi instituída como sua substituta, com as

mesmas características e funções.

Essa, a meu ver, é a razão pela qual o art. 69 da Lei nº 9.478/97 delega aos Ministros da Fazenda e de Minas e Energia a recriação de uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

Pouco importam os motivos, a inconstitucionalidade do dispositivo, como já referido, é evidente. Assim, é incabível a cobrança da contribuição com base em portarias.

O julgador de primeira instância chegou à mesma conclusão, com consistentes fundamentos, que acrescento aos fundamentos deste voto:

“e.1) *Constitucionalidade da PPE*

Primeiramente, faz-se necessário contextualizar os atos normativos questionados.

A Constituição de 1988, por meio de seu artigo 177, estabeleceu monopólio em favor da União para a exploração, a lavra, o refino, a importação, a exportação e o transporte de petróleo e seus derivados.

Na década de 1990, esse modelo passou por profundas modificações, com a desregulamentação da atividade e a introdução de uma economia de mercado no setor. A EC 09/95 deu nova redação ao artigo 177 da Constituição, que passou a ter a seguinte redação:

‘Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e a exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições previstas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura de atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.’

Regulamentando os novos dispositivos constitucionais, em 06 de agosto de 1997 veio a lume, então, a Lei 9.478, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo.

No que interessa ao julgamento da causa, seus artigos 69 e 73 estabeleceram:

‘Art. 69. Durante o período de transição que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de

dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.’

‘Art. 73. Até que se esgote o período de transição estabelecido no art. 69, os preços dos derivados básicos praticados pela Petrobras poderão considerar os encargos resultantes de subsídios incidentes sobre as atividades por ela desenvolvidas.

Parágrafo único. À exceção das condições e do prazo estabelecidos no artigo anterior, qualquer subsídio incidente sobre os preços dos derivados básicos, transcorrido o período previsto no art. 69, deverá ser proposto pelo CNPE e submetido à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do inciso II do art. 2º.’

Como se percebe, ao final do período de transição referido no artigo 69 da Lei nº 9.478/97, a estrutura de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural deveria estar adequada a um novo regime, compatível com a participação privada no setor e com os demais objetivos da política energética nacional. Ou seja, até dezembro de 2001, todos os derivados básicos de petróleo e gás natural deveriam estar com seus preços livres, do produtor ao consumidor, não sendo permitida a existência de subsídios que não tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional (art. 73, parágrafo único).

Entretanto, no período de transição, conforme autorizava o artigo 69 da Lei 9.478/98, por meio de portarias interministeriais, foi instituída a cobrança da Parcela de Preço Específica – PPE, consistente na diferença entre o ‘preço de faturamento’ (preço final do produto na refinaria) de cada produto e a soma do respectivo ‘preço de realização’ (custo do petróleo) com as contribuições PIS e Cofins. Veja-se a disposição específica:

‘Art. 4º A diferença entre o preço de faturamento de cada produto de que trata o artigo 1º e a soma do respectivo preço de realização a que se refere o artigo 2º com as contribuições PIS/Pasep e Cofins constitui-se em parcela de preço específica destinada a assegurar o ressarcimento de despesas objeto do artigo 13 da Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, com as alterações, a qual terá seu valor calculado, mensalmente, de acordo com a seguinte fórmula: (...)’ (Portaria Interministerial MME/MF 3/98)

As despesas de que trata o artigo 13 da Lei 4.452/64 consistem nos custos de transferência de produtos por vias internas ou cabotagem, parcela referente à mistura do álcool anidro às gasolinas automotivas, custos de fiscalização, administração, atividades técnicas e científicas a cargo do Conselho Nacional do Petróleo e outras parcelas que se tornarem necessárias, as quais, como esclareceu a União, servem para evitar a flutuação dos preços dos derivados de petróleo no mercado interno, em face do câmbio e das variações no mercado internacional.

Do exposto, conclui-se pela natureza tributária da PPE, e não de preço público, como afirmam as rés.

Ora, o preço público corresponde à contraprestação por serviço prestado em caráter facultativo, ou seja, ao usuário é possível valer-se de outro meio para conseguir seu objetivo. Há nele um elemento volitivo sem o qual resta descaracterizado. Leandro Paulsen sintetiza a questão:

‘O preço público, por sua vez, não é tributo, constituindo, sim, receita originária decorrente da contraprestação por um bem, uma utilidade ou um serviço em uma relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade (não há obrigatoriedade do consumo). A obrigação de prestar (...) decorre da vontade do contratante.’ (*Direito Tributário*:

Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39-40)

Já tributo, segundo definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional, é toda a 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.

