

ISSN 0103-703-X
www.trf1.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Número 6 Ano 22 Junho /2010

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Paulo Souza da Silva – Supervisor/SEREV

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Paulo Sérgio Farripas de Moraes Júnior – estagiário

Paulo Souza da Silva

Pedro Eugênio Azevedo Lima

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Paulo Souza da Silva

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Paulo Souza da Silva

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Leandro Arantes de Melo – estagiário

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Confecção de fotolitos

Ryobi Gráfica e Editora Ltda.

Colaboração

Divisão de Jurisprudência (pesquisa)

Coordenadoria de Taquigrafia (degravação/entrevista)

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista – Serev/Cojud/TRF 1

Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar

70070-040 – Brasília/DF

Telefones: (61) 3314-1752 e 3314-1734 – Fax: (61) 3323-2874

E-mail: cojud-revista@trf1.jus.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

As seções que reproduzem acórdãos e decisões judiciais publicados em meio de comunicação oficial conservam sua redação original, nas quais a Revista restringe-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização. Nas demais seções, a Revista realiza revisão textual e padronização, em conformidade com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008) e com projeto editorial próprio.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1

(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF 1ª Região, 1989-

v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência – Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (Região 1.)

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *José Amílcar Machado*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

1ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

2ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

3ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

4ª Seção

Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

1ª Turma

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian* – Presidente
Desembargadora Federal *Ângela Maria Catão Alves*

2ª Turma

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Presidente
Desembargadora Federal *Neuza Alves*
Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*

3ª Turma

Desembargador Federal *Tourinho Neto* – Presidente
Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*

4ª Turma

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

5ª Turma

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira* – Presidente
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

6ª Turma

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

7ª Turma

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral* – Presidente
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*

8ª Turma

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso* – Presidente
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Conselho de Administração

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado* – Vice-Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Corregedor-Geral
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – Presidente
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargadora Federal *Mônica Jacqueline Sifuentes*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti* – Suplente

Comissão de Concurso

Desembargador Federal *Olindo Menezes* – Presidente
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Membro
Desembargador Federal *Souza Prudente* – Membro
Professor *Tarcísio Vieira de Carvalho Neto* – Membro (UnB)
Dr. *Raul Livino Ventim de Azevedo* – Membro (OAB)

Comissão de Regimento – art. 83, RITRF1

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Presidente
Desembargador Federal *José Amílcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues* – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico – art. 84, RITRF1

Desembargador Federal *Carlos Eduardo Moreira Alves* – Presidente
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Comissão de Promoção – art. 78, §2º, RITRF1

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro* – Presidente
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*
Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Revista do Tribunal

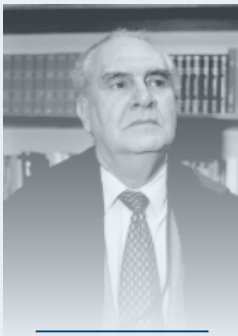
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal *Hilton Queiroz* – Diretor
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves* – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/1999 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



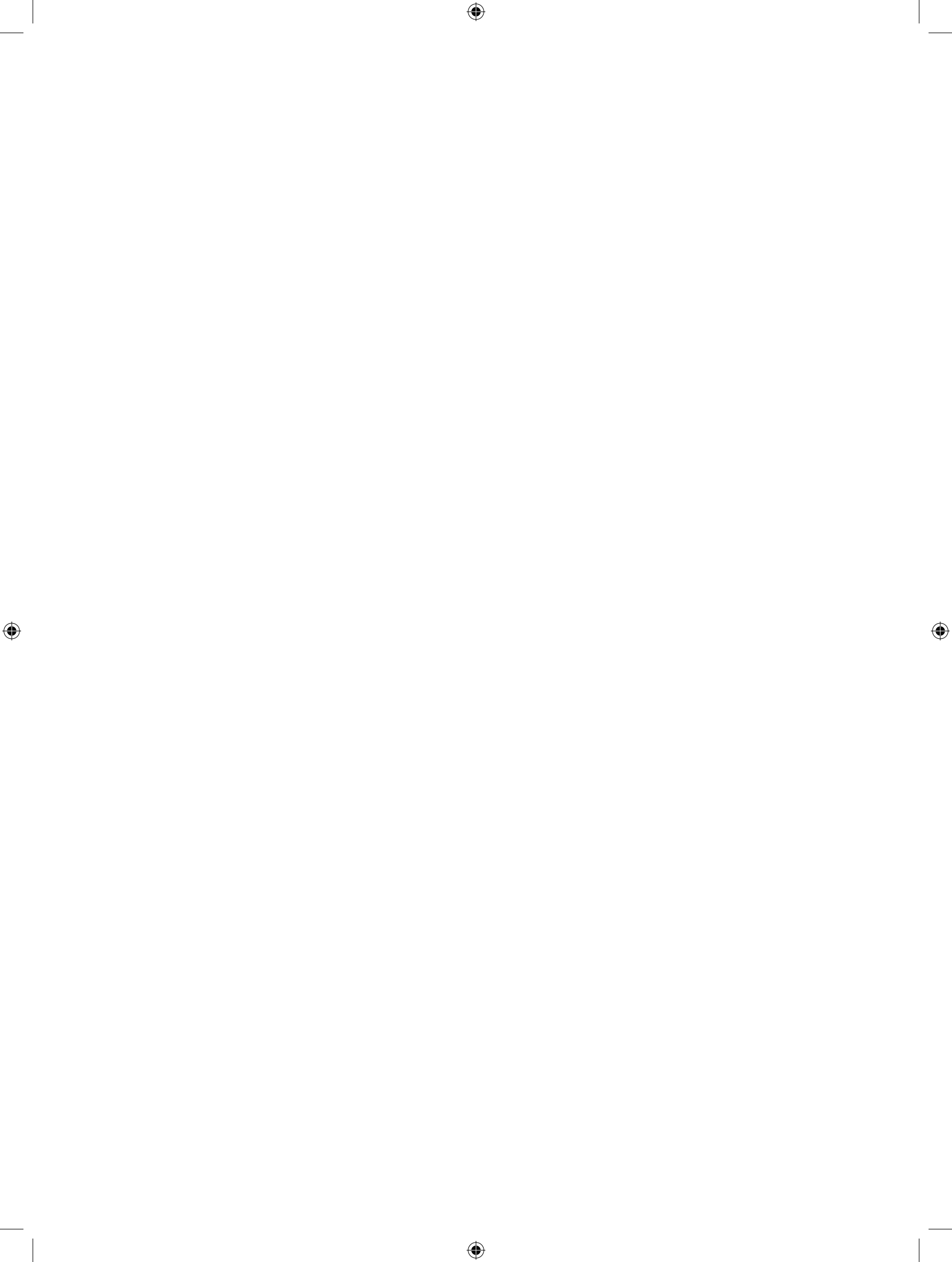
Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009



Desembargador Federal
Carlos Moreira Alves
a partir de setembro/2009



Editorial 15

Juramento 17

Epígrafe 19

Ponto de Vista 21

A intervenção do Direito Penal na gerência da sociedade
Raul Livino

Variedades 25

Improbidade administrativa e ato de improbidade
Osmar Tognolo

Artigos Doutrinários 33

Propriedade, posse e Constituição, 33
Tourinho Neto

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva do crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, 39
Robério Celestino de Souza

Tópicos Jurídicos 47

Breves considerações sobre a Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, 47
Aldo de Campos Costa

Proibição das pulseirinhas do mal, 51
Damásio de Jesus

Inovações Legislativas 53

Lei 12.219, de 31/03/2010, 53

Altera o art. 73 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, para permitir que a União possa celebrar convênios com os Estados e o Distrito Federal visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios com o objetivo de prevenir o seu uso indevido, e possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Lei 12.236, de 19/05/2010, 54

Altera o art. 723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para adequá-lo às exigências da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Lei 12.245, de 24/05/2010, 55

Altera o art. 83 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios.

Arguição de Inconstitucionalidade**57**

Licença para uso da configuração de veículos ou motor – LCVM. Natureza jurídica de taxa. Ofensa aos princípios da retributividade, proporcionalidade e razoabilidade

Numeração única: 0020174-16.2001.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 2001.34.00.020204-2/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Acórdãos: inteiros teores**63**

Corte Especial – Suspensão dos efeitos de decisões reintegratórias de posse. Não provimento, 63

Numeração única: 0055011-68.2008.4.01.0000

Agravo Regimental na SLAT 2008.01.00.054821-0/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Primeira Seção – Militares. Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET. Depósito prévio. Justiça gratuita. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Ofensa a literal disposição de lei. Art. 485, inciso V, do CPC. Pedido improcedente, 65

Numeração única: 0010113-38.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.007824-0/PA

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Segunda Seção – Prefeito municipal. Possibilidade de vir a ser sujeito ativo do delito de apropriação indébita previdenciária. Parcelamento do débito tributário. Suspensão da pretensão punitiva do Estado. Arquivamento, 69

Numeração única: 0038106-85.2008.4.01.0000

Inquérito Policial 2008.01.00.036942-4/GO

Relator: Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Terceira Seção – Conhecimento de matéria não objeto da contestação e da sentença. Possibilidade, 75

Numeração única: 0010546-28.2000.4.01.3500

Embargos Infringentes 200035000106023/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Relator p/acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira

Quarta Seção – Ministério Público. Substituto processual. Desnecessidade de citação dos substituídos. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Ordem dos músicos. Conselhos profissionais. Músicos integrantes de bandas ou conjunto. Inscrição. Desnecessidade, 80

Numeração única: 0021674-64.2003.4.01.0000

Ação Rescisória 2003.01.00.026783-8/AC

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Turma – Servidor público federal. IAPI. Restabelecimento da gratificação bienal. Impossibilidade. Precedentes do STJ e do STF, 86

Numeração única: 422128320014013800

Apelação Cível 2001.38.00.042317-3/MG

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)

Segunda Turma – Mandado de segurança. Pagamento de vantagens acumuladas. Recebimento de valores indevidos. Restituição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé, 89

Numeração única: 0002004-36.2005.4.01.3600

Apelação em Mandado de Segurança 2005.36.00.002004-3/MT

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Terceira Turma – Habeas corpus. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. A quem cabe o combate à criminalidade? 91

Numeração única: 0018322-54.2010.4.01.0000

Habeas Corpus 0018322-54.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Quarta Turma – Crimes cometidos por prefeito. Incisos I e IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967. Desvio de recursos destinados à educação. Materialidade e autoria. Demonstradas, 95

Numeração única: 0001138-03.2002.4.01.3901

Apelação Criminal 2002.39.01.001137-6/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Quinta Turma – Plano de saúde. Colocação de prótese *stent* necessária à cirurgia cardíaca. Ilegalidade de cláusula contratual que exclui tal cobertura caso o procedimento cirúrgico seja coberto pelo plano. Incidência do CDC, 101

Numeração única: 42975-45.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00043570-5/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Sexta Turma – Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa). Bem público. Ocupação por particular, com assentimento da autarquia. Posse de boa-fé. Destinação diversa da inicial. Direito à indenização por benfeitorias, 104

Numeração única: 0002387-60.1999.4.01.3200

Apelação Cível 1999.32.00.002390-9/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Sétima Turma – Conselhos de fiscalização profissional. Anuidades. Natureza tributária. Majoração/fixação mediante resolução. Impossibilidade. Lei 6.994/1982. Revogação expressa pela Lei 8.906/1994, 109

Numeração única: 0012793-86.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.012815-4/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Oitava Turma – Execução Fiscal. Penhora *on line*. Sistema Bacen Jud. Art. 655-A do CPC. Ausência de comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor. Descabimento, 112

Numeração única: 0031058-75.2008.4.01.0000

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200801000304793/MG

Relator : Desembargador Federal Souza Prudente

Decisões Monocráticas

115

Usina Belo Monte/PA. Pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar, formulado pela União Federal. Decisão da lavra do Juiz Federal de Altamira/PA. Art. 176, § 1º, da CF. Norma constitucional de eficácia limitada. Fixação das condições ao desenvolvimento da atividade de potencial hidroelettrico em terras indígenas. Ilicitude do deferimento de licença prévia antes da regulamentação da norma constitucional, 115

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 21954-88.2010.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Pedido de efeito suspensivo. Decisão que deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela. Determinação para que a União se abstenha de cobrar ou exigir IRPJ e CSLL sobre os juros de mora e correção monetária creditados/recebidos, 127

Numeração única: 0075622-08.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.066220-0/MG

Relatora : Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Pedido de efeito suspensivo interposto pela União (Fazenda Nacional). Decisão proferida pelo juízo monocrático. Pedido de antecipação da tutela determinando a suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Imposto de Renda . Proventos de aposentado, em virtude de alienação mental, 129

Agravo de Instrumento 0017970-96.2010.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

JEFs em Revista

131

Cobrança de assinatura básica de serviço de telefonia. Ausência de interesse da Anatel. Incompetência da Justiça Federal, 131

Numeração única: 77467-92.2007.4.01.3800

Recurso Inominado 2007.38.00.738657-7

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho

Aumento salarial diferenciado. Ocupantes de classes e padrões diversos. Lei 10.476/2002, 132

Numeração única: 0053249-27.2007.4.01.3500

Recurso JEF 0053249-27.2007.4.01.3500

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araujo

Mitigação do princípio da adstrição. Incidência dos arts. 462 do CPC e 6º da Lei 9.099/1995. Invalidez total e temporária. Restabelecimento do auxílio-doença a partir do seu último cancelamento. Recurso provido, 133

Numeração única: 16290-75.2008.4.01.4000

Recurso Inominado 2008.40.00.708616-0

Relator: Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis

Amparo assistencial. Relativização do formalismo processual. Razoável duração do processo. Presença das condições da ação. Direito ao pagamento das parcelas devidas entre o primeiro requerimento administrativo e a concessão administrativa do Loas, 135

Numeração única: 8808-42.2009.4.01.4000

Processo 2009.40.00.700266-2

Relator: Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis

Breviário

137

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br).

Ação popular. Tarifas telefônicas. Reajuste pela Anatel. Anulação dos atos genéricos de reajuste. Competência da 4ª Seção.

Juiz de vara de JEF da capital X juiz de vara única de subseção. Prevenção. Processo anterior extinto por incompetência. Inocorrência. Súmula 689/STF. Ajuizamento de ação posterior no foro de domicílio do segurado. Competência do juízo suscitado.

Direito de resposta. CF, art. 5º, V. Eficácia imediata. CF, art. 5º, § 1º. Reportagens do jornal Estado de Minas. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). O dever dos meios de comunicação.

IPI. Obrigação tributária acessória. Observância, pelo adquirente, da correta classificação fiscal do produto tributado ou isento. Descumprimento. Multa. Legalidade.

Amparo assistencial. Concessão de benefício. Estudo sócio-econômico.

Menor sob guarda. Óbito ocorrido na vigência da Lei 9.528/1997. Exclusão. Inconstitucionalidade. Correção monetária. Juros de mora.

Receptação. Art. 180, CP. ATPF's. Ibama. Dolo.

Furto. Agência da Caixa Econômica Federal. Crime impossível. Art. 17 do Código Penal. Não caracterização de flagrante preparado.

Concurso Público. Técnico de nível superior. Retificação do edital antes da realização da prova.

Ordem dos Músicos. Condição imposta para participação de profissionais em eventos musicais. Prévia quitação de anuidades. Inadmissibilidade. Cobrança com espeque na Lei 6.830/1980.

PIS/Cofins. Base de cálculo. Faturamento. Lei 9.718/1998, art. 3º, §1º. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Receitas financeiras. Cessão e exploração de direitos autorais. Natureza mercantil. Equiparação à venda/locação de bens móveis – Lei 9.610/1998. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Compensação. Possibilidade.

Repositórios oficiais de jurisprudência, 143

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 145



A partir deste mês, a Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região passa a ter edições independentes nos meses de junho e julho. Essa ampliação do número de edições por ano vem acompanhada de modificações na capa e nas seções internas, com alterações que visam a tornar a leitura mais organizada e agradável.

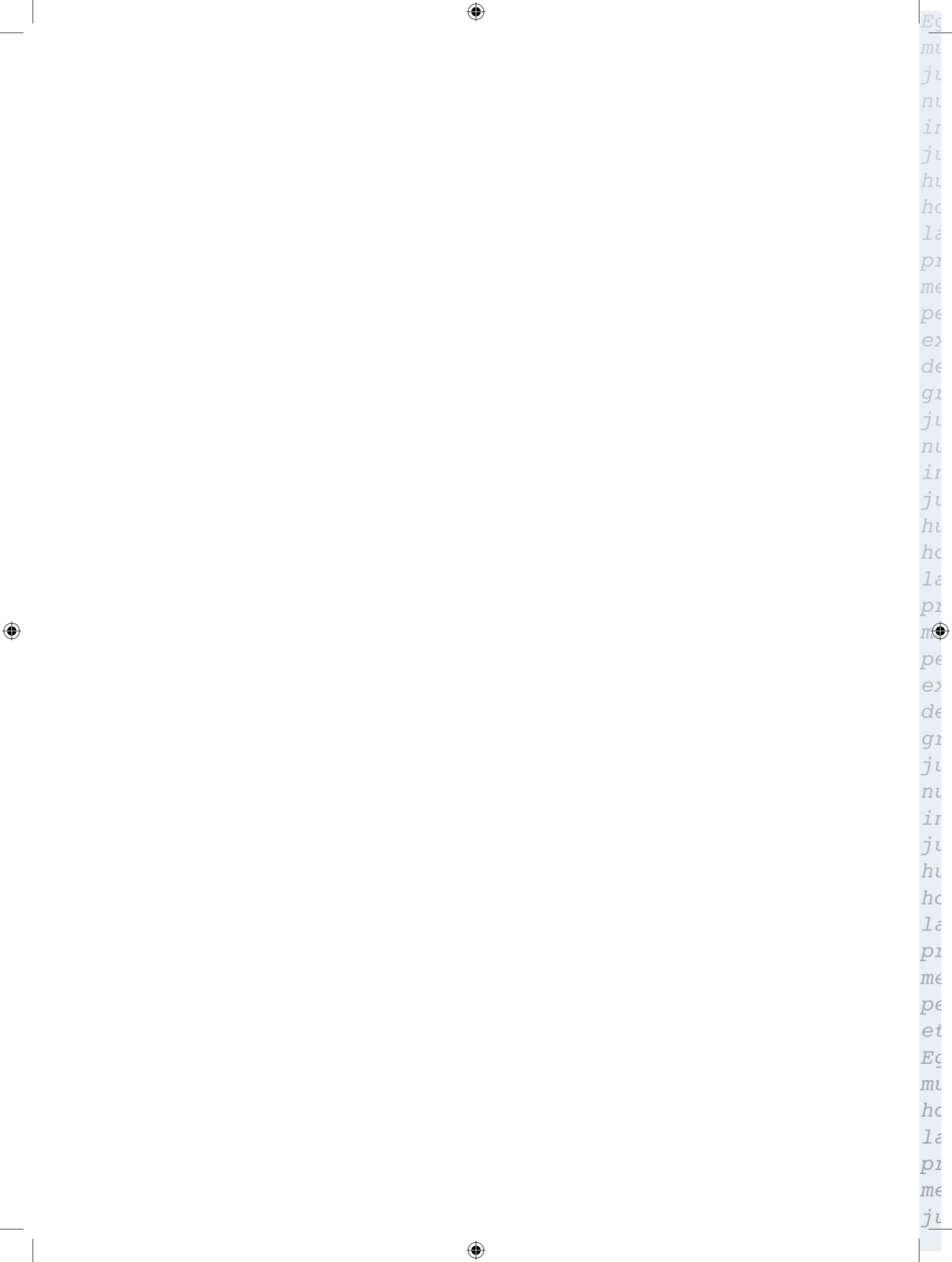
Nesta edição, o advogado criminalista Dr. Raul Livino, nosso entrevistado, faz uma análise crítica das inovações trazidas pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, salientando a necessidade de uma reforma que torne praxe a teoria minimalista, referente à intervenção mínima do Direito Penal na gerência da sociedade.

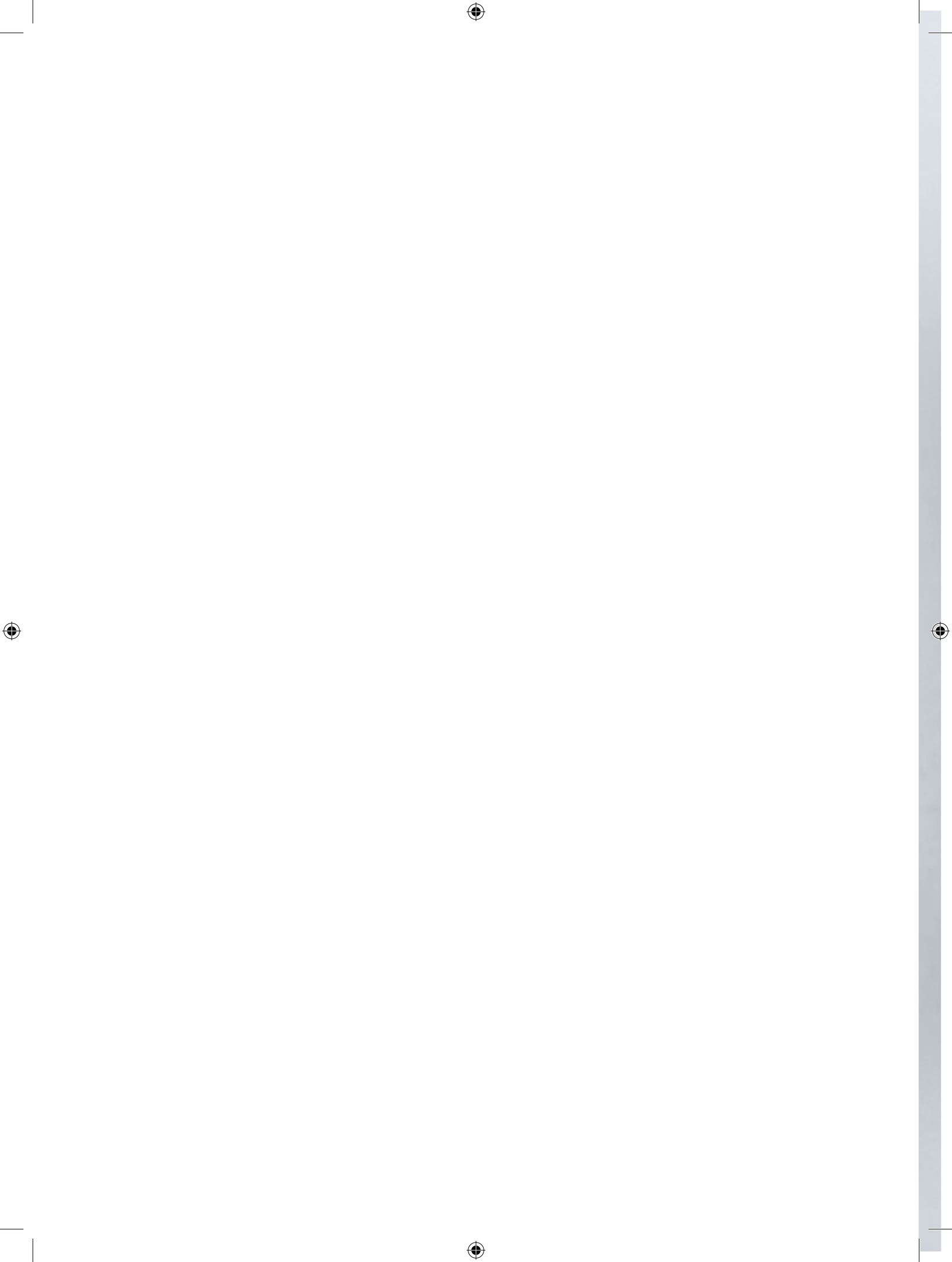
Temas da atualidade jurídica relacionados à propriedade, à posse e à Constituição são abordados na seção Artigos Doutrinários, a qual traz também uma abordagem das oscilações e divergências verificadas nas jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em relação ao termo inicial da prescrição da pretensão punitiva nos delitos praticados contra a Previdência Social.


Na seção Tópicos Jurídicos, encontramos breves considerações sobre a Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal, para excluir a prescrição retroativa. A proibição das chamadas pulseiras do sexo em alguns municípios do Brasil também é tratada nessa seção.

Finalmente, seguindo uma das finalidades precípua da Revista, divulgamos decisões da Corte Especial e dos demais órgãos fracionários do Tribunal.

Boa leitura!







As pessoas eficazes põem o foco na contribuição. Elas tiram os olhos de seu trabalho e olham para fora, em direção às suas metas. Perguntam: "Qual é a contribuição que posso dar para influir significativamente no desempenho e nos resultados da instituição em que trabalho?"

A ênfase delas reside na responsabilidade.

Peter Drucker



A intervenção do Direito Penal na gerência da sociedade

Raul Livino*



O advogado criminalista Dr. Raul Livino discorre sobre a legislação processual penal em vigor, salientando a necessidade de criação de um código com postura constitucionalista, o qual institua respostas alternativas à prisão, que ficaria reservada para os crimes de periculosidade concreta, de forma a reduzir as condutas afetas ao Direito Penal.

Revista: Como o senhor avalia a nossa atual legislação processual penal? O que precisa mudar?

Raul Livino: A nossa legislação processual penal está concentrada no Código de Processo Penal, embora tenhamos um conjunto de leis extravagantes que, na maior parte, foram incorporadas ao código, enquanto outras permanecem ainda como lei extravagante. O Código de Processo Penal precisava sofrer uma modificação ampla para se ajustar ao constitucionalismo moderno. Depois da Constituição de 1988, precisávamos ter um Código de Processo com postura constitu-

cionalista, um Direito Penal constitucional; isto é inegável, embora sob o aspecto operativo ele tenha seus méritos, ou seja, eu diria que ele satisfaz a nossa demanda, com essa observação de que precisamos adaptá-lo ao constitucionalismo moderno. O Código Penal é resquício da era getuliana, de uma época em que a concepção de pessoa, de humanidade era totalmente diferente do que nós temos hoje. Então, sob essa postura metodológica, teórica, era preciso que o Brasil tivesse um Código de Processo à altura. Agora, sob o aspecto utilitário, ele atende a demanda, com as modificações que já fizemos.

Revista: Qual a sua opinião sobre o projeto do novo CPP?

Raul Livino: Participamos da sua avaliação representando a Ordem. Nós integramos a comissão que avaliou o trabalho feito, apresentando várias sugestões para o aperfeiçoamento do projeto, e a Ordem fez a revisão. O projeto é avançado e merece ser discutido com a sociedade; merece uma discussão ampla quando da sua apresentação no parlamento, assim como está ocorrendo com o Código de Processo Civil.

O projeto atende com profissionalismo, dentre as modificações cria o juiz de garantia, o que é muito importante, porque é aquele juiz que determina as prisões temporárias, preventivas, e atua na fase pré-processual, inquisitiva. Esse juiz fica impedido de instruir e julgar. De grande valia isso. Muitos criticam, mas, para que tenhamos equidistância, imparcialidade, um

* Advogado criminalista há mais de 30 anos. Professor titular da cadeira de Direito Penal na Faculdade de Direito do Distrito Federal – UniCeub – desde 1986. Professor titular das cadeiras de Filosofia e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito do Distrito Federal – UniCeub – desde 1986. Professor licenciado de Direito Constitucional, Penal e Processual Penal na Academia de Polícia Militar do Distrito Federal, para os cursos: Superior de Polícia, Aperfeiçoamento e Formação de Oficiais. Professor licenciado da Escola Superior de Magistratura do Distrito Federal. Supervisor do Núcleo de Prática Jurídica do UniCeub desde 1998. Ex-Chefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito do Distrito Federal, UniCeub. Ex-Vice-Diretor da Faculdade de Direito do Distrito Federal – UniCeub. Conselheiro de Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Distrito Federal, há mais de 15 anos. Presidente em exercício do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro das bancas examinadoras para concursos de juizes do Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região e de Justiça do Distrito Federal, de Procurador do Distrito Federal e Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Integrou a lista tríplice para vaga de desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Integrou a lista tríplice para vaga de juiz do Tribunal Regional Eleitoral.

sistema acusatório na sua plenitude, é necessário que o juiz que vai julgar a causa não tenha conhecimento, não participe das diligências investigativas.

Revista: Dentro desse processo de criação do novo projeto, houve uma modificação no Tribunal do Júri. Sendo advogado criminalista e tendo participado de inúmeros júris, o senhor considera a instituição válida?

Raul Livino: Nós tivemos uma modificação agora, mas creio que devemos aperfeiçoar mais ainda o Tribunal do Júri. Há uma discussão, se devemos funcionar no sistema do *common law*, ou seja, na questão do veredicto, se devemos ter os jurados pares, e decidir por unanimidade, como ocorre nos países anglo-saxões; não teríamos o júri ímpar; há uma previsão, inclusive, de ser par, mas continuar com o sigilo, ou seja, os jurados decidem, como hoje, segundo a consciência e os ditames da Justiça; há incomunicabilidade, isto é, os jurados só conversam com a sua consciência; ouvem, ouvem, analisam e não discutem. No sistema americano, no sistema dos países anglo-saxões, há um líder, há uma discussão e ainda a deliberação; o veredicto, para ser unânime, pode ser demorado devido à discussão. Nós temos o sistema do escabinato francês, em que o juiz togado participa da discussão — isso é perigosíssimo, ele pode influenciar —, e na nossa modalidade, nossa realidade cultural, esse sistema da incomunicabilidade deve permanecer. Porque não adianta criar institutos que estejam em total dissonância, descompasso com a realidade cultural; tudo funciona dentro de uma cultura, onde somos algo biopsicossocial. Nós somos aquilo que decorre de um processo de interação histórica, antropológica. Não sei por que transformá-lo em par; uma das modificações que nós tivemos é que, hoje, quando se obtém a maioria do quarto voto, o juiz não prossegue na inquirição dos jurados, porque ninguém sabe quem é que votou; se for um sistema pretérito, o que acontece? O juiz conta todos os votos e se conhece o resultado, foi por unanimidade; no resultado por maioria, ainda seria fácil identificar o jurado; por unanimidade, todos votaram pela condenação. Então, precisa haver proteção aos jurados, quando, a partir do quarto voto, o decano encerra.

Revista: Há, no meio jurídico, uma discussão acerca da paridade, e a argumentação é a de que deveria haver uma maioria de cinco votos contra três. É uma maioria mais consistente do que quatro a três, que é o nosso sistema atual.

Raul Livino: Acredito que os jurados errem menos do que a Justiça togada. Com trinta e oito anos de

advocacia e de estudo da matéria criminal e da condição humana, — porque os meus estudos são voltados para a Filosofia — e sendo professor de Direito Penal, posso afirmar que eles erram menos, nos limites da sua competência, e a influência que eles têm é a mesma da magistratura togada. Sobre as modificações: antes, era submetido aos jurados o quê? Uma extensa lista de quesitos. Costumávamos dizer que a legítima defesa, quando era questionada, era um verdadeiro sufoco, sobretudo para as partes, para a defesa, porque uma só resposta podia derrubar todo aquele castelo que constituía, digamos, a quesitação da tese.

