

Informativo comentado: Informativo 1110-STF

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

ÍNDIOS

- *O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se sujeita ao marco temporal da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) nem à presença de conflito físico ou controvérsia judicial existentes nessa mesma data.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS (PROVENTOS E PENSÕES)

- *É aplicável aos servidores públicos federais inativos e a seus pensionistas o índice do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) no intervalo entre o fim do instituto da paridade (EC 41/2003) e a edição da lei que estabeleceu os índices de reajuste (Lei 11.784/2008).*

DIREITO AMBIENTAL

EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS

- *É constitucional lei estadual que exija pagamento de indenização na exploração de recursos minerais; no entanto, será inconstitucional se o critério para definir a indenização se confundir com a compensação financeira do art. 20, § 1º da CF ou com taxas de poder de polícia.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PRECATÓRIOS

- *É constitucional a previsão contida no § 2º do art. 101 do ADCT de que os depósitos judiciais podem ser utilizados para pagamento de precatórios atrasados.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

- *É necessária prévia autorização judicial do Desembargador Relator para a instauração de investigações penais contra autoridades com foro privativo no Tribunal de Justiça, seja a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

- *O aumento na alíquota do ICMS por meio de medida provisória somente poderá ser exigido no ano fiscal seguinte ao da sua conversão em lei.*

ISS

- *É constitucional a incidência do ISS sobre o preço total das diárias pagas em hospedagem.*

DIREITO CONSTITUCIONAL

ÍNDIOS

O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se sujeita ao marco temporal da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) nem à presença de conflito físico ou controvérsia judicial existentes nessa mesma data

Importante!!!

ODS 1, 2, 3, 10, 15 e 16

I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV - Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;

V - Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

VI - Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;

VII - É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT);

VIII - A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o

prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento;

IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;

X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

XII - A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas;

XIII - Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

STF. Plenário. RE 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/9/2023 (Repercussão Geral – Tema 1.031) (Info 1110).

NOÇÕES GERAIS SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS

A quem pertencem as terras tradicionalmente ocupadas por índios?

Pertencem à União (art. 20, XI, da CF/88). No entanto, essas terras destinam-se à posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Em suma, são bens da União, mas para serem usadas pelos índios. Por isso, alguns autores classificam essas terras como sendo bens públicos de uso especial.

O que são as chamadas “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”?

Segundo o § 1º do art. 231 da CF/88 são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

- as que eles habitam em caráter permanente;
- as utilizadas para suas atividades produtivas;
- as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
- e as necessárias à sua reprodução física e cultural (segundo seus usos, costumes e tradições).

Para uma área ser considerada como terra tradicionalmente ocupada pelos índios é necessário que essa ocupação estivesse ocorrendo no momento em 05/10/1988, data em que a Constituição Federal foi promulgada?

Surgiram duas principais teorias para explicar o tema:

| TEORIA DO INDIGENATO | TEORIA DO FATO INDÍGENA/MARCO TEMPORAL |
|---|---|
| O direito dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas é anterior à criação do Estado brasileiro, cabendo a este apenas demarcar e declarar os limites territoriais. “Para essa teoria a legitimação da posse das terras pelos índios decorreria de sua propriedade | O marco temporal é uma tese jurídica segundo a qual os povos indígenas têm direito de ocupar apenas as terras que ocupavam ou já disputavam na data de promulgação da Constituição de 1988. |

| | |
|--|--|
| <p>‘tradicional’ ou ‘imemorial’ (aspecto antropológico). Tem-se, por meio desta, a assunção de que a posse decorreria da persistência histórica da ocupação de determinado território pelos povos indígenas.” (NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. Manual de Humanística. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 932).</p> | <p>Se a terra já foi habitada pelos índios, porém quando foi editada a CF/88 o aldeamento já estava extinto, ela não será considerada terra indígena. Súmula 650-STF: Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.</p> <p>Assim, se, em 05/10/1988, a área em questão não era ocupada por índios, isso significa que ela não terá a natureza indígena de que trata o art. 231 da CF/88.</p> |
| <p>É a tese defendida pelos movimentos indigenistas.</p> | <p>É a corrente defendida pelos setores econômicos ligados à atividade agropecuária.</p> |

Veremos mais abaixo qual é a teoria adotada atualmente pelo STF.

Qual é a proteção conferida às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios?

A CF/88 garante aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, exercendo sobre elas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos.

Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

Para que os índios possam exercer seus direitos compete à União fazer a demarcação dessas terras.

Remoção dos grupos indígenas de suas terras

Em regra, é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras.

Existem duas exceções em que isso é possível:

- a) em caso de **catástrofe ou epidemia** que ponha em risco a população indígena. Nessa hipótese, os índios são retirados imediatamente e, depois, essa remoção é submetida à aprovação do Congresso Nacional, que poderá concordar ou determinar o retorno.
- b) se a remoção for de **interesse da soberania do País**. Nesse hipótese, os índios somente poderão ser retirados após deliberação do Congresso Nacional.

Obs.: tão logo cesse o risco que ensejou a remoção, os índios deverão retornar às suas terras.

Quadro-resumo:

| | | |
|--|------------------------------------|---|
| A remoção dos índios de suas terras só pode ocorrer em duas hipóteses: | 1ª) Catástrofe ou epidemia | O CN deverá referendar (ratificar) a remoção que foi realizada. |
| | 2ª) Interesse da soberania do país | O CN deverá autorizar a remoção antes que ela seja realizada. |

Atividades que só podem ser exercidas nas terras indígenas com autorização do CN

Existem duas atividades que somente podem ser exercidas em terras indígenas se houver autorização do Congresso Nacional:

- o aproveitamento dos recursos hídricos (incluindo os potenciais energéticos). Ex.: hidrelétrica;
- a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Ex.: petróleo.

Nesses dois casos, para que tais atividades sejam desenvolvidas é necessário que, antes, as comunidades afetadas sejam ouvidas e que haja autorização do Congresso Nacional por meio de decreto legislativo (art. 49, XVI, da CF/88).

Se for autorizada a atividade, deverá ser assegurada aos índios uma participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Demarcação das terras indígenas

Os índios possuem direitos sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente. Tais direitos decorrem da própria Constituição e existem mesmo que as terras ainda não estejam demarcadas. No entanto, o legislador determinou que a União fizesse essa demarcação a fim de facilitar a defesa desses direitos.

A demarcação é um **processo administrativo** realizado na forma prevista no Decreto nº 1.775/96.

Vejam os resumos das principais etapas do procedimento.

- As terras tradicionalmente ocupadas por índios devem ser administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação da FUNAI.
- A demarcação será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará estudo antropológico de identificação.
- Além disso, a FUNAI designará grupo técnico especializado (composto preferencialmente por servidores da Fundação) com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.
- Vale ressaltar que esse levantamento fundiário é previsto no § 1º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96, sendo considerado imprescindível pelo STJ, mesmo que já tenham sido realizados outros trabalhos de identificação e delimitação da terra indígena de maneira avançada. Nesse sentido, confira o seguinte precedente:

O procedimento de demarcação das terras indígenas é regulado pelo Decreto 1.775/96, que estabelece, em seu art. 2º, a necessidade de ser elaborado um estudo técnico antropológico e levantamento da área demarcada.

A realização da etapa de levantamento da área a ser demarcada é imprescindível, ainda que já tenham sido realizados trabalhos de identificação e delimitação da terra indígena de maneira avançada.

O descumprimento dessa etapa configura violação do devido processo legal administrativo e enseja vício de nulidade da demarcação.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.551.033-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015 (Info 571).

- O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.
- Se já houver não índios ocupando a área sob demarcação, a FUNAI deverá dar prioridade para a demarcação dessa referida terra.
- Os Estados e Municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados podem se manifestar, apresentando à FUNAI todas as provas que tiverem, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, no relatório que foi feito pelo grupo técnico.
- Forma como eventuais interessados tomam conhecimento da existência do procedimento administrativo de demarcação para que possam tomar as providências cabíveis:

O Decreto nº 1.775/96 não exige que eventuais interessados na demarcação (ex: pessoas que possuem títulos de propriedade da área a ser demarcada) sejam notificados diretamente a respeito da existência do procedimento.

Basta que seja publicado um resumo do relatório circunstanciado nos Diários Oficiais da União e da unidade federada onde se encontra a área sob demarcação - publicação essa que também deve ser afixada

na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (art. 2º, § 7º do Decreto nº 1.775/96). Isso já é suficiente para garantir o contraditório.

Vale ressaltar, no entanto, que nesta publicação deverá constar o nome do interessado ou de sua propriedade rural (ex: Fazenda Terra Boa).

Assim, não há nulidade em processo de remarcação de terras indígenas por ausência de notificação direta a eventuais interessados, bastando que a publicação do resumo do relatório circunstanciado seja afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

STJ. 1ª Seção. MS 22.816-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/9/2017 (Info 611).

- Ao final, a FUNAI encaminhará o procedimento ao Ministro de Estado da Justiça.
- Em até 30 dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:
 - I — declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;
 - II — determinando novas diligências que julgue necessárias e que deverão ser cumpridas em até 90 dias;
 - III — desaprovando a identificação e retornando os autos à FUNAI, mediante decisão fundamentada.
- Após a portaria do Ministro da Justiça, o Presidente da República homologará a demarcação das terras indígenas mediante decreto.
- Em até 30 dias após a publicação do decreto de homologação, a FUNAI promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União (SPU).
- A FUNAI poderá, no exercício do poder de polícia, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

Obs.1: a demarcação se dá por meio de processo administrativo (não é judicial). Além disso, importante ressaltar que o Congresso Nacional não participa da demarcação. Ela ocorre apenas no âmbito do Poder Executivo.

Obs.2: o STF entende que o procedimento previsto no Decreto nº 1.775/96 é constitucional e não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa:

O processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto nº 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem.

STF. 1ª Turma. RMS 27255 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/11/2015.

Obs.3: mesmo após o processo de demarcação, a propriedade dessas terras continua sendo da União (art. 20, XI). Os índios detêm apenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O que acontece se já havia pessoas morando nas terras demarcadas? E se essas pessoas possuíam títulos de propriedade registrados em cartório?

Os não índios devem ser retirados do local, salvo se integrarem as comunidades indígenas locais e os próprios índios permitirem a sua presença (ex.: um não índio que é casado com uma índia e já more no local, fazendo parte da comunidade).

O que se está querendo dizer aqui é que os não índios não possuem o direito subjetivo de permanecerem no local mesmo que provem que lá moravam de boa-fé ou mesmo que apresentem documentos de propriedade dos imóveis localizados na área.

A CF/88 determinou que são nulos os atos que reconheçam direitos de ocupação, domínio (propriedade) ou a posse relacionados com imóveis localizados dentro de terras indígenas. Logo, se um não índio possuir uma escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis afirmando que ele é proprietário de um lote existente dentro de uma terra indígena, esse registro é nulo e extinto, não produzindo efeitos jurídicos.

Os não índios que forem retirados das terras demarcadas deverão ser indenizados?