A PPE era compulsória, pois foi paga a cada aquisição de combustível na refinaria, haja vista que embutida no preço pelo Estado. Não se dessume qualquer vínculo de natureza contratual que possa demonstrar o caráter facultativo da cobrança, especialmente porque as distribuidoras só poderiam adquirir o produto das refinarias, as responsáveis pelo recolhimento da exação. A contraprestação às refinarias pela aquisição do produto consistia apenas no ‘preço de faturamento’, do qual não faz parte a PPE. Trata-se, portanto, de tributo.

E, como tributo, só poderia ser instituído por lei, consoante disposto no art. 150, I, da Constituição Federal:

‘Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;’

Como a PPE foi instituída por meio de meras portarias interministeriais, a sua inconstitucionalidade é flagrante.

Não modifica esse entendimento o fato de ter sido a Lei 9.478/97 que a criou, apenas autorizando aos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia fixarem os seus contornos. O princípio da legalidade em matéria tributária exige como requisito de validade do tributo que a lei contenha todos os elementos que o caracterizam, ou seja, a hipótese de incidência, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota (artigo 97 do CTN).

Segundo Hugo de Brito Machado:

‘Instituir um tributo não é apenas dizer que ele fica criado, ou instituído. Sua criação depende da definição da hipótese de incidência, ou hipóteses em que ele será devido, vale dizer, da definição da hipótese de incidência, dos sujeitos da obrigação correspondente, e ainda da indicação precisa dos elementos necessários ao conhecimento do valor a ser pago, vale dizer, da base de cálculo e da alíquota, bem como do prazo respectivo. (...) Seja como for, importante é saber que, segundo o princípio da legalidade, todos os elementos necessários a que se saiba quem deve, a quem deve, quanto deve e quando deve pagar residem na lei, em sentido estrito.’ (*Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 54)

Reconhecida a inconstitucionalidade da exigência, impõe-se a declaração do direito à devolução do que foi pago indevidamente a esse título.”

*Ante o exposto, voto por declarar a inconstitucionalidade do art. 69 da Lei nº 9.478/97.*

## **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**Nº 5013283-31.2015.4.04.0000/TRF**

*Relator:* O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique

*Suscitante:* 1ª Turma do TRF da 4ª Região

*Interessada:* Angela Beatriz da Costa Salomão – EPP

*Advogado:* Dr. Alexandre Roehrs Portinho

*Interessado:* Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – Crea/RS

*MPF:* Ministério Público Federal

### **EMENTA**

*Constitucional. Tributário. Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica. Art. 11 da Lei nº 12.514/2011. Inconstitucionalidade.*

1. O artigo 11 da Lei nº 12.514/2011 fixou apenas o valor máximo a ser exigido a título de taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), delegando, por conseguinte, ao Confea a fixação, por meio de resolução, do valor da respectiva taxa. O dispositivo é inconstitucional, na esteira do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, de que mera previsão de um limite máximo para fixação dos valores da taxa não é suficiente para o atendimento do princípio da legalidade, tal como previsto no art. 150, I, da Constituição.

2. Declarada a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 12.514/2011, pelo órgão especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

### **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, declarar a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 12.514/2011, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de outubro de 2015.

Des. Federal *Jorge Antonio Maurique*, Relator.

### **RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique:* Trata-se de apelações contra sentença que julgou parcialmente procedente ação

ordinária, nos seguintes termos:

“Ante o exposto:

a) rejeito as preliminares;

b) julgo parcialmente procedentes os pedidos, forte no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para:

b.1) declarar inexigíveis os valores cobrados a título de taxas de anotação de responsabilidade técnica – ART que excedam os limites máximos estabelecidos pela Lei nº 6.994/82 (valor máximo de 5 MVR, sendo o valor de uma MVR correspondente, em reais, a R\$ 17,66 em 27.10.2000, atualizável pelo IPCA-E);

b.2) declarar inexigíveis os valores da taxa para expedição da Anotação de Responsabilidade Técnica, a partir da Lei nº 12.514/2011, que excedam o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais);

b.3) condenar o Crea a restituir à parte-autora os valores pagos a maior, ou seja, além dos limites acima referidos, observado o prazo prescricional.”

A parte-autora sustenta que a Lei nº 6.994/82 e a Lei nº 12.514/2011 “não são válidas e suficientes para exigir as taxas de ART no teto nelas estabelecido”, pois não estabelecem todos os elementos definidores da obrigação tributária. Argumenta que esses dispositivos não suprem o vício de inconstitucionalidade constante nos arts. 1º e 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.496/77. Caso seja mantida a sentença, requer sejam elevados os honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação.