Perguntava-se, no primeiro quesito, sobre a materialidade, a autoria; depois, se o réu repelia uma agressão; se esta era injusta; se era atual, se era iminente; se o réu usou dos meios necessários para impedir a agressão. Depois, se ele usou esses meios necessários moderadamente. Hoje, não, pergunta-se: o réu é culpado? O réu deve ser absolvido? Depois da autoria e materialidade, tem essa pergunta obrigatória. Essa pergunta absolve ou condena, além de outras. Isso poderia ser mais aperfeiçoado. Discutiu-se muito a questão do culpado, para não copiar o modelo americano — sobretudo o da televisão —, o culpado. O réu deve ser absolvido? Essa pergunta é mais hábito. Por que não votar se deve ser condenado? Não se vota na condenação porque a absolvição é questão *pro reo*. Poderíamos ainda aperfeiçoar mais ainda essa quesitação para torná-la mais segura, utilitária; podemos pensar ainda numa forma de quesitação que aperfeiçoe essa, que já é melhor do que a pretérita.

Revista: Por enquanto, é um sistema ainda válido? Os críticos são severíssimos.

Raul Livino: Se Frederico Marques, Nelson Hungria e Fragozo estivessem vivos, hoje fariam as pazes com o júri, porque eles eram grandes combatadores do júri, diziam que o júri absolvía muito. De fato, na *la belle époque*, absolvía-se bastante. Prosperava muito a tese da legítima defesa da honra. Nós vivíamos numa época mais de encanto, então se propiciava muito a absolvição no interior. Hoje, o júri condena muito; condena mais do que absolve. Inexoravelmente, com essa, digamos, projeção da violência midiática, no instante violento em que vivemos. Basta ver aqui em Brasília, por exemplo: quando os jurados do Plano Piloto julgavam tudo o que acontecia no Distrito Federal, nos crimes violentos contra a vida, absolvía-se, às vezes, o réu da cidade satélite por comisseração. Hoje, por exemplo, uma absolvição, no Paranoá, é difícilíssima, por quê? Porque, primeiro, o crime contra a vida está banalizado e a mídia

ainda projeta mais essa violência; então é diferente: o sujeito de lá, julgado aqui, recebia ainda a comiserção. A sociedade vive acuada com essa onda de violência. E hoje é muito perigoso ir a júri, sobretudo se a vítima não tiver antecedentes e o réu sim. Um perigo, tanto que o júri deve ter muito cuidado ao pronunciar os réus. O juízo de dúvida pode ser de partida ou de chegada; de chegada é uma dúvida conclusiva, irremovível, e o juiz não deve se pronunciar quando tem a certeza de que aquela dúvida não estará resolvida no plenário. Se for uma dúvida ponto de partida, uma dúvida cartesiana, aí, sim, deve ser submetida a júri. Outro exemplo: o homicídio sem prova técnica que o esclareça; é muito comum isso neste Brasil afora, e sem prova testemunhal. Vamos ver a hipótese de duas pessoas: um sujeito mata o outro, e foi comprovado que a vítima estava caída, com a arma, e o réu tem uma arma. A versão do réu é de que a vítima tentara sacar a arma, e ele atirou. Como essa versão não satisfaz, o juiz a submete a um júri. Porque no Brasil o juiz é quem pronuncia o réu. Nos Estados Unidos há o chamado *grande júri de 25 pessoas que submete o caso a um júri menor, que julga o mérito*. No Brasil, a Justiça togada que baliza, que entrega ao conselho de sentença o material cognitivo que lhe é competente analisar; ou seja, quem diz quem é criminoso contra a vida é o juiz togado, embora, pelo princípio da ampla defesa, o júri possa dizer, pelo material que lhe foi entregue, que não é. Agora, isso, pelo princípio de ampla defesa e em prol dela, se pode suprimir, mas o júri recebe em princípio o material. Quem diz ao júri que aquilo é um crime contra a vida é a Justiça togada, e o juiz de pronúncia; portanto, o juiz tem que ser muito cuidadoso, porque, muitas vezes, com essa abertura de *in dubio pro societata*, deixa para o júri decidir. Não é assim.

Ele tem que decidir, porque, depois que entrega ao júri, este é soberano para negar até evidência; se o júri negar duas vezes que uma pessoa morreu, acabou a materialidade. O tribunal manda ao júri de novo, de novo ele nega. Não pode haver novo júri.

Revista: O senhor crê que o Judiciário está realmente aparelhado para fazer frente à enorme quantidade de julgamentos na esfera penal? Está faltando alguma coisa?

Raul Livino: É preciso haver uma ampla reforma, efetivamente. Essa reforma, a meu sentir, começa pela coragem de descriminalizar grande parte de condutas. É tornar praxe aquela teoria do chamado minimalismo — de mínima intervenção do Direito Penal na gerência da sociedade. Primeiro, reservar a intervenção do Direito Penal ao mínimo possível. Segundo, criar medidas

despenalizadoras, quer dizer, descriminalizar condutas que podem ser resolvidas no âmbito do Direito Civil, em outras esferas do Direito; descriminalizar, quer dizer, tornar aquela conduta atípica, ter coragem de fazer isso. Criar uma resposta, ainda no Direito Penal, que chamo de despenalizadora, de alternativas à prisão, reservar para a prisão poucos crimes. E aí ter uma maior intervenção; por exemplo, fala-se na questão do crime de colarinho branco, o criminoso de colarinho branco, que atualmente está tão em voga, e já se tem Direito Penal resumido em relação a esse grupo de pessoas. É aquele inquérito tradicional em que há seleção dos mais pobres, dos fracos. Isso, hoje, se aplica no colarinho branco, que se cria numa postura ideológica, em certos setores da sociedade e das instâncias penais e prisionais no sentido de se ter um preconceito contra quem é bem-sucedido; em princípio, a ojeriza ao empresário bem-sucedido.

O Direito Penal tem essas duas faces. Ele é aplicado para o miserável e para o azarado; quando algumas figuras de colarinho branco são submetidas a processos e são condenadas, costume dizer que são escolhidos também. Não uma escolha dolosa, mas a própria função. Então, de vez em quando, uma pessoa se enquadra; e as pessoas olham e dizem assim: “Tá vendendo?” Hoje, já há uma isonomia. Mas, não é; essas pessoas, de certa forma, caíram em desgraça. Obviamente que há uma relação. Temos uma prisão preventiva, mas nenhum processo criminal transita em julgado. Por quê? Porque é uma relação com o cárcere. O cárcere é imundo, não atende à concepção teórica do sistema legal. E quem tem força, luta para não ingressar nele, certo? Temos que humanizar o cárcere e colocar somente no presídio uma periculosidade concreta, no sentido firme. Criar medidas em que não seja incentivada a apropriação do erário, ou seja, a devolução, quer dizer, processos de natureza cível, administrativa, ética, e que tenham eficácia concreta no sentido de que aquela apropriação seja devolvida.

A prisão é uma gaiola. Não sei por que ainda tem gente que, hoje, acredita em efeitos da prisão. Nós sabemos que, no cárcere, grande parte dos condenados tem um nível intelectual reduzido. E temos grandes comandantes no interior da cadeia. Imagine se colocarmos o criminoso do colarinho branco no cárcere, com a ordem que muitos apregoam. Entendo que aumentará mais a criminalidade, porque esses, sim, é que vão comandar de lá, pela estrutura, porque o sistema está desmoralizado. Então, temos que reduzir o número de condutas afetas ao Direito Penal. Criar sanções alternativas à prisão, de tal forma que o processo tenha uma celeridade maior. Fala-se que são os recursos. Não

são os recursos. Há recursos, mas a resposta aos recursos demora bastante. Estamos vendo aí, agora, que as pessoas que têm foro por prerrogativa de função vão à Suprema Corte e, recentemente, estão saindo as condenações, ainda que sujeitas a novos julgamentos e beirando a prescrição.

Revista: A comissão que reformulou o Código de Processo Civil, objetivando a celeridade processual, diminuiu o número de recursos.

Raul Livino: Eu sou favorável à diminuição do número de recursos, desde que não afete o princípio da ampla defesa, mas a causa não está no recurso em si. Quando a prescrição ocorre depois da sentença, o problema é do órgão jurisdicional que não decidiu a questão em tempo. Como a prescrição é um instrumento de defesa indireta, tem que haver recurso para que chegue, inclusive, à prescrição, ante a desordem que vivemos hoje. O processo não transita em julgado. Vivemos a cultura da

liminar, da cautelar. Pretende-se transformar a prisão cautelar em definitiva, isto é um absurdo, porque não se consegue dar celeridade ao processo, aí pelo menos tem essa garantia. Isso é o Direito Penal do terror.

Revista: Qual sua opinião acerca da situação dos presídios nacionais?

Raul Livino: O presídio, ordinariamente, é o ambiente onde a pessoa comete o crime e, de lá, comanda a prática de crimes. Nem a neutralização do autor do crime o sistema prisional consegue produzir. Esse sistema produz efeitos deletérios, perversos, sobre uma grande massa.

Concluindo, precisamos descriminalizar algumas condutas e humanizar a condenação, porque, a partir do momento que se reduz a incidência da pena de prisão a um grupo menor, ocorre a humanização, criam-se medidas eficazes para que aquela constrição seja efetiva.

Improbidade administrativa e ato de improbidade*

Osmar Tognolo**

I – Improbidade administrativa

A história atribui a Platão ter sido o primeiro a se dedicar a um ramo específico do conhecimento que tinha por objeto a investigação sobre as razões do agir humano, sobre o bem e o mal, o justo e o injusto. A esse segmento do saber chamamos de ética ou moral.

2. São conceitos que, na verdade, se confundem, se misturam, ora para se apresentarem como ciência que trata do uso que o homem deve fazer de sua liberdade, ora para concentrarem os próprios valores considerados como desejáveis num dado momento histórico de uma determinada sociedade.

3. Como lembra José Jairo Gomes, Platão entendia a moral inspirada pela ideia de justiça, por ele vista sob dupla perspectiva: como ideia abstratamente considerada, soberana e independente, e como conformação de condutas à lei, ao direito posto, de forma que era possível classificar as ações humanas em justas e injustas.¹

4. Ao homem que agisse de acordo com a lei e com os princípios morais então adotados, dava-se o adjetivo *probo*, ou seja, justo, reto, honrado, cumpridor de seus deveres.

5. Probidade, assim, traduzia a posse de qualidades morais, significava o agir em conformidade com os preceitos morais. Equivalia, desse modo, à honradez, à integridade de caráter.

6. Consequentemente, improbidade significava o contrário. Era a qualidade de quem não era *probo*, significava a ausência de justiça, de honradez, de retidão de conduta. Era, em síntese, a desonestidade.

7. Na Administração Pública, improbidade significa mais que agir em desconformidade com a lei. Significa, sim, a total subversão dos fins administrativos, que deságuam sempre no bem comum, no bem-estar da coletividade.

8. Daí porque, no dizer de Marino Pazzaglini Filho, a improbidade administrativa revela-se

no emprego de negociata na gestão pública, que vai desde o auferimento do administrador ou de terceiros de ganhos patrimoniais ilícitos, concessão de favores e privilégios ilegais, exigências de propinas, mesmo para atendimento de pedidos legítimos de particulares, desvio ou aplicação ilegal de verbas públicas, sectarismo do comportamento da autoridade, privilegiando, no exercício funcional, o interesse pessoal em relação ao público, até tráfico de influência nas esferas públicas, bem como o exercício deturpado ou ineficiente das funções públicas com afronta acintosa aos princípios constitucionais que a regem.²

9. Na mesma linha o conceito de Wallace Paiva Martins Júnior:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.³

10. Inegável que a corrupção política e administrativa constitui um dos piores vícios que podem ser encontrados na Administração Pública, cuja continuidade tem, às vezes, como consequência lamentável apatia dos administrados ante a prática imoral e ímproba dos governantes e demais agentes públicos.

11. Já na década de 1960, Francisco Bilac Moreira Pinto advertia:

Os amplos poderes de intervenção do Estado moderno na ordem econômica, em matéria de tarifas, impostos, crédito, câmbio, importação, exportação, controle de produção e de qualidade etc., que lhe foram outorgadas para o fim de proteger a economia do consumidor, requerem, para sua fiel execução, a mesma rigorosa obediência a normas éticas de conduta, por parte de todos os servidores

* Palestra proferida em 14 de maio de 2010 durante o Ciclo de Conferência da Escola de Magistratura Federal do TRF 1ª Região.

** Desembargador Federal aposentado do TRF1ª Região.

¹ GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre Improbidade administrativa. In *Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei 8.429/1992*. Organizadores: José Adércio Leite Sampaio e outros. Editora Del Rey, 2002, p. 241

² PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. Atlas, 2002, p. 16

³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. Saraiva, 2001, p. 113

públicos incumbidos de formular ou executar a política econômica do governo.⁴

12. Infelizmente, o Brasil sempre conviveu com a corrupção na Administração Pública, com a desonestidade, enfim, com a improbidade administrativa, vício que remonta aos primórdios dos tempos coloniais e que, na verdade, não é exclusividade brasileira.

13. Assim como é longo o nosso histórico de improbidade, longa é nossa história de tentativas de combatê-la.

14. A Constituição de 1824 dizia, em seu art. 99, que a pessoa do Imperador era inviolável, e sagrada, não estando ele sujeito a responsabilidade alguma.

15. Felizmente, essa irresponsabilidade absoluta não se enraizou em nosso ordenamento jurídico, pois a proclamação da República tornou-a efêmera.

16. Com efeito, a partir da Constituição de 1891 tornou-se regra sempre presente nos textos constitucionais a responsabilização do chefe do Executivo Federal por atos atentatórios a diversos valores da República, definidos aqueles como crimes de responsabilidade do Presidente da República. Era o início de uma nova postura, embora dependente sua efetivação de lei ordinária.

17. No entanto, somente a partir da Constituição de 1946 a responsabilização dos demais agentes públicos ganhou *status* constitucional, dispondo o art. 141, na segunda parte do § 31, que a lei disporia sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

18. Na mesma trilha as Constituições de 1967 e 1969, dispondo a primeira, no art. 150, § 11:

Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

E a segunda, no art. 153, § 11:

Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária

ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

19. Veio a seguir a Constituição de 1988 que, como veremos, deu novo regramento à matéria.

20. No plano infraconstitucional, merecem destaque a Decreto-Lei 3.240/1941, que entrou em vigor antes do Código Penal, e que dispunha em seu art. 1º: *Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública.*

21. De se notar o fato de que somente 11 anos após a Constituição de 1946 pretendeu-se regulamentar o disposto em seu art. 141, § 31, por intermédio da Lei 3.164/1957 que, sem especificar o que deveria ser entendido por *influência ou abuso de cargo* do texto constitucional, teve como pontos relevantes:

— atribuiu ao Ministério Público e a qualquer do povo competência para o ajuizamento das medidas judiciais cabíveis contra o servidor público que se enriquecera ilicitamente;

— instituiu o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes aos servidores públicos.

22. A matéria foi melhor sistematizada na Lei 3.502/1958, denominada *Lei Bilac Pinto*, que esclareceu o alcance da expressão *servidor público*, enumerou os casos de enriquecimento ilícito, além de equiparar o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio públicos.

23. Não se pode deixar de destacar que o Ato Institucional 5, de 1968, coerente com as circunstâncias históricas de então, concedeu ao presidente da República poderes para, em decisão imune à apreciação do Poder Judiciário, suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos, cassar mandatos políticos e decretar o confisco de bens daqueles que tivessem se enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública.

24. Chama a atenção tanto nos textos constitucionais quanto na legislação infraconstitucional que somente se previa punição para os casos de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, o que, além das dificuldades naturais para sua configuração, limitava extremamente a conceituação que se podia adotar para caracterização da administração desonesta.

25. Contudo, a Constituição de 1988 superou essa deficiência. Com efeito, o princípio da moralidade está estampado, com todas as letras, no art. 37 da Constituição, segundo o qual administração pública direta e in-

⁴ MOREIRA PINTO, Francisco Bilac. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Apud BARACHO, José de Oliveira. *O Dever de Probidade e o Administrador Público, in Improbidade Administrativa – 10 Anos da Lei 8.429/1992 – ob. cit.* p. 225.

direta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

26. E Emerson Garcia acrescenta:

São igualmente formas de expressão do princípio da moralidade, os preceitos constitucionais que preveem como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que resguardam o decoro parlamentar e o dever de probidade do Presidente da República.

Como se vê, os princípios da legalidade e da moralidade mantêm uma relação harmônica, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais, o que afasta qualquer concepção que considere o princípio da moralidade elemento secundário ou meramente complementar⁵.

27. Sem dúvida que a Constituição de 1988 concedeu ampla liberdade ao legislador ordinário, ao dispor, no § 4º do art. 37, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

28. Importa aqui fazer três registros.

O primeiro para destacar que, em vários outros dispositivos, a Constituição de 1988 trata da probidade administrativa, com vistas a punir seu reverso, a improbidade, e eliminar a possibilidade de corrupção.

29. Assim é que o § 9º do art. 14 estabelece que lei complementar

estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

30. E o art. 85 dispõe ser crime de responsabilidade do presidente da República os atos por ele praticados que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra probidade da Administração (inc. V) e a lei orçamentária (VI).

31. O segundo registro diz respeito exatamente ao cumprimento da lei orçamentária.

32. Estabelecendo normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, mediante ações para prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, destacando-se o planejamento, o controle, a transparência e a responsabilização como premissas básicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 — constitui, sem dúvida, a segunda vertente da preocupação hoje existente de se exigir da Administração Pública não apenas honestidade, mas também eficiência e uma gestão mais profissional dos recursos públicos.

33. Por fim, o terceiro registro diz respeito à validade da lei de improbidade administrativa, a Lei 8.429/1992. É que o Supremo Tribunal Federal vem de rejeitar a arguição de inconstitucionalidade formal que contra ela se lançava. Chega a causar espanto que, quase vinte anos após seu surgimento no mundo jurídico, ainda se questione a validade de um diploma legal que vem prestando tão relevantes serviços à sociedade.

34. O tema que me foi confiado exige um ligeiro comentário sobre os atos de improbidade. A eles me dedico a seguir.

II – Atos de improbidade

35. A Constituição não disse o que seria improbidade administrativa, nem quais os atos que a caracterizariam. Deixou a tarefa para o legislador ordinário.

36. Surgiu, então, a Lei 8.429/1992 que, segundo consta de sua ementa, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

37. Evidente que a ementa não faz justiça ao conteúdo da lei, uma vez que a improbidade administrativa não se resume ao enriquecimento ilícito, embora seja a forma mais grave, uma vez que outros atos, sem causar enriquecimento do agente público, são também passíveis de enquadramento na desonestidade administrativa.

38. A Lei 8.429/1992, igualmente conhecida pela sigla LIA, também não conceituou a improbidade administrativa. Preferiu elencar os atos praticados pelos agentes públicos que a evidenciarão.

39. A técnica adotada pela LIA foi dividir os atos de improbidade em três categorias, em razão de seu núcleo, como se vê dos arts. 9º, 10 e 11.

⁵ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Lumen Juris. 2002, p. 47.

40. No primeiro grupo estão os atos que geram enriquecimento ilícito do agente público, com ou sem dano ao patrimônio público. No segundo estão agrupados os atos que causam dano ao patrimônio público, mas não enriquecimento ilícito do servidor. E no terceiro, por último, os atos que não causam enriquecimento ilícito do servidor ou dano ao erário, mas traduzem violação aos princípios da Administração.

41. Não se pretende, aqui, analisar todos esses tipos de improbidade, mas apenas identificar aqueles que apresentam particulares que os destaquem ou que, de certa forma, chamam a nossa atenção.

42. Afirma Emerson Garcia⁶ que a identificação do ato de improbidade, vale dizer, sua subsunção à tipologia legal há de observar um *iter* próprio, um caminho que se desenvolve em cinco etapas, a saber:

— Em primeiro lugar, há de ser verificada a incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, pois, seja qual for a tipo a ser identificado, a improbidade administrativa será sempre o resultado de uma conduta ilegal ou de ofensa aos princípios administrativos.

— Em segundo lugar, há de ser analisado o elemento volitivo, ou seja, o elemento subjetivo, para se saber se o ato foi praticado com a vontade livre e consciente ou por culpa, em qualquer de suas modalidades. É que algumas condutas previstas na lei somente serão punidas se praticadas com dolo.

— Em terceiro lugar, devem ser analisados os efeitos do ato, suas consequências, pois elas definirão seu enquadramento nos diversos tipos previstos em lei;

— Em quarto lugar, é preciso verificar se os atos foram praticados em detrimento das entidades enumeradas no art. 1º da LIA, ou seja, entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

E mais que isso: é fundamental que haja vínculo entre o responsável pelo ato e qualquer uma dessas entidades. Esse vínculo é de extrema importância, pois não se pode, por exemplo, ter como ato de improbidade de prefeito municipal o não recolhimento

de contribuição previdenciária descontada dos vencimentos dos servidores e não repassadas ao INSS. A preservação do patrimônio do INSS não é responsabilidade do Prefeito, mas dos próprios dirigentes da autarquia.

— Em quinto lugar, por fim, é preciso aferir, com objetividade, a importância do ato, sua repercussão, para afastar uma invocação e aplicação desarrazoada da lei, que venha até mesmo a comprometer sua credibilidade. É de ser aplicado o princípio da insignificância, adotado em matéria penal.

43. Como afirmado, o primeiro grupo de atos de improbidade tem como núcleo da conduta o enriquecimento ilícito do servidor. O art. 9º da LIA assim os define:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei,(...).

44. Esta a forma mais grave, e também mais odiosa, de improbidade. É a desonestidade por excelência. É o valer-se da função pública para obter vantagem patrimonial ilícita. Por isso mesmo são mais rigorosas as penas aplicáveis a esse tipo de conduta.

45. São requisitos para a caracterização dos atos de improbidade referidos nos diversos incisos do art. 9º:

— O efetivo recebimento de vantagem patrimonial indevida, independentemente de haver ou não dano ao patrimônio das entidades referidas no art. 1º da LIA;

— Que essa vantagem seja decorrente do comportamento do agente, na prática de algum ato ou na omissão de algum dever funcional;

— A ciência da ilicitude da vantagem obtida;

— A conexão entre o exercício funcional abusivo nas entidades elencadas no art. 1º da LIA e a vantagem econômica obtida.

46. Estas são as condutas identificadas nos vários incisos do art. 9º que caracterizam o ato de improbidade que gera enriquecimento ilícito, sendo óbvio que a relação não é exaustiva:

I — receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atin-

⁶ Ob. cit, pp. 231/235.

gido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV — utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII — adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII — aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX — perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI — incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII — usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

47. Os incs. I, II, III, V, VI, IX e X descrevem condutas que têm um núcleo comum de conduta: o recebimento de vantagem econômica, vale dizer, dinheiro, para a prática de determinado ato ou omissão no exercício da função pública. Bom explicar que o ato a ser praticado em troca da vantagem pode até lícito, ou seja, não é necessário, para a ocorrência da improbidade, que o ato seja ilícito.

48. No inc. IV, a improbidade reside na utilização de máquinas, equipamentos, veículos da Administração em serviço ou obra particular do servidor. O enriquecimento ilícito, por óbvio, decorre da gratuidade dessa utilização.

49. O inc. VII, que considera ato de improbidade o enriquecimento sem causa, tem despertado alguma polêmica. Evidente que a desproporcionalidade exigida na lei diz respeito não aos vencimentos do cargo, mas à totalidade de renda do servidor, à qual deve se somar a renda da esposa e dos filhos.

Questão ainda não pacificada se refere ao ônus da prova. Há quem sustente que, verificada a desproporcionalidade, cabe ao servidor provar a compatibilidade entre um e outro.

Penso, entretanto, com apoio em outros autores, que ao autor da ação de improbidade cabe o ônus de demonstrar que o patrimônio tido por incompatível foi adquirido em razão do exercício da função pública. Não há previsão legal para tanto, pois a inversão do ônus da prova foi suprimido do projeto original.

50. No inc. IX a vantagem obtida é sem dúvida a remuneração a ser paga pelo emprego ou assessoria a ser prestada pelo servidor. No entanto, é preciso que os interesses do empregador possam ser atingidos ou amparados por ato de competência funcional desse mesmo servidor por ele contratado.

51. Por fim, o inc. XI tipifica como ato de improbidade a incorporação, ao patrimônio particular, de bens, rendas ou valores integrantes do patrimônio das entidades referidas no art. 1º. É, em outras palavras, o peculato. Já no inc. XII, o enriquecimento ilícito vem da fruição dos bens, rendas ou valores públicos, sem, todavia, ocorrer sua incorporação ao patrimônio do servidor.

52. O art. 10 da LIA tipifica os atos de improbidade caracterizados pela ocorrência de dano ao erário, que é a expressão econômico-financeira do patrimônio público.

53. Assim está redigido o dispositivo legal:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação

ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...).

54. Os requisitos para sua ocorrência são:

— ação ou omissão do agente público no exercício funcional;

— dano econômico efetivo ao erário, que se manifesta em diversas formas, tais como perda patrimonial, desvio, apropriação, dilapidação etc. Não se admite dano presumido ou apenas provável. Há de ser concreto e mensurável.

— ação ou omissão funcional, que podem ser dolosas ou culposas. Admite a lei, portanto, a forma culposa;

— relação de causalidade entre o comportamento funcional e o dano patrimonial suportado pelo erário.

55. As condutas tipificadas na LIA como ensejadoras da lesão, também em relação não exaustiva, são as seguintes:

I — facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II — permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III — doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV — permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V — permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI — realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII — conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII — frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX — ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X — agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI — liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII — permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII — permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XIV — celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (incluído pela Lei 11.107, de 2005.)

XV — celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (incluído pela Lei 11.107, de 2005.)

56. De se observar que algumas das condutas relacionadas nos incisos do art. 10 encontram correspondência no art. 9º. O que vai orientar seu enquadramento nesse ou naquele artigo é o recebimento da vantagem pelo funcionário público em troca do ato praticado ou omitido.

57. Existente a vantagem, seu comportamento há de ser enquadrado no art. 9º, ainda que existente a lesão ao erário, sendo o terceiro beneficiado corréu na ação.

58. O que chama a atenção nos incs. I, II, III, IV, V, VII, IX, X, primeira parte, XI, XII e XIII que é o particular o beneficiário da lesão ao erário decorrente da conduta dolosa ou culposa.

59. Os incs. XIV e XV foram acrescentados pela Lei 11.107, de 2005.

60. Tenho certa resistência em relação ao enquadramento constante do inc. VI, que considera ato de improbidade a realização de operação financeira sem observância das normas legais, ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea.

61. É que o pressuposto para a incidência do art. 10 é a ocorrência efetiva de dano ao erário, o que pode não ocorrer pela não observância da lei na realização de operações de crédito ou na aceitação de garantia

inidônea. Melhor talvez fosse enquadrar essa conduta no art. 11, que cuida dos atos de improbidade ofensivos aos princípios da administração pública, entre eles o principal, o da legalidade.

62. O inc. VII tipifica como ato de improbidade frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

63. Há várias formas de se frustrar o processo licitatório, isto é, de torná-lo inútil, impedindo o caráter competitivo da licitação, que constitui seu objetivo. A burla pode ocorrer em qualquer das fases do processo, desde a confecção de edital dirigido até a proclamação, com a conseqüente adjudicação do objeto da licitação, de um resultado que favoreça a um licitante que não atende aos requisitos regulamentares para a prestação do serviço.

64. No que diz respeito ao inc. XI, penso caber uma distinção entre liberação indevida de verba pública e a liberação devida, mas sem observância das normas pertinentes. A meu ver apenas no primeiro caso ocorre a lesão ao erário, razão pela qual o enquadramento da segunda hipótese seria mais adequado no art. 10.

65. Por fim, para encerrar o que já se tornou longo, temos o art. 11, onde são enquadrados os atos de improbidade que, sem que tenha havido dano ao erário e sem que tenha havido pagamento de propina ao servidor, traduzem violação aos princípios da Administração Pública.

66. Esta a redação do art. 11:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, notadamente:

I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II — retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III — revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV — negar publicidade aos atos oficiais;

V — frustrar a licitude de concurso público;

VI — deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII — revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divul-

gação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

67. O que merece ser dito em relação aos diversos incisos do art. 9º é que eles somente incidem na hipótese em que inaplicáveis os arts. 9º e 10. Vale dizer, sua aplicação é subsidiária.

68. Assim, se do ato de improbidade resultar enriquecimento ilícito, aplicável o art. 9º se houver lesão ao erário, aplica-se o art. 10. No entanto, se da ofensa à legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade não resultar enriquecimento ilícito do servidor ou dano ao erário, aí, sim, cabível o enquadramento em algum dos dispositivos do art. 11.

69. Por fim, uma última observação: embora a legalidade seja princípio da Administração Pública, talvez o mais importante, nem toda ilegalidade se traduz em ato de improbidade.

70. Pressuposto da improbidade é a desonestidade, a má-fé. Assim, o ato ilegal é nulo, e será declarado pelo Judiciário, na via e procedimentos próprios. Será, entretanto, também ato de improbidade a ilegalidade dolosa, aquela praticada com a consciência de sua injuridicidade, porque é ela que revela a má-fé, a desonestidade, a improbidade, enfim, do servidor público.

71. Senhoras e senhores.

Há de ser constante a busca por uma administração séria, honesta, eficiente e que pautar sua conduta pela lei e pelo interesse público.