NÃO. Em regra, os não índios que forem retirados das terras demarcadas não têm direito à indenização. Isso porque eles estavam ocupando terras que pertenciam à União. Logo, mesmo que tivessem supostos títulos de propriedade, estes seriam nulos porque foram expedidos em contrariedade com o art. 20, XI e art. 231 da CF/88.

Exceção: tais pessoas poderão ser indenizadas pelas benfeitorias que realizaram no local, desde que fique provado que a ocupação era de boa-fé.

Se estiverem de má-fé, não terão direito nem mesmo à indenização pelas benfeitorias.

Confira a redação do dispositivo constitucional:

Art. 231 (...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

CRITÉRIO PARA RECONHECIMENTO DO DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS INDÍGENAS

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 14/03/2009, a Agro Indústria Ltda. ingressou com ação de reintegração de posse contra um grupo de 100 índios e contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) alegando que os indígenas teriam invadido um imóvel rural pertencente à empresa.

Na inicial, a autora alegou que é legítima proprietária da área e que a adquiriu legitimamente por meio de escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. Afirmou que o proprietário anterior já era dono do imóvel há muitos anos, mesmo antes da CF/88.

Ressaltou que a invasão foi perpetrada por cerca de 100 índios no dia 13/01/2009 e comunicado no dia seguinte às autoridades policiais.

Os requeridos contestaram a demanda alegando que essa área deve ser considerada como terra tradicionalmente ocupada pelos índios e que, portanto, seria bem da União. Alegaram ainda que já foi iniciado um processo de demarcação da área.

O juiz julgou o pedido procedente e determinou a reintegração de posse.

O magistrado rejeitou a tese de que se tratava de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Isso porque a cadeia dominial da área remontava 80 anos. Explicando melhor: os registros no cartório de registro de imóveis apontam a existência de proprietários da área desde 1930. Em suma, o juiz afirmou que os índios não teriam direito à terra porque não moravam na área na época em que foi promulgada a Constituição de 1988.

A sentença foi mantida pelo TRF da 4ª Região.

Argumentos do recurso extraordinário interposto pela FUNAI

Inconformada, a FUNAI interpôs recurso extraordinário.

A recorrente ressaltou que a área em questão é tradicional e está registrada na literatura histórica da região, sendo, inclusive, abrangida pela Portaria MJ 1128/2003, que trata do processo de demarcação.

Destacou que o art. 231, da Constituição Federal assegura aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo competência à União para demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os direitos indígenas.

Ressaltou, ainda, que o mesmo dispositivo dispõe que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União e são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

Segundo argumentou a FUNAI, a CF/88 acolheu a teoria do Indigenato, na qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita e, por conseguinte, originária. Como consequência, o processo de demarcação de terras indígenas em si não possui natureza constitutiva, mas sim declaratória, com a finalidade única de delimitar espacialmente os referidos territórios e possibilitar o exercício das prerrogativas constitucionais conferidas aos índios.

Sendo assim, ainda que a cadeia dominial do imóvel tenha mais de 80 anos, como no caso, não existe óbice para que haja a demarcação da área, que era de tradicional ocupação indígena, sendo nulos, por consequência, todos os títulos de propriedade lavrados.

Nesse cenário, o pedido da autora não merece ser acolhida, mesmo que não tenha havido homologação. Requereu, por esses motivos, a reforma do acórdão do TRF, resguardando-se a permanência do grupo em seu território tradicional já devidamente reconhecido e que já se encontra em processo de demarcação.

O STF concordou com a tese da FUNAI?

SIM.

O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não se sujeita ao marco temporal da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) nem à presença de conflito físico ou controvérsia judicial existentes nessa mesma data.

STF. Plenário. RE 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/9/2023 (Repercussão Geral – Tema 1.031) (Info 1110).

Posição antiga do STF: teoria do marco temporal

O STF adotava a teoria do marco temporal, com exceção no caso de renitente esbulho. Veja:

Como regra, se os índios não estavam na posse da área em 05/10/1988, ela não será considerada terra indígena (art. 231 da CF/88).

Existe, contudo, uma exceção a essa regra. Trata-se do chamado renitente esbulho.

Assim, se, na época da promulgação da CF/88, os índios não ocupavam a terra porque dela haviam sido expulsos em virtude de conflito possessório, considera-se que eles foram vítimas de esbulho e, assim, essa área será considerada terra indígena para os fins do art. 231.

O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Vale ressaltar que, para que se caracterize o renitente esbulho, é necessário que, no momento da promulgação da CF/88, os índios ainda estivessem disputando a posse da terra ou tivessem sido delas expulsos há pouco tempo. Se eles foram dela expulsos muitos anos antes de entrar em vigor a CF/88, não se configura o chamado “renitente esbulho”.

Exemplo: no caso concreto apreciado pelo STF, a última ocupação indígena na área ocorreu no ano de 1953, data em que os índios foram expulsos da região. Nessa situação, a Corte entendeu que não estava caracterizado o renitente esbulho, mas sim “a desocupação forçada ocorrida no passado” já que, no momento da promulgação da CF/88, já havia se passado muitos anos da saída dos índios do local e eles não mais estavam em conflito possessório por aquelas terras.

STF. 2ª Turma. ARE 803462 AgR/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 9/12/2014 (Info 771).

Confira a ementa oficial:

(...) 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento.

(ARE 803462 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09-12-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

O critério do marco temporal foi fixado pelo STF no conhecido caso Raposa Serra do Sol:

“A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (...) É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.

STF. Plenário. Pet 3388, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 19-03-2009.

Posição ATUAL do STF: teoria do Indigenato

O STF alterou seu antigo entendimento e decidiu que deve prevalecer a teoria do Indigenato, segundo a qual a posse dos indígenas sobre as terras configura um direito próprio dos povos originários e cuja tradicionalidade da ocupação deve ser considerada conforme os parâmetros expressamente previstos no texto constitucional (art. 231, §§ 1º e 2º, da CF/88).

Se houver ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à data de promulgação da Constituição Federal de 1988, são assegurados aos não índios o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias (art. 231, § 6º).

Porém, na hipótese de inexistir quaisquer dessas situações, consideram-se válidos e eficazes os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena. Neste caso, o particular tem direito a ser previamente indenizado pela União ao valor correspondente às benfeitorias necessárias e úteis, ou, quando inviável o seu reassentamento, ao valor da terra nua.

Voto do relator

O relator, Min. Edson Fachin, argumentou que a teoria do marco temporal desconsidera a classificação dos direitos indígenas como fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas que não podem ser suprimidas por emendas à Constituição.

Para o ministro, a proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” não depende da existência de um marco nem da configuração do esbulho renitente com conflito físico ou de controvérsia judicial persistente na data da promulgação da Constituição.

A corrente do marco temporal ignora que a legislação brasileira sobre a tutela da posse indígena estabeleceu, desde 1934, uma sequência da proteção nas Cartas Constitucionais e que agora, “num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 5 de outubro de 1988”. A demarcação é um procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena.

O laudo antropológico, previsto no Decreto 1.776/1996, é elemento fundamental para demonstrar a tradicionalidade da ocupação de uma determinada comunidade, segundo seus usos, costumes e tradições. A situação fundiária brasileira é complexa e os produtores rurais de boa-fé enfrentam diversas dificuldades, mas a segurança jurídica não pode significar o descumprimento das normas constitucionais, em especial as que asseguram direitos fundamentais.

Eventual perda da posse de boa-fé deve ser resolvida mediante o pagamento do valor referente às benfeitorias e a inserção prioritária em programas de assentamento pelo órgão fundiário federal, nos termos do art. 4º do Decreto nº 1.775/96.

Tese fixada

Ao final, o Plenário do STF, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário da FUNAI, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, nos termos do voto do Relator, sendo fixada a seguinte tese:

I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;

V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;

VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das

terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT);

VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento;

IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;

X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas;

XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

STF. Plenário. RE 1.017.365/SC, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/9/2023 (Repercussão Geral – Tema 1.031) (Info 1110).

DOD PLUS – LEI 14.701/2023

O Congresso Nacional não concordou com a decisão acima explicada e, poucos dias após, aprovou projeto de lei reafirmando o critério do marco temporal.

Segundo o texto aprovado, somente seria permitido demarcar novos territórios indígenas nos espaços que já estavam ocupados pelos índios em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. Em outras palavras, esse projeto de lei consagrava, na legislação, a tese jurídica do marco temporal para demarcação de terras indígenas.

O Relator do projeto, Senador Marcos Rogério (PL-RO) afirmou que o tema foi debatido de forma profunda e exaustiva. Segundo o senador, o projeto é uma oportunidade de devolver segurança jurídica ao Brasil do campo. Ele disse que hoje há um sentimento de insegurança e desconforto no meio rural, por conta da indefinição do limite para demarcação. Para o senador, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em considerar o marco temporal como inconstitucional não vincula o Legislativo:

“Esta é uma decisão política. Hoje, estamos reafirmando o papel desta Casa. Com esse projeto, o Parlamento tem a oportunidade de dar uma resposta para esses milhões de brasileiros que estão no campo trabalhando e produzindo.” (Fonte: Agência Senado)

Veto

O presidente Lula sancionou o projeto que se transformou na Lei nº 14.701/2023, no entanto, com 34 vetos. Um dos principais dispositivos vetados era justamente o que estabelecia que os povos indígenas só teriam direito às terras que ocupavam ou reivindicavam em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal. Em outras palavras, o dispositivo que previa o marco temporal foi vetado. Os únicos trechos que não foram alvos de veto por parte do presidente são os que tratam das disposições gerais com a definição dos princípios orientadores da lei, as modalidades de terras indígenas para

reconhecimento da demarcação e os pontos que norteiam o acesso e a transparência do processo administrativo. O Congresso poderá manter ou derrubar os vetos.

Entre as justificativas do veto ao marco temporal, o Presidente argumentou que a iniciativa do Legislativo contraria o interesse público e incorre em vício de inconstitucionalidade “por usurpar direitos originários” já previstos na Constituição. Ele ainda lembrou que a tese do marco temporal também já foi rejeitada pelo STF:

“Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.” (Fonte: Agência Senado)

Confira abaixo a íntegra da Lei nº 14.701/2023:

LEI Nº 14.701, DE 20 DE OUTUBRO DE 2023

Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas.

Art. 2º São princípios orientadores desta Lei:

- I - o reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas e das tradições indígenas;
- II - o respeito às especificidades culturais de cada comunidade indígena e aos respectivos meios de vida, independentemente de seus graus de interação com os demais membros da sociedade;
- III - a liberdade, especialmente de consciência, de crença e de exercício de qualquer trabalho, profissão ou atividade econômica;
- IV - a igualdade material;
- V - a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos indígenas.

CAPÍTULO II

DO RECONHECIMENTO E DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Seção I

Das Modalidades de Terras Indígenas

Art. 3º São terras indígenas:

- I - as áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, nos termos do § 1º do art. 231 da Constituição Federal;
- II - as áreas reservadas, consideradas as destinadas pela União por outras formas que não a prevista no inciso I deste caput;
- III - as áreas adquiridas, consideradas as havidas pelas comunidades indígenas pelos meios admissíveis pela legislação, tais como a compra e venda e a doação.