O Crea sustenta que a sentença é *extra petita*, pois o condenou à repetição dos valores pagos a título de taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica que excedam aos limites de 5 MVR, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.994/82, e R\$ 150,00, a partir da vigência da Lei nº 12.514/2011. Alega que o acervo técnico apresentado em nome da autora não se presta para demonstrar que as taxas foram por ela recolhidas.

Foram apresentadas contrarrazões.

A 1ª Turma deste Tribunal, com a relatoria do Juiz Federal João Batista Lazzari, rejeitou as preliminares de julgamento *extra petita* e ausência de comprovação dos recolhimentos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.994/82, com base no que decidiu o STF no ARE 802.644, e suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 12.514/2011, perante esta Corte Especial.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jorge Antonio Maurique:* O Supremo Tribunal Federal assentou que não é possível o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) fixar por resolução os valores das taxas pela expedição de Anotação de Responsabilidade Técnica no julgamento do ARE 748.445, submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

Posteriormente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE 802.644, com a relatoria do Ministro Roberto Barroso, assentou que, mesmo com o advento da Lei nº 6.994/1982, a taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica não foi efetivamente instituída por lei, mas por resoluções emitidas pelo Confea. Sufragou o entendimento de que a lei deve definir todos os elementos estruturais do tributo, pois a mera previsão de um limite máximo para fixação dos valores da taxa em questão não é suficiente para o atendimento do princípio da legalidade, tal como previsto no art. 150, I, da Constituição.

Restou consignado expressamente que o diploma legal mencionado reproduz o vício apontado pelo Tribunal nos autos do ARE 748.445-RG.

Reconheceu, portanto, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.994/82.

No mesmo sentido, o seguinte precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

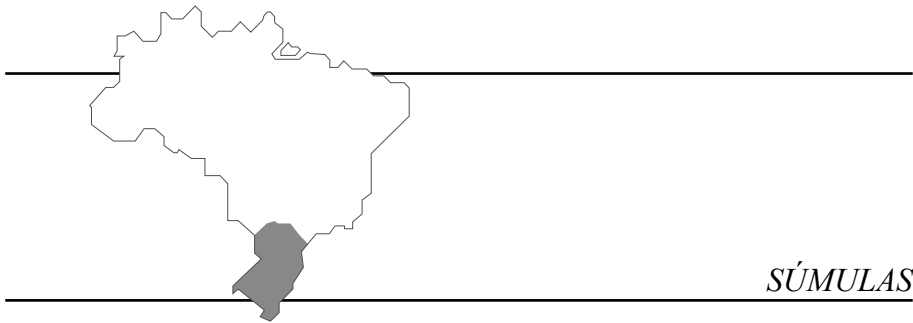
“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART). NATUREZA DE TAXA COBRADA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 150, I, DA CF/88). JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA NO JULGAMENTO DO ARE 748.445-RG (REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, TEMA 692). LEI 6.994/82. ESTABELECIMENTO DE LIMITE MÁXIMO PARA O TRIBUTO. FIXAÇÃO DO VALOR POR MEIO DE RESOLUÇÃO DO CONFEA (ART. 2º, § 2º, DA LEI 6.496/77), EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 826330 AgR/RS, rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 12.05.2015)

Considerando que o artigo 11 da Lei nº 12.514/2011 também fixou apenas o valor máximo a ser exigido a título de taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), delegando, por conseguinte, ao Confea a fixação, por meio de



resolução, do valor da respectiva taxa, não vislumbro a possibilidade de não reconhecer a sua inconstitucionalidade, na esteira do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, de que mera previsão de um limite máximo para fixação dos valores da taxa em questão não é suficiente para o atendimento do princípio da legalidade, tal como previsto no art. 150, I, da Constituição, porque a situação é idêntica.