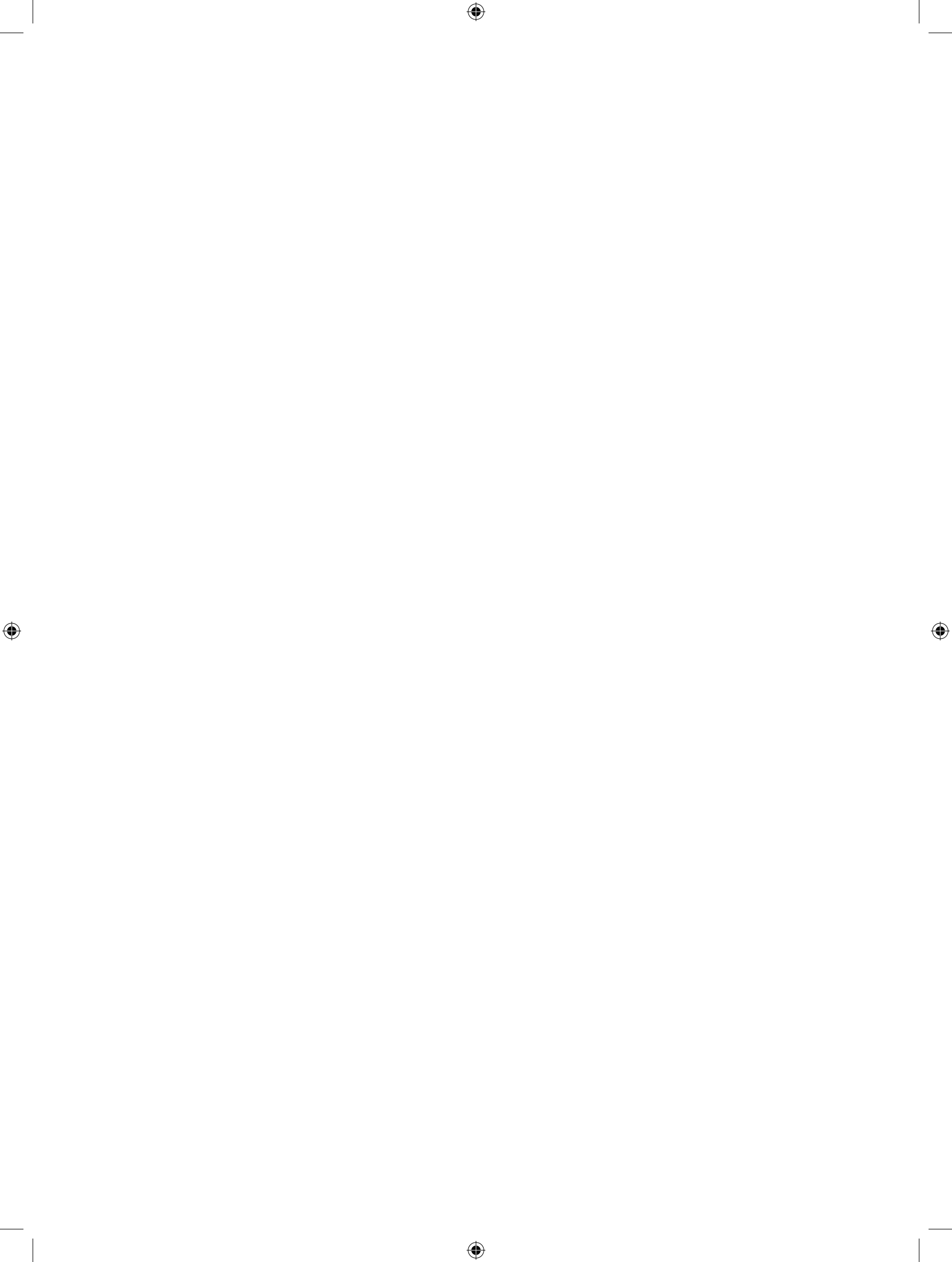
72. No século XVI Maquiavel distinguia, em *O Príncipe*, a ética dos indivíduos da ética política, afirmando que ambas atuavam em áreas distintas, incommunicáveis.

Para ele, o que se devia valorizar na ética política é o resultado prático, e é ela que deveria orientar a ação do governante rumo à tomada e manutenção do poder. Os fins justificariam os meios.

Felizmente esses tempos passaram.

Encerrando, não posso deixar de agradecer a paciência e a generosidade de todos que aqui compareceram e reafirmar que a responsabilidade é toda do Desembargador Hilton Queiroz.

Muito obrigado.



Propriedade, posse e Constituição

Tourinho Neto*

Sumário

Introdução; 2. A função social; 3. A propriedade pessoal; 4. As ocupações de terras; Os conflitos daí resultantes; 5. A Justiça e a reforma agrária.

Introdução

A ideia é de que ser proprietário é ser livre. Ideia advinda de que o homem é proprietário de sua pessoa e pode agir livremente, independentemente das outras pessoas. Ser proprietário é ter uma terra e nela trabalhar livremente. Mas chegamos ao que ensina Luiz Edson Fachin¹: *somente o trabalho do homem sobre a terra é que legitima a sua propriedade.*

Com a Revolução Francesa surge a propriedade de feição liberal-individualista. A propriedade passa a ser vista como um direito natural e inato ao homem.

Unus dominus, unum dominium.

Lê-se na Declaração dos Direitos de Virgínia, no art. 7º:

Nenhuma parte da propriedade de um vasalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma por ele consentida para o bem comum.

Está escrito no item XVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Assembleia Nacional da Revolução Francesa;

Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente reconhecida, o exige evidentemente e sob a condição de uma justa e anterior indenização.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, o art. 17, dispõe: *1 – Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2 – Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*

*Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

¹FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 18.

O art. 544 do Código de Napoleão estabelece que:

*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*².

Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil, *não se iniciara*, como fez ver Orlando Gomes³, *o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 1914 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações.*

Orlando Gomes⁴ assinala que (fls. 44):

Os grandes proprietários rurais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais. Asseguravam, por esse modo, a defesa de seus interesses básicos, uma vez que a elite intelectual urbana da classe média necessitava do apoio dos coronéis, para a conquista dos postos de comando.

Clóvis Beviláqua era contra as inovações de fundo social.

Mas, como diz Lédio Rosa de Andrade⁵:

Não há qualquer justificativa, sob os aspectos jurídico, moral, ético, econômico, social, ideológico, etc, para fundamentar a crença de senso comum, tanto popular, como dos juristas, que dá, de forma gratuita, onipotência e onipresença ao direito de propriedade. Os demais direitos são mais, muito

²Tradução livre: "A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não seja para uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos".

³GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958, p. 40.

⁴Ibid., p. 44.

⁵ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II*. Tubarão: Editorial Studium, 2002, p. 153.

mais importantes e não podem ser vilipendiados e massacrados pela propriedade ilimitada.

Os outros direitos são: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (CF, art. 5º); direito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); e os direitos humanos (CF, art. 4º, II).

O direito de propriedade está baseado em um único dispositivo: art. 5º, *caput*, e XXII).

François Marie Arouet, o Voltaire⁶, dizia:

O espírito de propriedade duplica a força do homem. Qualquer um trabalha para si e para sua família com mais vigor e prazer do que para um senhor.

2. A função social

Entende-se por função social a satisfação de necessidades da sociedade, da coletividade.

Augusto Comte, positivista, já defendia a ideia da função social da terra, não a admitindo como direito individual e natural.

Léon Duguit⁷ afirmava: *La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función del tenedor de la riqueza.*

A propriedade deve cumprir sua finalidade, qual seja ser economicamente útil, produzir. Assim, poderá proporcionar uma sociedade mais igualitária.

Explica Miguel Reale⁸: *Uma das características do direito de propriedade é o uso ou o exercício de um direito sobre uma coisa, com exclusão de todos os demais. É, ao mesmo tempo, um ter e um excluir.*

Caio Mário da Silva Pereira⁹, por sua vez, afirma:

A defesa do direito subjetivo não é forçosamente a expressão de extremado individualismo. Se é verdade que, nos dias presentes, a luta entre o direito social e o direito individual se decide pela vitória do primeiro, e, por isto, inclina a balança para o lado daquela escola, é também verdade que o direito subjetivo não é expressão ilimitada do poder individual, capaz de se exercer com o sacrifício dos outros indivíduos ou de maneira absoluta.

Duguit¹⁰, com acerto, ensinava:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor de riqueza mobiliária ou imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

Mas, Castan Tobeñas¹¹, à luz da Constituição da Espanha, de 1958, anterior, portanto à atual, dizia:

Es, pues, la propiedad fundamentalmente un derecho subjetivo, un instituto de derecho privado; lo cual no obsta para que tenga elementos sociales y de derecho público. La propiedad, en efecto, desempeña una finalidad o función social; pero esto no quiere decir que sea, en sí y exclusivamente, una función social.

A propriedade é, assim, um direito subjetivo relativo, diferenciado, porque não é atribuído exclusivamente ao seu titular; há deveres e obrigações a cargo do seu titular.

A propriedade tem função social porque se exercita por um interesse geral. Sim, mas como explica Messineo¹², de forma não exclusiva e direta, e sim de maneira indireta, e somente indireta. O proprietário exercita o próprio direito, perseguindo um interesse próprio, mas, evidentemente, se ajustando a obrigações genéricas, que lhe são impostas pela lei, daí que também atuará implicitamente um interesse público. Logo, *es un verdadero y propio derecho subjetivo, aunque esté rodeado de limitaciones que inciden profundamente sobre su contenido.*

Daí dizer Pietro Perlingieri¹³: *Em substância, portanto, a propriedade não é mais apenas um poder da vontade, um direito subjetivo que pertence tout-court a um sujeito, mas é ainda muito mais uma situação jurídica subjetiva complexa, é uma relação jurídica subjetiva*

⁶ VOLTAIRE, *Dicionário Filosófico*. Trad. de Pietro Nassetti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 436.

⁷ DUGUIT, Leon, *apud* MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 95.

⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 217.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 21, 1996.

¹⁰ DUGUIT *apud* GOMES, Orlando, *A função social da propriedade*. In *Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, Salvador, 1986, p. 60

¹¹ TOBEÑAS, Castan, *La propiedad y sus problemas actuales*. *Apud*, MORAES, José Diniz de, *op. cit.* p. 118.

¹² MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, p. 255.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. *Apud* MORAES, José Diniz de, *op. cit.*, p. 121.

complexa, é uma relação jurídica. E afirma: o proprietário é um funcionário, isto é, titular de uma função.

3. A propriedade pessoal

O que vem a ser propriedade pessoal? Explica Perlingieri¹⁴:

A propriedade pessoal não se identifica nem se confunde com a propriedade individual, egoística, de que é titular o sujeito particular. O atributo *pessoal* deve ser entendido no sentido de atinência à pessoa humana, no sentido de instrumento apto a realizar a dignidade do sujeito”. Observando que ¹⁵: “todas hipóteses de propriedade pessoal têm uma disciplina particular que permite individualizar nela não somente um *quid* quantitativamente determinado, mas ainda um *quid* qualitativamente determinado, no sentido que no âmbito de todos os tipos, as formas, os modos de propriedade, a propriedade pessoal tem uma fisionomia autônoma própria, porque se justifica de uma maneira particular, sendo a única forma de propriedade que permite libertar-se das necessidades e, com isto, a realização da dignidade humana. Esta função social, que é típica da propriedade pessoal, constitui o fundamento de todas as relações econômicas”.

O art. 183 da Constituição Federal estabelece que:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

E o art. 185, I, dispõe que:

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.

É, pois, a propriedade pessoal, fonte de alimentos, realizando a dignidade humana.

A Constituição de 1988 trata diferentemente a função social da propriedade urbana da propriedade rural. A urbana é disciplinada no art. 182, a rural, no art. 186.

Não podemos esquecer que o Brasil é um país onde impera a desigualdade, desigualdade na distri-

buição de rendas, de oportunidades, um país rico com muitos pobres. E entre os pobres ainda temos os que vivem abaixo da linha de indigência. Em 1998, cerca de 14% da população, e da linha de pobreza, num percentual de 33%. Quase a metade de nossa população, portanto, é de miseráveis.

À propriedade impõem-se deveres e ônus em favor do interesse coletivo.

Canta João Cabral de Melo Neto¹⁶:

mesma morte severina:
que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta,
de emboscada antes dos vinte,
de fome um pouco por dia”.

Observe-se que os índios não conheciam a terra como propriedade privada. Em trabalho que já escrevi¹⁷, disse:

O índio compreende a terra como coisa comum, de todos, explica o naturalista alemão von Martius¹⁸: “Esta ideia nítida de uma propriedade determinada da tribo toda, baseia-se principalmente na necessidade de possuir uma certa região de mata para terreno exclusivo de caça porque, ao passo que poucos hectares de terreno cultivado são suficientes para prover a subsistência de uma comunidade numerosa, a caça move-se em um território muito maior.

Explica ainda¹⁹:

Quando várias famílias habitam o mesmo edifício, pertence a cada uma o lugar onde tem armada a rede e onde acende a sua fogueira. Neste lugar, geralmente demarcado por postes na parede, cada família trata de seus negócios particulares, sem que as outras tomem parte neles. Sobre o girau ao pé da parede, logo por baixo do teto, cada família guarda o que é seu e, como o lugar da fogueira é essencial para cada família, o índio brasileiro regula o tamanho da cabana pelo número de fogos que deverá conter, tal como é costume entre os índios norte-americanos.

¹⁴ Ibid, pp. 151/152.

¹⁵ Ibid, pp. 150/151.

¹⁶ MELO NETO, João Cabral de, *Morte e vida Severina e outros poemas para vozes*, 34 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 30, 1994.

¹⁷ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Os povos indígenas e as sociedades nacionais: conflitos de normas e superação*. In *O direito para o Brasil sócio-ambiental*, organizador André Lima: Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp.197/198.

¹⁸ *O direito entre os indígenas do Brasil*. Trad. de Amaral Gurgel, São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1938, p. 66.

¹⁹ *Op. cit.* p. 73.

Roquette-Pinto afirma²⁰:

A propriedade é coletiva, em regra. Mesmo hoje, em muitas tribos assim acontece, fora a dos objetos de enfeite e o que diz respeito a armas etc. Uma perdiz que um índio caça é repartida por todos; cada um come o seu fiapo.

Salienta Jean de Léry²¹: *No que diz respeito à propriedade das terras e campos, cada chefe de família escolhe em verdade algumas jaeiras onde lhe apraz, a fim de fazer suas roças e plantar mandioca e outras raízes.*

Mas conhecem, sem dúvida, os índios a propriedade privada, como nos conta von Martius²²:

Consideram-se como objetos de propriedade privada: as armas e os ornatos dos homens, os ornatos e as roupas das mulheres, quando as tiram. Tudo mais, como redes, vasilhame, aparelhos para fabricar farinha etc., constitui propriedade da família – *bona vita*. Quando várias famílias moram na mesma cabana, é raro que tais utensílios sirvam a todos, porque cada família tem os seus e não precisa da dos outros.

Precisamos das trevas para compreender a luz.

Advertiu Max Weber²³

As massas não podem ser tratadas como objeto puramente passivo da administração, pois que ao tomar posição, de algum modo e ativamente manifestam também o seu peso.

4. As ocupações de terras. Os conflitos daí resultantes

Latifúndios imensos, megalatifúndios, e pouca terra, muito pouca terra, para poucos. Terras sem nada produzir. E o miserável sem ter sequer uma *nesga* de terra para plantar. E vendo aquele mundo de terra de meu Deus desocupada, sem nada. Ele, a mulher e os filhos morrendo de fome. A fome que mata aos poucos, que tortura antes de aniquilar. Daí para a ocupação da terra que estava desocupada, nada produzindo, foi um salto. Isso compreendeu o MST e organizou um

movimento nesse sentido. Diz-nos Bernardo Mançano Fernandes²⁴:

A ocupação é uma realidade determinante, é espaço/tempo que estabelece uma cisão entre o latifúndio e assentamento e entre o passado e o futuro. Nesse sentido, para os sem-terra a ocupação, como espaço de luta e resistência, representa a fronteira entre o sonho e a realidade, que é construída no enfrentamento cotidiano com os latifundiários e o Estado.

A paciência do trabalhador rural sem terra esgotou-se. O espesinhamento durante séculos, a dor amarga, dolorosa, sofrida, fê-lo um forte, destemido, e lutará com denôdo para conseguir a terra que lhe dará o sustento. O trabalhador rural sabe que a luta não será fácil, o seu hino diz tudo²⁵:

Agora sai reforma agrária
A base tá organizada.
Se unimo com os operários,
Dobrô a companheirada.
Agora o governo dança
Conforme a gaita é tocada.
É como diz o gaúcho,
Ou troteia ou sai da estrada.

Ventre faminto não tem ouvidos (La Fontaine). *Não ouve nem Deus. Nada respeita.*

Na década de 1940, já dizia Josué de Castro²⁶:

Do latifúndio decorre também a existência das grandes massas dos sem-terra, dos que trabalham na terra alheia, como assalariados ou como servos explorados por esta engrenagem econômico tipo feudal.

A reforma se faz necessária e tem de ser feita com urgência, sob pena de tudo ir pelos ares, sob pena de vermos o sangue do nosso povo derramado.

Precisamos, como exorta Josué de Castro²⁷, enfrentar o tabu da reforma agrária – assunto proibido, escabroso, perigoso – com a mesma coragem que enfrentamos o tabu da fome. Falaremos abertamente do assunto, esvaziando desta forma o seu conteúdo tabu, mostrando mediante uma larga campanha esclarecedora que a reforma agrária não é ne-

²⁰ ROQUETTE-PINTO. *Apud* Macedo, Agenor F. de; Vasconcelos, Eduardo P.C., *O índio brasileiro*, Rio de Janeiro: Ferreira Matos & Cia, 1935, p. 12.

²¹ LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Biblioteca do Exército, 1961, p. 208.

²² *Op. cit.* p. 76.

²³ *Apud* Octávio Ianni, *A formação do Estado populista na América Latina*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, p. 126

²⁴ *Op. cit.* p. 19

²⁵ Hino Ronda Alta, de Nelson dos Santos, *apud* Roseli Salete Caldart, *in Sem terra com poesia*, Petrópolis, Rio: Editora Vozes, 1987, p. 161.

²⁶ *Op. cit.* p. 299

²⁷ *Op. cit.* pp. 301/302

nhum bicho-papão ou dragão maléfico que vá engolir toda a riqueza dos proprietários da terra, como pensam os mal-avisados, mas que, ao contrário, será extremamente benéfica para todos os que participam socialmente da exploração agrícola, porque só por meio desta reforma será possível inocular na economia rural os germes de progresso e desenvolvimento representados pelos instrumentos técnicos de produção, pelos recursos financeiros, e pela garantia de um justo rendimento das atividades agrárias, de forma a libertar a nossa agricultura dos freios do colonialismo agonizante e liberar, indiretamente, o nosso desenvolvimento econômico do principal fato de estrangulamento do seu crescimento, que é o marasmo da agricultura brasileira. E libertar desta forma o povo das marcas infamantes da fome.

De 1946, quando Josué de Castro disse isso, até nossos dias, pouca coisa mudou. A fome continua a aterrorizar e matar nosso povo. O espectro da fome percorre o Brasil de norte a sul, de leste a oeste, concentrando-se mais no nosso sofrido e amargurado norte e nordeste. Milhões e milhões de brasileiros, repita-se, estão abaixo da linha de miséria, vivendo em lugares sub-humanos, revirando os lixos, hospitalares ou não, em busca do que comer. Um horror. Não são mais pobres, são miseráveis.

Hoje, o latifúndio do velho *coronel* está sendo substituído pelos grandes *complexos agroindustriais*. São eles os *coronéis* do século XXI, mais desumanos, mais insensíveis do que o *coronel* de antigamente.

A luta não se encerra, é preciso não esquecer, com a *ocupação*.

5. A Justiça e a reforma agrária

É necessário que novos conceitos e novos valores sejam dados aos institutos da posse e da propriedade. A propriedade, na verdade, fecha o acesso do trabalhador à terra; e faz toda a sociedade pagar um enorme tributo, que é uma produção pequena e os problemas sociais por ela gerados.

A posse não mais pode ser entendida como *mero* tributo da propriedade.

A Constituição não foi tão avançada no tocante à reforma agrária, que continua congelada, uma vez que proibiu a desapropriação da propriedade megalatifundiária, ainda que produtiva. Apesar disso, é verdade, avançou, mas a reforma agrária está congelada. Sim, porque apesar dos avanços, criou alguns empecilhos, como a exigência de lei complementar para *estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação*.

Deve a Constituição ser mudada para permitir que a terra improdutiva, *mal aproveitada*, não precise ser formalmente desapropriada. O só fato dela não cumprir sua função social já daria lugar à sua perda. Por que um ato do Executivo para desapropriá-la? Em juízo, o proprietário teria oportunidade de se defender e demonstrar a produtividade de sua propriedade.

Poderia avançar mais ainda estabelecendo que a terra que nada produz, a terra *guardada* para especulação, fosse desapropriada, formalmente ou não, sem que o seu proprietário fosse indenizado. Indenizada deveria ser a sociedade, pois a terra que nada produz causa prejuízo a toda comunidade. Como qualificar de justa uma indenização quando não há prejuízo. A indenização justa recompensa algum prejuízo sofrido. Se não há prejuízo, não pode haver indenização. A perda da propriedade improdutiva não gera qualquer prejuízo, por menor que seja. Valor tem a propriedade que produz.

A propriedade, como diz José Afonso da Silva²⁸, *embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

Daí que o *apossamento* da terra pelos militantes do MST vem a constituir um meio de corrigir a existência da propriedade improdutiva, da propriedade injusta.

A mudança do Código Civil deveria dar um tratamento que valorizasse mais a posse, a posse-trabalhada. Mudança para não permitir o pagamento dos juros compensatórios nas desapropriações de terras que nada ou quase nada produzem, enquanto não vem a mudança na Constituição para permitir a desapropriação dessas terras sem qualquer pagamento de indenização.

É certo que o disposto nos §§ 1º e 4º do art. 1.228 do novo Código Civil relativiza o direito de propriedade e o põe em consonância com a Constituição Federal.

§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

²⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 273/274.

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Reza o art. 489 do antigo Código Civil que *é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária*. O atual Código Civil repete, no art. 1.200, essa mesma disposição. Hoje, no entanto, depois da Constituição de 1988, tem-se de acrescentar: *e que cumprir a função social da terra*.

Mudança também se faz necessário nas regras processuais no que se refere às desapropriações, à imissão na posse; no que diz respeito à *invasão* e à ocupação; ao ônus da prova. Por exemplo, quem deve provar que a propriedade está cumprindo sua função social é o proprietário e não o trabalhador rural, o sem-terra, que a ocupou. As ações possessórias que tratam de ocupações coletivas, as ocupações *multitudinárias*, devem ter, evidentemente, tratamento diferenciado em relação às de interesse exclusivamente individual. Naquela questão, tem-se de buscar regras do Direito Público para solucionar a lide e não regras do Direito Privado. Deve-se buscar proteção possessória para as ocupações coletivas. O Código de Processo Civil, enfim, não deve proporcionar proteção, mediata ou imediata, ao latifúndio. O dono da propriedade que cumpre sua função social não pode, sem dúvida alguma, ter o mesmo tratamento do dono do latifúndio improdutivo.

Assim o art. 927 do Código de Processo Civil deverá ser alterado. Atualmente, estabelece esse dispositivo que:

Incumbe ao autor provar:

- I - a sua posse;
- II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
- III - a data da turbação ou do esbulho;
- IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Depois da Constituição de 1988, exige-se também que o autor prove que a terra cumpre sua função social.

Não se pode entender que o juiz conceda medida possessória ao proprietário de terra que nada produz em detrimento do trabalhador rural que a ocupou com o ânimo de nela se fixar, trabalhar e produzir.

Não podemos nos esquecer da lição de José Afonso da Silva²⁹, a questão da regulamentação da propriedade privada passa primeiramente pelas regras de Direito Público estabelecidas na Constituição Federal.

A conduta do agente do esbulho possessório é substancialmente distinta da conduta da pessoa com interesse na reforma agrária.

Disse Charles Spencer Chaplin, o famoso Carlitos³⁰, em discurso no filme *O grande ditador*:

Soldados! Não batalheis pela escravidão! Lutai pela liberdade! No décimo sétimo capítulo de São Lucas está escrito que o Reino de Deus está dentro do homem – não de um só homem ou de um grupo de homens, mas de todos os homens! Está em vós! Vós, o povo, tendes o poder – o poder de criar máquinas... o poder de criar felicidade! Vós, o povo, tender o poder de tornar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa! Portanto – em nome da democracia –, usemos esse poder, unamo-nos todos nós! Lutemos por um mundo novo... um mundo bom, que a todos assegure o ensejo de trabalho, que dê futuro à mocidade e segurança à velhice.

²⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 276/277.

³⁰ CHAPLIN, Charles Spencer, discurso proferido no filme *O grande ditador*, *apud* 100 discursos históricos, organizado por Carlos Figueiredo, Belo Horizonte: Editora Leitura, 2002, p. 338.

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva no crime de estelionato praticado contra a Previdência Social

Robério Celestino de Souza*

Resumo

O texto trata da oscilação e da divergência na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, confrontada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a respeito do termo inicial da prescrição da pretensão punitiva nos delitos praticados contra a Previdência Social, tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal, sopesando a figura dos agentes envolvidos na ação fraudulenta e do beneficiário dos pagamentos indevidos, à luz do tratamento dado à conduta antijurídica, considerando a natureza de crime instantâneo, continuado ou permanente.

Sumário

Introdução; 2. Posicionamento dos Tribunais Regionais Federais; 3. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça; 4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 5. Dos crimes instantâneo, continuado e permanente; 6. Considerações finais; Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Constitui preocupação premente na doutrina e na jurisprudência e, especialmente, entre os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia privada, deduzir o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva do Estado no tocante ao crime de estelionato praticado contra a Previdência Social. Isso porque a maior parte desses delitos, quando descobertos, tem origem bem anterior. Assim, determinar o tratamento dispensado, ou seja, se é crime instantâneo ou permanente, implica extinção da punibilidade para inúmeros agentes que respondem por incursão a essa norma incriminadora.

O crime de estelionato, inscrito no art. 171 do Código Penal, tem a pena aumentada de um terço quan-

do é cometido em face da Previdência Social, consoante § 3º do mesmo dispositivo legal.

Nos ensinamentos do ilustre Professor Guilherme de Souza Nucci, existem várias formas de cometimento de estelionato. A conduta criminosa consiste em *obter vantagem (benefício, ganho ou lucro) indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. Ou seja, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha.*¹

Não há grandes embaraços na doutrina ou jurisprudência quanto à tipificação do crime do art. 171 do CP e a majoração da pena inscrita no § 3º do mesmo dispositivo legal. A questão é que a conduta criminosa quando praticada contra a Previdência Social com o fim de obter benefício previdenciário de prestação continuada apresenta uma situação conflituosa, pois, embora os atos constitutivos da ação delituosa ocorram com o desembaraço burocrático e a concessão do benefício, a vantagem censurável se prolonga no tempo, uma vez que o beneficiário continuará recebendo as verbas obtidas ilicitamente até que o desmando seja identificado pela Administração Pública.

Anote-se que, via de regra, o estelionato previdenciário não se resume a um único ato ou a uma única vantagem ilícita, uma vez que o agente, mediante fraude, consegue manter o INSS em erro por um razoável período de tempo, durante o qual a Autarquia paga mensalmente benefícios previdenciários indevidos.²

Diante dessa situação, o que se busca é saber se a contagem do prazo prescricional (art. 109 do CP) no crime de estelionato praticado contra a Previdência Social tem início com a obtenção da vantagem ilícita ou somente no dia em que cessar o pagamento indevido das prestações recebidas.

*Oficial de Gabinete do TRF 1ª Região; graduado em Sociologia pela Universidade de Brasília; licenciado em Ciências Sociais, também pela UnB; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília e Pós-graduado em Direito Processual, pela Universidade da Amazônia – Unama.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 729.

² Sobre a mora do INSS em descobrir o crime praticado, veja o ensaio de FILHO, Euro Bento Maciel, in: *Crimes Previdenciários: análise crítica dos delitos clássicos contra a Previdência Social, à luz da Lei 9.983, de 14.07.2000*, especialmente a parte final do capítulo IV.

A questão não encontra harmonia no âmbito dos Tribunais Federais e carece de convergência nas Cortes Superiores de Justiça.

2. Posicionamento dos Tribunais Regionais Federais

O TRF 2ª Região acolhe a tese de que o termo inicial para a contagem da prescrição no crime investigado só tem início com a cessação do recebimento do benefício indevido³. Em posição antagônica, a Primeira Seção do TRF 3ª Região pacificou recentemente sua jurisprudência no sentido de que a prescrição para a pretensão punitiva do Estado, referente ao crime do art. 171, § 3º, do Código Penal, começa a correr a partir da obtenção da primeira vantagem ilícita⁴.

A Oitava Turma do TRF 4ª Região, por sua vez, entende que

O estelionato praticado para a obtenção de benefício previdenciário de trato sucessivo, quando analisada a conduta do agente responsável pela inserção de dados falsos em Carteira de Trabalho e Previdência Social ou documento congêneres, apto a produzir efeitos previdenciários, é crime instantâneo. Precedentes do STF. Em relação ao beneficiário da fraude, configura delicto permanente, disso decorrendo a circunstância de que o prazo prescricional somente começará a fluir depois de cessada a permanência.⁵

Posicionamento similar a esse é subscrito pelo TRF 5ª Região.⁶

Ao tratar da questão aqui discutida, a Terceira Turma do TRF 1ª Região julgou recentemente o Recurso em Sentido Estrito 2006.39.00.008341-4/PA, relatado pelo eminente Juiz Tourinho Neto. O relator lançou ao acórdão voto que ficou vencido, assim concluindo:

(...) parece-me que o delicto perpetrado contra o INSS é instantâneo, para o agente beneficiário do INSS, na esteira das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o estabelecido no art. 111, III, do Código Penal pátrio. Assim, é crime instantâneo de efeitos permanentes

o denominado estelionato previdenciário (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva. Ainda que a ação possa ser arastada no tempo, ou seja, tenha efeitos permanentes, como na hipótese do delicto consubstanciado na concessão e no recebimento de aposentadoria a partir de dados falsos, o resultado será, sempre, instantâneo, consoante regra inserta no art. 14, inc. I, do Código Penal.

Não obstante as considerações do douto magistrado, fundamentadas na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, prevaleceu, no julgamento, o entendimento tradicional, consubstanciado nas turmas que tratam de matéria penal no TRF 1ª Região, e o acórdão ficou assim redigido, na parte que interessa:

Penal e Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Concessão de aposentadoria previdenciária, de forma fraudulenta. Crime de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do Código Penal). Extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão punitiva, pela pena "in abstracto", quanto ao crime do art. 171, § 3º, do Código Penal – descabimento. Segurado beneficiado. Crime de natureza permanente. Denúncia. Recebimento. Recurso provido.

I. O estelionato relacionado à obtenção de vantagens ilícitas junto à Previdência Social constitui, para o beneficiário, crime permanente, pois seu recebimento periódico depende de constante ação do sujeito ativo em receber as parcelas indevidas, prolongando-se no tempo seu efeito delitivo, iniciando-se o prazo prescricional a partir da data da cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal (ACR 2004.39.00.007578-3/PA, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, e-DJF1 de 22/08/2008, p. 180).

[...].

IV. Recurso provido.

(RSE 2006.39.00.008341-4/PA, rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, Rel. p/ acórdão, Juiz Federal convocado Jamil Rosa de Jesus Oliveira, e-DJF1 p. 47 de 12/02/2010).

Esse é o entendimento prevalente nesse órgão colegiado, sendo que na Quarta Turma encontram-se julgados consonantes com a linha interpretativa da Oitava Turma do TRF 4ª Região, no sentido de que, para o agente que viabiliza o crime, o marco inicial da prescrição é o momento da concessão ilegal do benefício, e, no caso do sujeito beneficiário, somente na data do recebimento da última parcela tida como indevida. É o que se vê dos seguintes excertos:

Penal e Processual Penal. Recurso em sentido estrito. INSS. Crime contra a Previdência Social. Benefi-

³ RSE 2009.51.01.806624-1/RJ, 2ª Turma Especializada, DJU 18/12/2009, p. 140.