Seção II

Das Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas

Art. 4º (VETADO):

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - (VETADO).

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º O procedimento demarcatório será público e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico.

§ 6º É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

§ 7º (VETADO).

§ 8º É assegurada às partes interessadas a tradução da linguagem oral ou escrita, por tradutor nomeado pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), da língua indígena própria para o português, ou do português para a língua indígena própria, nos casos em que a comunidade indígena não domine a língua portuguesa.

Art. 5º (VETADO).

Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Art. 6º (VETADO).

Art. 7º As associações de partes interessadas podem representar os associados, desde que autorizadas em assembleias gerais convocadas para esse fim.

Art. 8º O levantamento fundiário da área pretendida será acompanhado de relatório circunstanciado.

Art. 9º (VETADO).

Art. 10. (VETADO).

Art. 11. (VETADO).

Art. 12. Para os fins desta Lei, fica a União, por meio do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, ao seu preposto ou ao seu representante, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis.

Art. 13. (VETADO).

Art. 14. (VETADO).

Art. 15. (VETADO).

Seção III

Das Áreas Indígenas Reservadas

Art. 16. São áreas indígenas reservadas as destinadas pela União à posse e à ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e a preservação de sua cultura.

§ 1º As áreas indígenas reservadas poderão ser formadas por:

I - terras devolutas da União discriminadas para essa finalidade;

II - áreas públicas pertencentes à União;

III - áreas particulares desapropriadas por interesse social.

§ 2º As reservas, os parques e as colônias agrícolas indígenas constituídos nos termos da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, serão considerados áreas indígenas reservadas nos moldes desta Lei.

§ 3º As áreas indígenas reservadas são de propriedade da União e a sua gestão fica a cargo da comunidade indígena, sob a supervisão da Funai.

§ 4º (VETADO).

Art. 17. Aplica-se às terras indígenas reservadas o mesmo regime jurídico de uso e gozo adotado para terras indígenas tradicionalmente ocupadas, nos moldes do Capítulo III desta Lei.

Seção IV

Das Áreas Indígenas Adquiridas

Art. 18. (VETADO).

CAPÍTULO III

DO USO E DA GESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Art. 19. Cabe às comunidades indígenas, mediante suas próprias formas de tomada de decisão e solução de divergências, escolher a forma de uso e ocupação de suas terras.

Art. 20. O usufruto dos indígenas não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional. Parágrafo único. (VETADO).

Art. 21. (VETADO).

Art. 22. (VETADO).

Art. 23. (VETADO).

Art. 24. O ingresso de não indígenas em áreas indígenas poderá ser feito:

I - por particulares autorizados pela comunidade indígena;

II - por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos;

III - pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos;

IV - por pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena;

V - por pessoas em trânsito, em caso de existência de rodovias ou outros meios públicos para passagem.

§ 1º No caso do inciso IV do caput deste artigo, a autorização será dada por prazo determinado e deverá conter os objetivos da pesquisa, vedado ao pesquisador agir fora dos limites autorizados.

§ 2º No caso do inciso II do caput deste artigo, o ingresso deverá ser reportado à Funai, informados seus objetivos e sua duração.

§ 3º (VETADO).

Art. 25. (VETADO).

Art. 26. É facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade indígena, admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

Art. 27. (VETADO).

Art. 28. (VETADO).

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. (VETADO).

Art. 30. (VETADO).

Art. 31. (VETADO).

Art. 32. (VETADO).

Art. 33. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Efeito Backlash

A aprovação do projeto que deu origem à Lei nº 14.701/2023 é um exemplo do que a doutrina constitucionalista denomina de “efeito backlash”.

Em palavras muito simples, efeito backlash consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico.

George Marmelstein resume a lógica do efeito backlash ao ativismo judicial:

“(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.”
(Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>).

DIREITO ADMINISTRATIVO

SERVIDORES PÚBLICOS (PROVENTOS E PENSÕES)

É aplicável aos servidores públicos federais inativos e a seus pensionistas o índice do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) no intervalo entre o fim do instituto da paridade (EC 41/2003) e a edição da lei que estabeleceu os índices de reajuste (Lei 11.784/2008)

ODS 16

É constitucional o reajuste de proventos e pensões concedidos a servidores públicos federais e seus dependentes não beneficiados pela garantia de paridade de revisão, pelo mesmo índice

de reajuste do regime geral de previdência social (RGPS), previsto em normativo do Ministério da Previdência Social, no período anterior à Lei 11.784/2008.

STF. Plenário. RE 1.372.723/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

Em matéria de previdência dos servidores públicos, o que é paridade?

O princípio da paridade era uma garantia que os servidores públicos aposentados possuíam segundo a qual todas as vezes que havia um aumento na remuneração percebida pelos servidores da ativa, esse incremento também deveria ser concedido aos aposentados.

Ex.: João é servidor aposentado do Ministério da Fazenda, tendo se aposentado com os proventos do cargo de técnico A1. Quando fosse concedido algum reajuste na remuneração do cargo técnico A1, esse aumento também deveria ser estendido aos proventos de João.

No dicionário paridade significa a qualidade de ser igual. Assim, o princípio da paridade enunciava que os proventos deveriam ser iguais à remuneração da ativa.

Os pensionistas, ou seja, os dependentes dos servidores públicos falecidos beneficiados com pensão por morte também tinham direito à paridade. Ex.: João, quando faleceu, era servidor aposentado do Ministério da Fazenda ocupante do cargo de técnico A1. Sua esposa passou a receber pensão por morte em valor igual à remuneração do cargo de técnico A1. Se fosse concedido algum reajuste para o cargo de técnico A1, esse aumento também deveria ser estendido à pensão por morte.

A regra da paridade estava prevista no art. 40, § 8º, da CF/88, incluído pela EC 20/1998.

O princípio da paridade “foi revogado, restando somente para os servidores com direito adquirido, que já preenchiam os requisitos para a aposentadoria antes da edição da EC nº 41 (art. 3º, EC nº 41), ficando também resguardado o direito para aqueles que estão em gozo do benefício (art. 7º, EC nº 41) e os que se enquadrarem nas regras de transição do art. 6º da EC nº 41 e do art. 3º da EC nº 47.” (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 15ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 928).

Desse modo, se você ingressar no serviço público hoje, não terá a garantia da paridade quando se aposentar, já que ela foi extinta com a EC nº 41/2003. Da mesma forma, caso seja servidor público e morra, seus dependentes poderão receber pensão por morte, mas não terão direito à paridade.

No lugar da paridade, existe hoje o chamado “princípio da preservação do valor real”, previsto no art. 40, § 8º, da CF/88, segundo o qual os proventos do aposentado devem ser constantemente reajustados para que seja sempre garantido o seu poder de compra.

Art. 40 (...)

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003)

Integralidade

A integralidade consiste na possibilidade de o servidor aposentar-se ostentando os mesmos valores da última remuneração percebida quando em exercício no cargo efetivo por ele titularizado no momento da inativação.

A integralidade também foi extinta pela mesma EC 41/2003:

Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005.

STF. Plenário. RE 590260 RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/11/2008 (Repercussão Geral – Tema 139).

Benefícios ficaram sem reajuste no período de 19/12/2003 (EC 41/2003) até 01/01/2008 (período anterior à Lei 11.784/2008)

Vimos então que a Constituição Federal, em sua redação original, previa a paridade e a integralidade para os servidores ativos e inativos, de modo que, sempre que se modificava a remuneração dos servidores da atividade, o reajuste era estendido aos apontados e pensionistas.

Vimos também que, com a reforma previdenciária instituída pela EC 41/2003, extinguiu-se a paridade e a integralidade dos servidores ativos e inativos. Em substituição, incluiu-se uma previsão no § 8º do art. 40 da Constituição Federal assegurando “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

Ocorre que esses critérios somente foram definidos em 2008 pela MP nº 431/2008, convertida na Lei nº 11.784/2008, que promoveu alterações na Lei 10.887/2004, e passou a prever que o reajuste desses benefícios seguiria a mesma sistemática do Reajuste Geral da Previdência Social.

Assim, por omissão legislativa, os benefícios ficaram sem reajuste no período de 19/12/2003 (Data da promulgação da EC 41/2003) até 01/01/2008 (alteração do art. 15 da Lei 10.887/2004), dada a ausência de critério legal.

Para ilustrar os efeitos dessa omissão, vejamos a seguinte situação hipotética:

Em junho/2006, Carlos passou a receber pensão por morte do instituidor Rubens, seu pai, servidor público federal falecido.

Em razão da inexistência de índice de reajuste, o valor da pensão auferida por Carlos em 2006 observava a mesma tabela de 2003 e assim permaneceu até 2008, quando o reajuste desses benefícios passou a observar o reajuste geral da Previdência Social.

Carlos se sentiu prejudicado, pois, na sua visão, essa omissão legislativa “gerou redutibilidade do valor real dos benefícios”.

Carlos ingressou então com ação contra a União.

Argumentou que o reajustamento dos benefícios para preservação, em caráter permanente, de seu valor real foi expressamente previsto pelo art. 40, § 8º, da Constituição Federal, de modo que essa omissão legislativa seria inconstitucional, por violar o preceito da preservação do valor real dos benefícios ou irredutibilidade real.

Argumentou que, na ausência de índice legalmente previsto, deveria ser utilizado o mesmo índice aplicado ao RGPS, nos mesmos moldes estabelecidos pela Orientação Normativa 03/2004, destinada a regulamentar o Regime Próprio de Previdência Privada – RPPS:

Orientação Normativa MPS/SPS 03/04

Art. 65. Os benefícios de aposentadoria e pensão, de que tratam os art. 47, 48, 49, 50, 51, 54 e 55 serão reajustados para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS, de acordo com a variação do índice definido em lei pelo ente federativo.

Parágrafo único. Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.

Ao final, requereu a declaração do direito ao reajuste dos proventos de pensão nos moldes estabelecidos pelo RGPS referentes ao período de 2004 a 2008, com incorporação da diferença e pagamento dos valores que deixaram de ser percebidos.

O pedido de Carlos foi julgado procedente pelo Juiz Federal e confirmado pelo TRF4.

A União não concordou e interpôs recurso extraordinário argumentando que “diante do silêncio da lei, não se poderia simplesmente presumir que o índice a ser utilizado seria o mesmo concedido aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, sob pena de flagrante violação do Princípio da Legalidade”.

O STF manteve a sentença e o acórdão do TRF? O pedido de Carlos encontra acolhida na jurisprudência da Corte?

SIM.

A Emenda Constitucional 41/03 extinguiu a paridade e a integralidade entre os servidores ativos e inativos, mas assegurou no § 8º do art. 40 da Constituição Federal “o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

Houve, de fato, uma omissão legislativa quanto ao índice de correção dos proventos de aposentadoria e pensões de servidores públicos no período compreendido entre a EC 41/03 e a edição da MP 431/08.