*Ante o exposto, voto por declarar a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 12.514/2011.*



*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 nº 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. 6º do Decreto-Lei nº 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 nº 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. 8º da Lei nº 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 nº 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 3º 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 nº 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 nº 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. 8º, parágrafo 1º, 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. 1º da Lei Complementar nº 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 5º e 6º 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. 1º 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 nº 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 nº 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 9º, § 6º, letra b, da Lei nº 8178/91 está incluído no índice de 147,06%, referente ao reajuste dos benefícios previdenciários em 1º 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 nº 7.787/89.” (DJ 07.04.98, p. 381)

#### **SÚMULA Nº 51**

“Não se aplicam os critérios da Súmula nº 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 nº 8.212/91 – com a redação dada pela Lei nº 8.870/94 – e pelo art. 636, § 1º, 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 vigor 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 judicium, 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**

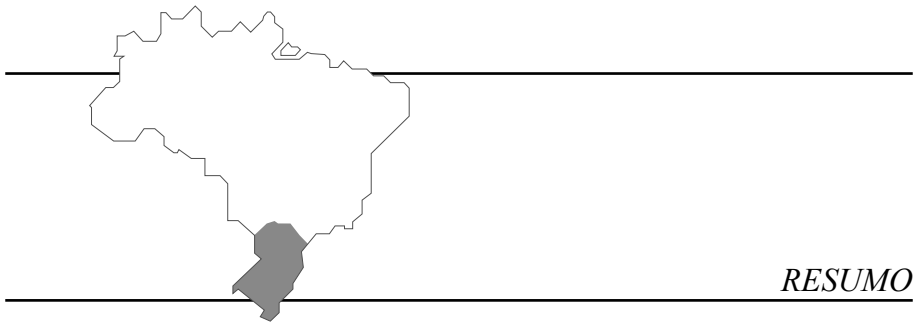
“O cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário concedido a partir de março de 1994 inclui a variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%).” (DJ 08.02.2006, p. 290)

#### **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 denúncia 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)



*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 Re-*

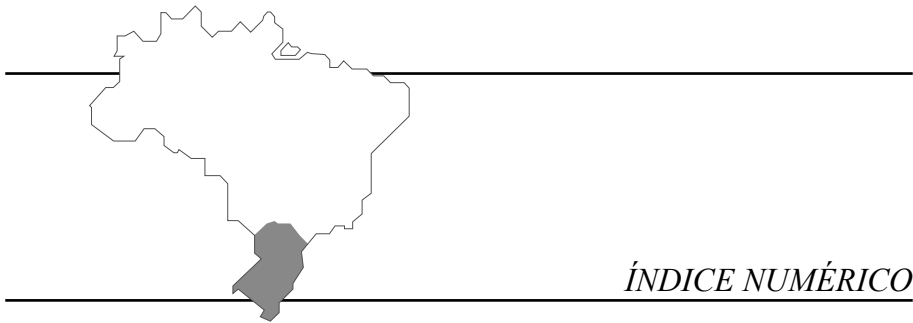
*vista contiene la íntegra de recientes decisiones, seleccionadas por Magistrados componentes de esta Casa, abordando materias de su competencia, también discursos oficiales, cuestiones sobre control de constitucionalidad, sùmulas editadas por el propio Tribunal, artículos de doctrina nacional y internacional 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 riproduce l'íntegra di sentenze recenti selezionate dai egregi Consiglieri della Corte d'Appello Federale, relazionate alle materie della sua competenza. Riproduce, ancora, pronunciamenti ufficiali, ricorsi di incostituzionalità, la giurisprudenza consolidata pubblicata 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 rédigés par les Juges Conseillers de cette Cour de Justice et par des juristes nationaux et internationaux renommés.*



*ÍNDICE NUMÉRICO*





**DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL**

0000471-55.2001.4.04.7009/PR (EINF) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz .....	131
0006907-73.2015.4.04.8000/RS (PA) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz .....	152
5001223-04.2013.4.04.7111/RS (APELREEX) Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior .....	170
5001483-53.2014.4.04.7109/RS (APELREEX) Rel. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler .....	185
5010696-38.2013.404.7200/SC (APELREEX) Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva .....	190
5026757-34.2014.4.04.7201/SC (AC) Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira.....	203

**DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

5032948-33.2015.4.04.0000/PR (HC) Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto .....	213
5044182-12.2015.4.04.0000/PR (HC) Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha .....	224

**DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

0017468-81.2012.4.04.9999/PR (EINF) Rel. Des. Federal Rogerio Favreto .....	231
5035572-31.2015.4.04.9999/PR (AC) Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz.....	255

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

5037777-09.2015.4.04.7000/PR (QOAC) Rel. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle .....	267
5039005-67.2015.4.04.0000/RS (AG) Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona.....	310