⁴ EIFNU 2000.61.81.003532-8/SP, rel. Des. Federal Cecilia Mello, 1ª Seção, DJF 14/04/2010, p. 97.

⁵ ACR 2007.71.13.000770-4/RS, rel. Victor Luiz dos Santos Laus, 8ª Turma TRF 4ª R, DE 21/10/2009.

⁶ ACR 0008138-17.2006.4.05.8100, rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementino, 2ª Turma, DJ 25/03/2009, p. 320

cio. Concessão irregular. Estelionato. CP, art. 171, § 3º. Servidor e/ou intermediário/despachante do seguro: consumação instantânea de efeitos permanentes. Lapso prescricional. Fluência a partir da data do ato ilegal concessório. Beneficiário: momento consumativo do delito que se prolonga no tempo. Data do último recebimento indevido do benefício. Pena em abstrato. Prescrição. Não ocorrência.

I. Quanto ao marco final consumativo do delito previsto no art. 171, § 3º, do CP, a jurisprudência desta Quarta Turma, em recentes julgados, tem considerado que o estelionato praticado por quem viabiliza a concessão ilegal do benefício, seja na condição de servidor do ente autárquico, seja na qualidade de intermediário/despachante do segurado, consubstancia-se crime instantâneo de efeitos permanentes, cujo lapso prescricional começa a contar a partir da data do ato de concessão ilegal.

II. Entendimento diverso, todavia, ocorre quanto ao beneficiário, cujo termo *a quo* do prazo prescricional deve ser o último recebimento fraudulento do benefício.

[...].

VI. Recurso provido.

(RSE 2007.39.00.001030-0/PA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 p.133 de 29/01/2010)

A Segunda Seção do TRF 1ª Região ainda não examinou a matéria, tendo oportunidade de fazê-lo por via dos Embargos Infringentes e de Nulidade 2006.39.00.008341-4, ajuizados pela Defensoria Pública da União e aguardando o regular trânsito processual para ser alocado em pauta de julgamento, conforme se vê no andamento processual do sistema informatizado do Tribunal.

3. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

A Corte Superior de Justiça que tem competência constitucional (105/CF) para conferir interpretação final em matéria de natureza infraconstitucional também encontra divergência entre as turmas responsáveis pelo exame de matéria penal.

Por um lado, é tranquilo o entendimento na Quinta Turma do STJ no sentido de que o prazo prescricional do delito de estelionato praticado contra a Previdência Social tem início com a cessação do pagamento das prestações indevidas. É o que se vê da seguinte ementa:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal. Estelionato. Fraude. Previdência social. Crime permanente. Termo inicial do prazo prescricional. Art. 111, inciso III, do Código Penal.

(...)

II. Este Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, ensejando a percepção sucessiva e indevida de benefícios previdenciários, constitui delito permanente, e não delito instantâneo de efeitos permanentes.

III. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 975.339/AM, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/04/2009, e-DJ 04/05/2009)

Diacronicamente divergente é o entendimento da Sexta Turma, da mesma Casa de Justiça, como se pode ver no seguinte julgado:

Estelionato em detrimento da Previdência Social (art. 171, § 3º, do Cód. Penal). Prescrição (caso). Crime instantâneo de efeitos permanentes (consumação com o recebimento do primeiro benefício indevido).

I. A atual jurisprudência do Superior Tribunal é no sentido de ser de natureza instantânea com efeitos permanentes o estelionato cometido em detrimento da Previdência Social, razão pela qual se consuma com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser observado para a contagem do lapso prescricional.

II. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1022286/RS, rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, e-DJ 1º/03/2010)

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou a respeito do assunto.

4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A questão tratada neste texto refere-se à norma de caráter infraconstitucional, oriunda do Código Penal Brasileiro, que foi lançado no mundo jurídico por via do Decreto-Lei 2.848/1940. Todavia, a matéria atinente ao tema de prescrição implica diretamente no direito de ir e vir do cidadão, hipótese sempre passível de alcançar o exame da excelsa Corte. Não fora isso, atinge elementos atinentes a direitos fundamentais, tutelados pelos tratados internacionais e pela Constituição Federal, como a presunção de inocência ou de não culpabilidade, como querem alguns.

Nesse desiderato, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria diversas vezes. O entendimento da antiga formação da Corte pautava-se no sentido de que o delito em estudo teria o termo *a quo* para contagem da prescrição da pretensão punitiva como a data em que cessava o recebimento do benefício concedido

irregularmente. É o que se vê da seguinte ementa de julgado do ano de 2003:

Habeas Corpus. 2. Estelionato. Fraude na percepção de benefício previdenciário. 3. Crime permanente. Contagem de lapso prescricional a partir da cessação da permanência. 4. Prescrição retroativa não configurada. 5. Habeas corpus indeferido

(HC 83252, rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 14/11/2003 pp-35 Ement. vol-2132-14 pp-2614)

Evoluindo em sua construção jurisprudencial, a atual composição da Segunda Turma da Corte Suprema inverteu seu posicionamento de forma que os julgados contemporâneos é no sentido de que o prazo prescricional tem início com o recebimento da primeira vantagem ilícita, consoante inúmeros acórdãos relatados pelo eminente Min. Cezar Peluso. É o que se vê da ementa colacionada abaixo:

Ação Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação do adicional indevido. Termo inicial de contagem do prazo prescricional. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. Voto vencido. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva.

(HC 99363, rel.: Min. Ellen Gracie, Relator p/ acórdão: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, e-DJ-30, Public 19/02/2010 Ement. Vol-2390-02 Pp-314)

Ocorre que o tema ainda é objeto de muitas discussões na referida Turma de julgamento, uma vez que o escore no resultado desses julgamentos tem registrado empate de votos. Assim, o acusado só é beneficiado por força dos arts. 146, parágrafo único, e 150, § 3º, do Regimento Interno do STF, que privilegia o réu no caso de julgamentos que apresentam empate de votos em matéria penal.

A Primeira Turma da Corte Suprema, também pela via do empate de votos, acompanha o entendimento apertado acima registrado, como pode ser visto no HC 95564, julgado em 30 de junho de 2009.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, examinou a matéria em abril de 2007, de onde se extraiu ementa subscrevendo posicionamentos expressados pelas duas turmas da Corte, nestes termos:

Prescrição. Aposentadoria. Fraude perpetrada. Crime instantâneo de resultados permanentes versus crime permanente. Dados falsos. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - art. 111, inc. III, do Código Penal. Precedentes: Habeas Corpus 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e 84.998-9/RS e Recurso Ordinário em Habeas Corpus 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - os dois últimos -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente.

(HC 86467, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2007, e-DJ-42, Public DJ 22/06/2007 Pp-16 Ement. Vol-2281-02 Pp-334 Lexstf v. 29, 344, 2007, p. 432-443)

Acontece que desse julgamento inúmeros debates foram arrestados e levantadas preocupações atinentes à divergência entre decisões tradicionais e contemporâneas da Corte. Decidiu-se, então, por remeter o citado *Habeas Corpus* para julgamento do Tribunal Pleno, ainda não realizado.

Examinando a diversidade de entendimentos espostados pelas Cortes de Justiça, necessário se faz examinar os pontos culminantes capazes de diferenciar o crime em questão, compreendendo a natureza acerca das diferenças de cada instituto, por revelar-se distinção importante para o tema da prescrição.

5. Dos crimes instantâneo, continuado e permanente

Francesco Canelutti, citado em voto do Min. Gilmar Mendes (HC 83.252-1) ensinou que,

ao contrário do crime instantâneo, cuja violação do bem jurídico realiza-se em um só instante, ou do crime continuado, que se propaga de forma descontínua pela consumação de vários delitos, o crime permanente está constituído por uma consumação que não se esgota em um único momento, mas que se prolonga e de maneira contínua... No crime permanente, a ofensa ao bem jurídico protegido deve durar para que o dano continue a existir.

Na dicção de Guilherme de Souza Nucci, os *delitos instantâneos são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo* e os crimes permanentes também se consomem com uma única conduta, *embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo*

até quando queira o agente. O ilustre autor fala, ainda, dos crimes instantâneos de caráter habitual e daqueles que podem tornar-se eventualmente permanentes, ou seja, *aqueles que se consomem através de uma única conduta provocadora de um resultado instantâneo, mas que exigem, em seguida, para a configuração do tipo, a reiteração de outras condutas em formato habitual ou eventual*.⁷

De todo o exposto até aqui, podemos inferir uma proposição que se faz relevante, qual seja, a diferenciação existente entre o sujeito que participa da fraude para a concessão do benefício e aquele que efetivamente receberá o benefício continuamente de forma prolongada e indefinida.

No primeiro caso, mesmo diante da ciência de que o tipo penal fala em obter vantagem para si ou para outrem, haveremos de considerar que, se o agente não permanecer no desfrute da conduta antijurídica, ou seja, se sua ação criminosa se subsumir aos atos preparatórios para o recebimento do benefício ilegal, torna-se difícil defender a tese do crime permanente para esse agente, tendo presente que não auferiu nenhum outro benefício que tenha se estendido no tempo.

Noutra linha, a discussão a respeito do caráter instantâneo ou permanente do crime aplicar-se-ia, tão somente, ao beneficiado da ação delituosa que se apropriou dos pagamentos indevidos no decorrer do tempo. É nesse viés que aponta a jurisprudência da Quarta Turma do TRF 1ª Região e da Oitava Turma do TRF 4ª Região.

Igual preocupação temos no voto condutor do acórdão, do REsp 1057510, relatado pelo Min. Felix Fischer, e também é resultado de ponderações dos votos vencidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente no exame do HC 86.467/RS.

6. Considerações finais

É notável a existência de duas correntes jurisprudenciais que tratam do termo inicial da prescrição da pretensão punitiva no estelionato contra a Previdência Social de forma antagônica, cujo desiderato implica diretamente sorte do acusado. Firmes são os argumentos alocados pelos ilustres magistrados na defesa de suas teses.

Ao examinar o assunto em sede de recurso especial⁸, o Min. Felix Fischer resgatou importante fundamento do Min. Assis Toledo, do qual extraio o seguinte excerto:

O estelionato, em sua definição legal (art. 171), contém como elemento essencial o 'prejuízo alheio'. Isso significa que a consumação do estelionato se dá com a ocorrência desse elemento material – o prejuízo alheio. Tal prejuízo pode ocorrer de modo instantâneo, quando o agente obtém de uma só vez a vantagem ilícita, ou de modo permanente, quando o agente obtém, através de uma única fraude (uma única ação fraudulenta) prestações periódicas, sucessivas, como ocorre no caso destes autos: obteve o agente, por meio fraudulento, a concessão de benefício previdenciário; esse benefício produziu, como resultado, um prejuízo que se subdividiu, ao longo do tempo, em prestações periódicas, sucessivas, pagas mensalmente. *Não era necessário que o agente reiterasse a ação fraudulenta a cada nova percepção da vantagem ilícita; bastava-lhe manter a situação ilícita já instalada e receber os seus frutos mensalmente o que de fato fez.* (Grifei).

Pensando em sentido contrário, são relevantes os argumentos levantados pelo Desembargador convocado para o Superior Tribunal de Justiça Dr. Celso Limongi, ao registrar no voto condutor do HC 121.336/SP⁹ que

(...) é preciso considerar, em primeiro lugar, que a vantagem ilícita foi auferida em razão de um – e apenas um – único ato, a apresentação de documentação falsa.

É preciso enfatizar: o sujeito ativo executou uma única vez o núcleo do art. 171 do Código Penal, isto é, os verbos induzir ou manter em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento (na espécie, o uso de documentação falsa) o INSS.

A apresentação de documento falso ocorreu por uma única vez e se esgotou nisso. (...)

O crime permanente, como se sabe, protraí no tempo sua consumação. Exemplo típico é o crime de sequestro: enquanto o sequestrador não liberta a vítima, o delito está sendo consumado e, pois, é delito permanente, pelo que o sujeito ativo pode ser preso em flagrante. Sobre "o elemento subjetivo, nos crimes permanentes, cumpre lembrar que a permanência decorre de um *non facere quod debetur*, pelo que o agente está, sem sombra de dúvida, desobedecendo a norma que o manda remover a situação antijurídica que criou. O agente

⁷NUCCI, *op cit.* pp. 169-170.

⁸REsp 1057510/RJ, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/09/2009, e-DJ 13/10/2009.

⁹Sexta Turma do STJ, julgado em 10/3/2009, e-DJ 30/03/2009.

deve, assim, ter a possibilidade de alterar essa situação ilícita. [...]

O delito instantâneo de efeitos permanentes, diferentemente do que ocorre com o crime permanente, não enseja ao sujeito ativo coarctar seus efeitos, pois estes são permanentes, como no crime de bigamia. Não há como retornar, como fazer cessar os efeitos da ação produzida, não há como cessar a ação, pois esta já se esgotou. Em suma, não há como retroceder...

Na espécie, como se viu, a ação foi única, instantânea. O que se reveste do caráter de permanência é a fruição da vantagem pecuniária, recebida mês a mês, o que aconteceu por vários anos. Mas a fruição é o exaurimento do crime, exaurimento que pode ocorrer de uma só vez ou em trato sucessivo, de tempo em tempo. Poderia ocorrer o recebimento de uma só vez, se, por exemplo, o sujeito passivo fosse uma seguradora, que pagaria de uma só vez quantia vultosa.

De qualquer forma, é preciso considerar que a paciente não estava falsificando documento a cada pagamento e isto é suficiente para mostrar que o crime foi instantâneo, com a devida vênua de quem possa entender de outro modo.

[...]

Parece, ainda, curial que, na espécie, não caberia prisão em flagrante da paciente, exatamente porque o crime é instantâneo de efeitos permanentes, e não crime permanente, que admitiria a prisão em flagrante. Como admitir-se flagrante de um crime consumado em 1983?

Por todos os ângulos, é de se notar a força dos fundamentos alocados pelos julgados acima citados. Isso enriquece o debate e abastece de fundamentos os operadores do Direito que militam nessa seara, uma vez que tanto o Ministério Público quanto os Defensores têm subsídios suficientes para manejar recursos em todas as instâncias judiciais, o que tumultua o rito processual e procrastina o enlaço final de cada caso apresentado ao judiciário.

Conclusão

A oscilação e a premente divergência jurisprudencial a respeito do termo inicial da prescrição no estelionato contra a Previdência Social repercutem no sistema processual, fazendo com que as demandas atinentes ao tema transitem por inúmeras instâncias até encontrar decisão final, hipótese que milita em desfavor da economia processual.

Não fora isso, a sorte do acusado estará lançada a rigor do entendimento do órgão julgador que examinar seu processo, tendo presente a dissonância existente entre as turmas componentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como das Quinta e Sexta Turmas

do Superior Tribunal de Justiça e, ainda, a carência de posição definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Examinando o movimento jurisprudencial mais recente, é possível abstrair um viés no sentido da convalidação do entendimento de que o agente que partícipe da fraude contra a Previdência (servidor da administração, despachante etc), mas que não se beneficie dos recebimentos das prestações continuadas não responde por crime permanente. Para este, a consumação se daria com a ação defraudadora e, *in casu*, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional seria a data do recebimento da primeira prestação indevida.

No tocante ao beneficiário das prestações sucessivas a divergência entre julgados e tribunais é mais assentada. No entanto, nota-se sensível evolução nos órgãos jurisdicionais no sentido de que o delito possa ser considerado instantâneo de efeitos permanentes, concebendo o início do prazo prescricional da mesma forma que consubstanciado no caso de terceiros envolvidos na fraude.

A doutrina também denota simpatia a esse entendimento. Sobre o assunto destaco manifestação do jurista Luiz Flávio Gomes, extraída da obra de Euro Bento Maciel Filho¹⁰, assim redigida:

(...) na fraude na obtenção de benefício previdenciário não há como vislumbrar a existência de crime permanente, que apresenta uma característica particular: a consumação no crime permanente prolonga-se no tempo desde o instante em que se reúnem seus elementos até que cesse o comportamento do agente. Traduzida essa clássica lição em termos constitucionais, que permite assumir a teoria do bem jurídico como esteira de toda a teoria do delito, dir-se-ia: no crime permanente a lesão ou o perigo concreto de lesão (leia-se: a concreta ofensa) ao bem jurídico tutelado se protraí no tempo e, desse modo, durante um certo período o bem jurídico fica subordinado a uma atual e constante afetação, sem solução de continuidade. (...) No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza) a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se prolonga continuamente (sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea (logo, delito instantâneo). (Gomes, Luiz Flávio. Crimes previdenciários. São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 88/89).

Diante de tudo que foi registrado, é de se observar a dicotomia existente na última década em torno do assunto. Os avanços na discussão do tema apontam para uma convergência da jurisprudência pátria a fim de que o Judiciário possa dizer o Direito com a firmeza e garantia de que lhe é peculiar, cumprindo o impor-

¹⁰ FILHO, Euro Bento Maciel, *op cit.* pp. 145-146.

tante papel institucional estabelecido na Constituição da República de 1988, no sentido de atuar para dirimir os conflitos sociais.

Referências bibliográficas

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais: contra a administração pública, a Previdência Social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

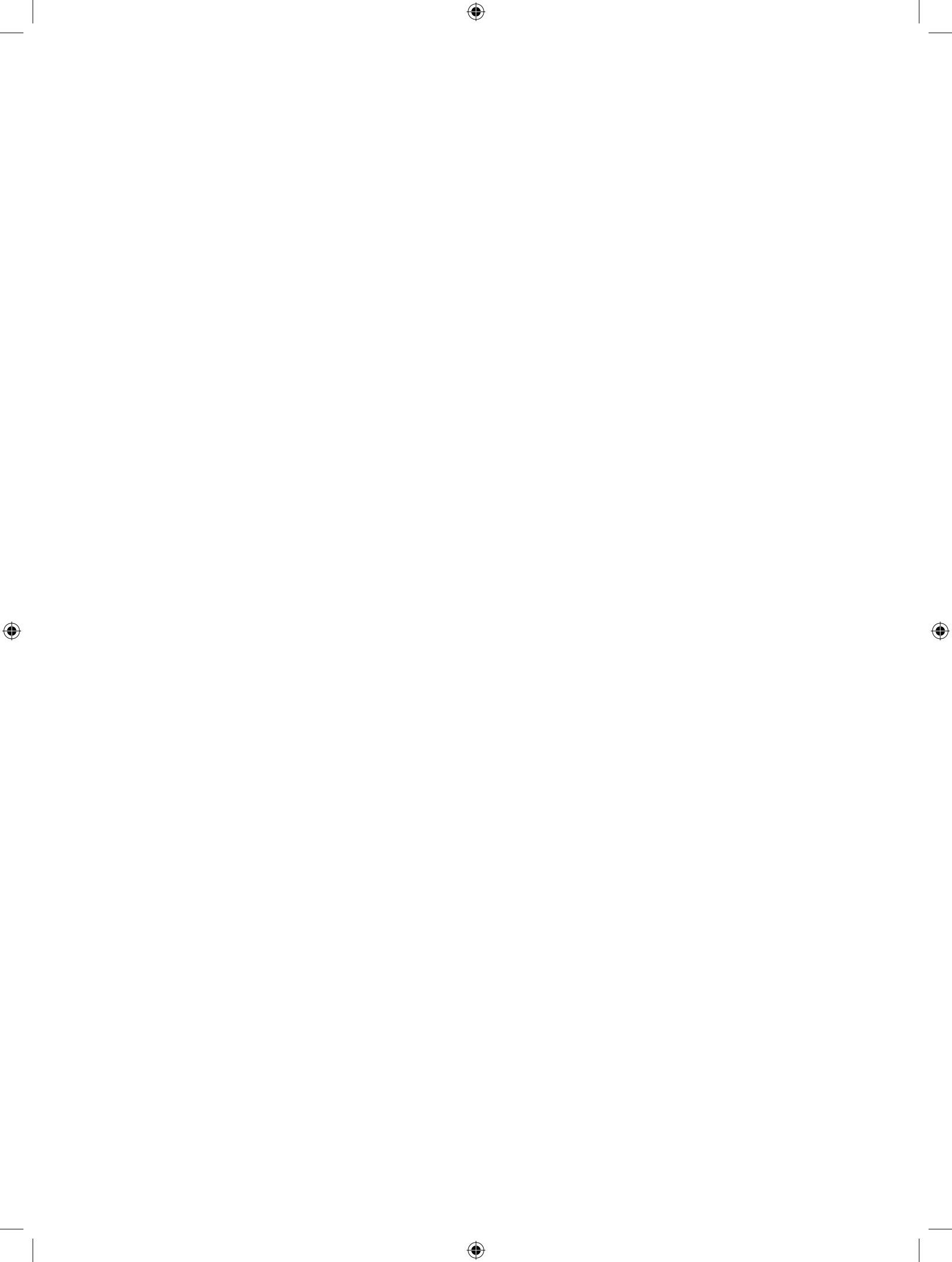
MACIEL FILHO, Euro Bento. *Crimes previdenciários: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência*

social, à luz da Lei 9.983, de 14.07.2000. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial* – 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Sites de jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.



Breves considerações sobre a Lei 12.234, de 5 de maio de 2010

Aldo de Campos Costa*

Com a edição da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, desaparece de nosso ordenamento o controverso instituto da prescrição retroativa no interregno que vai da data do fato até a denúncia ou queixa, que, até então, tinha seu fundamento legal na remissão do art. 109, *caput*, combinada com os §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal. Esse cálculo prescricional para o passado, apontado pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 como uma *teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto*¹ tem sua origem em uma intrincada construção jurisprudencial, que faz retroagir a sentença condenatória transitada em julgado, ou de que somente o acusado tenha recorrido, ao tempo anterior a qualquer dos marcos divisórios previstos no art. 117 do Código Penal para o efeito de aproveitamento dos lapsos temporais do art. 109, caso suficientes à pena concretizada.

Ninguém, até hoje, foi capaz de explicar de maneira convincente as razões pelas quais deveria admitir-se que, depois da sentença condenatória, fosse possível fazer a revivescência do tempo anteriormente decorrido para aproveitá-lo, em razão da pena em concreto, de sorte a considerá-la prescrita, pois como afirmou Nelson Hungria, décadas atrás, *querer utilizar o tempo anterior à última causa interruptiva, vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância do vácuo*². O insigne Ministro, no entanto, viria a modificar o seu posicionamento com a promulgação do Código que ficara incumbido de revisar, oportunidade em que passou a afirmar que o parágrafo único do art. 110, constante da redação original daquele diploma legal, havia sido redigido dessa maneira para que a prescrição nele determinada retroagisse à data da última causa interruptiva, sendo inadmissível que o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da denúncia, a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, o

início ou continuação do cumprimento da pena ou a reincidência tivessem o condão de interromper uma prescrição que, relacionada à pena imposta, já tivesse se consumado. Em outros dizeres, todas essas causas só interromperiam efetivamente a prescrição quando o período transcorrido fosse insuficiente para a prescrição relacionada à pena *in concreto*³. Sendo suficiente o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, não haveria o que interromper⁴.

A envolvente tese de Hungria, embora tenha lhe garantido opinião vencedora no Supremo Tribunal Federal, sempre esteve em franca antinomia com o conceito mesmo de interrupção, pois, como é sabido, antes da sentença final, a única prescrição que está a correr é a relacionada à pena cominada em abstrato, e, sobrevivendo a causa interruptiva, o tempo anterior passa a ser um nada jurídico, recomeçando a prescrição a correr integralmente⁵. Com o advento da sentença condenatória, ou o tempo decorrido do dia da última causa interruptiva é suficiente à prescrição da pena concretizada, ou é insuficiente; no primeiro caso, a prescrição deve ser declarada; no segundo, a prescrição, já então referida à pena em concreto, começa *ex novo et ex integro*, da data da sentença condenatória recorrível. Ora, se a ação penal antes de sua propositura não está prescrita, e se a denúncia interrompe a prescrição, obviamente, só daí por diante há que se contar a prescrição, em face da pena em concreto. É de notar-se, portanto, que jamais se poderia reconhecer como consumada anteriormente uma prescrição que foi interrompida⁶,

*Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, e pós-graduado em Direito Penal pelas Universidades de Buenos Aires (Argentina) e Valência (Espanha). Foi pesquisador visitante no "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" em Freiburg im Breisgau (Alemanha).

¹FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, 15ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 408, 1995.

²Revista Forense, v. 78, p. 589.

³PINTO, Aloysio de Carvalho Pinto. *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 4, p. 370, 1978.

⁴STF HC 38.186, Nelson Hungria, DJ 30/01/1961.

⁵Nesse sentido, o Ministro Rodrigues Alckmin: "Se a prescrição é a perda da pretensão, como iria o juiz satisfazer previamente a pretensão punitiva e fixar uma pena; como iria declarar que o réu é culpado e impor ao réu uma condenação, e depois de atender a essa pretensão punitiva, dizer que, porque atendeu à pretensão punitiva e porque, em a atendendo, fixou uma pena, o Estado não tinha a pretensão punitiva, e a ação estava prescrita? Foi o que eu disse que parecia o *simul esse et non esse*: ao mesmo tempo em que o juiz, na sentença, satisfaz a pretensão punitiva; com base na satisfação da pretensão que, portanto, reconhece válida e procedente, declara que a pretensão não existia, por causa do tempo decorrido (RTJ 81/36).

⁶STF RE 104.500, Néri da Silveira, DJ. 23/03/1985.

pois se a publicação da sentença recorrível é uma das causas interruptivas da prescrição, é lógico e evidente que, verificada a interrupção por esta última, todo o tempo anterior à sentença torna-se inaproveitável⁷.

A propósito do tema, o Ministro Luiz Gallotti acresceu as seguintes ponderações durante o julgamento do HC 42.618:

o art. 117, IV, do Código Penal, diz que a prescrição se interrompe pela sentença condenatória recorrível. Sentença condenatória recorrível é uma coisa que existe antes de se saber se defesa e acusação vão apelar. Assim, quando a defesa e quando o promotor deixam de apelar no prazo legal, a prescrição já se interrompeu, conforme disposto no citado art. 117, IV. Interrompida, isso significa, como é elementar, que o prazo prescricional recomeça, que o prazo decorrido antes da sentença condenatória deixou de existir para efeito de prescrição, passou a ser um edifício completamente demolido, um nada, um vácuo, como demonstram, com imagens da maior eloquência que tenho como desnecessário reproduzir, Manzini e Nelson Hungria (este, em conferência publicada em livro e feita logo após a promulgação do vigente Código Penal, de que foi o principal autor, quando sustentava a mesma opinião que defendo). Anos depois, ao julgar *habeas corpus* como desembargador, adotou a opinião oposta e a sustentou no Supremo Tribunal, nas longas discussões que tivemos. Nota-se que, num ramo do Direito (o Penal), em que a tendência natural de todos nós, seus discípulos, é concordar com o insigne Hungria, todos os mestres que esceveram livros sobre a matéria depois da nossa discussão, ficaram comigo.

Seja como for, o fato é que o Congresso Nacional, no anseio de extirpar a prescrição retroativa de nosso ordenamento nos moldes propostos pelo PLC 1.383/2003, não se atentou para o fato de que o limite temporal da prescrição não se operava do oferecimento da denúncia, ou da queixa à data da consumação do crime, e sim de seu recebimento⁸ até aquele marco divisório, e, por conta disso, acabou estabelecendo na nova redação do § 1º do art. 110, uma causa interruptiva que, por inexistir no rol taxativo do art. 117 do Código Penal, pode acabar resultando ineficaz para os

seus próprios propósitos. Outro não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

o art. 110 do Código Penal não desconsidera o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa como causa interruptiva da prescrição (art. 117, I), de sorte que o prazo prescricional, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, não pode iniciar-se antes da indicada causa interruptiva (RE 99.797, Soares Muñoz, DJ 06.05.1983).

O descuido em questão, que permite que o prazo prescricional em tela corra a partir da data em que o representante do Ministério Público deveria apresentar a denúncia, e não da data em que esta foi efetivamente recebida, além não encontrar amparo na lei, na doutrina e na jurisprudência, conflita com a literalidade do art. 117 do Código Penal, que, ao exprimir o seu comando, não faz alusão alguma “à atividade mais ou menos presta do órgão do Ministério Público ou do ofendido”⁹ como causa interruptiva do lapso prescricional.

Na forma como se encontra redigido, o §1º do art. 110 pode, de fato, representar um óbice para que o cálculo da prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso tenha, por termo inicial, data anterior à da própria denúncia ou queixa, mas não impedirá que a jurisprudência continue se valendo do critério da contagem retroativa para seguir reconhecendo a prescrição pela pena concretizada na sentença, tomando como limites temporais os lapsos que correm (a) da publicação da sentença condenatória de primeira instância até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos casos de processo comum, e com sentença condenatória de primeira instância; (b) da data da condenação pelo tribunal até a data do recebimento da denúncia ou da queixa, nos casos de absolvição em primeira instância e condenação no segundo grau de jurisdição; (c) da data da publicação da sentença até a data da decisão confirmatória da pronúncia, nos processos de competência do júri, sendo a sentença deste condenatória; (d) da publicação da sentença até a pronúncia, inexistindo decisão confirmatória de pronúncia; e, finalmente (e) da pronúncia ao recebimento da denúncia ou da queixa¹⁰. Isso porque, diferentemente

⁷ STF RE 9.809, Goulart de Oliveira, julgado em 20/11/1945.

⁸ Nesse sentido: STF HC 68.259, Marco Aurélio, DJ 05/10/1990. Quanto à problemática do momento em que se dá o recebimento da denúncia a partir da Lei 11.719/2009, vide o STJ HC 119.226, Felix Fischer, DJ 28/09/2009: “A Lei 11.719/08, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o art. 396 quanto o art. 399 daquele *codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado”.

⁹ STF RE 100.448, Decio Miranda, DJ 25/11/1983.

¹⁰ O acórdão confirmatório de condenação, conquanto constitua hoje marco interruptivo da prescrição, não só em virtude da Lei 11.596/2007, como consoante entendimento que já vinha sendo esposado pelos Tribunais Superiores, só atua assim quando se contrapõe a uma sentença absolutória de primeiro grau, ou

do que se vê consignado em sua ementa, a Lei 12.234, de 2010 não extinguiu totalmente a prescrição retroativa, mas tão somente a possibilidade de que esta seja operada entre a data do fato e a do, *rectius*, recebimento da denúncia ou queixa.