O art. 9º, I, da Lei nº 9.717/98, delega expressamente ao Ministério da Previdência Social a competência para expedir orientações normativas para regulamentar a matéria. Vejamos:

| Lei 9.717/98 | |
|--|--|
| Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. | |
| Redação vigente à época: | Redação dada pela Lei nº 13.846/2019 |
| Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social: I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei; (...) | Art. 9º Compete à União, por intermédio da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, em relação aos regimes próprios de previdência social e aos seus fundos previdenciários: I - a orientação, a supervisão, a fiscalização e o acompanhamento; |

Apesar dessa omissão legislativa, essa lacuna teria sido suprida pelo Ministério da Previdência Social, que, valendo-se de orientações normativas decorrentes de delegação, editou a Orientação Normativa MPS/SPS 03/04, que regulamentou a questão:

Orientação Normativa MPS/SPS 03/04

Art. 65. Os benefícios de aposentadoria e pensão, de que tratam os art. 47, 48, 49, 50, 51, 54 e 55 serão reajustados para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS, de acordo com a variação do índice definido em lei pelo ente federativo.

Parágrafo único. **Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.**

Por esse motivo, o argumento levantado pela União de não haver lei ou ato normativo específico que determine a correção dos benefícios, justificativa utilizada para sistematicamente se recusar a reajustar os proventos e as pensões dos servidores públicos federais no período anterior à Lei nº 11.784/2008, não se sustenta.

Em suma:

É aplicável aos servidores públicos federais inativos e a seus pensionistas o índice do Regime Geral da Previdência Social no período que antecedeu a regulamentação da Lei nº 11.784/08, conforme previsão nas Orientações Normativas nºs 3/04 e 01/07 do Ministério da Previdência Social, expedidas por autorização da Lei nº 9.717/98.

STF. Plenário. RE 1.372.723/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

Ao final, o recurso extraordinário da União foi desprovido e fixada a seguinte tese de repercussão geral:

É constitucional o reajuste de proventos e pensões concedidos a servidores públicos federais e seus dependentes não beneficiados pela garantia de paridade de revisão, pelo mesmo índice de reajuste do regime geral de previdência social (RGPS), previsto em normativo do Ministério da Previdência Social, no período anterior à Lei 11.784/2008.

STF. Plenário. RE 1.372.723/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

DIREITO AMBIENTAL

EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS

É constitucional lei estadual que exija pagamento de indenização na exploração de recursos minerais; no entanto, será inconstitucional se o critério para definir a indenização se confundir com a compensação financeira do art. 20, § 1º da CF ou com taxas de poder de polícia

ODS 15

É constitucional norma estadual que, independentemente da obrigação de reparar o dano, condicione a exploração de recursos minerais ao pagamento de indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente. Contudo, viola o texto constitucional o estabelecimento de fato gerador dessa indenização que se confunda com o da compensação financeira (art. 20, § 1º, da CF/88), o de taxas relativas ao poder de polícia ou com o de qualquer outra espécie tributária.

STF julgou constitucional essa previsão: Art. 38. A lavra de recursos minerais, sob qualquer regime de exploração e aproveitamento, sempre respeitada a legislação federal pertinente e demais atos e normas específicos de atribuição da União dependerá de: II – indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente, independente da obrigação de reparar o dano.

Por outro lado, declarou inconstitucional, dentre outros, o seguinte dispositivo: §1º Constitui fato gerador da indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente, a saída de produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais de onde provém e se equipara a saída, o consumo ou a utilização da substância mineral, em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda em qualquer outro estabelecimento.

STF. Plenário. ADI 4.031/PA, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

O caso concreto foi o seguinte:

No Estado do Pará foi aprovada a Lei Estadual 6.986/2007, que alterou a Lei Estadual 5.887/95 e passou a prever o pagamento de uma indenização por danos ao meio ambiente. Essa indenização é cobrada quando um produto mineral é retirado de uma área de mineração. O valor a ser pago é baseado no total arrecadado com a venda desse produto mineral, seguindo taxas definidas previamente.

Se tiver interesse de aprofundar, veja a redação dos dispositivos da lei estadual, com destaque para os trechos mais importantes:

Art. 38. A lavra de recursos minerais, sob qualquer regime de exploração e aproveitamento, sempre respeitada a legislação federal pertinente e demais atos e normas específicos de atribuição da União dependerá de:

I – prévio licenciamento do órgão ambiental competente;

II – indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente, independente da obrigação de reparar o dano.

(...)

§1º Constitui fato gerador da indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente, a saída de produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais de onde provém e se equipara a saída, o consumo ou a utilização da substância mineral, em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda em qualquer outro estabelecimento.

§2º A indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente prevista no inc. II deste artigo, será calculada sobre o total das receitas resultantes da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial, excluídos os produtos incidentes.

§3º O percentual de indenização previsto no inc. II deste artigo, de acordo com as classes de substâncias minerais será de:

I – bauxita, manganês, ouro e ferro: 3% (três por cento);

II – pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonatos e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento);

III – areia, pedra, barro, seixo e demais materiais básicos de construção civil, incluindo aterros: 0,5% (cinco décimos por cento);

IV – demais substâncias minerais: 2% (dois por cento).

§4º A indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente prevista no inciso II deste artigo, será lançada mensalmente pelo devedor em documento próprio, que conterá a descrição da operação que lhe deu origem, o produto a que se referir o respectivo cálculo em parcelas destacadas, e descrição dos tributos incidentes, se houver, de forma a tornar possível sua correta identificação.

(...)

Art. 148. (...)

IX – recursos provenientes da indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente em decorrência da exploração de recursos minerais previstos no inciso II do art. 38, desta Lei.

§3º Os recursos previstos no inciso IX deste artigo constituirão um fundo específico, de caráter público, destinado ao financiamento de reparos de danos ambientais causados ao Estado do Pará.

ADI

A Confederação Nacional da Indústria – CNI ingressou com ADI contra a Lei.

No que tange ao **Direito Ambiental**, a autora alegou que a atividade de mineração é expressamente reconhecida e regulamentada pelo art. 176 da Constituição Federal. Desse modo, ao estabelecer uma indenização pelo simples exercício da mineração, a lei estadual impugnada estaria considerando essa atividade ilícita, em clara violação ao dispositivo constitucional supramencionado.

Alegou, ainda, que o art. 225, §2º, da Constituição Federal, já prevê um comando específico direcionado ao minerador obrigando-o a recuperar o meio ambiente degradado, circunstância que, no seu entender, afastaria a possibilidade de aplicação de sanções previstas no §3º, do mesmo dispositivo.

Em outra frente, sustentou que a Constituição Federal, em seu art. 20, §1º, já prevê participação dos entes públicos nos resultados da exploração, além da compensação ambiental prevista no art. 36, da Lei

9.985/2000. Logo, a instituição de mais uma imposição financeira acarretaria, no seu sentir, uma violação ao princípio do enriquecimento sem causa por parte da administração.

Alegou também violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que a mineração é apenas uma das diversas atividades ou empreendimentos listados como potenciais geradores de significativo impacto ambiental, não se justificando, por essa razão, o tratamento diferenciado.

Sustentou também que houve violação aos arts. 22, XII e 20 IX da CF/88, pois não poderia o estado-membro legislar sobre bens minerais de propriedade da União, acrescentando, ainda, que a competência outorgada pela CF ao Estado para legislar de forma concorrente sobre responsabilidade por dano ambiental não lhe daria amparo para criar ou disciplinar aspectos civis ou criminais do dano ambiental.

Invocou, ainda, suposta violação à **ordem tributária**. O Estado do Pará, a pretexto de proteger o ambiente, teria, na realidade, criado um tributo estranho aos limites de sua competência tributária.

Essa conclusão se deve ao fato de que estariam presentes todos os elementos integrantes da definição de tributo, ou seja, cobrança pecuniária compulsória, com valor expresso em moeda, que não se constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei, cuja cobrança se dá por atividade administrativa vinculada.

Por todos esses fundamentos, a CNA requereu a procedência da ADI para que fosse declarada a inconstitucionalidade da lei que previu a indenização supramencionada.

O STF concordou com os argumentos da autora? A Lei é inconstitucional?

Em parte.

Vamos entender com calma.

Da atividade minerária e o regime de compensação ambiental

Embora a Constituição Federal tenha outorgado privativamente à União a competência para legislar sobre jazidas minas e outros recursos minerais (art. 22, XII), a Carta Magna estabeleceu competência comum a todos os entes para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e de lavra mineral em seus territórios e controlar os impactos ambientais causados por essas atividades (art. 23, XI).

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

As atividades de exploração de recursos minerais, dado o seu especial impacto no meio ambiente, estão sujeitas a regime jurídico complexo e robusto de controle das suas operações e das condicionantes impostas como salvaguardas ambientais. Por isso, estão submetidas ao licenciamento ambiental, estudo de impacto ambiental (EIA) e à exigência de apresentação do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), nos termos do inciso IV do §1º do art. 225 da Constituição, impondo-se, ainda, às atividades minerárias, o dever de pagar compensação ambiental, conforme o art. 36 da Lei nº 9.985/2000.

Trata-se, portanto, de um robusto controle da atividade minerária, que se volta tanto à reparação dos danos decorrentes (art. 225, 2º), como, também, no dever fundamental de prevenção ambiental (art. 225, caput).

Da competência concorrente para legislar sobre proteção ao meio ambiente e responsabilidade por dano ambiental

Os incisos VI e VIII do art. 24, da Constituição Federal atribuem competência concorrente à União, Estados e DF legislar sobre proteção do meio ambiente, controle da poluição e responsabilidade por dano ao meio ambiente:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

No âmbito do exercício dessa competência concorrente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta que as normas a serem editadas pelo Estado devem ser mais protetivas ao meio ambiente, com fundamento em suas peculiaridades locais e na preponderância de seus interesses, sendo vedada a edição de normas que esvaziem ou afastem procedimentos previstos na legislação nacional.

Paralelamente, o art. 22, XII, da CF/88, estabelece que se insere na competência privativa da União a edição de normas sobre direito minerário:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Para equacionar essas duas competências, a Ministra Rosa Weber defendeu que se deveria fazer a seguinte distinção:

- normas de direito minerário ambiental: prevalece a competência privativa da União;
- direito ambiental minerário: aqui a competência é concorrente, articulado com o cumprimento do dever fundamental de proteção ecológica, que inclui a edição de normas procedimentais e materiais que a tornem efetiva, adequada e tempestiva.

Da tutela ressarcitória em pecúnia

A fim de garantir uma tutela ecológica efetiva, adequada e tempestiva, a Constituição Federal dá preferência para formas de tutela preventiva, ou seja, aquelas voltadas a impedir que o próprio ilícito ocorra.

Por outro lado, se o evento danoso ocorrer, deve-se priorizar a tutela repressiva na forma específica (*in natura*), a fim de buscar a reparação integral do dano e, tanto quanto possível, o retorno à integralidade ecológica.

Vale ressaltar, contudo, que essa preferência normativa não exclui a tutela ressarcitória em pecúnia, sendo perfeitamente possível a cumulação das diferentes formas de tutela para alcançar a proteção ambiental e a reparação integral do meio ambiente, consoante entendimento materializado pelo STJ na Súmula 629: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.