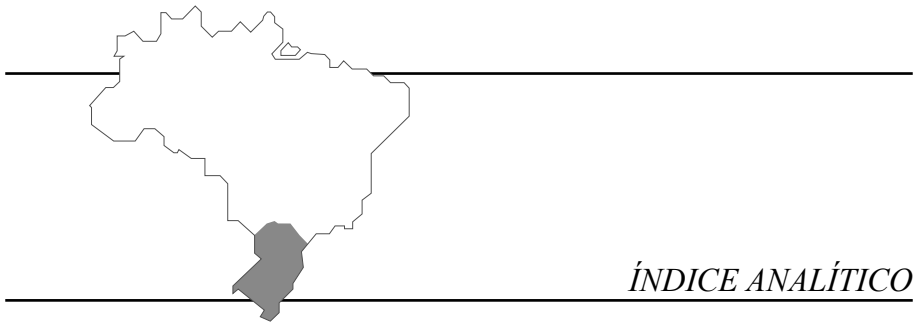
**DIREITO TRIBUTÁRIO**

2005.71.00.019511-1/RS (AC) Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik.....	317
5058068-55.2014.404.7100/RS (APELREEX) Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti.....	329

**ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE**

0000190-57.2013.4.04.0000/RS (ARGINC) Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior.....	343
0006040-92.2013.404.0000/RS (ARGINC) Rel. Des. Federal Celso Kipper.....	353
5009562-71.2015.4.04.0000/TRF (ARGINC) Rel. Des. Federal Jorge Antonio Maurique .....	386
5013283-31.2015.4.04.0000/TRF (ARGINC) Rel. Des. Federal Jorge Antonio Maurique .....	397





*ÍNDICE ANALÍTICO*



## A

### **AÇÃO POPULAR**

Adequação. Objetivo, proteção, patrimônio público, e, moralidade administrativa. Ajuizamento, pela, Ordem dos Advogados do Brasil, contra, estado, Santa Catarina, com, objeto, abstenção, celebração, novo, convênio, para, prestação de serviço, assistência judiciária, defensor dativo, antes, nomeação, candidato, aprovação, em, concurso público, para, Defensoria Pública. Observância, princípio da legalidade. ....190

### **ACORDO**

Nulidade – Vide DELAÇÃO PREMIADA

### **AQUEDUTO**

Atividade industrial – Vide SERVIDÃO DE PASSAGEM

### **ÁREA *NON AEDIFICANDI***

Construção – Vide REINTEGRAÇÃO DE POSSE

## C

### **CARGO TÉCNICO**

Posse – Vide CONCURSO PÚBLICO

### **CISÃO PROCESSUAL**

Decisão definitiva – Vide SENTENÇA JUDICIAL

## **COFINS**

Não incidência – PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

## **CONCESSIONÁRIA**

Rodovia – Vide REINTEGRAÇÃO DE POSSE

## **CONCURSO PÚBLICO**

Cabimento, posse, candidato, em, cargo técnico, hipótese, apresentação, curso superior, em, área, exigência, edital. Observância, princípio da eficiência. .... 185

## **CONTAGEM RECÍPROCA**

Tempo de serviço – Vide SERVIDOR PÚBLICO

## **CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

Inconstitucionalidade – Vide PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

# **D**

## **DECADÊNCIA**

Vide REVISÃO DE BENEFÍCIO

## **DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Contagem recíproca – Vide SERVIDOR PÚBLICO

Delegação de competência tributária – Vide PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

Regime jurídico único – Vide LICENÇA À ADOTANTE

Valor máximo – Vide TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA

## **DEFENSORIA PÚBLICA**

Santa Catarina – Vide AÇÃO POPULAR

## **DELAÇÃO PREMIADA**

Operação Lava-Jato. Nulidade, acordo, colaboração, impossibilidade, apreciação, por, *habeas corpus*, decorrência, necessidade, ingresso, contexto probatório, investigação criminal.

Delação premiada, caracterização, como, negócio jurídico, com, natureza processual, para, obtenção, prova. Existência, erro, transcrição, acordo, não caracterização, nulidade, totalidade, ato jurídico. Observância, preservação, utilidade, para, obtenção, prova. .... 213

**DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**  
Vide PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

Valor máximo – Vide TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA

**DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL**  
Registro – Vide SEGURANÇA PRIVADA

**E**

**EMPRESA CONTROLADA**  
País estrangeiro – Vide IMPOSTO DE RENDA

**F**

**FÉRIAS NÃO GOZADAS**

Descabimento, indenização, magistrado, aposentado, hipótese, afastamento, jurisdição, decorrência, processo administrativo disciplinar, por, decisão, CNJ.  
Verificação, aposentadoria compulsória, caracterização, penalidade, aplicação, pelo, CNJ.  
Cabimento, determinação, devolução, parcela, indenização, recebimento indevido. ... 152

**H**

**HABILITAÇÃO**

Sucessor, necessidade, para, oportunidade, apreciação, legitimação processual, hipótese, ocorrência, morte, parte processual, origem, ação judicial. Descabimento, extinção, execução, contra, Fazenda Pública, sem, realização, sucessão, em, processo judicial. .... 310