Com efeito, a redação original do PLC 1383/2003, de autoria do deputado federal Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), deslocava o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para a data da publicação da sentença passada em julgado, erradicando por completo o cálculo retroativo da prescrição de nosso ordenamento. No entanto, uma emenda ao substitutivo do projeto de lei em questão, assinada pelo Deputado Federal Fernando Coruja (PPS-SC), fez ponderar se a inovação não faria com que o Estado, a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retir[asse] o benefício da prescrição da defesa, apoderando-se dela como dono do réu¹¹, não obstante a proposição modificada tivesse tido o cuidado de eliminar apenas a contagem retroativa do prazo prescricional preconizada por Nelson Hungria, tese esta que o Ministro Victor Nunes, nos autos do RHC 40.003, julgado aos 19 de julho de 1963, ampliou consideravelmente, a ponto de abranger também o lapso de tempo decorrido entre o dia em que o crime se consumou e o recebimento da denúncia ou queixa, e isso, muitos anos antes que o § 2º do art. 110, do Código Penal, mandado acrescentar pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, dispusesse que a prescrição a que se refere o § 1º daquele dispositivo podia *ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa*. Registre-se, a título de informação, que foi precisamente por causa dessa modificação que o legislador entendeu necessário operar a modificação que agora se vê no texto do inc. VI do art. 109, fixando, adicionalmente, o prazo de três anos como o mínimo para a ocorrência da prescrição, para fins de ampliar a eficácia da lei¹².

Nesse encadeamento, cumpre também assinalar que as modificações trazidas pela Lei 12.234/2010 só deverão ser consideradas para os casos futuros, nos quais a fonte da extinta prescrição retroativa pela pena concretizada, vale dizer, o trânsito em julgado, para a acusação, da sentença condenatória, se der em sua vigência, excetuando-se desse regime, naturalmente, os

quando modifica o título da condenação alterando a pena de modo considerável. Se tão somente confirmar a condenação, sem alterá-la, não constitui novo marco condenatório interruptivo da prescrição. Nesse sentido o STJ HC 111.502, Jane Silva, DJ 10/11/2008.

¹¹ Emenda de Plenário 4 ao Substitutivo do PLC 1.383, de 2004.

¹² Emenda de Plenário 6 ao Substitutivo do PLC 1.383, de 2004.

crimes de caráter permanente que porventura tenham sido parcialmente praticados sob a égide da nova legislação, mais severa. Essa é a orientação de longa data da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também não admitia que se aplicasse a fatos pretéritos – e em prejuízo do acusado – os §§ 1º e 2º, introduzidos pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, ao art. 110 do Código Penal, de modo a limitar o alcance da extinção da punibilidade, restringindo seu alcance *tão somente à renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal*¹³. De fato, se o parágrafo único do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à mencionada Lei 6.416/1977 autorizava o reconhecimento da prescrição da ação penal, não seria lícito que se operasse a retroação do § 2º do referido artigo – com a redação da época – posto que o diploma subsequente havia limitado – exatamente como agora o faz a Lei 12.234/2010 – o alcance da extinção da punibilidade.

Por último, a alteração legislativa surge como uma boa oportunidade para que se possa rebater entendimento atualmente sufragado pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que *a prescrição retroativa é inerente à pretensão punitiva* (STF EXT 731, Marco Aurélio, DJ 23/04/1999), haja vista que a prescrição da pretensão executória também pode ser retroativamente apurada, como ocorre, exemplificativamente, nos casos em que o apelo da defesa versa, tão somente, sobre o quantitativo da pena. Inexistindo trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa, justifica-se o entendimento de ocorrer, aí sim, a prescrição da pretensão punitiva, sendo despicando afirmar o contrário quando a apelação versa sobre o mérito da condenação (STF RE 104.500, Néri da Silveira, 23/05/1985). Outrossim, resulta desprovido de sentido afirmar-se que *a prescrição pela pena em concreto, seja ou não retroativa, só pode ser prescrição da pretensão punitiva*¹⁴. Vejamos, senão, o que dispõe a primeira parte do § 1º do art. 110 do Código Penal, inalterada pela Lei 12.234/2010: *A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada*. Ora, parece-nos evidente que, depois de passado em julgado o mérito da sentença condenatória – e não o montante da pena – não seja mais possível atacar a pretensão punitiva – porque esta já terá, por imperativo lógico, ocorrido – mas tão somente a pretensão executória da pena. Nesse diapasão,

¹³ Nesse sentido o STF RE 101.560, Soares Muñoz, DJ 30/03/1984, e, *mutatis mutandis*, o STF RE 101.980, Alfredo Buzaid, DJ 18.05.1984.

¹⁴ Fragoso, *Lições*, p. 409.

percebe-se claramente que não se pode reconhecer como consumada anteriormente uma prescrição que já foi interrompida.

Em suma: a prescrição a que se refere o § 1º do art. 110 do Código Penal, com a redação da Lei 12.234/2010, dirá respeito à prescrição da pretensão punitiva quando a apelação do acusado versar sobre o mérito propriamente dito da condenação; dar-se-á, entretanto, a prescrição da pretensão executória do Estado nos casos em que o apelo da defesa versar, tão somente, sobre o montante da pena, ou, ainda, restar

improvido o seu recurso. Os efeitos de uma e de outra serão significativamente sentidos: enquanto a primeira não implica responsabilidade ou culpabilidade do agente, antecedentes, nem gera eventual reincidência a segunda, diferentemente, faz persistir os efeitos acessórios da decisão infligida ao condenado: obrigação de reparar o dano, interdição de direitos, reincidência, dentre outros. Desnecessário dizer que em ambos os casos pressupõe-se a impossibilidade de *reformatio in pejus*, isto é, o trânsito em julgado para o órgão acusador.

Decreto-Lei 2.848, de 1940	Lei 6.416, de 1977	Lei 7.209, de 1984	Lei 12.234, de 2010
Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena <i>aplicada</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)	Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena <i>aplicada</i> e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória <i>de que somente o réu tenha recorrido</i> , regula-se também pela pena <i>imposta</i> e verifica-se nos mesmos prazos.	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação</i> , regula-se, também, pela pena <i>aplicada</i> e verifica-se nos mesmos prazos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei 6.416, de 1977)	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso</i> , regula-se pela pena <i>aplicada</i> . (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/7/1984)	§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória <i>com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso</i> , regula-se pela pena <i>aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa</i> (Redação dada pela Lei 12.234, de 05/05/2010)
	§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, <i>não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia</i> . (Incluído pela Lei 6.416, de 1977)	§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, <i>pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa</i> . (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/07/1984)	§ 2º (Revogado).

Proibição das pulseirinhas do mal

Damásio de Jesus*

Do abuso não se tira argumento contra o uso (*ex abusus non arguitur in usu*).

Valho-me do velho aforismo jurídico para responder às medidas, anunciadas pelos meios de comunicação, proibindo o uso e venda, para menores de 18 anos, das chamadas *pulseiras do sexo* transformadas em sinais sexuais conforme as cores, quando arrebatadas por um conhecido ou estranho (*to snap away*), dá-lhe o direito, como se fosse um jogo, de receber uma recompensa, que pode ser desde o simples beijo até o momento consumativo da saciedade libidinosa. Suspeitas de serem a causa de estupros de jovens que as usavam, viraram caso de polícia.

De acordo com as notícias, Rio de Janeiro, Manaus, Campo Grande, Sertãozinho, Florianópolis e Maringá proibiram o acessório, sendo as ordens determinadas pelos Juizados da Infância e da Juventude, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. No caso de seu descumprimento por escolas públicas e particulares, às quais se confere a obrigação de observância e vigilância, são previstas multa e cassação de alvarás de funcionamento. É verdade: ameaçam fechar as escolas desobedientes.

Às pulseiras de silicone conferiu-se, pelo visto, uma ambígua função erótica. Atraem por ser um adereço simples, barato, colorido e descartável e, ao mesmo tempo, oferece um produto segundo um código perverso. Nem sempre braços inocentes de nossas crianças e adolescentes ostentam o adorno com o pleno conhecimento sobre o novo significado que a loucura humana lhe atribuiu.

Proibir o uso das pulseiras não anula a presença de uma patologia social que, fatalmente, se manifestará de outra forma: de pulso para pescoço; de pulseira para brinco...

O abuso sexual, ao lado de outros tantos, é a ponta de um dos muitos *icebergs* que se enroscam nos ali-cerces de nossas instituições, bem lá no fundo, neste

mar encapelado que é a sociedade. Como ocorre no Direito Penal, pretende-se, com uma nova lei incriminadora, reduzir a prática delituosa, esquecendo-se de combater a verdadeira fonte do mal.

Não há pessimismo em minhas observações, mas, quando a Polícia e o Ministério Público são instados a interferir em determinado fenômeno social, é sinal de que as partes já esgotaram sua capacidade de conciliação: a agressão física ou moral à pessoa já se configurou. Há uma situação de fato.

Proibir a causa imediata de algo que consideramos errado nos põe a pensar. Estariam as jovens, portando as pulseiras, provocando os homens à prática sexual, sendo, por isso, responsáveis pelas ocorrências? Creio que não. Estão desprezando, nesse contexto, a questão de coibir o arrebatamento do adorno, na maioria esmagadora praticado pelo homem. Pensam da seguinte forma: se a jovem não usar pulseira, não haverá ataque. Logo, proíba-se o uso. Então, elas são culpadas pelo fato? Quer dizer que não têm capacidade de reger o próprio corpo? Engano. Melhor do que a proibição é a educação, o que algumas escolas estão fazendo por intermédio de panfletos, palestras etc.

Matutando sobre o assunto, como dizia meu pai, lembrei que nos tempos de enchente, ao represar a água, sabemos que está contida e temos o domínio técnico sobre ela. E, empregando esse controle de modo a canalizá-la para aquilo que é o desejável, ela continua lá, com toda a sua força pressionando a barragem que a contém. No caso das bijuterias coloridas, proibindo o uso porque existe abuso é imaginar que, como o represamento da água, iremos estagnar o fenômeno. Essa medida, contudo, não vai alterar a conduta sexual dos nossos menores.

Na cidade de São Paulo, os homicídios, só no primeiro trimestre deste ano, cresceram 12% em relação ao mesmo período de 2009, conforme informa a Secretaria de Segurança Pública. Ora, se começarem a praticar venefícios (homicídios por envenenamento), proibiremos a venda de venenos? No trânsito, estamos matando cerca de 35 mil pessoas por ano. Seria, então, caso de proibirmos a fabricação de automóveis? O caminho, por certo, não é esse.

* Advogado criminalista, parecerista, diretor-geral da FDDJ, presidente e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Doutor *honoris causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália) e autor de mais de 30 livros, publicados pela Editora Saraiva e pela Editora Damásio de Jesus.

Nossas crianças e jovens estão na linha de frente: são os alvos prediletos de anormais de toda espécie: traficantes de drogas, internautas bandidos e personalidades doentes, muitas vezes com o dever de garantir-lhes segurança e proteção. Por que as crianças e os jovens? Porque acreditam serem os mais vulneráveis, e o são. E, por que o são? Faltam-lhes, na maior parte dos casos, saúde física e mental, educação informal e formal. Aprendem, desde cedo, um falso conceito de sabedoria: sabido é o esperto; esperto, o que se dá bem. E *dar-se bem* nem sempre é sinônimo de viver honestamente. É nesse tecido social desfiado que crescem nossas crianças.

Está proibido o uso? Muito bem, então não mais se usa pulseira, minissaia, calçados e cintos coloridos, lenços nos bolsos, colar, distintivo, unhas pintadas de cores diferentes, cabelos coloridos, lenço de cabelo, decote, anel, brinco, biquíni, broche, boné, peruca colorida, laço no pescoço... Mas, e daí? Proibir o uso resolve alguma coisa? Só vamos mudar o endereço corporal do adereço: pescoço, pés, tornozelos, orelhas... E o próprio adereço: boné, brinco etc.

Continuo considerando urgente uma revisão de valores, uma atualização de conceitos, uma educação verdadeiramente redentora para efetivamente dar a cada um a capacidade e o direito de saber o que fazer e o que não fazer com o próprio corpo.

Presidência da República

Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.219, de 31 de março de 2010*

Altera o art. 73 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, para permitir que a União possa celebrar convênios com os Estados e o Distrito Federal visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios com o objetivo de prevenir o seu uso indevido, e possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 73 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 73. A União poderá estabelecer convênios com os Estados e o com o Distrito Federal, visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas, e com os Municípios, com o objetivo de prevenir o uso indevido delas e de possibilitar a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 31 de março de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Paulo Bernardo Silva
Jorge Armando Felix

* Publicado no DOU de 1º/04/2010, Seção 1, p. 1.

Presidência da República

Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.236 de 19 de maio de 2010*

Altera o art. 723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para adequá-lo às exigências da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.

Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 19 de maio de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

* Publicado no DOU de 20/05/2010, Seção 1, p.3.

Presidência da República

Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.245 de 24 de maio de 2010*

Altera o art. 83 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 83 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“Art. 83.

.....

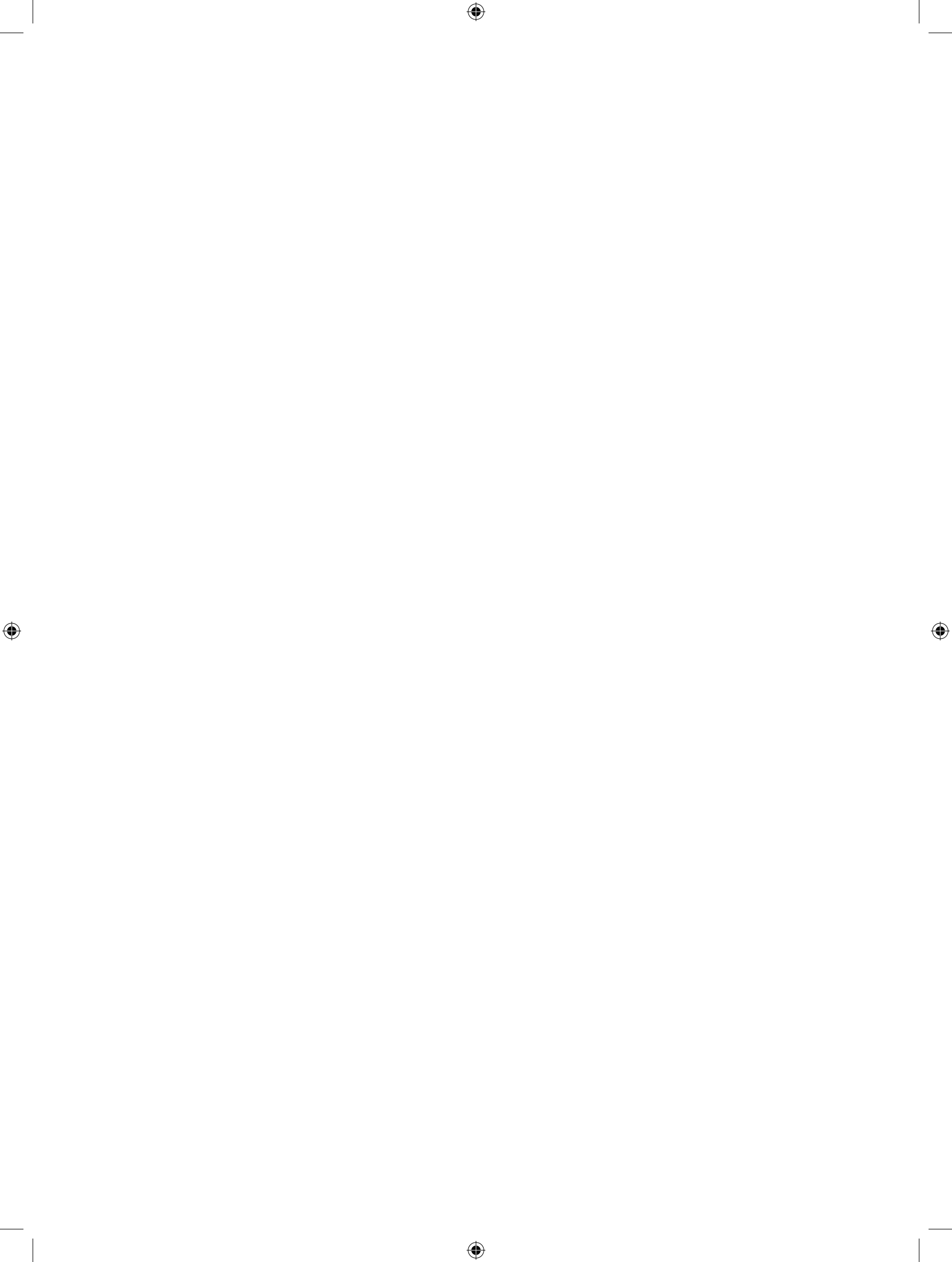
§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de maio de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
Fernando Haddad

* Publicado no DOU de 25/05/2010, Seção 1, p.3.



Numeração única: 0020174-16.2001.4.01.3400
Arguição de Inconstitucionalidade 2001.34.00.020204-2/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Autora: Sétima Turma do TRF 1ª Região
Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Ré: Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores
Advogado: Dr. Hamilton Dias de Souza e outros
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2010, p. 2

Ementa

Tributário. Arguição de inconstitucionalidade. Licença para uso da configuração de veículos ou motor – LCVM. Natureza jurídica de taxa. Ofensa aos princípios da retributividade, proporcionalidade e razoabilidade.

I. A cobrança, pelo Ibama, para expedição e renovação da licença para uso de configuração de veículo ou motor – LCVM não se caracteriza como preço público, e sim como taxa. Trata-se de atividade estatal, compulsória, decorrente de exercício do poder de polícia – proteção do meio ambiente e controle da poluição.

II. À taxa é conferido regime jurídico de Direito Público tributário. Sujeita-se aos princípios tributários, como aos da proporcionalidade, da razoabilidade e da retributividade, segundo os quais as taxas têm finalidades compensatórias, ou seja, o contribuinte deve fazer o ressarcimento ao ente público das despesas pela prática do ato de polícia ou do serviço público.

III. A inconstitucionalidade da previsão contida no anexo VII, inc. III, item 1.2, da Lei 9.960/2000 decorre da ausência de correlação entre o valor pago pelo contribuinte e o custo para a autarquia no procedimento de emissão e renovação da LCVM, assim como da inobservância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inconstitucional a fórmula, na parte variável (+ N x R\$ 1,00, na qual N = número de veículos comercializados no mercado interno – pagamento até o último dia do mês subsequente à comercialização).

IV. Declarada a parcial inconstitucionalidade item 1.2 do inc. III do anexo VII da Lei 9.960/2000.

Acórdão

Decide a Corte Especial, à unanimidade, declarar a parcial inconstitucionalidade do item 1.2 do inc. III do anexo VII da Lei 9.960/2000.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/04/2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Esta arguição de inconstitucionalidade foi suscitada nos autos da apelação no mandado de segurança coletivo, interposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama à sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que concedeu a ordem, reconheceu o direito das empresas associadas à Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores – Anfavea ao não recolhimento dos valores a título de LCVM (licenças para uso de configuração de

veículos ou motores), por número de veículos comercializados, relativos às parcelas vencidas e anteriores aos últimos 120 dias da impetração, bem como parcelas vincendas.

A Sétima Turma desta Corte suscitou, por unanimidade, incidente de inconstitucionalidade do item 1.2 do inc. II do Anexo VII da Lei 9.960/2000, e determinou a remessa dos autos à Corte Especial

Embora a douta Juíza Federal convocada Anamaria Reys Resende tenha destacado o entendimento quanto à ilegalidade da cobrança da LCVM, tendo em vista a prevalência do Código Tributário Nacional, ficou assentado, no julgamento,

que se a questão *envolver a não aplicação de dispositivo de lei, deve submeter-se ao incidente de arguição de inconstitucionalidade* (fls. 377-383).

A União, por seu representante, às fls. 393-407, preliminarmente sustenta sua legitimidade e defende a natureza de preço público da exação em tela, bem com a constitucionalidade e a proporcionalidade da base de cálculo, ainda que tenha natureza de taxa.

O Ibama informou às fls. 450 sua ciência do acórdão da arguição de inconstitucionalidade.

A União juntou documentos às fls. 455-543.

Em parecer, o representante do Ministério Público Federal, às fls. 549-554, pugnou pela declaração de inconstitucionalidade formal do disposto no item 1.2 do inc. III do Anexo VII da Lei 9.960/2000, ao fundamento de que ausente a correlação da taxa com o custo da atividade estatal estabelecida em lei.

Estes autos foram conclusos ao meu gabinete em 13/03/2009 (fls. 558), em razão da nova composição da Corte Especial.

Em 06/04/2009, os autos foram remetidos à Procuradoria Regional da República.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— O art. 97 da Constituição dispõe que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público* — o que leva à aplicação da Súmula Vinculante 10

O Código Tributário Nacional, no art. 100, I, define como *normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas*.

No caso em tela, o art. 8º da Lei 9.960/2000 acrescentou o art. 17-A à Lei 6.938/1981, impondo nova fórmula de cobrança de valor por serviço prestado pelo Ibama, ao emitir licença para uso da configuração de veículos ou motor (LCVM). O artigo remeteu a fixação do valor cobrado à fórmula constante no anexo da Lei. Ainda que se entendesse que a arguição de inconsti-

tucionalidade somente alcançaria o anexo da Lei, possível o controle de constitucionalidade sobre a norma prevista no anexo — nesse sentido a ADI 3660-2-MS.

Indispensável breve relato da base legal referente à controvérsia.

O art. 5º da Lei 8.723/1993 determina que o comércio de veículos automotores seja condicionado à concessão de licença emitida pelo Ibama, nos seguintes termos:

Art. 5º Somente podem ser comercializados os modelos de veículos automotores que possuam a LCVM — licença para uso da configuração de veículos ou motor, emitida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Por sua vez, a Lei 6.938/1981 dispõe sobre a *política nacional do meio ambiente*, sendo que a Lei 9.960/2000, no art. 8º, acrescentou o art. 17-A àquela, e estabeleceu a cobrança de valor pelos serviços prestados pelo Ibama:

Art. 8º A Lei 6.938, de 31 agosto de 1981, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.:

Art. 17-A. São estabelecidos os preços dos serviços e produtos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, a serem aplicados em âmbito nacional, conforme Anexo a esta Lei. (AC)

Assim o dispositivo remeteu a fórmula da cobrança ao Anexo VII, que assim dispõe no item 1.2:

1.2. Licença para uso da configuração de veículo ou motor - vide fórmula:

Valor = R\$266,00 + N x R\$1,00

N = número de veículos comercializados no mercado interno – pagamento até o último dia do mês subsequente à comercialização.

Discute-se, a princípio, a natureza jurídica da cobrança efetuada pelo Ibama para a expedição da LCVM, se preço público ou taxa.

A preocupação do direito pretoriano em estabelecer a diferença entre os institutos ensejou a edição da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias, e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui.

Para a distinção de taxa, importa saber se o fato gerador implica ou não atuação estatal, cabendo, ainda, à base de cálculo do tributo em análise a

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa, Reynaldo Fonseca, Jirair Aram Meguerian, Tourinho Neto, Olindo Herculano de Menezes, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Carlos Olavo e Daniel Paes Ribeiro.

função de se confirmar sua natureza jurídica. O STF, em recentes julgados, tem se posicionado no sentido de que os critérios de fixação de exação devem ao menos obedecer os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Partindo dessas premissas, taxa é a espécie tributária que tem por fato gerador a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, à luz do art. 145, II e § 2º, da CF/1988 e dos arts. 77 a 79 do CTN.

Para análise do caso em tela, convém ainda re-fletir a respeito dos atributos que ensejam a exação tributária *taxa*. O Código Tributário Nacional, nos arts. 77 a 79, pautando-se no Texto Constitucional (art. 145, II), dispõe que:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Há necessidade de que o serviço público prestado ao contribuinte, como fato gerador da taxa, (I) seja específico, quando possa ser destacado em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; (II) seja divisível, quando suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, sendo essa a intenção do constituinte originário; (III) tenha como fator a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia.

No caso dos autos, a cobrança para expedição e renovação da licença para uso de configuração de veículo ou motor – efetuada pelo Ibama – não se caracteriza como preço público, e sim como taxa, uma vez que se trata de atividade estatal, compulsória, decorrente de exercício do poder de polícia – proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Nesse sentido é o voto condutor do acórdão que suscitou o presente incidente:

Com efeito, a atividade estatal de licenciamento, na forma prevista na Lei 8.723/1993, atende a um interesse público – qual seja o de controle e redução de poluentes por veículos automotores – e, inegavelmente, é uma contribuição pecuniária compulsória, já que as empresas montadoras de veículos automotores, para o exercício das atividades econômicas, estão obrigadas a obter o licenciamento e a pagar o valor correspondente ao Ibama.

Assim, não procedem as alegações do apelante de que a atividade estatal, no caso, é facultativa e atende a um interesse do particular.

Além disso, o valor da LCVM não é uma receita do Estado de natureza contratual, tendo em vista que não decorre de contrato, tampouco decorre de contraprestação de um serviço público de interesse exclusivo do particular. Isso porque, evidencia-se, no caso, a atuação do Estado com força coercitiva sobre o particular, visando o interesse público - de proteção ao meio ambiente e combate à poluição - atribuição que, ressalte-se, encontra-se inserida na competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, na forma do art. 23, inc. VI, da Constituição Federal.

Não bastasse isso, a exação em comento enquadra-se perfeitamente no disposto dos arts. 77 e 78 do Código Tributário Nacional, verbis:

(...)

Como se observa no texto legal, o valor cobrado pelo Ibama, a título de LCVM, tem natureza jurídica de tributo, uma vez que o Ibama atua no âm-

bito do exercício regular do poder de polícia, limitando ou disciplinando direito em razão do interesse público, de proteção do meio ambiente e controle da poluição.

(...)

Partindo dessa premissa, conclui-se que o valor cobrado pelo Ibama, a título de taxa para a obtenção de licença para uso da configuração de veículo ou Motor, deve guardar correlação com o custo da atividade estatal.

(...)

Ora, o número de veículos comercializados pelas empresas montadoras no mês, embutido na fórmula do anexo VII da Lei 9.960/2000, é uma grandeza que não se relaciona com o custo da atividade administrativa, já que a atividade do Ibama de controle da poluição, no presente caso, restringe-se à verificação do atendimento da legislação ambiental na configuração dos veículos ou motores, por modelo comercializado no território nacional.

Não obstante as alegações da União, a cobrança para expedição da LCVM tem natureza jurídica de taxa, em razão de sua natureza compulsória decorrente do exercício de poder de polícia.

Nesse sentido caminha o parecer do representante do MPF, nos seguintes termos:

Inicialmente, cumpre observar que o controle da poluição de ar com a emissão da LCVM pelo Ibama é típico exercício regular do poder de polícia por parte da administração pública para conter os abusos do direito individual em prol do bem-estar coletivo, sendo do interesse público a manutenção de um meio ambiente equilibrado, dispõe o art. 255, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 255. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Vislumbra-se que não caberá ao particular a escolha de se submeter ou não ao controle de poluição do ar, pois a natureza da LCVM é compulsória, decorrente do poder de polícia da administração pública.

Tratando-se de poder de polícia, a natureza da cobrança da LCVM será de taxa e não de preço público como aduziu a União na defesa da constitucionalidade da cobrança.

Em resumo, a taxa tem regime jurídico de direito público, tributário. Está sujeita aos princípios tributários, como aos da proporcionalidade, da razoabilidade e da retributividade, segundo os quais as taxas têm finalidades compensatórias, ou seja, o contribuinte deve

fazer o ressarcimento ao ente público das despesas pela prática do ato de polícia ou do serviço público.

Assim, impõe-se a correlação entre o ato do poder de polícia e o seu custo. No caso, deve haver correspondência entre o valor pago pelo contribuinte e o custo para a autarquia no procedimento de emissão e renovação da LCVM.

A impetrante relata que suas associadas pagavam, antes da edição da Lei 9.960/2000, o valor fixo de R\$ 250,00 para a expedição e renovação da referida licença.

Conforme a Portaria 86 do Ibama (DOU de 21/10/1996), no art. 2º, para obtenção da LCVM, o importador deverá apresentar requerimento para análise ao Ibama e ao órgão conveniado, acompanhado dos relatórios de ensaio de emissões de pelo menos um veículo ou motor de cada configuração a ser importada, ensaiado três vezes, por laboratório reconhecido pelo Ibama ou credenciado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro.

Prevê ainda aquela norma que, a cada seis meses, deverá o requerente enviar relatório do volume de vendas dos modelos e configurações de veículos ou motores por ele comercializados. Há, ainda, possibilidade de revalidação das licenças concedidas, para veículos de configurações iguais às licenciadas anteriormente e que permanecem sob as mesmas exigências.

Para a expedição da LCVM são levados em consideração *os modelos* de veículos comercializados, na exata dicção do art. 5º da Lei 8.723/1993 (*somente podem ser comercializados os modelos de veículos automotores que possuam a LCVM*), e não o número de veículos.

A cobrança do valor fixo, de acordo com o dispositivo debatido, no valor de R\$ 266,00 – no ato de expedição da LCVM está legitimada como *taxa* – entendo que foi fixado de forma razoável e proporcional, atendendo aos preceitos constitucionais.

Porém, os valores fixados também no anexo, conforme a fórmula $N \times 1,00 =$ devidos mensalmente na proporção dos veículos comercializados, não guarda nenhuma correlação quer com o exercício regular do poder de polícia com, a efetiva expedição do certificado, quer com o custo efetivo da atuação estatal.

Nessa nova fórmula, em que a cobrança está relacionada à unidade de veículo comercializado mensalmente, vislumbro ofensa, também, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que

para efeito de cálculo não se deve levar em conta o número de veículos e motores comercializados mensalmente, mas sim o custo da atividade estatal.

A Lei 8.723/1993, em seu art. 5º, determina que a LCVM seja emitida em relação aos modelos de veículos, e não por unidade produzida, o que seria *um custo mensal*, atrelado à *taxa*, sem o apoio constitucional.

No parecer, o douto representante do MPF aponta flagrante *inconstitucionalidade na base de cálculo estabelecida com base no número de veículos comercializados no mercado, pois ausente a correção da taxa com o custo da atividade estatal estabelecida em lei*.

O STF, no julgamento da ADI 2178-8, relator Ministro Ilmar Galvão, em sede de medida cautelar em que o debate igualmente se deu quanto o art. 8º da Lei 9.960/2000, que introduziu novos arts. à Lei 6.938/1981 e criou a taxa de fiscalização ambiental (TFA), por afronta aos arts. 145, II; 167, IV; 154, I e 150, III, *b*, da CF, concluiu pela suspensão da eficácia daqueles dispositivos em sede de cautelar.