Nesse aspecto, a lei estadual é constitucional porque adota a tutela ressarcitória em pecúnia, sem prejuízo das medidas *in natura* empregadas pelos órgãos competentes.

Desse modo, pode-se concluir que:

É compatível com a Constituição, dentro de suas engrenagens cooperativas (art. 24, VI e VIII, CF/88) e dos deveres fundamentais ambientais que revestem a tutela ecológica efetiva adequada e tempestiva (art. 225, CF), a instituição de indenização monetária pelas atividades minerárias realizadas no Estado-membro.

STF. Plenário. ADI 4.031/PA, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

O fato gerador escolhido é inconstitucional

Apesar de reconhecer a possibilidade de instituição de indenização monetária pelas atividades minerárias no Estado do Pará, a relatora consignou inconstitucional o fato gerador previsto pela norma impugnada, qual seja, “a saída de produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais onde provém e se equipara à saída, o consumo ou a utilização da substância mineral, em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda em qualquer estabelecimento”.

Esse fato gerador é inconstitucional porque se confunde com o fato gerador da compensação financeira prevista no art. 20, §1º, da CF/88 e com as taxas relativas a poder de polícia de que trataram as ADIs 4.785/MG, 4.786/PA e 4787/AP. Obs: nessas ADIs, reconheceu-se o direito dos Estados de atuarem na fiscalização das atividades de mineração, bem como ser lícita a utilização do minério extraído para quantificação tributária.

Art. 20 (...)

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Ressaltou que não seria possível a transposição do raciocínio das ADIs supracitadas para a indenização em comento porque sua finalidade não se confundiria com o exercício do poder de polícia, dada a ausência de “correção entre as atividades profiláticas adotadas pelo Estado membro, a partir do fundo de que trata a lei, e a cobrança instituída”.

Assim, em conclusão, o STF declarou inconstitucionais os §§1º, 2º, §3º e §4º do art. 38, Lei nº 5.887/1995 do Estado do Pará, acrescidos pelo art. 2º da Lei Estadual nº 6.986/2007.

Em suma:

É constitucional norma estadual que, independentemente da obrigação de reparar o dano, condicione a exploração de recursos minerais ao pagamento de indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente. Contudo, viola o texto constitucional o estabelecimento de fato gerador dessa indenização que se confunda com o da compensação financeira (art. 20, § 1º), o de taxas relativas ao poder de polícia ou com o de qualquer outra espécie tributária.

STF. Plenário. ADI 4.031/PA, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PRECATÓRIOS

É constitucional a previsão contida no § 2º do art. 101 do ADCT de que os depósitos judiciais podem ser utilizados para pagamento de precatórios atrasados

ODS 16

É constitucional dispositivo de emenda constitucional que possibilita o uso eventual de depósitos judiciais com o fim específico de quitar precatórios atrasados.

Não há violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF/88) e aos direitos de propriedade (arts. 5º, “caput”, e 170, II), de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII).

STF. Plenário. ADI 5.679/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

A situação concreta foi a seguinte:

A Emenda Constitucional 94/2016 alterou a redação do §2º do art. 101, do ADC, para permitir que Estados e Municípios empreguem recursos de depósitos judiciais para pagamento de débitos de precatórios em atraso. Confira:

| ADCT da Constituição Federal de 1988 | | |
|--------------------------------------|---|---|
| Redação originária | Redação dada pela EC 94/2016 | Redação atual |
| Não havia § 2º no art. 101 do ADCT. | Art. 101 (...) § 2º O débito de precatórios poderá ser pago mediante a utilização de recursos orçamentários próprios e dos seguintes instrumentos: | Art. 101 (...) § 2º O débito de precatórios será pago com recursos orçamentários próprios provenientes das fontes de receita corrente líquida referidas no § 1º deste artigo e, adicionalmente, poderão ser utilizados recursos dos seguintes instrumentos: (Redação dada pela Emenda constitucional nº 99, de 2017) |
| | I - até 75% (setenta e cinco por cento) do montante dos depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios, ou suas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, sejam parte; | I - até 75% (setenta e cinco por cento) dos depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais sejam parte os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, e as respectivas autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, mediante a instituição de fundo garantidor em montante equivalente a 1/3 (um terço) dos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados; (Redação dada pela Emenda constitucional nº 99, de 2017) |
| | II - até 20% (vinte por cento) dos demais depósitos judiciais da | II - até 30% (trinta por cento) dos demais depósitos judiciais da |

| | | |
|--|--|---|
| | <p>localidade, sob jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça, excetuados os destinados à quitação de créditos de natureza alimentícia, mediante instituição de fundo garantidor composto pela parcela restante dos depósitos judiciais, destinando-se:</p> <p>a) no caso do Distrito Federal, 100% (cem por cento) desses recursos ao próprio Distrito Federal;</p> <p>b) no caso dos Estados, 50% (cinquenta por cento) desses recursos ao próprio Estado e 50% (cinquenta por cento) a seus Municípios.</p> | <p>localidade sob jurisdição do respectivo Tribunal de Justiça, mediante a instituição de fundo garantidor em montante equivalente aos recursos levantados, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais e remunerado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, nunca inferior aos índices e critérios aplicados aos depósitos levantados, destinando-se: (Redação dada pela Emenda constitucional nº 99, de 2017)</p> <p>a) no caso do Distrito Federal, 100% (cem por cento) desses recursos ao próprio Distrito Federal;</p> <p>b) no caso dos Estados, 50% (cinquenta por cento) desses recursos ao próprio Estado e 50% (cinquenta por cento) aos respectivos Municípios, conforme a circunscrição judiciária onde estão depositados os recursos, e, se houver mais de um Município na mesma circunscrição judiciária, os recursos serão rateados entre os Municípios concorrentes, proporcionalmente às respectivas populações, utilizado como referência o último levantamento censitário ou a mais recente estimativa populacional da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (Redação dada pela Emenda constitucional nº 99, de 2017)</p> |
|--|--|---|

Explicando melhor esse dispositivo:

Depósitos judiciais

Todos os valores em dinheiro que ficam à disposição da Justiça enquanto o processo não se encerra e são depositados em uma conta bancária em nome do Poder Judiciário. A isso chama-se de depósito judicial. Exs: João ingressa com ação de consignação em pagamento em face de Pedro, depositando em juízo R\$ 100 mil reais. Maria ajuíza execução contra Antônio e consegue a penhora on-line de R\$ 200 mil. Tais valores ficarão em depósito judicial e, quando o juiz autorizar, eles poderão ser levantados pela parte vencedora, devidamente atualizados.

Fontes de pagamento de precatórios

Os precatórios devem ser pagos primordialmente com recursos orçamentários, oriundos da receita corrente líquida. Além disso, podem ser utilizados recursos oriundos dos depósitos judiciais e administrativos.

ADI

O Procurador-Geral da República ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 2º da EC 94/2016, na parte em que inseriu o art. 101, § 2º, I e II, no ADCT.

O autor alegou que a previsão de utilização de depósitos judiciais para pagamento de precatórios violaria o direito de propriedade, considerando que recursos de terceiros, à sua revelia, seriam utilizados para custeio de despesas ordinárias da Fazenda Pública. Haveria, no caso, violação às características básicas de uma relação de depósito, inclusive a possibilidade de sua pronta devolução.

Ressaltou que a norma poderia criar embaraços à parte quando do levantamento do dinheiro, pois, a depender da liquidez efetiva do fundo, poderia haver situação de indisponibilidade. Esse cenário representaria uma violação ao devido processo legal material.

Por fim, apontou possível violação ao princípio da separação dos poderes, posto que é dever jurídico do judiciário a conservação dos valores depositados. Assim, a EC 94/2016 representaria indevida ingerência do Poder Executivo nessa atribuição jurisdicional.

Requeru, por essas razões, a procedência da ação para que fosse declarada a inconstitucionalidade dos incisos I e II, do §2º, do art. 101, da ADCT, com redação dada pela EC 94/2016.

O STF concordou com o pedido formulado na ADI? Essa previsão é inconstitucional?

NÃO.

O Min. Luís Roberto Barroso iniciou seu voto destacando que o dispositivo objeto do controle de constitucionalidade teve sua redação parcialmente alterada pela EC 99/2019. Contudo, como o ponto central da controvérsia permaneceu inalterado, o relator entendeu que não houve prejuízo ao prosseguimento da ADI.

Avançando ao mérito, o relator rebateu a alegada violação entre os poderes sob o fundamento de que a gestão dos depósitos em si é uma atividade propriamente administrativa, não havendo que se falar, portanto, em interferência indevida no Poder Judiciário. Nesse sentido, inclusive, já há precedente do próprio STF:

DEPÓSITOS JUDICIAIS - INICIATIVA DE LEI.

Ao Judiciário não cabe a iniciativa de lei visando disciplinar o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos.

DEPÓSITOS JUDICIAIS – DIFERENÇA ENTRE A REMUNERAÇÃO DAS CONTAS E RENDIMENTO PREVISTO EM LEI - UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO.

Surge conflitante com a Carta da República lei do Estado, de iniciativa do Judiciário, a dispor sobre Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Judiciais com aporte de diferença de acessórios em benefício do Poder Judiciário”. (ADI 2855, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.05.2010)

Quanto à utilização dos depósitos judiciais, o relator ponderou que essa foi a opção adotada pelo Poder Constituinte Derivado para socorrer os entes que estavam em mora com o pagamento de precatórios até 25/03/2015 e para o fim específico de quitar tais obrigações até 31/12/2029, conforme EC 109/2021.

Ressaltou que a norma previu a criação de um fundo garantidor com a parcela remanescente dos depósitos, justamente com o propósito de assegurar a solvabilidade do sistema quanto ao levantamento dos depósitos judiciais.

Nesse cenário, o Ministro argumentou que, mesmo passados mais de seis anos entre a propositura da ação e o seu julgamento, não houve qualquer demonstração concreta de que esse fundo garantidor seria inapto para garantir a solvabilidade do sistema idealizado.

Essa prova, inclusive, poderia ser facilmente realizada, “mediante levantamento e confronto do montante de recursos judiciais que ingressaram no sistema de cada Estado ou Município com o montante de recursos empregados por esses entes federativos em regime especial de pagamento de precatórios, verificando se os ingressos de valores superam, ou não, os pagamentos e em que medida. Esses dados

possibilitariam apurar se os percentuais destacados ao fundo garantidor foram adequadamente dimensionados pela emenda constitucional”.

Como não foi demonstrado nenhum elemento que comprovasse danos efetivos do modelo adotado, não seria possível concluir que a emenda tenha sido “tendente a abolir” o direito de propriedade, o acesso à justiça ou a duração razoável do processo.

O relator ponderou que “ainda que seja criticável a perpetuação dos débitos inadimplidos de precatórios, cuja pagamento agora foi protraído até 31 de dezembro de 2029 pela EC nº 109/2021, fato é que os riscos associados ao modelo de uso de depósitos judiciais não foram cabalmente provados. Em verdade, a retirada da possibilidade de utilização desses meios para adimplemento das dívidas poderia, mesmo, agravar ainda mais a situação dos credores da Fazenda”.