**I**

**IMPOSTO DE RENDA**

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Base de cálculo, observância, data, balanço, apuração, lucro, hipótese, empresa controlada, ou empresa coligada, com, sede, em, país estrangeiro.  
Necessidade, instrução normativa, Secretaria da Receita Federal, para, determinação, país com, favorecimento, em, tributação, e, regime fiscal diferenciado.  
Inaplicabilidade, medida provisória, ano, 2001, sobre, lucro, apuração, até, último dia, dezembro, mesmo ano.  
Aplicação, medida provisória, ano, 2001, a partir, edição, instrução normativa, Secretaria da Receita Federal, ano, 2010, hipótese, empresa, enquadramento, regime fiscal diferenciado.



Pagamento indevido, tributo, possibilidade, compensação, com, diversidade, débito tributário, hipótese, administração, pela, Secretaria da Receita Federal..... 317

## **INSTRUÇÃO NORMATIVA**

Secretaria da Receita Federal – Vide IMPOSTO DE RENDA

## **L**

### **LICENÇA À ADOTANTE**

Declaração de inconstitucionalidade, regra, regime jurídico único, servidor público civil, previsão, licença à adotante, com, duração, inferior, licença à gestante, e, variação, em, observância, idade, filho adotivo. Violação, princípio da isonomia, e, discriminação, entre, filho. .... 343

### **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Área *non aedificandi* – Vide REINTEGRAÇÃO DE POSSE

## **M**

### **MAGISTRADO**

Aposentado – Vide FÉRIAS NÃO GOZADAS

### **MEDIDA CAUTELAR**

Monitoramento eletrônico – Vide PRISÃO PREVENTIVA

### **MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Proteção – Vide AÇÃO POPULAR

### **MORTE**

Parte processual – Vide HABILITAÇÃO

## **P**

### **PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA**

Inexigibilidade, recolhimento. PIS, e, Cofins, não incidência, sobre, contribuição de intervenção no domínio econômico, composição, preço, produto, aquisição, refinaria, petróleo.

Caracterização, como, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, com, criação, por, portaria, Ministério da Fazenda, e, Ministério da Minas e Energia, para, regulamentação, preço, derivado, petróleo, durante, período de transição, até, encerramento, monopólio, União Federal.

Declaração de inconstitucionalidade, artigo, lei, ano, 1997, delegação, competência tributária, Poder legislativo, para, Poder Executivo, com, previsão, nova, criação, e,

detalhamento, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Descabimento, cobrança, contribuição, com, base, em, portaria interministerial. Violação, princípio da legalidade tributária. .... 386

## **PATRIMÔNIO PÚBLICO**

Proteção – Vide AÇÃO POPULAR

## **PIS**

Não incidência – PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

## **POLÍCIA FEDERAL**

Autorização – Vide SEGURANÇA PRIVADA

## **PRESCRIÇÃO**

Absolutamente incapaz – Vide SALÁRIO-MATERINIDADE

## **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Vide CONCURSO PÚBLICO

## **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Violação – Vide LICENÇA À ADOTANTE

## **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Vide PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL

## **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA**

Violação – Vide PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA

## **PRISÃO PREVENTIVA**

Possibilidade, concessão, liberdade provisória, com, fixação, fiança, e, diversidade, medida cautelar. Cabimento, imposição, acusado, utilização, tornozeleira eletrônica, com, limite, deslocamento, e, impossibilidade, passagem, zona de fronteira, território nacional, para, vinculação, juízo criminal, e, impedimento, reiteração criminosa. Acusado, responsabilidade, ônus financeiro, pelo, monitoramento eletrônico. .... 224

## **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Magistrado – Vide FÉRIAS NÃO GOZADAS

## **PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL**

Manutenção, contribuinte. Descabimento, exclusão, sujeito passivo, Programa de Recuperação Fiscal, por, inadimplemento, hipótese, pagamento, prestação, parcelamento, valor, insuficiência, para, amortização, dívida. Inexistência, previsão legal, como, motivo, para, exclusão, benefício fiscal, nem, prazo máximo, para, parcelamen-

to. Observância, previsão legal, sobre, faturamento. Arbitrariedade, exigência, contribuinte, pagamento, prestação, sobre, valor, própria, Secretaria da Receita Federal, arbitramento.