A citada ADI foi julgada prejudicada, em 14/02/2001, por ter perdido o objeto por força de nova

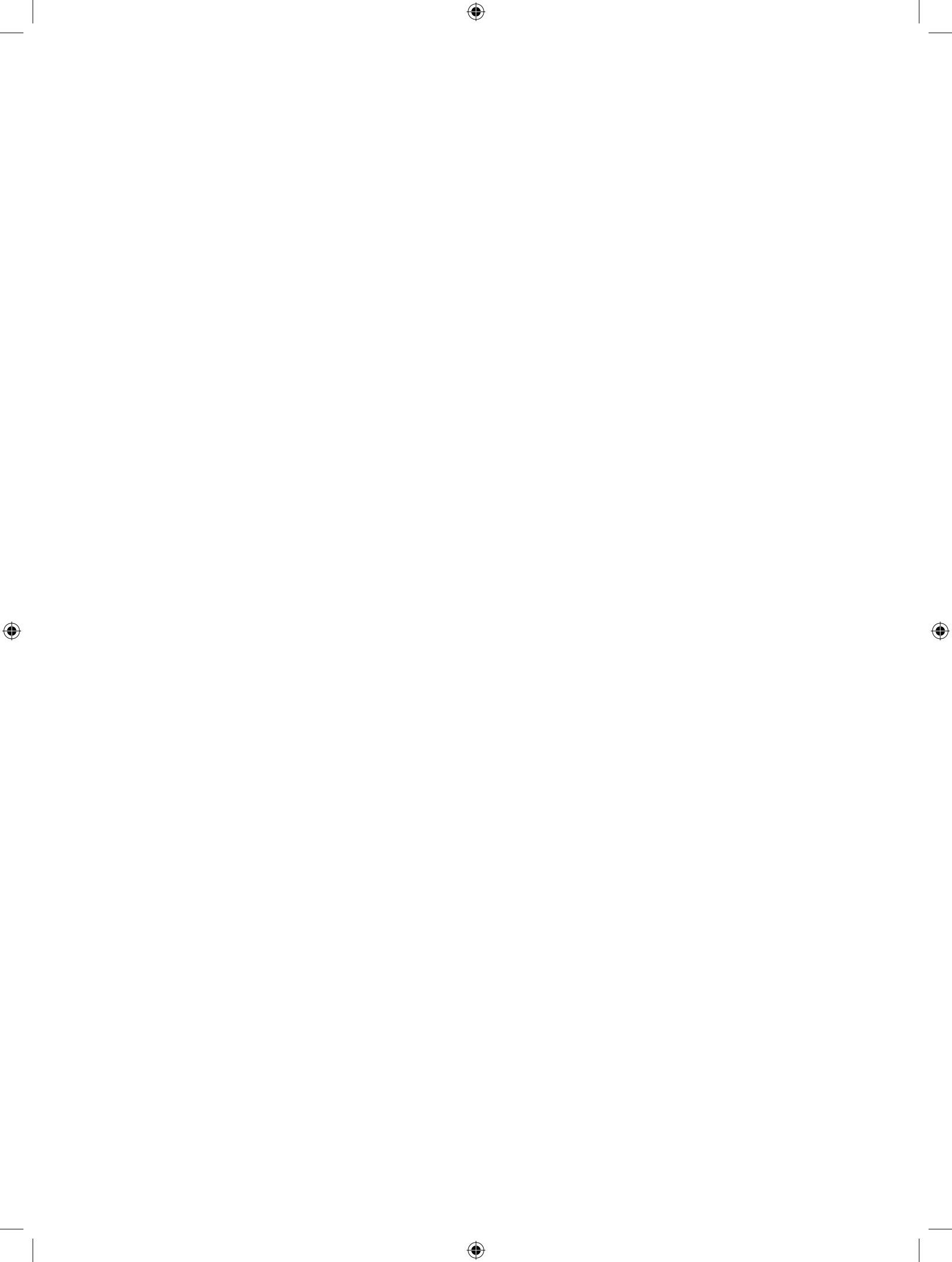
norma legal – a Lei 10.165/27/12/2000 –, que deu nova redação à Lei 6.938 nos arts. 17-B, 17-C, 17-D, 17-F, 17-I, 17-O, os mesmos impugnados na ação de inconstitucionalidade.

Concluo, portanto, pela inconstitucionalidade formal do item 1.2, do inc. III, do Anexo VII, da Lei 9.960/2000, na parte variável (*+ N x R\$1,00, na qual N = número de veículos comercializados no mercado interno – pagamento até o último dia do mês subsequente à comercialização*), por ofensa ao art. 145, II, da Constituição de 1988, decorrente da falta de correspondência entre a referida taxa e o efetivo exercício do poder de polícia.

Mantenho na íntegra o dispositivo 17-A, que remete ao anexo na parte que determina o valor de R\$ 266,00 para a indigitada taxa.

Ante o exposto, declaro a parcial inconstitucionalidade do item 1.2 do inc. III do Anexo VII da Lei 9.960/2000 (*+ N x R\$1,00, na qual N = número de veículos comercializados no mercado interno – pagamento até o último dia do mês subsequente à comercialização*).

É como voto.



Corte Especial

Numeração única: 0055011-68.2008.4.01.0000

Agravo regimental na SLAT 2008.01.00.054821-0/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Requerente: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA
Autores: Paulo Roberto Corrêa dos Santos e outro
Advogada: Dra. Regina Maria Mariano de Oliveira
Autor: Paulo César Campos Pinheiro
Advogado: Dr. Sílvio Armede e outros
Autor: Domingos de Magalhães – Espólio
Advogado: Dr. Vinícius Briglia Pinto
Autora: Ivany Miguel Hoisel
Advogada: Dra. Fabrina Del-Sarto de Cerqueira
Agravantes: Agrícola Cantagalo Ltda. e outros
Publicação: e-DJF1 de 17/05/2010, p. 2

Ementa

Agravos. Suspensão dos efeitos de decisões reintegratórias de posse. Não provimento.

I. Aprovação, pelo Presidente da Funai, das conclusões do grupo técnico e publicação, no órgão oficial de imprensa, de resumo do relatório, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, nos termos do §7º do art. 2º do Decreto 1.775/1996, reconhecendo os estudos de identificação da terra indígena Tupinambá de Olivença como de ocupação do grupo tribal Tupinambá, localizada nos municípios de Buerarema, Ilhéus e Uma, Estado da Bahia.

II. Ocorrência de grave lesão à ordem e à segurança públicas; primeiro, porque a desocupação por certo levaria a um conflito entre índios e policiais; segundo, porque faria com que toda uma comunidade indígena fosse desalojada e viesse a se instalar nas periferias das cidades, com todas as consequências daí decorrentes, e terceiro, porque, após a demarcação, os índios deverão retornar àquelas terras, com novos percalços para a retirada dos não índios.

III. Agravos aos quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/04/2010.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Agrícola Cantagalo Ltda. e outros(as) agravam em face da decisão de fls. 154-161, que deferiu, em parte, o pedido e suspendeu, por 180 (cento e oitenta) dias, os efeitos de decisões deferitórias de reintegração de posse proferidas nos feitos 2007.33.01.000773-8/BA, 2008.33.01.000211-9/BA, 2008.33.01.000433-5/BA e 2008.33.01.000572-4/BA, para que fosse elaborado

acordo entre a comunidade indígena e os fazendeiros, com a participação e orientação da Funai e do Ministério Público Federal e para que as decisões reintegratórias fossem cumpridas de forma não conflituosa e assegurando-se a integridade física dos envolvidos.

2. Sustentam os agravantes que a Funai não atendeu aos requisitos para obter sua pretensão, uma vez que nenhum documento foi juntado comprovando a

real ocorrência de grave lesão aos bens jurídicos tutelados.

3. Ademais, argumentam que nenhuma lesão advirá do cumprimento dos mandados de reintegração, mesmo porque outras decisões já foram cumpridas pacificamente, demonstrando não existir o risco de confronto, e os índios possuem local para se acomodar.

4. Em 28/04/2009, a Funai informou a publicação no órgão oficial de imprensa de despacho do Ilmo. Sr. Presidente da Fundação Nacional do Índio – Funai, reconhecendo os estudos de identificação da terra indígena Tupinambá de Olivença de ocupação do grupo tribal Tupinambá, localizada nos municípios de Buarama, Ilhéus e Uma, Estado da Bahia, afirmando que, uma vez concluída a fase de identificação das terras, não cabe mais a proteção possessória dos fazendeiros em face dos indígenas, nos termos do art. 231 da CF, devendo o procedimento administrativo seguir o rito do Decreto 1.775/1996, razão pela qual suspendi, em definitivo, as decisões reintegratórias referidas (fls. 397).

5. Inconformada, Ivany Miguel Hoisel interpôs agravo, argumentando que, por um equívoco, a ação reintegratória por ela ajuizada (2008.33.01.000572-4/BA) figurou entre aquelas relacionadas na inicial do presente pedido de suspensão, pois o auto de reintegração de posse referente a esse feito já fora cumprido, de forma mansa e pacífica (fls. 468). Contudo, a ciência da decisão desta Presidência fez nascer nos indígenas uma sensação de legitimação para novamente invadir aquelas terras, fato que gera uma situação de extrema insegurança jurídica.

6. Posteriormente, tendo em vista o decidido por esta Corte Especial quando do julgamento da SLAT 2008.01.00.054413-7/BA, em sessão realizada no dia 1º/10/2009 (*e-DJF1* de 09/11/2009), cassei a decisão anterior e indeferi o pedido de suspensão formulado nestes autos, julgando prejudicados os agravos ora em análise (fls. 648-649).

7. Dessa decisão, a Funai opôs embargos de declaração, argumentando que a questão posta nestes autos é diferenciada daquela tratada na SLAT 2008.01.00.054413-7/BA, pois aquele caso diz respeito às áreas referentes à terra indígena Coroa Vermelha, cujo procedimento de revisão dos limites ainda se encontra em sua fase inicial, e o presente trata da questão referente à terra indígena Tupinambá de Olivença, em que a Funai já concluiu os trabalhos de identificação e delimitação e o relatório circunstanciado já foi aprovado pelo presidente da fundação, por intermédio do Despacho 24, de 17/04/2009, publicado no DOU de

20/04/2009, restando demonstrado que essas áreas são terras tradicionalmente indígenas, não cabendo, portanto, a proteção possessória em favor dos fazendeiros.

8. Reconhecendo a ocorrência de contradição no *decisum*, acolhi os embargos para, atribuindo-lhes efeitos infringentes, reconsiderar a decisão de fls. 648-649 e restabelecer a suspensão já deferida, em definitivo, dos efeitos das decisões proferidas nas ações reintegratórias, ficando, por consequência, revogada a decisão na parte em que julgou prejudicados os agravos (fls. 693-694).

9. Dessa última decisão, também foi interposto agravo, desta vez pelo espólio de Domingos de Magalhães, aduzindo que não se sustenta o argumento de que com a apresentação do estudo da Funai estaria configurado que as terras em questão poderiam ser consideradas como tradicionalmente indígenas, pois ainda cabe ao Ministério da Justiça aprovar ou desaprovar o procedimento de identificação; que é possuidor de boa-fé da área em questão, por mais de cinquenta anos; e que o local onde se encontram as benfeitorias, bem como aquele no qual se encontram os indígenas estão fora da área identificada e delimitada.

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Com relação ao agravo interposto por Ivany Miguel Hoisel, o qual noticia que, à época da suspensão das decisões de primeiro grau, o mandado de reintegração referente ao feito 2008.33.01.000572-4/BA já havia sido cumprido, assevero que a decisão presidencial que defere pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar, antecipação de tutela ou de sentença não possui efeito retroativo e só produz efeitos a partir de sua prolação, ou seja, essa decisão possui eficácia *ex nunc*, sendo desnecessário que isso venha consignado expressamente. Também a suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, apenas obstando a eficácia da decisão, não a modificando ou revogando.

2. Assim, se o mandado de reintegração já fora cumprido, conforme informa o agravante, a decisão presidencial não tem o condão de determinar o retorno ao *status quo ante*, e só o próprio juízo de primeiro

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Olindo Herculano de Menezes, Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Carlos Olavo, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro, Fagundes de Deus e Leomar Barros Amorim de Sousa.

grau ou o Tribunal, por intermédio do recurso próprio, poderiam determinar o retorno dos índios àquelas terras.

3. Quando à alegação de que os indígenas estão se sentindo legitimados a invadir novamente as terras, essa informação deve ser levada ao juízo de primeiro grau, o qual poderá adotar as providências que entender cabíveis.

4. Quanto aos agravos interpostos por Agrícola Cantagalo Ltda. e outros(as) e pelo espólio de Domingos de Magalhães, por certo que esta Corte Especial, julgando o Agravo Regimental na SLAT 2008.01.00.054413-7/BA, entendeu por bem dar provimento ao recurso e indeferir o pedido de suspensão dos efeitos das decisões reintegratórias de posse formulado naqueles autos, consoante acórdão da lavra do eminente Des. Federal Tourinho Neto, assim ementado:

Processo Civil. Agravo regimental. Suspensão dos efeitos da liminar. Ação de reintegração de posse. Ação de interdito proibitório. Comunidade indígena Pataxó. Inexistência de lesão grave à ordem e segurança públicas.

I. Concessão de liminar pelo Juiz *a quo* deferindo o pedido possessório pelos proprietários, tendo em vista que sobre a propriedade os autores já exerciam a posse há vários anos.

II. Solicitação do prazo de cento e oitenta dias feito pela Funai para desocupar a área, retirando os índios Pataxó. Findo o prazo, a Funai pede mais cento e oitenta dias para cumprir a decisão judicial, sob o fundamento de que não tem condições logísticas nem disponibilidade de recursos financeiros para promover o deslocamento dos índios.

III. Pedido de suspensão da decisão do juízo *a quo*, sob o fundamento de evitar-se lesão à ordem e segurança públicas. Inexistência de demonstração de grave lesão à ordem e a segurança públicas. A ordem judicial deve ser cumprida. Decisões proferi-

das há mais de cinco anos e até hoje não cumpridas, alegando a Funai que não tem recursos financeiros nem condições logísticas. A autarquia está zombando, escarnecendo, menosprezando a Justiça, dela não fazendo caso. (AGRSLT 2008.01.00.054413-7/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, rel.acor. Des. Federal Tourinho Neto, Corte Especial, e-DJF1 p.140 de 09/11/2009.)

5. Contudo, o presente caso não se assemelha àquele abordado na SLAT acima referida pois, consoante cópia do Diário Oficial de 20/04/2009 (fls. 790-795), o Presidente da Funai aprovou as conclusões do grupo técnico e fez publicar resumo do relatório, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, conforme determina o § 7º do art. 2º do Decreto 1.775/1996, reconhecendo os estudos de identificação da terra indígena Tupinambá de Olivença de ocupação do grupo tribal Tupinambá, localizada nos Municípios de Buerarema, Ilhéus e Uma, Estado da Bahia. O processo administrativo deve, portanto, seguir o rito previsto no decreto acima referido, com vistas à homologação da demarcação mediante decreto presidencial.

6. Assim, eventual cumprimento das decisões reintegratórias poderia causar grave lesão à ordem e à segurança públicas; primeiro, porque a desocupação por certo levaria a um conflito entre índios e policiais; segundo, porque faria com que toda uma comunidade indígena fosse desalojada e viesse a se instalar nas periferias das cidades, com todas as consequências daí decorrentes, e terceiro, porque, após a demarcação, os índios deverão retornar àquelas terras, e novamente teríamos que enfrentar os percalços da retirada dos não índios.

Pelo exposto, *nego provimento aos agravos.*

É como voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0010113-38.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.007824-0/PA

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
 Autores: Adalberto Luiz Sobral Menezes e outros
 Advogado: Dr. Monclar da Rocha Bastos
 Ré: União Federal – Ministério da Defesa
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 21/05/2010, p. 7

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Militares. Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET. Depósito prévio. Justiça gratuita. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Ofensa a literal disposição de Lei. Art. 485, inc. V, do CPC. Pedido improcedente.

I. Na ação rescisória, o autor que litiga sob os auspícios da assistência judiciária gratuita é isento do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC.

II. A Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET não viola o princípio constitucional da isonomia, eis que foi instituída com observância da hierarquização entre os diversos postos e graduações correspondentes à carreira militar.

III. O reajuste de 28,86% incide em sua totalidade sobre o soldo dos militares, por se tratar de reajuste; não, porém, a GCET, que é uma gratificação escalonada, conforme os graus da hierarquia castrense.

IV. Ação rescisória improcedente.

V. Condenação no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, e nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, mas suspensa sua cobrança, devido à concessão da gratuidade de justiça, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

Acórdão

Decide a Seção por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 04/05/2010.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, relator convocado.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto:
— Trata-se de ação rescisória proposta por Adalberto Luiz Sobral Menezes e outros em desfavor da União Federal – Ministério da Defesa, objetivando desconstituir o acórdão da Primeira Turma desta Corte (fls. 28/33), que negou provimento à apelação dos autores, indeferindo o pedido de pagamento de diferenças da Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET.

O v. acórdão transitou em julgado em 03/03/2004 (fls. 36).

Alegam os requerentes que o acórdão rescindendo contrariou o princípio da isonomia, ao deixar de reconhecer a diferença havida entre o valor da gratificação e o que foi efetivamente pago, conforme as tabelas anexadas à inicial, como também não reconheceu a prevalência dos arts. 5º e 37, X, da CF/1988 sobre a Lei 9.442/1997, que instituiu a GCET de forma escalonada, ferindo o princípio da isonomia, o mesmo consagrado por ocasião do reajuste integral de 28,86% para todos os postos e patentes.

Requerem que, no mínimo, sejam reconhecidos como devidos os valores decorrentes dos períodos de agosto/1995 a março/1997, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no RMS 22.307-7/DF.

Pleiteiam os benefícios da gratuidade judiciária (fls. 4).

Citada, a União ofereceu contestação (fls. 102/109), alegando o não cabimento da ação rescisória, por não ocorrer na espécie violação literal à disposição de lei, nos moldes da norma de regência.

No mérito, alega, em síntese, que a tese defendida pelos autores está em confronto com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, no sentido de que as pretendidas diferenças a título de GCET não são devidas, pois é legítimo o escalonamento da gratificação entre os diversos graus hierárquicos militares.

Sustenta a inadequação dos paradigmas trazidos pelos autores, que se referem às diferenças relativas ao índice de 28,86%, “...estas sim, reconhecidas e tidas por devidas pela jurisprudência” (cf. fls. 105).

Requer a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pugnando pela improcedência do pedido rescisório.

Razões finais da União a fls. 113.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela improcedência da ação rescisória (fls. 117/118-v).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — O acórdão rescindendo transitou em julgado em 03/03/2004 (fls. 36) e a ação foi ajuizada em 02/03/2006 (fls. 02), sendo, portanto, tempestiva, por ter sido proposta dentro do biênio legal.

Acerca do tema referente à gratuidade judiciária na ação rescisória, e a isenção do depósito aos seus beneficiários, não comporta maiores discussões porque já pacificada nesta Corte o entendimento segundo o qual é isento do depósito prévio da multa o beneficiário de justiça gratuita.

Confira-se, a respeito, o seguinte excerto de julgado, *verbis*:

Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Depósito prévio da multa. Inexigibilidade. Justiça gratuita. Erro de fato. Art. 485, IX, do CPC. Valoração da prova. Possibilidade de reexame. Aposentadoria rural. Início razoável de prova documental. Certidão nascimento. Profissão do marido extensível à mulher. Prova testemunhal harmônica. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Súmula 111 do STJ.

I. É isento do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC o autor de ação rescisória beneficiário da assistência judiciária.

(...)

(AR 2006.01.00.046118-5/GO, relator Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, e-DJF1 de 31/03/2008, p. 48).

Defiro, portanto, a gratuidade judiciária requerida (fls. 04).

Passo ao exame do mérito.

Com o manejo da presente ação, buscam os autores rescindir o acórdão (fls. 28/33) proferido pela eg. Primeira Turma deste Tribunal, que negou provimento à apelação dos autores, mantendo a sentença que julgou improcedente, o pedido formulado na ação ordinária 2001.39.00.007119-6.

Nos termos do art. 485, V, do CPC, a ação rescisória pode ser manejada em face de violação literal à disposição de lei, assim entendido quando a decisão de mérito (sentença ou acórdão) deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional. A esse respeito,

confira-se a AR 1998.01.00.068052-0/DF, relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

Na hipótese dos autos, a controvérsia gira em torno do escalonamento da gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET, instituída pela Medida Provisória 1.112/1995 e posteriormente convertida na Lei 9.442/1997. A matéria, entretanto, já não admite debates, de vez que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento segundo o qual não viola o princípio constitucional da isonomia a forma em que foi instituída a gratificação em debate, que estabeleceu índices diferenciados em razão da hierarquia castrense.

No tema, confira-se o seguinte excerto do julgado, *verbis*:

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Militar. Gratificação de condição especial de trabalho. Lei 9.442/1997. Princípio da isonomia.

Ambas as turmas deste Tribunal pacificaram o entendimento de que o cálculo da gratificação de condição especial de trabalho (GCET), instituída pela Lei 9.442/1997, com base em índices diferenciados conforme critério hierárquico, não contraria o princípio da isonomia. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE-AgR 419386/TO, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 24/06/2005, p.38)

Quanto ao paradigma adotado, qual seja, o reajuste de 28,86%, esse mostra-se inaplicável ao presente caso, pois naquela situação não cabia falar em escalonamento, pois, em se tratando de reajuste da categoria, era ele devido linearmente a todos os servidores, civis e militares, sem diferenciação quanto ao posto ou hierarquia, ao contrário da GCET, que se trata de gratificação, e não de reajuste.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte, *verbis*:

Administrativo e Processual Civil. Servidor público militar. Gratificação de condição especial de trabalho (GCET). Fixação de percentuais diferenciados segundo o posto ou a graduação. Legalidade. Princípio da isonomia. Observância. Sentença de improcedência. Manutenção. Apelação da parte autora não provida.

I. A Lei 9.442/1997, ao instituir a GCET aos servidores federais das Forças Armadas ocupantes de cargo militar, foi expressa aos estabelecer que a referida gratificação seria calculada obedecendo-se à hierarquização entre os diversos postos e graduações, no âmbito dos respectivos círculos das Forças Armadas.

II. A Lei 6.880/1980 - Estatuto dos militares - estabelece que a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas, pelo que se conclui que a autoridade e a responsabilidade au-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti e Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Reginaldo Márcio Pereira (convocado).

mentam conforme o grau hierárquico, sendo que as obrigações inerentes ao cargo militar devem ser compatíveis com o correspondente grau de hierarquia e definidas em legislação ou regulamentação específica.

III. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, adentrar no aspecto da existência de equidade na fixação dos valores das gratificações e consequentemente aumentar o distanciamento entre as remunerações dos diversos postos e graduações militares.

IV. Apelação dos autores não provida.

(AC 2001.35.00.001658-3/GO, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, e-DJF1 p.148 de 14/07/2009).

Constitucional e Administrativo. Servidor público militar. Forças Armadas. GCET (gratificação de condição especial de trabalho). MP 1.112/1995 convertida na Lei 9.442/1997. Fixação de acordo com a hierarquia militar. Critério não ofensivo ao princípio da isonomia. Súmula 339/STF. Reajuste de 28,86% decorrente das Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Art. 37, X da CF/1988. Dedução do percentual (EDROMS 22.307-7/DF). Juros de mora.

I. Os fatores de escalonamento da GCET, instituída pela MP 1.112/1995 e convertida na Lei 9.442/1997, não ofendem o princípio constitucional da isonomia (art. 37, X e art. 39, § 1º).

II. É defeso ao Poder Judiciário majorar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, nos termos da Súmula 339/STF.

III. Precedentes (AC 2001.32.00.000060-1/AM, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma do TRF 1ª Região, DJ de 16/12/2002 p. 72). (AC 2001.41.00.003027-2/RO, rel. Juiz Iran Velasco Nascimento (conv.), Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 10/10/2002 p. 89). (AC 2001.41.00.003024-4/RO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 24/07/2002 p. 23). (AC 2000.34.00.047061-8/DF, rel. Juiz Francisco Neves da Cunha (conv.), Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 10/12/2002, p. 22).

IV. A aplicação de índices diferenciados entre servidores civis e militares está a infringir o inc. X, do art. 37, da CF/1988 (*A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á na mesma data*). Não se pode admitir que somente os servidores civis sejam beneficiados com reajuste mínimo de 28,86%.

V. O percentual complementar deve levar em conta o posto de cada servidor (no caso, 4,91%), respeitada a compensação conforme entendimento do STF (EDROMS 22.307-7/DF).

VI. Juros devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida. Precedentes do STJ (Resp 1º 314.181/AL, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, in DJ de 05/11/2001, p. 133, unânime; AGREsp 289.543/RS, Quinta Turma,

rel. Min. Jorge Scartezini, in DJU 19/11/2001, p. 307, unânime).

VII. Apelação da União e remessa oficial improvidas. Apelação do autor parcialmente provida.

(AC 2000.38.00.044120-0/MG, rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 16/02/2004, p.24)

Administrativo. Servidor militar. Reajuste de vencimentos (28,86%). Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Índice inferior. Direito à complementação. Precedente do STF. Gratificação de condição especial de trabalho – GCET. Lei 9.442/1997. Fator multiplicativo. Hierarquização entre os diversos postos e graduações. Ausência de ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Preliminar de prescrição do fundo do direito rejeitada.

I. (...)

II. A jurisprudência do colendo STF orientou-se no sentido de que o reajuste de vencimentos de 28,86%, concedido aos militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, é extensivo aos servidores públicos federais civis, determinando, entretanto, a compensação dos percentuais de reajuste deferidos por força do reposicionamento funcional concedido aos servidores públicos federais civis, pelos arts. 1º e 3º, da Lei 8.627/1993 (Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22.307-7/DF, rel. para o acórdão o Min. Ilmar Galvão, Pleno, STF, maioria, DJ de 26/06/1998).

III. Por idêntico fundamento, têm direito a esse índice de reajuste os servidores públicos federais militares contemplados pelas referidas leis com índices de reajustes inferiores.

IV. *A gratificação de condição especial de trabalho – GCET foi instituída com observância da hierarquização entre os diversos postos e graduações correspondentes à carreira militar.*

V. A correta aplicação do princípio constitucional da isonomia reclama a adoção de tratamento diferenciado para situações distintas.

VI. Está de acordo com a Constituição Federal a criação de gratificação em valores escalonados segundo a hierarquia, vez que essa parcela tem o intuito de compensar as condições especiais de trabalho, levando-se em consideração a responsabilidade e a autoridade de cada posto ou graduação.

VII. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 2000.38.00.027289-9/MG, relator Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 25/08/2003, p.30).

Já no que respeita ao reajuste de 28,86%, cabe transcrever excerto do julgado da lavra do emittente rel. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, na AC 2000.38.00.044120-0/MG, que traduz com maestria o ocorrido por ocasião da implantação do índice de 28,86% aos servidores militares:

Quanto ao reajuste de 4,91% a título de resíduo do aumento de 28,86%, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 22.307/DF, entendeu que as Leis 8.622 e 8.627, ambas de 1993, ao dispor sobre a revisão geral dos soldos e vencimentos dos servidores militares e civis, acabaram por afrontar o art. 37, X, da CF/1988, já que conferiram maior índice de reajuste aos militares (28,86%). Com isso, estendeu a todos os servidores civis o reajuste de 28,86%.

No julgamento dos embargos declaratórios opostos contra a referida decisão, o Min. Ilmar Galvão esclareceu que *para chegar-se ao índice de 28,86%, que foi tido como correspondente ao reajuste geral concedido a todo o funcionalismo, civil e militar, e, como tal, aplicado aos servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, dos servidores do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal, considerou-se a média percentual resultante da adequação dos postos e graduações dos servidores militares.* Do voto do citado ministro se extrai, ainda, que eventuais reposições já feitas pelas Leis 8.622 e 8.627 deveriam ser deduzidas do índice de 28,86%.

Assim, todos os servidores públicos federais do Legislativo, do Judiciário, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público Federal e do Executivo (civis) obtiveram o reajuste mínimo de 28,86%, enquanto nem todos os militares foram beneficiados da mesma forma.

Com efeito, confrontando a Tabela de Soldos da Lei 8.622/1993 com a da Lei 8.627/1993, verifica-se, a título de exemplo, que o Tenente Brigadeiro obteve reajuste de 28,86% (ver também art. 6º da Lei 8.622), enquanto o Taifeiro-Mor obteve 21,02%.

Ora, a aplicação de índices diferenciados entre servidores civis e militares está, novamente, a infringir o inc. X, do art. 37, da CF/1988 (*A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á na mesma data*). Não se pode admitir que somente os servidores civis sejam beneficiados com reajuste mínimo de 28,86%.

De tal sorte, devida a aplicação do percentual complementar para totalizar o reajuste de 28,86%, respeitando-se, assim, a dedução do índice já concedido pelas Leis 8.622 e 8.627, de 1993, como vem decidindo esta Turma. (grifos nossos)

Dessa forma, o paradigma invocado pelos autores, qual seja, o reajuste de 28,86%, não pode ser aplicado ao presente caso, já que tal índice incide em sua totalidade sobre o soldo dos militares, por tratar-se de reajuste linear da categoria, o que não ocorre em relação à GCET, que cuida de gratificação escalonada, tendo já o aval da Suprema Corte quanto à constitucionalidade dessa diferenciação.

Em face do exposto, julgo improcedente a ação rescisória.

Condeno os autores na multa prevista no art. 488 do Código de Processo Civil e nos honorários de sucumbência, que fixo em 10%(dez por cento) sobre o valor da causa. Suspendo, porém, sua cobrança, em face da concessão da gratuidade judiciária, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É o voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0038106-85.2008.4.01.0000

Inquérito Policial 2008.01.00.036942-4/GO

Relator: Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
 Autora: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Hélio Telho Corrêa Filho
 Indiciado: Adão Avelino da Silva e outros
 Publicação: e-DFJ1 de 24/05/2010, p. 209

Ementa

Penal. Processo Penal. Inquérito policial. Prefeito municipal. Possibilidade de vir a ser sujeito ativo do delito de apropriação indébita previdenciária. Parcelamento do débito tributário. Suspensão da pretensão punitiva do Estado. Arquivamento. Art. 28 do Código de Processo Penal. Encaminhamento dos autos ao eminente procurador-geral da República.

I. Em se reconhecendo a possibilidade jurídica de prefeito vir a ser sujeito ativo do delito de apropriação indébita previdenciária (fls. 401), conforme já apontado na anterior decisão de fls. 397/402, não há que se cogitar no arquivamento do presente procedimento investigatório sob esse fundamento.

II. Não é de ser arquivado este inquérito policial, sob o entendimento de que *Não é de dar seguimento a vários débitos ainda não lançados porque se encontram em processamento na Administração e a outros por se encontrarem sub judice* (fls. 388).

III. Em face da informação prestada pela Receita Federal (fls. 409), necessário se faz o sobrestamento da investigação, mormente quando se verifica que o parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 9º, e parágrafos, da Lei 10.684/2003.