Portanto, em se tratando de medida implementada por emenda constitucional, aprovada por quórum qualificado de 3/5 dos membros de cada casa constitucional, em dois turnos de votação, não se mostraria possível o reconhecimento da inconstitucionalidade fundado em meras conjecturas.

Ademais, a “discussão sobre eventual insolvência do fundo, quando presente circunstância concreta que indique esse risco, pode perfeitamente ser realizada administrativamente ou mesmo em juízo, mas isso não teria o condão de invalidar em abstrato as normas constitucionais ora impugnadas”.

Em suma:

É constitucional dispositivo de emenda constitucional que possibilita o uso eventual de depósitos judiciais com o fim específico de quitar precatórios atrasados.

Não há violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF/88) e aos direitos de propriedade (arts. 5º, “caput”, e 170, II), de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII).

STF. Plenário. ADI 5.679/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

É necessária prévia autorização judicial do Desembargador Relator para a instauração de investigações penais contra autoridades com foro privativo no Tribunal de Justiça, seja a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público

Importante!!!

ODS 16

As investigações contra autoridades com prerrogativa de foro no STF submetem-se ao prévio controle judicial, o que inclui a autorização judicial para as investigações, nos termos do art. 21, XV, do RISTF.

Como expressão da própria regulamentação constitucional do foro por prerrogativa de função, aplica-se a mesma exigência de prévia autorização judicial para a instauração de investigações penais originárias que envolvam autoridades com prerrogativa de foro nos Tribunais de segundo grau (TJ, TRF, TRE).

STF. Plenário. ADI 7.447/PA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ENVOLVENDO AUTORIDADES COM FORO PRIVATIVO NO STF

As investigações envolvendo autoridades com foro privativo no STF somente podem ser iniciadas após autorização formal do STF.

Assim, por exemplo, se, durante uma investigação, a autoridade policial ou o Promotor de Justiça/Procurador da República descobrem indícios do envolvimento de um Deputado Federal, no exercício da função, antes que se iniciem as investigações envolvendo o referido Parlamentar, o STF deverá ser provocado e dizer se autoriza ou não o inquérito.

Caso seja autorizado, este inquérito criminal (não é chamado inquérito “policial”) deverá tramitar no STF, sob a supervisão de um Ministro-Relator que irá autorizar as diligências que se fizerem necessárias.

Diz-se que o STF realiza a “supervisão judicial” das investigações envolvendo autoridades que serão, posteriormente, julgadas pela Corte. Este controle exercido pelo STF ocorre durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo MP). Isso significa que a autoridade policial ou o MP não podem investigar eventuais crimes cometidos por autoridades com foro privativo no STF, salvo se houver uma prévia autorização da Corte.

Por que isso ocorre?

Ao STF compete processar e julgar determinadas autoridades com foro por prerrogativa de função (art. 102, I, “b” e “c”, da CF/88). A prerrogativa de ser julgado criminalmente apenas pelo STF é uma garantia conferida ao cargo, a fim de evitar perseguições políticas e instabilidades institucionais.

Ao outorgar ao STF a competência para julgar as ações penais contra tais autoridades, a Constituição Federal, de forma implícita, conferiu também à Corte a prerrogativa de fazer o controle judicial das investigações envolvendo essas mesmas autoridades.

Se fosse permitido que tais autoridades pudessem ser investigadas pela autoridade policial ou pelo MP sem a supervisão do STF, haveria um enfraquecimento, uma mitigação, da garantia conferida pelo foro por prerrogativa de função. Em outras palavras, continuaria havendo riscos de perseguições políticas e instabilidade institucional se as autoridades pudessem ser investigadas sem o controle do STF.

Essas conclusões foram construídas pelo STF no Inq 2411 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007.

É CONSTITUCIONAL A NORMA DE REGIMENTO INTERNO DE TJ QUE CONDICIONA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO À AUTORIZAÇÃO DO DESEMBARGADOR-RELATOR NOS FEITOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DAQUELE ÓRGÃO

O caso concreto foi o seguinte:

O art. 48, § 3º, IX, do Regimento Interno de Tribunal de Justiça condiciona a instauração de inquérito à autorização do desembargador-relator nos feitos de competência originária daquele órgão:

Art. 48. Cada feito que ingresse no Tribunal terá um Relator escolhido mediante distribuição aleatória, salvo já exista Relator prevento.

(...)

§ 3º Caberá, ainda, ao Relator:

(...)

IX - autorizar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral de Justiça, da autoridade policial ou do ofendido.

O Procurador-Geral da República ajuizou ADI contra esse dispositivo.

Argumentou que a norma violaria:

- o sistema penal acusatório;
- os deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado que derivam do princípio do devido processo legal substantivo;
- a competência privativa da União para editar normas gerais sobre procedimentos em matéria processual; e

- as funções institucionais do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.

O STF concordou com o pedido formulado na ADI?

NÃO.

É constitucional a norma de Regimento Interno de Tribunal de Justiça que condiciona a instauração de inquérito à autorização do desembargador-relator nos feitos de competência originária daquele órgão. STF. Plenário. ADI 7083/AP, Rel. Min. Cármen Lúcia, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 13/5/2022 (Info 1054).

MESMO QUE NÃO HAJA PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO DO TJ, A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO TAMBÉM DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO DO DESEMBARGADOR-RELATOR NOS FEITOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DAQUELE ÓRGÃO

O caso concreto foi o seguinte:

Embora não haja previsão expressa e específica no Regimento Interno do TJ/PA, aquela Corte, em interpretação sistemática dos arts. 24, 116 e 118, firmou entendimento no sentido de que a abertura de investigação contra detentor de foro por prerrogativa de função naquela Corte dependeria de autorização do próprio tribunal. Assim, por exemplo, antes de se instaurar uma investigação contra um Prefeito – que tem foro por prerrogativa de função no TJ – seria necessária a autorização do Tribunal.

O Ministério Público do Estado do Pará não concorda com essa previsão e sempre a questiona nos processos.

A fim de pacificar a questão, partido político PSD ingressou com ADI no STF pedindo que seja atribuída interpretação conforme à Constituição aos dispositivos normativos supracitados, declarando-se, em consequência, a necessidade de prévia autorização judicial para instauração de inquérito e demais atos investigativos contra autoridades detentoras de foro privilegiado.

Em outras palavras, o partido pediu para que o STF declarasse válida a interpretação feita pelo TJ/PA.

O requerente formulou, ainda, pedido de concessão de medida cautelar, a fim de que fosse declarada a necessidade de autorização judicial, bem como para que fossem suspensos todos os processos em curso nos quais não tenha havido autorização judicial.

Ao analisar o pedido de liminar, o STF concordou com a interpretação dada pelo TJ/PA? É necessária autorização judicial do TJ antes de se iniciar a investigação contra uma autoridade com foro por prerrogativa de função no Tribunal?

SIM.

Como vimos acima, as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro no Supremo submetem-se ao prévio controle judicial, o que inclui a autorização judicial para as investigações, nos termos do art. 21, XV, do RISTF, segundo o qual “são atribuições do Relator [...] determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido”.

Esse mesmo entendimento deve ser aplicado na solução de controvérsias relacionadas a autoridades com prerrogativa de foro nos Tribunais de segundo grau. Nesse sentido:

(...) 3. Tratando-se de crime eleitoral imputado a prefeito, a competência para supervisionar as investigações é do Tribunal Regional Eleitoral, nos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal.

4. Na espécie, no limiar das investigações, havia indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral, por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de voto, valendo-se, para tanto, de sua condição de alcaide, por intermédio de uma empresa contratada pela municipalidade.

5. Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau nem, muito menos, poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o Prefeito e tê-lo indiciado.

6. A usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Precedentes.

7. Questão de ordem que se resolve pela concessão de habeas corpus, de ofício, em favor do acusado, para extinguir a ação penal, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP).

STF. 2ª Turma. AP 933 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 06/10/2015.

(...) 1. A autoridade policial instaurou inquérito para investigar Prefeito por atos contemporâneos ao exercício da função pública, sem submeter as investigações ao controle do Tribunal de Justiça.

2. Ofensa ao art. 29, X, da CF, porque a ciência do Tribunal de Justiça ocorreu em momento posterior à instauração do inquérito policial. Nos casos de prerrogativa de foro, a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, da denúncia, pelo dominus litis (Inq, 2.411/MT, da minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 10.10.2007).

3. O devido processo legal é ainda mais necessário nas fases preliminares da persecução penal, em que os atos praticados pelos agentes estatais visam à obtenção de elementos informativos para subsidiar o futuro oferecimento da ação penal.

4. Embargos rejeitados para manter o acórdão da Segunda Turma desta Corte que, reconhecendo flagrante desobediência ao foro por prerrogativa de função, deu provimento a recurso extraordinário interposto pela defesa para declarar a nulidade de todos os atos praticados nos autos do inquérito policial. STF. Plenário. RE 1322854 AgR-EDv, Rel. Min. Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/07/2023.

O relator citou ainda trecho do voto da Min. Carmem Lúcia na ADI 7083:

“A simetria a se observar na competência por prerrogativa de função outorgada ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de segundo grau sinaliza que cada uma dessas autoridades, segundo o critério federativo, dispõe de atribuições de igual importância nos diversos entes federados, merecendo tratamento adequado em sua atuação.

Pela interpretação sistemática da Constituição da República e adotando-se a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal, a mesma razão jurídica aproveitada para justificar a necessidade de supervisão judicial dos atos investigatórios de autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal aplica-se às autoridades com prerrogativa de foro submetida a outros Tribunais.

Quanto à proteção da função pública, as competências do Estado são exercidas pelos seus agentes, investidos de garantias para executar fielmente e com impessoalidade as funções estatais. Entre essas garantias tem-se o foro por prerrogativa de função.

Conclui-se, assim, que a necessidade de autorização do Desembargador relator para instauração de inquérito contra as autoridades que detenham prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça do Amapá não configura ofensa ao sistema acusatório, decorrendo da normativa constitucional pela qual se prevê o foro específico, sujeitando as investigações contra essas autoridades a maior controle judicial, pela importância das funções por elas exercidas.

Em interpretação sistemática, o mesmo tratamento conferido às autoridades com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado, por simetria, às autoridades com foro privativo em outros Tribunais, em observância ao princípio da isonomia, devendo ser conferido tratamento igual aos que estejam em situação igual.”

Com esses fundamentos, o Plenário referendou a decisão monocrática concedida pelo relator para:

(a) atribuindo interpretação conforme ao arts. 161, I, a e b, da Constituição do Pará, e aos arts. 24, XII, 116, 118, 232, 233 e 234 do RITJPA, ESTABELECE a necessidade de autorização judicial para a instauração

de investigações penais originárias perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, seja pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público; e

(b) DETERMINAR o imediato envio dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação, tanto da Polícia Judiciária, quanto do Ministério Público, instaurados ao Tribunal de Justiça, para imediata distribuição e análise do Desembargador Relator sobre a justa causa para a continuidade da investigação.