Impossibilidade, Poder Judiciário, realização, interpretação extensiva, para, imposição, sanção administrativa, para, contribuinte, em, observância, princípio da legalidade. .... 329

## R

### REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Impossibilidade, poder público, delegação de competência, para, concessionária, rodovia, fiscalização, e, demolição, irregularidade, construção, em, área *non aedificandi*, realização, por, terceiro. Possibilidade, concessionário, auxílio, poder público, com, informação, para, autoridade competente, sobre, irregularidade, construção.

Restrição, utilização, área *non aedificandi*, natureza jurídica, limitação administrativa, e, fiscalização, utilização, área, abrangência, poder de polícia. .... 203

### REVISÃO DE BENEFÍCIO

Reconhecimento, decadência, pedido, revisão, RMI, benefício previdenciário, hipótese, ajuizamento, após, dez anos, deferimento, aposentadoria.

Observância, início, contagem, prazo, decadência, hipótese, requerimento, pedido, revisão de benefício, após, trinta dias, conhecimento, deferimento, benefício previdenciário, decorrência, INSS, concessão, aposentadoria, após, publicação, medida provisória, ano, 1997..... 231

## S

### SALÁRIO-MATERNIDADE

Não ocorrência, prescrição, decorrência, benefício previdenciário, destinação, forma indireta, para, absolutamente incapaz. Observância, dispositivo constitucional, proteção, infância, e, maternidade.

Mãe, absolutamente incapaz, comprovação, qualidade, segurado, pela, apresentação, prova material, e, prova testemunhal, exercício, atividade rural, durante, período de carência. .... 255

### SEGURANÇA PRIVADA

Empresa, especialização, em, segurança privada, necessidade, autorização, Polícia Federal, para, funcionamento, até, hipótese, vigilância, sem, utilização, arma de fogo. Segurança privada, abrangência, diversidade, atividade, segurança, como, vigilância, banco, residência, pessoal, comércio, indústria, promoção de eventos, prestação de serviço, para, órgão público, empresa pública, e, instituição sem fim lucrativo, sujeição, fiscalização, Polícia Federal, em, observância, previsão legal, ano, 1994, e, vigilante, necessidade, registro, Delegacia de Polícia Federal. .... 170

## **SENTENÇA JUDICIAL**

Impossibilidade, divisão, decisão definitiva, mérito, após, alteração, conceito, sentença judicial, pela, lei, ano, 2005. Descabimento, cisão processual, e, interposição, duplicidade, recurso judicial, decorrência, violação, princípio da unirrecorribilidade. Observância, princípio do devido processo legal, e, princípio da ampla defesa.....267

## **SERVIDÃO DE PASSAGEM**

Manutenção, em, faixa de domínio, União Federal. Indústria, bebida alcoólica, assinatura, com, Rede Ferroviária Federal S.A., contrato, concessão de direito real de uso, para, construção, aqueduto, com, finalidade, captação, água, para, atividade industrial. Antes, termo final, contrato, indústria, ajuizamento, ação judicial, para, constituição, servidão de passagem. Superveniência, liquidação, Rede Ferroviária Federal S.A., e, absorção, patrimônio, pela, União Federal.

Servidão, aqueduto, não caracterização, desapropriação, nem, usucapião. .... 131

## **SERVIDOR PÚBLICO**

Averbação, tempo de serviço especial, prestação, atividade privada, regime jurídico, previdência, servidor público, antes, ingresso, serviço público. Validade, conversão, tempo de serviço especial, prestação, RGPS, em, tempo de serviço comum, antes, ingresso, serviço público.

Declaração de inconstitucionalidade, sem, redução, texto, inciso, artigo, Lei de Benefícios da Previdência Social, previsão, inadmissibilidade, contagem recíproca de tempo de serviço, contagem em dobro, em, diversidade, condição especial. Declaração de inconstitucionalidade, lei, ano, 1975, com, mesma, previsão, inadmissibilidade. Violação, princípio da igualdade, e, direito adquirido. Ocorrência, incorporação, tempo de serviço especial, patrimônio jurídico, segurado.