IV. Precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

V. Desta forma, verifica-se dever ser declarada a suspensão da pretensão punitiva do Estado no tocante aos créditos tributários mencionados no ofício de fls. 409, enquanto a pessoa jurídica em questão estiver cumprindo, regularmente, o parcelamento deferido, nos termos do que dispõe o art. 9º, da Lei 10.684/2003, com as consequências de lei.

VI. Indeferimento do pedido de arquivamento das peças de informação.

VII. Encaminhamento dos autos ao eminente procurador-geral da República, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, indeferir o pedido de arquivamento das peças de informação e determinar o encaminhamento dos autos ao eminente procurador-geral da República.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 05/05/2010.

Desembargador Federal *Italo Fioravanti Sabo Mendes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Italo Fioravanti Sabo Mendes*: — Tratam os presentes autos de inquérito policial instaurado com o objetivo, em resumo, de (...) apurar a infração penal, da não declaração em GFIP, de pagamento de remuneração a segurado no período de 01/1999 a 12/1999, 01/2000 a 06/2000 e 02/2003 a 12/2004 (sonegação de contribuição previdenciária descontada dos segurados no período de 01 a 13/2000, 01 a 13/2001, 01/2002 a 13/2002, 01 a 09/2003, 13/2003, 13/2004, 01 a 03/2005 (crime contra a Seguridade Social e apropriação indébita previdenciária). Praticado pelos representantes da Câmara Municipal de Itaberai- GO (...) (fls. 2).

Às fls. 385/391, o Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. José Alves Paulino, manifestou-se pelo (...) arquivamento das presentes peças de informações (...) (fls. 391), ocasião em que, naquilo que, *concessa venia*, reputo como essencial, asseverou que:

(...)

13. Sob quaisquer prisma que se pretenda dar seguimento ao presente inquérito não resultará eficaz.

14. Não é de dar seguimento a vários débitos ainda não lançados porque se encontram em processamento na administração e a outros por se encontrarem *sub judice*.

15. Mas ao caso se prende ao atual Prefeito Wellington Rodrigues da Silva, que nessa qualidade, não se equipara ao titular de empresa privada para o efeito de atribuir-lhe responsabilidade penal, pela falta de recolhimento de contribuição previdenciária descontadas dos servidores municipais.

16. Pelo primeiro fundamento deduzido pelo órgão do Ministério Público Federal de primeira instância já justifica o arquivamento destas peças de informação.

17. Já quanto ao segundo fundamento também justifica essa providência, posto que o prefeito municipal não é sujeito do crime de apropriação indébita.

18. Nos autos do Inquérito 2005.01.00.053638-2/PI, rel. Des. Federal Olindo Menezes, *in* DJU de 07.11.2007, seção 2, acolheu pronunciamento do órgão do Ministério Público Federal, que destacou:

Impende ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades em que examinou a matéria versada nos autos, deixou assentado o entendimento de que o prefeito municipal equipara ao titular

de empresa privada para o efeito de atribuir-lhe responsabilidade penal), pela falta de recolhimento de contribuição previdenciária descontadas dos servidores municipais, já que os valores descontados não se incorporam ao seu patrimônio, por não ter o prefeito disponibilidade sobre a receita dos entes públicos (cf. STJ: Resp 286832/PE, DJ 21/10/2002; HC 13166/PE, DJ 18/06/2001). Idêntico entendimento foi proclamado por esse Tribunal (cf: RCCR 2003.38.01.001248-2/MG; Inq 998.01.00.050593-7/RO e Inq 1998.01.00.030524-3/MA).

19. E mais – cf. Inq. 1997.01.00.054016-7/MG, rel. Des. Federal Assusete Magalhães – com a seguinte ementa:

Penal. Prefeito municipal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias – Art. 95, d, da Lei 8.212/1991. Dolo não comprovado. Atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. Pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade – Art. 34 da Lei 9.249/1995.

I - O prefeito municipal não pode ser sujeito ativo do crime de apropriação indébita, pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos servidores. A responsabilidade de prefeito municipal só se caracteriza, se comprovado o desvio da verba para proveito pessoal. Atipicidade da conduta. Precedentes. (REsp. 90.848-PR, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini). Em igual sentido os precedentes do plenário do TRF 1ª Região (Inq. 93.01.35831-0/GO, relator para o acórdão Juiz Osmar Tognolo; Inq. 92.01.22424-9/GO, rel. Juiz Leite Soares).

20. No voto condutor do acórdão, a eminente relatora cita jurisprudência do STJ, a saber:

Penal. Prefeito municipal. Apropriação indébita. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Atipicidade penal da conduta. Denúncia. Rejeição.

– Não constitui crime de apropriação indébita, na forma definida na Lei 3.807/1960 e na Lei 8.137/1990, a omissão, pela Administração Municipal, no recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos vencimentos dos seus servidores.

– A jurisprudência uniforme deste Tribunal tem consagrado a tese de que o prefeito municipal não se equipara ao titular de empresa privada no tocante à responsabilidade objetiva em face da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias.

– Recurso especial não conhecido. (Resp. 36.483-3/RS, rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma do STJ, unânime, in DJU de 12/02/1996)

Penal. Apropriação indébita. Contribuições previdenciárias. Prefeito municipal. Denúncia não recebida.

– Recurso especial. Não viola os arts. 4º, a e 86 da Lei 3.807/1960, a decisão que escusa o prefeito municipal à qualificação de sujeito ativo do crime de apropriação indébita pela simples falta de recolhimento das prestações descontadas dos servidores municipais do INPS. (REsp 38.256-4/RS, rel. Min. José Dantas, 5ª T., unânime, in DJU de 28/02/1994, p. 2.908)

REsp. Penal. Prefeito municipal. Contribuição previdenciária. Omissão. Não recolhimento.

O fato crime reclama conduta e resultado. Analisados do ponto de vista normativo. A responsabilidade penal (Constituição da República e Código Penal) é subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade objetiva. Muito menos para a responsabilidade por fato de terceiro. A conclusão aplica-se a qualquer infração penal. *Não recolhimento de contribuição previdenciária caracteriza crime omissivo próprio. A omissão não é simples não fazer, ou fazer coisa diversa. É não fazer o que a norma jurídica determina. O prefeito municipal, como regra, não tem a obrigação (sentido normativo) de efetuar os pagamentos do Município; por isso, no arco de suas atribuições legais, não lhe cumpre praticar atos burocráticos, dentre os quais, elaborar a folha e efetuar pagamentos. Logo, recolher as contribuições previdenciárias. O pormenor é importante, necessário por ser indicado na denúncia. Diz respeito a elemento essencial da infração penal. A ausência acarreta nulidade da denúncia. Não há notícia ainda de hipótese do concurso de pessoas (CP, art. 29).* (Resp. 94.359-PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., unânime, in DJU de 21/10/1996, p. 40.307)

21. Ainda, o STJ no *Habes Corpus* 13.166/PE, rel. Min. Fontes de Alencar, com a seguinte ementa:

Habes Corpus.

– O não recolhimento das contribuições previdenciárias dos servidores municipais descontadas, não faz o Prefeito sujeito ativo do crime de apropriação indébita.

– Trancamento da ação penal.

22. E mais, as seguintes ementas:

Penal. Prefeito municipal. Recolhimento de contribuições previdenciárias. Valores não repassados. Recurso especial.

1. A ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos servidores municipais não qualifica o prefeito como sujeito ativo do crime previsto na Lei 8.212-91. Art. 95, d.

2. Recurso conhecido mas não provido: (Resp. 92.932 rel. Min. Edson Vidigal, in DJ 28/02/2000).

Penal. Apropriação indébita. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Prefeito municipal.

1. A falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas dos servidores municipi-

pais, não qualifica o prefeito como sujeito ativo do crime de apropriação indébita.

2. Recurso não conhecido. (Resp. 75.629, rel. Min. Hamilton Carvalhido, in DJ 25/06/2000).

23. Pelo exposto, o órgão do Ministério Público Federal requer o arquivamento do presente procedimento administrativo criminal e as respectivas peças de informações – cf. art. 28, do CPP, c.c. art. 243, inc. I, do RITRF/1ª Região.

24. Nesta mesma linha, o órgão do Ministério Público Federal requer o arquivamento das presentes peças de informações - cf. art. 28, do CPP, c.c. art. 243, inc. I, do RITRF 1ª Região.

25. É o que requer (fls. 388/391).

Às fls. 397/402, proferi decisão nos autos, na qual, naquilo que, *data venia*, vislumbro como essencial, encontra-se assim redigida, *verbis*:

(...)

Na hipótese em apreciação, não se pode, efetivamente, ignorar a existência de entendimento no sentido de que o agente político não podia ser sujeito ativo do crime de sonegação de contribuição previdenciária.

No entanto, esse posicionamento, *data venia*, não merece acolhida, sobretudo diante do decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC . 72.271/SP, em 24/10/1995, 1ª Turma, da relatoria do eminente Min. Moreira Alves, em cuja ementa lê-se:

Ementa: Habeas corpus. Prefeito pode ser sujeito ativo da conduta delituosa prevista tanto no art. 2., II, da Lei 8.137/1990 quanto no art. 95 da Lei 8.212/1991. *A alegação de ausência do elemento subjetivo não pode ser examinada em habeas corpus por não ser este, por causa de seu rito sumário, o meio processual hábil para esse exame. O não recolhimento das contribuições devidas ao FGTS e ao Pasep, que não são descontadas dos funcionários, mas suportadas exclusivamente pelo empregador, não é crime, pois a Lei 8.137/1990 se refere apenas a contribuição social descontada ou cobrada na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria ser recolhida aos cofres públicos. Habeas corpus deferido em parte, para trancar a ação penal com referencia aos fatos relacionados com o não recolhimento do FGTS e do Pasep.*

(HC 72271, rel.: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 24/10/1995, DJ 24/11/1995, p. 40.387, Ement, vol. 1810-02, p. 333.)

Afigura-se, assim, data venia, a teor do entendimento adotado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, acima transcrito, ser juridicamente possível

que o agente político venha a possuir a condição de sujeito ativo do crime de sonegação de contribuição previdenciária.

Nessa linha de entendimento, inclusive, foi o posicionamento adotado pela 5ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata do acórdão cuja ementa vai abaixo transcrita:

Criminal. REsp. Prefeito Municipal. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Crime comum. Dolo genérico. Animus rem sibi habendi. Comprovação desnecessária. Recurso provido.

I. O delito de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, em que o prefeito foi denunciado não exige qualidade especial do sujeito ativo, podendo ser cometido por qualquer pessoa, seja ela agente público ou não.

II. A conduta descrita no tipo penal do art. 168-A do Código Penal é centrada no verbo *deixar de repassar*, sendo desnecessária, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes.

III. Recurso provido, nos termos do voto do relator.

(STJ - REsp 770.167/PE, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 17/08/2006, publicado no DJ de 11/09/2006, p. 339).

Destarte, o mesmo raciocínio deve ser adotado quanto ao delito descrito no art. 337-A, do Código Penal.

Além do mais, não há que se falar, na hipótese, em responsabilidade objetiva, pois compete ao gestor do Município o dever legal de fiscalizar a folha de pagamento, bem como o recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, exurgindo, dessa forma, sua legitimidade passiva para a ação penal.

Dessa forma, uma vez que se apresenta juridicamente possível ao prefeito ser sujeito ativo do crime de apropriação indébita previdenciária, não se apresenta, *data venia*, como passível de acolhida, ao menos em um primeiro exame, o pedido de arquivamento formulado pelo d. Ministério Público Federal, sob esse fundamento.

No que se refere ao outro fundamento utilizado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que *não é de dar seguimento a débitos ainda não lançados porque se encontram em processamento na administração e a outros por se encontrarem sub judice* (fls. 388), deve ser ressaltado que o Ofício 9992/2007/Deleprev, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Goiânia, dentre outras informações, esclarece que, *verbis*:

Os LDCs. 35.794.234-5, 35.794.325-3, 35.794.236-1, 35.794.238-8 e 35.794.239-6,

objeto de representação fiscal para fins penais relativa ao crime de sonegação de contribuições previdenciárias, encontram-se com ação de cobrança ajuizada na Justiça Federal pela Procuradoria-Geral Federal (fls. 368).

Assim, considerando o acima informado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Goiânia, no sentido de que os débitos relativos aos LDCs. 35.794.234-5, 35.794.325-3, 35.794.236-1, 35.794.238-8 e 35.794.239-6 já se encontram sendo objeto de ação de cobrança na Justiça Federal, manifeste-se o d. Ministério Público Federal acerca da circunstância de já haverem se concluído, ou não, os procedimentos administrativos-fiscais pertinentes à constituição definitiva do crédito tributário.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Após, à conclusão" (fls. 400/402).

Às fls. 404, o Ministério Público Federal, *concessa venia*, assim anotou:

– Ciente.

– Em 18.08.09

– O órgão do MPF requer a realização da segunda diligência:

a – que sejam requisitadas informações à autoridade fiscal, de que trata a fls. 368, atualizadas acerca dos LDC's e NFLD mencionadas naquele expediente.

2 – É o que requer.

Brasília, 18/08/2009 (fls. 404).

Deferida tal solicitação, a Secretaria da Receita Federal do Brasil – Delegacia da Receita Federal do Brasil de Goiânia, à fls. 409, informou que:

Em resposta ao Ofício/COCSE/3762 – Processo: IP 200801000369424/GO, datado de 14/09/2009 e recebido nesta DRF em 23/09/2009, informo que o crédito tributário previdenciário lavrado em face do Município de Itaberaí – Câmara Municipal, CNPJ: 03.956.285/0001-27, mediante os LDC – Lançamentos de débito confessados 35.794.234-5, 35.794.235-3, 35.794.236-1, 35.794.238-8 e 35.794.239-6 foi incluído no parcelamento especial da Lei 11.960/2009, em até 240 (parte patronal) parcelas, mediante o processo 13122.000152/2009-14. A NFLD-Notificação fiscal de lançamento de débito 35.794.242-6, de igual forma, foi incluída no mesmo parcelamento em até 60 parcelas (parte segurados), processo 13122.00153/2009-69.

O pagamento das primeiras parcelas estão prevista na referida Lei, para 28/02/2010 (fls. 409).

Instado a manifestar o Ministério Público Federal, às fls. 415/416, asseverou que:

O órgão do Ministério Público Federal, no uso de suas atribuições, vem expor e ao final requerer o seguinte.

2. Atendida a diligência requerida pelo órgão do Ministério Público Federal – cf. fls. 349 – a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Goiânia/GO respondeu o seguinte:

Em resposta ao Ofício/COCSE/3762

– Processo: IP 200801000369424/GO, datado de 14/09/2009 e recebido nesta DRF em 23/09/2009, informo que o crédito tributário previdenciário lavrado em face do Município de Itaberaí – Câmara Municipal, CNPJ: 03.956.285/0001-27, mediante os LDC – Lançamentos de Débito Confessados 35.794.234-5, 35.794.235-3, 35.794.236-1, 35.794.238-8 e 35.794.239-6 foi incluído no parcelamento especial da Lei 11.960/2009, em até 240 (parte patronal) parcelas, mediante o processo 13122.00015212009-14. A NFLD-Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 35.794.242-6, de igual forma, foi incluída no mesmo parcelamento em até 60 parcelas (parte segurados), Processo 13122.001 53/2009-69.

O pagamento das primeiras parcelas estão prevista na referida Lei, para 28/02/2010.

3. Por isso, o órgão do Ministério Público Federal reitera o seu pronunciamento de fls. 385/391.

4. É o que requer (fls. 415/416).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes: — Da análise dos autos, em se reconhecendo a possibilidade jurídica de prefeito vir a ser sujeito ativo do delito de apropriação indébita previdenciária (fls. 401), conforme já apontado na anterior decisão de fls. 397/402, não há que se cogitar no arquivamento do presente procedimento investigatório sob esse fundamento.

De igual modo, data venia de eventual posicionamento em contrário, não é de ser arquivado este inquérito policial, sob o entendimento de que Não é de dar seguimento a vários débitos ainda não lançados porque se encontram em processamento na Administração e a outros por se encontrarem sub judice (fls. 388).

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Guilherme Mendonça Doehler (convocado) e Klaus Kuschel (convocado).

Ressalte-se que o Ofício 866/2009 – RFB/DRFGOI/Secat, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Goiânia, esclarece que, *verbis*:

Em resposta ao Ofício/COCSE/3762 – Processo: IP 200801000369424/GO, datado de 14/09/2009 e recebido nesta DRF em 23/09/2009, informo que o crédito tributário previdenciário lavrado em face do Município de Itaberaí – Câmara Municipal, CNPJ: 03.956.285/0001-27, mediante os LDC – Lançamentos de Débito Confessados 35.794.234-5, 35.794.235-3, 35.794.236-1, 35.794.238-8 e 35.794.239-6, foi incluído no parcelamento especial da Lei 11.960/2009, em até 240 (parte patronal) parcelas, mediante o processo 13122.000152/2009-14. A NFLD-Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 35.794.242-6, de igual forma, foi incluída no mesmo parcelamento em até 60 parcelas (parte segurados), processo 13122.00153/2009-69.

O pagamento das primeiras parcelas estão prevista na referida Lei, para 28/02/2010 (fls. 409).

Verifica-se que os lançamentos de débito confessado referidos na informação da Receita Federal (fls. 409) são, *data venia*, as mesmas que constam na representação fiscal para fins penais (fls. 12).

Assim, em face da informação prestada pela Receita Federal (fls. 409), necessário se faz o sobrestamento da investigação, mormente quando se verifica que o parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 9º, e parágrafos, da Lei 10.684/2003, a saber:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Faz-se necessário também mencionar, na hipótese, os precedentes jurisprudenciais dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça cujas ementas vão abaixo transcritas:

EMENTA: Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de que não há justa causa para a ação penal enquanto o lançamento do tributo estiver pendente de decisão definitiva no processo administrativo tributário. O Plenário do Supremo Tribunal

Federal, no julgamento do HC 86611, fixou o entendimento de que para o oferecimento da denúncia por crime contra a ordem tributária é imprescindível o exaurimento da via administrativa. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia após exaurida a esfera administrativa. Razão pela qual fica suspenso o curso do prazo prescricional

(STF, HC 85463/RJ, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado por unanimidade em 07/06/2005, publicado no DJ de 10/02/2006, p. 9).

Habeas Corpus. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I, Lei 8.137/1990. Procedimento administrativo em curso. Ausência de justa causa para a instauração da ação penal. Precedentes. Ressalva do entendimento pessoal da relatora. I. A decisão definitiva do processo administrativo em que se impugna o lançamento do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/1990. Precedente: HC 81.611 (Pleno). II. Não há fluência do prazo prescricional enquanto não exaurido o procedimento administrativo fiscal. III.. Ordem concedida para trancar a ação penal

(STF, HC 84457/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 08/03/2005, publicado no DJ de 29/04/2005, p. 45).

EMENTA: Habeas Corpus. Delito contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Procedimento Administrativo-Tributário ainda em curso. Ajuizamento prematuro, pelo Ministério Público, da Ação Penal. Impossibilidade. Ausência de justa causa para a válida instauração da persecutio criminis. Invalidação do processo penal de conhecimento, desde o oferecimento da denúncia, inclusive. Pedido deferido. Tratando-se dos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei 8.137/1990, a instauração da persecução penal depende da existência de decisão definitiva, proferida em sede de procedimento administrativo, na qual se haja reconhecido a exigibilidade do crédito tributário (*an debeatur*), além de definido o respectivo valor (*quantum debeatur*), sob pena de, em incorrendo essa condição objetiva de punibilidade, não se legitimar, por ausência de tipicidade penal, a válida formulação de denúncia pelo Ministério Público. Precedentes. – Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes

(STF, HC 84262/DF, rel. Min. Celso De Mello, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 14/09/2004, publicado no DJ de 29/04/2005, p. 45).

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Crime tributário. Lei 10.384/2003. parcelamento do débito fiscal. suspensão (e não extinção) da pretensão punitiva do Estado. Recurso improvido.

I. A jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o parcelamento do débito tributário, promovido após a vigência da Lei 10.684/2003, enseja, tão somente, para os delitos tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990 e 168-A e 337-A do CP, a suspensão da pretensão punitiva do Estado, durante o período em que o devedor estiver incluído no programa de parcelamento, e não a sua extinção, que ocorre apenas com o integral pagamento da dívida, *ex vi* do art. 9º, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Lei 10.684/2003.

II. Agravo interno improvido

(STJ, AgRg no Ag 853.272/MG, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), 5ª Turma, julgado por unanimidade em 29/11/2007, publicado no DJ de 17/12/2007, p. 302).

Habeas corpus. Direito Penal. Apropriação indebita previdenciária. Lei 10.684/2003. Parcelamento dos débitos previdenciários.

I. O parcelamento quanto aos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuição à Previdência Social descontada dos salários dos empregados, crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal, suspende o prosseguimento do feito e da pretensão punitiva.

(Lei 10.684/2003, art. 9º, § 2º).

II. Precedentes do STJ.

III. Ordem concedida para suspender o prosseguimento do feito e da pretensão punitiva

(STJ, HC 43269/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado por unanimidade

em 31/08/2005, publicado no DJ de 19/09/2005, p. 391).

Desta forma, verifica-se, *concessa venia*, dever ser declarada a suspensão da pretensão punitiva do Estado no tocante aos créditos tributários mencionados no ofício de fls. 409, enquanto a pessoa jurídica em questão estiver cumprindo, regularmente, o parcelamento deferido, nos termos do que dispõe o art. 9º da Lei 10.684/2003, com as consequências de lei.

Assim, com a devida *venia* de eventual posicionamento outro, não encontra amparo no ordenamento jurídico em vigor o arquivamento do presente procedimento investigatório, em face do que tem incidência ao caso presente o que dispõe o art. 28 do Código de Processo Penal, no qual se pode ler que:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Diante disso, não concordando, *data venia*, com o pedido de arquivamento das peças de informação deduzido na forma da manifestação do eminente procurador regional da república de fls. 385/391, reiterado às fls. 415/416, indefiro o acima mencionado pedido de arquivamento, e determino, com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal, o encaminhamento destes autos ao eminente procurador-geral da República, para os fins de Direito, e com observâncias das formalidades legais e de praxe.

É o voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0010546-28.2000.4.01.3500

Embargos Infringentes 2000.35.00.010602-3/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
 Relator p/acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Embargante: Associação de Combate ao Câncer em Goiás – ACCG
 Advogado: Dr. Walter Marques Siqueira e outros
 Embargada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 24/05/2010, p. 212

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Remessa oficial. Conhecimento de matéria não objeto da contestação e da sentença. Possibilidade.

I. A questão discutida diz respeito à possibilidade de o Tribunal apreciar, em face da remessa oficial, matéria não suscitada e discutida na instância inferior, no caso, a limitação temporal do pagamento de prestações advindas de serviços contratados pelo SUS anteriormente a novembro de 1999.

II. O dinheiro com que se pagam os valores relativos à tabela do SUS é patrimônio da União, é bem da União, classificado como dominical ou fiscal.

III. *Opõe-se à noção de administração a de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal que essa vontade deve servir. Há relação de administração, diferente também da relação de mandado, quando a finalidade a que a atividade se propõe nos aparece defendida e protegida pela ordem jurídica contra o próprio agente e contra terceiros, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família* (Rui Cirne Lima).

IV. Todos os bens públicos, incluídos os dominicais, devem ser vistos sob o prisma de que sobre eles *não prepondera o domínio da vontade particular em si mesma, devendo valer o primado finalístico dos princípios do direito administrativo* (Juarez Freitas).

V. O administrador, diferentemente do proprietário, não tem a disposição da coisa administrada.

VI. Eventual falha do defensor da União não pode resultar em prejuízo do patrimônio público.

VII. Havendo interesse público, nada impede a ampla apreciação da remessa oficial com exame do direito aplicável ao caso.

VIII. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 16/03/2010

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de embargos infringentes opostos pela Associação de Combate ao Câncer em Goiás (ACCG) ao acórdão da egrégia Quinta Turma que, por maioria, deu parcial provimento à apelação da autora, para que os juros de mora incidam à razão de 6% ao ano, até a vigência do atual Código Civil, passando, a partir de então, para 12% ao ano, e, também por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União, para limitar a condenação ao pagamento por serviços prestados ao Sistema Único de Saúde (SUS), imposta na sentença, a novembro de 1999.

Pretende a embargante a prevalência do voto vencido, da lavra da ilustre Des. Federal Selene Maria de Almeida, que negava provimento à apelação da União e à remessa oficial, ao entendimento de que a matéria relativa à limitação temporal da condenação a novembro de 1999 não foi objeto da contestação e, consequentemente, da sentença, razão pela qual não

pode ser apreciada pelo Tribunal, nem mesmo no campo do reexame necessário.

A União ofereceu impugnação aos embargos (fls. 821-824).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — O acórdão embargado, lavrado pelo eminente Des. Federal João Batista Moreira, está assim ementado (fls. 758):

Administrativo. Processual Civil. Sistema Único de Saúde. Tabela de procedimentos. Plano real. Conversão de cruzeiros reais em URV. Utilização de fatores diferentes do fixado por lei. Ilegalidade que perdurou

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues e Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pedro Francisco da Silva (convocado).

até a edição da portaria 1.323/GM, de 05/11/1999. Prescrição quinquenal.

I. Tratando-se de pagamento de prestações advindas de serviços contratados pelo SUS, a prescrição alcança as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio contado do ajuizamento da ação, consoante o disposto no Decreto 20.910/1932 e Súmulas 443 do STF e 85 do STJ.

II. Nas ações que objetivam a aplicação do correto fator de conversão, de cruzeiro real para real, relativamente aos valores decorrentes de serviços prestados por hospitais conveniados ao sistema único de saúde, a legitimidade passiva é exclusiva da União, à qual incumbe centralizar o repasse dos recursos do SUS. Precedente desta Corte.

III. O Superior Tribunal de Justiça e esta Corte firmaram entendimento de que se mostrou incorreto o critério de conversão de cruzeiro real para real aplicado aos valores constantes da tabela do SUS em 1994, estando a União obrigada a pagar as respectivas diferenças.

IV. São nulos os negócios jurídicos entabulados com objetivo de definir critérios diversos dos fixados pelo Banco Central do Brasil para conversão da moeda relativamente às tabelas do SUS.

V. A partir de novembro de 1999, não há que se falar em ilegalidade, porque os valores de reembolso deixaram de ser atualizados tendo como base os valores ilegalmente fixados para serem reajustados com base na complexidade do procedimento (STJ - MS 8501).

VI. Os juros de mora são devidos, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916, à razão de 6% ao ano, a partir da citação, passando ao percentual de 12% ao ano a contar da entrada em vigor do novo Código Civil (art. 406, CC/2002 c/c art. 161, §1º, CTN).

VII. Apelação da autora parcialmente provida para que os juros de mora incidam à razão de 6% ao ano, até a vigência do atual Código Civil, passando, a partir de então, para 12% ao ano.

VIII. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas para limitar a condenação aos pagamentos por serviços prestados anteriormente a novembro de 1999.

A questão posta em discussão diz respeito à possibilidade de o Tribunal examinar, em sede de apelação e de reexame necessário, a matéria relativa à limitação temporal da condenação, que não foi suscitada e discutida na instância inferior.

O voto condutor do acórdão embargado, sem adentrar a questão processual em comento, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, para limitar a condenação imposta na sentença a novembro de 1999, seguindo orientação jurisprudencial firmada sobre a matéria.

Por outro lado, o voto vencido, da lavra da eminente Des. Federal Selene Maria de Almeida, entendeu pelo desprovimento da apelação da União e da remes-

sa oficial, considerando que não se pode conhecer de matéria não suscitada na contestação e, por conseguinte, não apreciada na sentença, mesmo no campo da remessa oficial.

Em que pesem os fundamentos do voto vencedor, entendo que assiste razão à embargante.

Com efeito, a alegação de que a condenação imposta na sentença deve ser limitada a novembro de 1999, em virtude da reformulação da tabela do SUS, constitui inovação de defesa, inadmissível, pois, de julgamento em sede recursal, sob pena de supressão de instância, considerando que não foi suscitada na contestação e, conseqüentemente, submetida à apreciação do juízo de 1º grau.

Por sua vez, o reexame necessário da sentença, conforme sugere a própria denominação, devolve ao tribunal *ad quem* tão somente as matérias suscitadas, discutidas e decididas naquele *decisum*, bem como as questões de ordem pública, não abarcando, pois, no caso, o conhecimento da matéria pertinente à limitação temporal da condenação.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Ausência de prequestionamento das matérias suscitadas posto assentar a irrisignação que em reexame necessário é lícito arguir matérias não arguíveis em primeiro grau. Inexistência de violação dos arts. 475 e 535, do CPC. Dedução da base de cálculo. Lucro real. Precedentes jurisprudenciais do STJ acerca do mérito.

I. O reexame necessário implica duplo exame da mesma decisão, por isso que o Tribunal somente pode conhecer de ofício, matérias que poderiam sê-lo pelo juiz singular.

II. A ausência de questionamento da matéria quer em contestação, quer em sentença, como evidente, não transfere ao órgão *ad quem* o seu conhecimento, em reexame necessário, salvo de cognição oficial, como sói ocorrer com as objeções, mas, não assim, com as exceções materiais.

III. Hipótese em que em nenhum momento no *iter* processual foi abordada a questão prescricional, salvo em embargos de declaração ao acórdão recorrido, que em nada omitiu, posto não suscitada a questão.

IV. A prescrição de direitos patrimoniais pode ser suscitada, mas não decidida *ex officio* em única instância do duplo grau de jurisdição se omissa a defesa e posterior apelação (art. 166 do Código Civil anterior e 194 do novel ordenamento civil).

V. Tratando-se de reexame em prol da Fazenda, o que se impede é a *reformatio in pejus*, não porque o reexame represente recurso, mas antes, porque contraria a *ratio essendi* do instituto.

(...)

XVIII. Recurso especial parcialmente conhecido pela alegação de violação do art. 535, do CPC, inócurrenente, rejeitado o conhecimento pela prescrição, posto não prequestionada a matéria prescricional, e na parte conhecida, desprovido.

(STJ: REsp 702442/RJ. rel.: Min. Luiz Fux. DJ de 05/09/2005.)

Processual Civil. Reexame necessário. Questão não debatida em primeiro grau. Ausência de apreciação. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência.

I. O reexame necessário impõe que a decisão revista o seja à luz dos argumentos e questões suscitadas ou apreciáveis *ex officio*, por isso que se denomina duplo grau obrigatório de jurisdição. A jurisdição é a mesma, apenas exercida duplamente.

II. Assentada a tese no e. STJ de que é vedada a *reformatio in pejus* no reexame necessário, consecutário inarredável, posto fundamento das máximas impeditivas da reforma para pior em detrimento do único recorrente, é a aplicação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ao duplo grau obrigatório.

III. Consequentemente, é vedado o *ius novum* no duplo grau, criando prerrogativa não prevista em lei a favor da Fazenda Pública, tanto mais que os privilégios processuais fazendários, historicamente, têm obedecido o princípio da legalidade, postulado lógico da isonomia das partes, como decorrência do princípio constitucional maior.