O STF entendeu que se encontram presentes os requisitos para a concessão de medida cautelar, pois:

(i) há plausibilidade jurídica no direito alegado pelo requerente, que decorre da jurisprudência da Corte quanto a necessidade de autorização judicial prévia para a investigação de agentes públicos detentores de prerrogativa de foro; e

(ii) há perigo da demora na prestação jurisdicional, que se justifica pelo não acautelamento das situações fáticas relacionadas à controvérsia constitucional objeto de apreciação.

Em suma:

As investigações contra autoridades com prerrogativa de foro no STF submetem-se ao prévio controle judicial, o que inclui a autorização judicial para as investigações, nos termos do art. 21, XV, do RISTF. Como expressão da própria regulamentação constitucional do foro por prerrogativa de função, aplica-se a mesma exigência de prévia autorização judicial para a instauração de investigações penais originárias que envolvam autoridades com prerrogativa de foro nos Tribunais de segundo grau (TJ, TRF, TRE).

STF. Plenário. ADI 7.447/PA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

DIREITO TRIBUTÁRIO

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O aumento na alíquota do ICMS por meio de medida provisória somente poderá ser exigido no ano fiscal seguinte ao da sua conversão em lei

Importante!!!

ODS 16

Em decorrência do princípio constitucional tributário da anterioridade anual (art. 62, § 2º c/c o art. 150, III, “b”, da CF/88), a cobrança de aumento da alíquota geral de ICMS de operações internas estadual, quando decorrer da edição de uma medida provisória, somente produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte ao que ocorrer a conversão em lei.

Caso concreto: em Tocantins foi editada MP que majorou a alíquota do ICMS. Embora tenha sido editada em 29/12/2022, somente foi convertida em Lei em 22/03/2023. Em respeito à anterioridade de exercício, esse aumento somente pode ser aplicado em 2024, revelando-se inconstitucional a incidência da alíquota majorada a partir de 1º/04/2023.

STF. Plenário. ADI 7.375/TO, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

O caso concreto foi o seguinte:

No dia 29 de dezembro de 2022, o Governador do Estado de Tocantins editou uma Medida Provisória (MP 33/2022) alterando o inciso II, do art. 27, do Código Tributário Estadual (Lei estadual 1.287/2001), para majorar a alíquota de ICMS nas operações e prestações internas de 18% para 20%.

Essa MP previu que ela entraria em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º/4/2023:

Medida Provisória nº 33, de 29/12/2022.

Altera o art. 27 da Lei nº 1.287, de 28 de dezembro de 2001, que dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins.

O Governador do Estado do Tocantins, no uso da atribuição que lhe confere o art. 27, § 3º, da Constituição do Estado, adota a seguinte Medida Provisória com força de lei:

Art. 1º O art. 27 da Lei nº 1.287, de 28 de dezembro de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 27. (...)

(...)

II - 20% nas operações e prestações internas.

(...)

§ 13. A alíquota prevista no inciso II do caput deste artigo aplica-se também às operações internas dispostas nas Leis nºs 4.017, 4.018, e 4.019, todas de 22 de novembro de 2022.

Art. 2º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de abril de 2023.

Palácio Araguaia, em Palmas, aos 29 dias do mês de dezembro de 2022; 201º da Independência, 134º da República e 34º do Estado.

Como a MP foi editada no final de 2022, ela somente foi votada e aprovada pela Assembleia Legislativa no ano seguinte (2023).

Assim, a MP 33/2022 foi convertida na Lei Estadual nº 4.141 em 22/03/2023.

Ocorre, no entanto, que Lei manteve a previsão de que a nova alíquota incidiria a partir de 01/04/2023:

Lei nº 4.141/23:

(...)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de abril de 2023.

Desse modo, a partir de 1º/4/2023, o Estado de Tocantins passou a exigir as novas alíquotas.

ADI

O PSD ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra essa Lei Estadual.

O requerente argumentou que o ICMS se submete aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal. Em assim sendo, como a lei foi promulgada somente no ano de 2023, a cobrança da nova alíquota somente seria possível no exercício seguinte, a partir de 2024.

Ao exigir as novas alíquotas no mesmo exercício, o Estado do Tocantins teria violado o princípio da anterioridade comum (anual), previsto no art. 150, III, “b”, da CF/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

(...)

Requeriu, portanto, a procedência da ADI para que fosse declarado inconstitucional o art. 2º, da lei estadual supramencionada.

O STF concordou com o pedido formulado na ADI? Esse dispositivo é inconstitucional?

SIM.

Inicialmente, é importante esclarecer que o STF entende que é possível que os Governadores editem medidas provisórias em matéria tributária, desde que:

- essa espécie legislativa (MP) esteja prevista na Constituição Estadual; e
- sejam observadas as regras básicas do devido processo legislativo descritas no texto constitucional.

Além disso, em se tratando de criação ou majoração de tributos, faz-se necessária a observância de um requisito adicional, previsto no art. 62, §2º, da CF/88:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Assim, nas palavras do relator, “somente com a estabilização do ato normativo, o que ocorre com a conversão da MP em lei, segundo a dicção deste STF, pode-se reputar que a teleologia da anterioridade de exercício foi alcançada”.

Essa regra tem por objetivo evitar que o ente tributante manipule os marcos temporais em matéria de criação e majoração de tributos, respeitando-se assim as garantias dos contribuintes e a segurança jurídica.

Nesse contexto, no caso de um tributo sujeito duplamente à noventena e à anterioridade de exercício (como é o caso do ICMS), a lei que institui ou majora a imposição somente será eficaz após decorridos noventa dias da data de sua divulgação em meio oficial e no exercício financeiro seguinte à sua publicação. Por esses motivos, o pedido foi julgada procedente, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, da Lei 4.141/2023, do Estado do Tocantins, proibindo a incidência da nova alíquota antes de 1º/01/2024.

Em suma:

Em decorrência do princípio constitucional tributário da anterioridade anual (CF/1988, art. 62, § 2º c/c o art. 150, III, “b”), a cobrança de aumento da alíquota geral de ICMS de operações internas estadual, quando decorrer da edição de uma medida provisória, somente produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte ao que ocorrer a conversão em lei.

STF. Plenário. ADI 7.375/TO, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

DOD PLUS – EXPLICAÇÃO COMPLEMENTAR

O que é o princípio da anterioridade nonagesimal?

Segundo o princípio da anterioridade privilegiada, qualificada ou nonagesimal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Trata-se de regra prevista no art. 150, III, ‘c’ (para os tributos em geral) e também no art. 195, § 6º (no que se refere às contribuições sociais).

O que é o chamado PIS?

PIS é uma espécie de contribuição de seguridade social, instituída pela União, e destinada a custear os serviços de saúde, previdência e assistência social (art. 194 da CF/88). Atualmente, o PIS é chamado de PIS/PASEP.

O PIS se submete à regra da anterioridade nonagesimal?

SIM. A contribuição social para o PIS submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal:

Art. 195 (...)

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

Imagine agora a seguinte situação:

O Presidente da República editou, em 29/01/2004, a Medida Provisória 164/2004 instituindo o PIS/PASEP. Essa MP foi convertida na Lei n.º 10.865, promulgada em 30/04/2004.

Durante a tramitação da Medida Provisória 164/2004 no Congresso, foi inserido no projeto de conversão um artigo majorando a alíquota do PIS incidente sobre a água mineral.

Desse modo, a majoração não havia sido prevista, originariamente, pela Medida Provisória e somente surgiu quando a MP foi convertida na Lei.

O prazo de 90 dias será contado da publicação da MP ou da Lei?

O prazo será iniciado da data da publicação da lei.

Em regra, o termo inicial para a contagem do prazo nonagesimal seria a data da publicação da medida provisória e não a da lei na qual fosse convertida. Todavia, como no caso houve o agravamento da carga tributária pela lei de conversão, a contagem do termo iniciar-se-ia da publicação desta.

Assim, segundo decidiu o STF, nos casos em que a majoração de alíquota tenha sido estabelecida somente na lei de conversão, o termo inicial da contagem é a data da conversão da medida provisória em lei.

Em suma:

A contribuição para o PIS está sujeita ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

Nos casos em que a majoração de alíquota tenha sido estabelecida somente na conversão de medida provisória em lei, a contribuição apenas poderá ser exigida após noventa dias da publicação da lei de conversão.

STF. Plenário. RE 568503/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 12/2/2014 (Repercussão Geral – Tema 278) (Info 735).

ISS

É constitucional a incidência do ISS sobre o preço total das diárias pagas em hospedagem

Importante!!!

É constitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as atividades relativas à hospedagem de qualquer natureza, prevista no subitem 9.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

STF. Plenário. ADI 5.764/DF, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

ISSQN

O ISSQN significa Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Algumas vezes, você encontrará apenas a sigla ISS. É a mesma coisa.

Trata-se de um tributo de competência dos Municípios.

Em âmbito nacional, o ISSQN é disciplinado pela LC 116/2003, que estabelece suas normas gerais. Vale ressaltar, no entanto, que cada Município, para cobrar este imposto, precisa editar uma lei ordinária municipal tratando sobre o assunto. Esta lei local, obviamente, não pode contrariar a LC 116/2003 nem prever serviços que não estejam expressos na lei federal.

Fato gerador

O ISSQN incide sobre a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

Confira o texto constitucional:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

(...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Veja agora o que diz o art. 1º da LC 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Exemplos: quando o médico atende o paciente em uma consulta, ele presta um serviço, sendo isso fato gerador do ISSQN; quando o cabeleireiro faz uma escova progressiva na cliente, ele também presta um serviço e deverá pagar ISSQN.

Todos os serviços que estão sujeitos ao pagamento de ISSQN encontram-se previstos na lista anexa à LC 116/2003. Se não estiver nesta lista, não é fato gerador deste imposto. Vale ressaltar que esta lista é taxativa (exaustiva).

Conflitos de competência tributária são resolvidos pelos critérios definidos em lei complementar

Nem sempre é muito fácil distinguir o que é venda de mercadoria ou prestação de serviço. O legislador constituinte, já prevendo que isso poderia gerar inúmeros conflitos de competência tributária, estabeleceu, no art. 146, I, da Constituição Federal, que esses conflitos devem ser resolvidos por lei complementar de normas gerais a cargo da União:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

Essa lei complementar existe? Qual foi o critério adotado no caso de possível conflito envolvendo venda de mercadoria (ICMS) e prestação de serviços (ISS)?

O critério foi definido no art. 1º, § 2º da LC 116/2003.

Antes de verificarmos qual foi o critério utilizado, é importante diferenciar as operações puras e mistas.

Podem existir três tipos de operações para fins de incidência de ICMS ou ISS:

**a) operação pura de
circulação de mercadorias**

**b) operação pura de
prestação de serviços**

c) operação mista

| | | |
|--|---|---|
| Ocorre quando o contribuinte apenas realiza circulação de mercadorias, sem prestar qualquer tipo de serviço. | Ocorre quando o contribuinte realiza apenas prestação de serviços sem fornecer mercadorias. | Ocorre quando o contribuinte realiza prestação de serviços, mas também fornece mercadorias. |
| Ex: uma loja de brinquedos. | Ex: serviços prestados por uma psicóloga. | Ex: a montagem de pneus na qual a própria empresa fornece os pneus. |
| O contribuinte só irá pagar ICMS. | O contribuinte só irá pagar ISS. | Em regra, haverá pagamento apenas do ISS, se o serviço estiver na lista. |

Explicando melhor a terceira situação. No caso de operações mistas (como o caso da farmácia de manipulação), haverá pagamento de ICMS ou ISS?