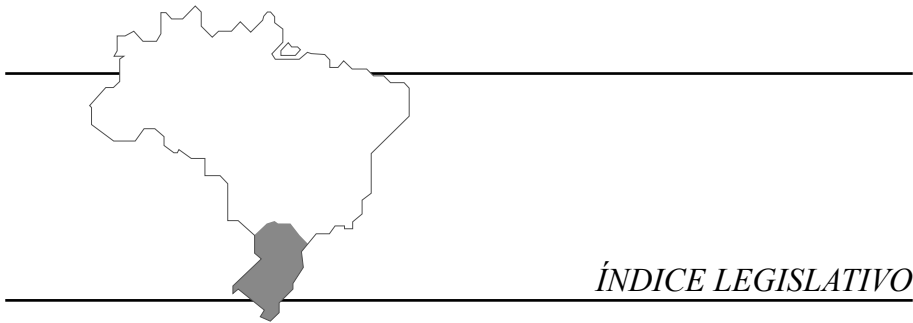
Irrelevância, vinculação, RGPS, ocorrência, condição, servidor público, regime celetista, ou, condição, segurado obrigatório, RGPS. .... 353

## **T**

### **TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA**

Declaração de inconstitucionalidade, artigo, lei, ano, 2011, previsão, valor máximo, Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica, e, delegação, para, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, fixação, valor, taxa, por, meio, resolução. Inobservância, princípio da legalidade. ....397





*ÍNDICE LEGISLATIVO*



**Código Civil**

Artigo 198 .....	255
Artigo 207 .....	231
Artigo 1.293 .....	131
Artigo 1.295 .....	131

**Código de Águas (Decreto nº 24.643/34)**

Artigo 117 .....	131
Artigo 120 .....	131
Artigo 122 .....	131

**Código de Processo Civil**

Artigo 43 .....	310
Artigo 162 .....	267
Artigo 265 .....	310
Artigo 269 .....	267
Artigo 319 .....	224
Artigo 463 .....	267
Artigo 1.040 .....	310
Artigo 1.055 .....	310
Artigo 1.059 .....	310
Artigo 1.060 .....	310

**Código Tributário Nacional**

Artigo 97 .....	386
-----------------	-----

**Constituição Federal/88**

Artigo 5º .....	190/329/353
Artigo 6º .....	255
Artigo 37 .....	185



Artigo 134 .....	190
Artigo 149 .....	255/386
Artigo 150 .....	255/386/397
Artigo 227 .....	255/343
<b>Instrução Normativa da SRF nº 164/99 .....</b>	<b>317</b>
<b>Instrução Normativa da SRF nº 33/2001 .....</b>	<b>317</b>
<b>Instrução Normativa da SRF nº 188/2002 .....</b>	<b>317</b>
<b>Instrução Normativa da SRF nº 1.037/2010 .....</b>	<b>317</b>
<b>Lei Complementar Estadual de Santa Catarina nº 575/2012</b>	
Artigo 62 .....	190
<b>Lei Complementar nº 35/79</b>	
Artigo 27 .....	152
Artigo 61 .....	152
<b>Lei Complementar nº 75/93</b>	
Artigo 224 .....	152
Artigo 225 .....	152
Artigo 226 .....	152
Artigo 227 .....	152
Artigo 228 .....	152
Artigo 229 .....	152
Artigo 230 .....	152
<b>Lei nº 6.226/75</b>	
Artigo 4º .....	353
<b>Lei nº 6.766/79</b>	
Artigo 4º .....	203
<b>Lei nº 7.102/83</b>	
Artigo 10 .....	170
Artigo 15 .....	170
Artigo 20 .....	170
<b>Lei nº 8.112/90</b>	
Artigo 46 .....	152
Artigo 210 .....	343

<b>Lei nº 8.212/91</b>	
Artigo 103 .....	231
<b>Lei nº 8.213/91</b>	
Artigo 39 .....	255
Artigo 57 .....	353
Artigo 71 .....	255
Artigo 96 .....	353
<b>Lei nº 8.625/93</b>	
Artigo 50 .....	152
<b>Lei nº 9.430/96</b>	
Artigo 24 .....	317
Artigo 74 .....	317
<b>Lei nº 9.478/97</b>	
Artigo 69 .....	255/386
Artigo 73 .....	386
<b>Lei nº 9.964/2000</b>	
Artigo 2º .....	329
<b>Lei nº 11.232/2005</b> .....	267
<b>Lei nº 11.727/2008</b> .....	317
<b>Lei nº 12.514/2011</b>	
Artigo 11 .....	397
<b>Lei nº 12.850/2013</b>	
Artigo 4º .....	213
Artigo 6º .....	213
<b>Medida Provisória nº 1.529/97</b> .....	231
<b>Medida Provisória nº 2.158-35/2001</b>	
Artigo 74 .....	317
<b>Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 133/2011</b>	
Artigo 1º .....	152
Artigo 3º .....	152





**Impressão:**  
Gráfica e Editora Relâmpago  
Rua São Manoel, 2351 - POA / RS  
Fone: (51) 3336.7966 - (51) 3336.1334  
E-mail: [orcamento@graficarelampago.com.br](mailto:orcamento@graficarelampago.com.br)