REGRA:

- Se o serviço prestado estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ISS.
- Se o serviço prestado não estiver na lista anexa da LC 116/2003: haverá pagamento apenas de ICMS.

EXCEÇÃO:

Existem algumas operações mistas nas quais a LC 116/2003 prevê que sobre elas deverão incidir tanto o ISS (sobre o serviço prestado) como também o ICMS (sobre a circulação de mercadorias). É o que preconiza o art. 1º, § 2º da LC:

Art. 1º (...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Serviços de hospedagem

A lista anexa da Lei Complementar 116/2003 prevê que os serviços de hospedagem estão sujeitos ao pagamento de ISS. Veja:

9 – Serviços relativos a hospedagem, turismo, viagens e congêneres.

9.01 – Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat, apart-hotéis, hotéis residência, residence-service, suite service, hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com fornecimento de serviço (o valor da alimentação e gorjeta, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto Sobre Serviços).

9.02 – Agenciamento, organização, promoção, intermediação e execução de programas de turismo, passeios, viagens, excursões, hospedagens e congêneres.

9.03 – Guias de turismo.

Dessa maneira, os hotéis e estabelecimentos congêneres são obrigados a pagar ISSQN pelo serviço de hospedagem, normalmente calculado sobre o valor da diária.

ADI

Por entender que essa previsão seria inconstitucional, a ABIH NACIONAL – Associação Brasileira de Indústria de Hotéis – ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra o subitem 9.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

A requerente sustentou que o serviço de hospedagem pode ser decomposto em duas atividades distintas:

1) locação de bem imóvel (quarto); e

2) prestação de serviços necessários ao hóspede.

Assim, na visão da requerente, o contrato de hospedagem seria de natureza mista, híbrida, alcançando a combinação de diversas espécies contratuais, sendo uma delas a locação de bem imóvel.

Logo, no preço da diária cobrado do hóspede estaria englobado também o preço cobrado pela locação do quarto.

Por esse motivo, sustentou que, para fins de incidência do imposto, deveria ser necessária uma distinção entre o custo da locação de bens (obrigação de dar) e prestação de serviços (obrigação de fazer), de modo a incidir o imposto apenas no montante correspondente à última (obrigação de fazer), que se constitui hipótese de incidência do ISS.

Ressaltou, inclusive, que é vasta a jurisprudência no sentido de inadmitir a incidência do ISS sobre locação de imóveis, em uma interpretação extensiva da Súmula Vinculante nº 31 (*“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”*).

Ao final, requereu a procedência da ação para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da hipótese de incidência prevista no item 9.01 da lista anexa a LC 116/03 ou, sucessivamente, fosse declarada a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a fração correspondente à locação de bem imóvel.

O STF concordou com os argumentos da autora? O dispositivo impugnado é inconstitucional?

NÃO.

Doutrinariamente, a hospedagem pode ser qualificada como sendo um contrato atípico, bilateral, consensual, oneroso, comutativo e, em regra, de adesão.

Vale ressaltar, ainda, que o contrato de hospedagem é classificado como um contrato de consumo. Como contratado teremos uma pessoa física ou jurídica que prestará o serviço. No outro polo da relação negocial teremos o consumidor, seja ele uma pessoa física ou até mesmo uma pessoa jurídica. Importante esclarecer que, mesmo se o serviço de hospedagem estiver sendo contratado por uma pessoa jurídica, o uso da hospedagem será para o seu preposto ou representante, de forma que a pessoa jurídica utilizará os serviços de hotelaria como destinatário final.

Diante disso, conclui-se que a hospedagem, em regra, é regida pelo Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, pelo Código Civil.

Por se está dizendo isso? Para se demonstrar, de forma muito clara, que não é possível confundir a relação negocial de hospedagem com o contrato de locação de bem imóvel.

Nesse sentido, confira a lição de Gladson Mamede:

“Numa relação negocial de hospedagem, encontramos um contrato no qual alguém se compromete a hospedar outrem, a dar-lhe abrigo. Como se constata com facilidade, começamos pela relação mais elementar, na qual se poderiam elencar os seguintes elementos: (1) o hospedeiro, (2) o hóspede, (3) a obrigação de abrigar (o que pressupõe um local adequado para tanto), e (4) um acordo de vontade. Em dinâmica, temos, minimamente, uma relação negocial na qual um sujeito assume a função de hospedeiro por aceitar abrigar alguém (o hóspede).

(...)

Há, portanto, um contrato de hospedagem remunerado (ou oneroso) quando um sujeito (o hospedeiro) acolhe (hospeda) alguém (o hóspede) em troca de qualquer produto ou mercadoria ou mesmo quando o hóspede oferece-se para, em troca da hospedagem, prestar um serviço.

De qualquer forma, seja em função do tipo de pagamento, seja em função do tipo de acolhida (hospedagem) que é contratado, é fundamental que as pessoas, que os bens e as obrigações assumidas não estejam arrançados sob forma que transfira o fato para o âmbito de outra regulamentação jurídica, como a locação ou o contrato de trabalho com fornecimento de alojamento, entre outras situações possíveis (...). É fundamental não confundir os contratos de hospedagem e de hotelagem com o contrato de locação. Tanto na hospedagem, quanto na hotelagem, contrata-se o abrigo do hóspede e, conforme o caso, serviços complementares para

garantir e otimizar tal acolhida; já no contrato de locação, contrata-se a cessão do direito de uso (ius utendi) e, em parte (creio), do direito de gozo e fruição (ius fruendi) de uma coisa (res fundum). O locador está obrigado a permitir a utilização plena da coisa (móvel ou imóvel), ao passo que o hoteleiro (e o hospedeiro, mais amplamente) está obrigado a um comportamento (a um fazimento): acolher, abrigar. São situações diferentes, submetidas a tratamentos jurídicos diversos.

(...)

Em fato, como procurei demonstrar anteriormente, há uma distinção nítida entre ambos os negócios; acrescente-se, por ser relevante, que os contratos locativos, mormente os residenciais, estão protegidos pela legislação específica (a Lei do Inquilinato), constituída com base na ideia de proteção ao inquilino (via de regra, famílias que fazem do bem locado seu lar), numa visível política de proteção social. Essas circunstâncias não estão presentes nos hotéis, mesmo quando se tem uma contratação por longo tempo, ainda que o pagamento, justamente em função disso, seja calculado por fórmula diferente daquela utilizada para o cálculo das diárias (ou seja, por pagamentos semanais, quinzenais ou mensais). Afinal, o usuário do hotel beneficia-se, sempre, da estrutura de hotelaria, de sua maior segurança, de detalhes como uma portaria e recepção, como unidades habitacionais diferidas, onde verifica-se maior movimentação, maior variação de vizinhança, ausência de situação familiar etc (...) O contrato de hospedagem, portanto, não constitui mero contrato de locação de leito ou de quarto, mas um contrato distinto, com tórculo próprio, a implicar um conjunto de obrigações inconfundíveis. E para aquele que o contrato com fins comerciais (visando à contraprestação do hospedado), deve estar atento para a amplitude de suas obrigações mínimas". (MAMEDE, Gladston. *Manual de direito para administração hoteleira: incluindo análise dos problemas e dúvidas jurídicas, situações estranhas e as soluções previstas no direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 142-147).

A Lei nº 11.771/2008 não deixa dúvidas sobre a caracterização dos meios de hospedagem como um serviço e, por consequência, hipótese de incidência do ISSQN:

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

§1º Os empreendimentos ou estabelecimentos de hospedagem que explorem ou administrem, em condomínios residenciais, a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equipadas, bem como outros serviços oferecidos a hóspedes, estão sujeitos ao cadastro de que trata esta Lei e ao seu regulamento.

§2º Considera-se prestação de serviços de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

§ 3º Não descaracteriza a prestação de serviços de hospedagem a divisão do empreendimento em unidades hoteleiras, assim entendida a atribuição de natureza jurídica autônoma às unidades habitacionais que o compõem, sob titularidade de diversas pessoas, desde que sua destinação funcional seja apenas e exclusivamente a de meio de hospedagem.

§ 4º Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.

A partir desses fundamentos, o STF destacou que, embora o contrato de hospedagem veicule, de fato, uma obrigação primordial de fazer, essa classificação não se confundiria com a locação de imóveis, nem se constituiria em fundamento para afastar a incidência do tributo.

Conforme decidido no Tema 300 (RE 603.136/RJ), “o ISS incide sobre atividades que representem tanto obrigações de fazer quanto obrigações mistas, que também incluem uma obrigação de dar”.

Logo, não se pode também acolher o pedido subsidiário da autora no sentido de decotar (abater) da base de cálculo do ISS a parcela referente à locação da unidade habitacional, porque a circulação econômica de serviço vertida no contrato de hospedagem tem caráter singular, justificando-se a partir de sua visualização unitária. Assim, é inviável a cisão de modo a retirar da base impositiva desse imposto municipal a fração relativa à locação da unidade habitacional. Em outras palavras, todas as parcelas que integram o preço do serviço de hotelaria compõem a base de cálculo do ISS.

Em suma:

É constitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as atividades relativas à hospedagem de qualquer natureza, prevista no subitem 9.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

STF. Plenário. ADI 5.764/DF, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 29/9/2023 (Info 1110).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) O reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas se sujeita ao marco temporal da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) nem à presença de conflito físico ou controvérsia judicial existentes nessa mesma data. ()
- 2) É inconstitucional o reajuste de proventos e pensões concedidos a servidores públicos federais e seus dependentes não beneficiados pela garantia de paridade de revisão, pelo mesmo índice de reajuste do regime geral de previdência social (RGPS), previsto em normativo do Ministério da Previdência Social, no período anterior à Lei 11.784/2008. ()
- 3) É constitucional norma estadual que, independentemente da obrigação de reparar o dano, condicione a exploração de recursos minerais ao pagamento de indenização monetária pelos danos causados ao meio ambiente. ()
- 4) É inconstitucional a previsão contida no § 2º do art. 101 do ADCT de que os depósitos judiciais podem ser utilizados para pagamento de precatórios atrasados. ()
- 5) O aumento na alíquota do ICMS por meio de medida provisória somente poderá ser exigido no ano fiscal seguinte ao da sua conversão em lei. ()
- 6) É dispensável a prévia autorização judicial do Desembargador Relator para a instauração de investigações penais contra autoridades com foro privativo no Tribunal de Justiça, seja a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público. ()
- 7) É constitucional a incidência do ISS sobre o preço parcial das diárias pagas em hospedagem. ()

Gabarito

| | | | | | | |
|------|------|------|------|------|------|------|
| 1. E | 2. E | 3. C | 4. E | 5. C | 6. E | 7. E |
|------|------|------|------|------|------|------|