IV. Omitida a questão no debate da causa em primeiro grau, não comete omissão o Tribunal que, em duplo grau obrigatório, não examina matéria nova.

V. Recurso especial improvido.

(STJ. REsp 461188/SP. rel. para acórdão: Min. Luiz Fux. DJ de 27/06/2005)

Agravo regimental em recurso especial. Processual Civil. Duplo grau de jurisdição. Reexame das questões decididas e das de ordem pública. Previdenciário. Violação do art. 124 da Lei 8.213/1991. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Auxílio-acidente. Base de cálculo. Salário de benefício.

I. O duplo grau de jurisdição obrigatório, como na boa doutrina, não é recurso, tem estatuto processual próprio e em nada se relaciona com o recurso voluntário, daí por que não se lhe aplicam as normas referentes à apelação, limitando-se a transferir a reapreciação da matéria suscitada, discutida e decidida na sentença, ressalvadas as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, mesmo que não tenham sido suscitadas, em virtude, é verdade, da remessa necessária, mas por não lhe ser estranho o efeito translativo, não comportando tais questões a preclusão.

II. Em sendo a questão relativa à violação do art. 124 da Lei 8.213/1991, deduzida nas razões da insurgência especial, estranha à decisão do Tribunal *a quo*, ressentido-se, consequentemente, o apelo extremo do indispensável prequestionamento, cuja

falta inviabiliza o seu conhecimento, a teor do que dispõe a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

III. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o auxílio-acidente tem por base de cálculo o salário de benefício.

IV. Agravo regimental improvido.

(STJ. AgRg no REsp 918364/RJ. rel.: Min. Hamilton Carvalhido. DJe de 15/09/2008)

Remessa oficial. Desapropriação. Inovação legislativa. Princípio do tempus regit actum.

I. Considerando-se o princípio do *tempus regit actum*, aplica-se ao caso presente a legislação vigente à época dos fatos (imissão na posse em 11/02/1992 (fl. 18) – Decreto-Lei 3.365/1941, antes da alteração estabelecida pela Medida Provisória 1901-30, de 24/11/1999, e posteriores reedições – inclusão do art. 15-B).

II. A inovação legislativa perpetrada pela medida provisória supracitada não alcança as desapropriações cujas imissões na posse se efetivaram anteriormente ao seu advento.

III. O reexame necessário oportuniza a suspensão eficaz do comando veiculado na sentença, que ficará condicionado à confirmação do Tribunal ao qual o órgão jurisdicional de primeiro grau está vinculado, não abarcando a apreciação de questões que não foram ali suscitadas, sob pena de supressão de instância. (Precedentes do STJ. REsp 295981/MG. 1ª Turma. rel.: Min. José Delgado.)

IV. Sentença mantida.

V. Remessa oficial improvida.

(TRF 5ª Região. REO 99.0546547-2. rel.: Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos. DJ de 04/02/2003.)

Diante do exposto, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido da eminente Des. Federal Selene de Almeida.

É o meu voto.

Voto (Vencedor)

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente, reafirmo o voto dado na Turma, acrescentando que o dinheiro com que se pagam esses valores relativos à tabela do SUS é patrimônio da União, é bem da União classificado como dominical ou fiscal. É comum dizer-se, em relação a essa classe de bens públicos, que são disponíveis. Na verdade, não são disponíveis no amplo sentido deste termo. Só podem ser alienados conforme a lei determinar; salvo autorização legal, não são disponíveis. A respeito dessa questão da classificação dos bens públicos e da natureza indisponível, em sentido amplo, de todos esses bens, já tive a oportunidade de escrever que *são distintas as relações de propriedade e de administração*. A chamada proprie-

dade pública não é adaptação para o direito administrativo, como quase sempre se interpreta, da propriedade regida pelo Direito Civil. Embora a Constituição especifique como bens da União (art. 20), é certo, por exemplo, que os rios e lagos (incisos III) são bens de uso comum do povo. Ninguém melhor que o inesquecível Rui Cirne Lima dedicou-se à defesa da tese aparentemente clara, mas submetida ao obscurecimento ideológico patrimonialista, de que a administração exprime relação diferente de propriedade, designando justamente a atividade do que não é proprietário, isto é, de quem não tem a disposição da coisa administrada. Disse Cirne Lima: *Opõe-se à noção de administração a de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal que essa vontade deve servir. Há relação de administração, diferente também da relação de mandado, quando a finalidade a que a atividade se propõe nos aparece defendida e protegida pela ordem jurídica contra o próprio agente e contra terceiros, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família.* Todos os bens públicos, incluídos os dominicais, devem ser vistos sob o prisma de que sobre eles *não prepondera o domínio da vontade particular em si mesma, devendo valer o primado finalístico dos princípios do direito administrativo* – aqui estou citando lição de Juarez Freitas.

Mais à frente, observo o seguinte: *Estabelece o Código de Processo Civil, art. 319, que, 'se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor'. Diz, em seguida, art. 322, que a revelia não induz, contudo, ao mencionado efeito 'se o litígio versar sobre direitos indisponíveis'. Interpretação no sentido de que o chamado patrimônio fiscal constitui domínio privado do Estado poderia levar a concluir que essa espécie de patrimônio se exclui do conceito de indisponível para os efeitos do referido dispositivo. Não se pode, porém, confundir a inalienabilidade desse patrimônio, que, aliás, depende de autorização legal, com disponibilidade, como já se afirmou. O administrador, diferentemente do proprietário, não tem a disposição da coisa administrada. Por outro lado, como ao Ministério Público compete a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, art. 127 da Constituição, cabendo-lhe intervir nas ações em que há interesse público, art. 82, III, do Código de Processo Civil, e se o órgão não intervém obrigatoriamente nas causas patrimoniais da Fazenda Pública, poder-se-ia cogitar de que estas versam sobre interesses disponíveis. Nada mais errôneo. De duas uma: ou é incorreta a interpretação que dispensa intervenção no órgão ministerial nessas causas ou se trata aqui de uma indisponibilidade de segunda ordem, que não obriga a intervenção do Ministério Público,*

mas, de qualquer modo, indisponibilidade que justifica a aplicação daquele dispositivo legal.

Em síntese, o que quero concluir é que há interesse público, sim, nesta questão, porque se estará pagando com recursos orçamentários da União, de modo que não há impedimento a que se aprecie a questão por meio de remessa oficial, mesmo não tendo sido arguida. Se não tiver sido arguida, foi uma falha do defensor da União, que não pode resultar em prejuízo do patrimônio público, patrimônio de toda a sociedade. Dirirjo, data venia, do voto de Vossa Excelência, mantendo o voto dado na Turma.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Também eu, Senhor Presidente, com a devida vênia do voto de Vossa Excelência, acompanho a divergência.

Penso que a remessa oficial existe exatamente para suprir deficiências na advocacia do Estado e que pode ser nela examinada em toda a sua extensão a condenação imposta à União. Penso que os direitos patrimoniais da União são, em regra, indisponíveis, e apenas em circunstâncias expressamente previstas em lei pode haver a disponibilidade desses interesses, o que não é o caso em exame. Se prevalecesse a tese alegada pela embargante, a ausência de contestação da União a qualquer ação implicaria a total procedência do pedido porque isso significaria que o juiz estaria adstrito a proclamar a procedência do pedido. Ora, isso não é certo em relação a nenhum réu, porque sempre o juiz poderá apreciar a legislação aplicável, e, no caso, o que foi considerado no julgamento da remessa foi a edição de portaria de 1999 que fez uma alteração nas tabelas do SUS, sanando a ilegalidade apontada na inicial que causaria a lesão de direito. Ou seja, em se tratando de aplicação de dispositivos legais, o juiz não está vinculado à ausência de contestação nem de um sujeito de direito privado. Em se tratando de União Federal como réu, não haveria sequer pena de confissão nem quanto à matéria de fato, então penso que a circunstância de não ter havido recurso não impede o Tribunal de uma ampla apreciação da remessa oficial e, no caso, com base na jurisprudência hoje pacífica no STJ, o Tribunal, em remessa, decidiu quanto à extensão da condenação da União, limitando-a ao mês de novembro de 1999, ante a consideração de que, naquela época, foi editada uma portaria que sanou a lesão de direito alegada na inicial. Considero que não há nenhuma inovação na lide, a lide é uma só, foi julgada na 1ª instância e foi reexaminada dentro dos limites legais do Tribunal no reexame da remessa oficial. Portanto, com a devida vênia, nego provimento aos embargos infringentes.

Quarta Seção

Numeração única: 0021674-64.2003.4.01.0000

Ação Rescisória 200301000267838/AC

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Autor: Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil
Advogado: Dr. Humberto Peron Filho
Réu: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. José Elaeres Marques Teixeira
Publicação: e-DFJ1, de 24/05/2010, p. 214

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Constitucional. Ação rescisória. Ministério Público. Substituto processual. Desnecessidade de citação dos substituídos. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Ordem dos músicos. Conselhos profissionais. Músicos integrantes de bandas ou conjunto. Inscrição. Desnecessidade.

I. Quando se atribui ao Ministério Público a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos de uma determinada categoria profissional passíveis de tutela por meio de ação civil pública, sua posição jurídica é, sempre, de substituto processual (art. 6º do CPC), ou seja, ele é parte no processo, possuindo tanto o direito de ação quanto o de defesa. Havendo a limitação da representatividade do órgão autor da demanda coletiva originária, não se justifica a formação de litisconsórcio passivo necessário na ação rescisória.

II. A prevalência da tese da necessidade de citação dos substituídos na ação civil pública como litisconsórcio passivo necessário na rescisória, significa a mitigação da coletivização dos direitos, por meio da via processual em comento.

III. A Constituição Federal de 1988 garante o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX e XIII).

IV. Quando da promulgação da Carta da República estava em vigor a Lei 3.857/1960, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil e regulamentou o exercício da profissão de músico, exigindo a inscrição no órgão fiscalizador aos músicos de qualquer gênero ou especialidade (alínea f do art. 28 da Lei 3.857/1960). A inscrição no quadro da Ordem dos Músicos do Brasil não é estendida a todo músico, mas tão somente àquele que necessite para o exercício efetivo da profissão de capacidade técnica ou formação superior, como é o caso, por exemplo, dos regentes de orquestras sinfônicas e professores de música, ou seja, aqueles discriminados no art. 29 da Lei 3.857/1960. Verifica-se, portanto, a existência de incompatibilidade material entre o que dispõe a alínea f do art. 28 da Lei 3.857/1960 e o inc. XIII do art. 5º da atual Constituição, razão pela qual deve ser considerada revogada a alínea em questão. (AMS 2007.38.02.001105-0/MG, rel. Juiz convocado Cleberon José Rocha, Oitava Turma, e-DJF1 p. 435 de 29/08/2008). No mesmo sentido: TRF 1ª Região: AMS 2008.38.00.019265-4/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p. 583 de 17/07/2009; AMS 2008.36.00.011672-5/MT, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p. 262 de 13/11/2009. TRF 2ª Região, AMS 200451014900388, Terceira Turma Especializada, rel. Des. Federal Tania Heine, DJ de 21/05/2009, p. 71; TRF 3ª Região, AMS 200861000220760, Terceira Turma, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ de 07/07/2009, p. 129; TRF/4ª Região, AMS 2007.71.00.001936-6-RS, rel. Des. Federal Marcelo de Nardi, DJ de de 16/01/2008.

V. Em suma, somente os músicos profissionais, maestros, diplomados em nível superior ou com função de magistério, entres outros, é que se sujeitam à obrigatoriedade da inscrição no Conselho de Classe. Para estes, sim, é razoável a exigência.

VI. As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 4ª Regiões supramencionadas têm sido confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, conforme se extrai, por exemplo, dos seguintes decisórios: REsp 725121-RS, Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJ de de 14/10/2008 e REsp 588005-SC, relator: Min. Herman Benjamin, DJ de de 16/12/2008.

VII. Poder-se-ia argumentar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei 3.837/1960, todavia tal não ocorre, pois se trata de legislação anterior à Carta Magna. Assim, revela-se, no caso, o princípio da não recepção e não o princípio da inconstitucionalidade propriamente dito, porque a questão da recepção equivale, na verdade, ao instituto infraconstitucional da revogação da lei, que não necessita, para sua proclamação, de uma manifestação do Plenário do Tribunal.

VIII. Aliás, já decidi o STF, em decisão singular do eminente Min. Marco Aurélio, no RE 533593/RS, DJ de 06/04/2005, posição reafirmada em recentíssima decisão, também proferida pelo eminente Min. Marco Aurélio, no RE 542991/RS, DJ de 04/08/2009.

IX. Pedido rescisório parcialmente procedente, para, julgando também parcialmente procedente o pedido da Ação Civil Pública 2001.30.00.000586-5/AC, afastar as exigências contidas nos arts. 16, 17, 18 e 28 da Lei 3.857/1960, apenas em relação aos músicos que se apresentam publicamente (integrantes de banda, por exemplo), no Estado do Acre.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, julgar parcialmente procedente o pedido de ação rescisória.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 28/04/2010.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca:— Cuida-se de ação rescisória interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil, com fundamento no inc. V do art. 485 do Código de Processo Civil (CPC), na qual pleiteia a rescisão da sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Acre, nos autos da Ação Civil Pública 2001.30.00.000586-5, que julgou procedente o pedido para:

- excluir a União do polo passivo da causa;
- suspender a obrigação prevista nos arts. 16, 17 e 18 da referida lei, no que concerne à necessidade de inscrição dos músicos atuantes no Estado do Acre perante a Ordem dos Músicos do Brasil, ou quaisquer dos seus Conselhos Regionais, para fins de exercício profissional;
- determinar à Ordem dos Músicos do Brasil que suspenda toda e qualquer eventual cobrança de pagamento compulsório de anuidade de músicos que atuam ou venham a atuar em sua profissão no Estado do Acre, bem como que suspenda os processos disciplinares instaurados com fundamento no exercício do poder de polícia previsto no art. 18 da Lei 3.857/1960, em trâmite no Conselho Federal ou no Conselho Regional, em relação aos músicos residentes e atuantes na atividade musical no Estado do Acre e também qualquer aplicação de sanção prevista no art. 19 daquele estatuto legal; e
- suspender a exigência de observância das regras insertas no art. 28 da Lei 3.857/1960 para o exercício da profissão de músico, autorizando todo cidadão – independentemente de formação de provas perante o Poder Público ou qualquer outra exigência – a exercê-la livremente do Estado do Acre.

Alega a autora que a decisão rescindenda violou a Lei Federal 3.857/1960, ao negar a obrigatoriedade de sua aplicação, bem assim, o art. 22, inc. XVI, da Constituição Federal, que prevê o *Sistema Nacional de Organização e Condições para o Exercício de Profissões*.

E mais, afirma que a revogação da referida lei federal, por via transversa, extingue a Ordem dos Músicos do Brasil que, sem inscrições obrigatórias dos músicos, em seus quadros, perde a razão de sua existência.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 10/111.

Contestação do Ministério Público Federal (fls. 141/162), suscitando a preliminar de nulidade absoluta do processo, em razão de ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários. No tópico, entende que não possui legitimidade passiva coletiva, uma vez que a Constituição não lhe confere tal atribuição. Por isso, requer a citação dos eventuais prejudicados, por edital, nos termos do art. 231, inc. I, do CPC.

No mérito, aduz que a obrigatoriedade de conclusão dos estudos requerido no art. 28 da Lei 3.857/1960 para o desempenho da profissão de músico e de inscrição na respectiva autarquia representa, inequivocamente, a existência de embaraço à liberdade deferida pela Constituição da República.

Ressalta, no entanto que a criação artística deve permanecer livre, no entanto a educação musical – componente da formação educacional – pode merecer restrições do Estado, por afetar um direito constitucional relevante dos alunos, qual seja, o de apreender conhecimentos verdadeiros.

Ao final, requer seja a ação julgada parcialmente procedente, ao argumento de que a lei estabeleceu requisitos razoáveis para o exercício de certas funções públicas ligadas à música.

Réplica oferecida às fls. 168/172.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 219/222, opinando para que seja julgado improcedente o pedido veiculado na presente ação rescisória.

Sem outras provas.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — A controvérsia estabelecida lastreia-se na pretensão deduzida pelo autor Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil, de desconstituição de sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública 2001.30.00.000586-5, pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Acre, que, entendendo não ser razoável que somente os egressos de estabelecimentos oficiais possam exercer a profissão de músicos, suspendeu as exigências contidas nos arts. 16, 17, 18 e 28, todos da Lei 3.857/1960.

A rescisória é tempestiva, pois a decisão rescindenda transitou em julgado no dia 21/10/2002 (fls. 130), ao passo que esta ação foi ajuizada em 27/08/2003, dentro do biênio legal estabelecido no art. 495 do Código de Processo Civil (CPC).

A autora ajuizou a presente rescisória com fundamento nos incs. V e IX do art. 485 do CPC. Relativamente ao inc. V do art. 485 do CPC, pleiteia a aplicação na íntegra da Lei 3.857/1960, ao argumento de que a inscrição do profissional nos conselhos respectivos não implica em violação ao preceito constitucional que garante a liberdade de trabalho ou profissão, pois é a própria Constituição que exige sejam atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A União, em sede de contestação suscita a preliminar de nulidade absoluta do processo em razão de ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários. Passo a analisá-la:

Sabe-se que o que dá a condição de legitimado passivo na ação rescisória é fato de a pessoa ter sido parte no feito antecedente, quando da prolação da decisão rescindenda, sendo que, no caso, apenas o Minis-

tério Público Federal figurou no polo ativo da ação civil pública objeto da rescisória. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, confira-se.

Processual Civil. Ação rescisória. Legitimação das partes. Aspectos não prequestionados.

Quem não foi parte na relação jurídica processual primitiva não pode figurar nos polos ativo ou passivo da ação rescisória (art. 487, inc. I, do CPC).

Outros aspectos que não foram prequestionados desmerecem consideração.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 85.705/SP, rel. Min. William Patterson, DJ de 27/05/1996, p. 17.990)

Ressalto, ainda, que quando se atribui ao Ministério Público, no âmbito da ação civil pública, a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos e coletivos, como no caso da ação primitiva, sua posição jurídica é, sempre, de substituto processual (art. 6º do CPC), ou seja, o *Parquet* é parte no processo, possuindo tanto o direito de ação quanto o de defesa. Assim, havendo a limitação da representatividade do órgão autor da demanda coletiva originária, não se justifica a existência de litisconsórcio passivo necessário na ação rescisória ajuizada posteriormente.

Se o Ministério Público agiu, na ação originária, como substituto processual, é ele quem tem a legitimidade passiva para responder na via rescisória e não as pessoas dos sujeitos de direito em si.

Ademais, a prevalecer a tese da necessidade de citação dos substituídos na ação civil pública como litisconsórcio passivo necessário na rescisória, significaria a mitigação da coletivização dos direitos, por meio da via processual em comento.

Por outro lado, os direitos transindividuais defendidos pela via coletiva originária podem ser enquadrados como direitos individuais homogêneos, eis que pertencentes a um grupo de pessoas determináveis, sendo o objeto da pretensão, no entanto, divisível, o que possibilita tratamento jurídico diferenciado aos diversos interessados, bem assim, afasta a existência do litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do CPC.

Aliás, o colendo STJ, a respeito da legitimidade do terceiro interessado para propor ou ingressar no âmbito da ação rescisória, tem reafirmado o caráter facultativo de tal ingresso, considerando a possibilidade da assistência do substituído, entendimento que, *mutatis mutandis*, pode ser aqui aplicado (CPC, art. 50, parágrafo único e AC 2003.38.00.061260-6/MG, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJe de 20/07/2009).

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

Confira-se, na parte em que interessa, a ementa proferida no REsp 867016/PR:

Processual Civil. Administrativo. Ação rescisória em recurso especial. Violação à literal disposição de Lei. art. 485, V, CPC. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da Corte Especial (REsp 476.665/SP). Ação rescisória. Legitimidade ad causam de terceiro. Art. 287, II, do CPC. Ausência de publicação da reinclusão do feito em pauta de julgamento. Violação ao art. 535. Inocorrência. Matéria de natureza constitucional. Impossibilidade da via eleita. Desapropriação direta. Discussão acerca do domínio. Art. 34 do DL. 3.365/1941. Terras de fronteira. Paraná.

I. O recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei.

II. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento jurisprudencial, decidiu que: (...) *Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido* (Corte Especial - REsp 476.665-SP, relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20/06/2005). Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag 580593/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2006 e REp 746301/DF, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 23/05/2006.

III. A legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória, em princípio, é conferida às partes do processo no qual proferida a sentença rescindenda, posto que nada mais lógico do que os destinatários do comando judicial viciado pretenderem desconstituí-lo.

IV. Como de sabença, o terceiro prejudicado, que de há muito é prestigiado pelos ordenamentos mais vetustos e que lhe permitem intervir em qualquer grau de jurisdição, também está habilitado à rescisão da sentença. Para esse fim, o seu legítimo interesse revela-se pela titularidade de relação jurídica conexa com aquela sobre a qual dispôs sentença rescindenda, bem como pela existência de prejuízo jurídico sofrido.

V. A doutrina especializada, ao discorrer acerca da definição de *terceiro juridicamente interessado*, deixa assente que o interesse deste, ensejador da legitimação para propositura da rescisória, não pode ser meramente de fato, vez que, por opção legislativa os interesses meramente econômicos ou morais de terceiros não são resguardados pela norma inserta no art. 487 do CPC. É o que se infere, por exemplo, da lição de Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*: (...) *No que concerne aos terceiros juridicamente interessados, há que se recordar que os terceiros não são alcançados pela autoridade de coisa julgada, que restringe seus limites subjetivos àqueles que foram partes do processo onde se proferiu a decisão. Pode haver, po-*

rém, terceiro com interesse jurídico (não com interesse meramente de fato), na rescisão da sentença. Como regra, o terceiro juridicamente interessado será aquele que pode intervir no processo original como assistente. Considera-se, também, terceiro legitimado a propor a 'ação rescisória' aquele que esteve ausente do processo principal, embora dele devesse ter participado na condição de litisconsorte necessário. (In Lições de Direito Processual Civil, vol. II. 10.ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, pp.24/25)

(REsp 867016/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJe 06/08/2009)

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

No mérito, a questão gira em torno do direito ao exercício de profissão, que é previsto no art. 5º, incs. IX e XIII, da Constituição Federal, que dispõe:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Com efeito, determina a Lei Fundamental que o exercício da profissão deve atender às qualificações estabelecidas em lei. No entanto, é consabido que a atividade artística, mormente a musical, não depende, a rigor, de qualificação legalmente exigida, em virtude de seu exercício ser desprovido de potencial lesivo à sociedade, não acarretando qualquer prejuízo a direito de outrem.

De fato, não há, no desenvolvimento livre da atividade musical, a inarredável necessidade de fiscalização por parte de um conselho de categoria, como se verifica nas profissões com habilitação legalmente exigida, como a medicina, advocacia, engenharia e outras.

Nessa linha de raciocínio, somente os músicos profissionais, maestros, diplomados em nível superior e com função de magistério estão sujeitos à obrigatoriedade da inscrição no Conselho de Classe. Para estes, sim, é razoável a exigência. Entretanto, aos músicos que se apresentam publicamente (integrantes de banda, por exemplo), a exigência é completamente descabida. Na verdade, a atividade de músico possui uma amplitude que impossibilita restrição normativa a sua manifestação profissional.

No tema, transcrevo precedentes deste TRF1, que bem sintetizam o entendimento acima referido:

Competência. Ordem dos músicos. Músico profissional de conjunto. Inscrição. Apresentação. Anuidade. Pagamento. Desnecessidade.

I. Compete à Justiça Federal julgar causas que versam sobre registros de profissionais junto aos conselhos fiscalizadores de profissões legalmente regulamentadas.

II. Nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal/1988: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

III. *Desnecessária a inscrição na Ordem dos Músicos de músico integrante de banda, que se dedica à apresentação de shows. A atividade exercida não confere risco nem é prejudicial à sociedade. Apenas aos músicos que exercem atividades, em razão da diplomação em cursos, como os professores ou regentes é que deve ser observada a necessidade da inscrição na Ordem dos Músicos.*

IV. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (grifou-se)

(AMS 2008.38.00.019265-4/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p. 583 de 17/07/2009)

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Prova do ato coator. Desnecessidade. Legitimidade passiva ad causam. Conselhos profissionais. Ordem dos músicos do Brasil. Inscrição. Lei 3.857/1960. Não exigência.

I. Não há a necessidade da prova literal do ato coator quando se trata de mandado de segurança preventivo.

II. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada, uma vez que o Delegado da Ordem dos Músicos do Brasil em Uberaba tem poderes para corrigir o ato hostilizado, qual seja, a exigência de registro dos impetrantes junto à OMB.

III. Nos termos do inc. XIII do art. 5º da Constituição Federal, *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

IV. Quando da promulgação da Constituição de 1988 estava em vigor a Lei 3.857/1960, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil e regulamentou o exercício da profissão de músico, exigindo a inscrição no órgão fiscalizador *aos músicos de qualquer gênero ou especialidade* (alínea *f* do art. 28 da Lei 3.857/1960).

V. A inscrição no quadro da Ordem dos Músicos do Brasil não é estendida a todo músico, mas tão somente àquele que necessite para o exercício efetivo da profissão de capacidade técnica ou formação superior, como é o caso, por exemplo, dos regentes de orquestras sinfônicas e professores de música, ou seja, aqueles discriminados no art. 29 da Lei 3.857/1960.

VI. Verifica-se, portanto, a existência de incompatibilidade material entre o que dispõe a alínea *f* do art. 28 da Lei 3.857/1960 e o inc. XIII do art. 5º da atual Constituição, razão pela qual deve ser considerada revogada a alínea em questão.

VII. No caso dos autos, em sendo os impetrantes músicos que se apresentam publicamente, em relação aos quais não se exige qualificação técnica ou formação acadêmica, conseqüentemente, não estão obrigados à inscrição profissional na Ordem dos Músicos do Brasil.

VIII. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 2007.38.02.001105-0/MG, rel. Juiz convocado Cleberon José Rocha, Oitava Turma, e-DJF1 p. 435 de 29/08/2008).

Administrativo. Constitucional. Ordem dos músicos. Conselhos profissionais. Músicos integrantes de bandas ou conjunto. Inscrição. Desnecessidade.

I. Conforme dispõe o art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, é obrigatória a remessa oficial da sentença concessiva do mandado de segurança, motivo pelo qual a tenho por interposta.

II. A Constituição Federal de 1988 garante o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX e XIII).

III. Quando da promulgação da Carta da República "estava em vigor a Lei 3.857/1960, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil e regulamentou o exercício da profissão de músico, exigindo a inscrição no órgão fiscalizador *aos músicos de qualquer gênero ou especialidade* (alínea *f* do art. 28 da Lei 3.857/1960). A inscrição no quadro da Ordem dos Músicos do Brasil não é estendida a todo músico, mas tão somente àquele que necessite para o exercício efetivo da profissão de capacidade técnica ou formação superior, como é o caso, por exemplo, dos regentes de orquestras sinfônicas e professores de música, ou seja, aqueles discriminados no art. 29 da Lei 3.857/1960. Verifica-se, portanto, a existência de incompatibilidade material entre o que dispõe a alínea *f* do art. 28 da Lei 3.857/1960 e o inc. XIII do art. 5º da atual Constituição, razão pela qual deve ser considerada revogada a alínea em questão. (AMS 2007.38.02.001105-0/MG, rel. Juiz convocado Cleberon José Rocha, Oitava Turma, e-DJF1 p. 435 de 29/08/2008). No mesmo sentido: TRF 1ª Região: AMS 2008.38.00.019265-4/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p. 583 de 17/07/2009; TRF 2ª Região, AMS 200451014900388, Terceira Turma Especializada, rel. Des. Federal Tania Heine, DJ de 21/05/2009, p. 71; TRF 3ª Região, AMS 200861000220760, Terceira Turma, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ de 07/07/2009, p. 129; TRF 4ª Região, AMS 2007.71.00.001936-6-RS, rel. Des. Federal Marcelo de Nardi, DJe de 16/01/2008.

IV. Em suma, somente os músicos profissionais, maestros, diplomados em nível superior ou com função de magistério, entres outros, é que se sujeitam à obrigatoriedade da inscrição no Conselho de Classe. Para estes, sim, é razoável a exigência.

V. As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 4ª Regiões supramencionadas têm sido confirmadas pelo

Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, conforme se extrai, por exemplo, dos seguintes decisórios: REsp 725121-RS, Min. Mauro Campbell Marques, publicado no *DJe* de 14.10.2008 e REsp 588005-SC, Relator: Min. Herman Benjamin, e-DJ de 16/12/2008.

VI. Poder-se-ia argumentar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei 3.837/1960, todavia tal não ocorre, pois se trata de legislação anterior à Carta Magna. Assim, revela-se, no caso, o princípio da não recepção e não o princípio da inconstitucionalidade propriamente dita, porque a questão da recepção equivale, na verdade, ao instituto infraconstitucional da revogação da lei, que não necessita, para sua proclamação, de uma manifestação do Plenário do Tribunal.

VII. Aliás, já decidiu o STF, em decisão singular do eminente Min. Marco Aurélio, no RE 533593/RS, DJ de 06/04/2005, posição reafirmada em recentíssima decisão, também proferida pelo eminente Min. Marco Aurélio, no RE 542991/RS, e-DJ de 04/08/2009.

VIII. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas.

(AMS 2008.36.00.011672-5/MT, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p. 262 de 13/11/2009).

Essa é também a orientação dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 4ª Regiões, conforme é possível verificar pela leitura das ementas dos seguintes julgados abaixo transcritos, *in verbis*:

Tributário. Mandado de segurança. Conselhos profissionais. Ordem dos Músicos do Brasil. Exercício da profissão de músico. Cobrança de anuidades. Observar meios processuais adequados. Devido processo legal.

I - Nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal/1988 é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

II - Desnecessária a inscrição na Ordem dos Músicos, de músico integrante de conjunto, que se dedica à apresentação de shows porque a atividade por ele exercida não confere risco ou é prejudicial à sociedade. Apenas aos músicos que exerçam atividades em razão da diplomação em cursos, como os professores ou regentes é que deve ser observada a necessidade da inscrição na Ordem dos Músicos, tendo em vista que nesses casos, deve ser observado o interesse público.

III - Configura abuso de autoridade impedir a apresentação de músicos em razão do não pagamento da anuidade, porque a Ordem possui os meios próprios para a cobrança dos débitos de seus associados, inclusive por execução fiscal.

IV - Apelação provida.

(TRF 2ª Região, AMS 200451014900388, Terceira Turma Especializada, rel. Des. Federal Tania Heine, *DJ* de 21/05/2009, p. 71).

Administrativo. Mandado de segurança. Inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil. Desobrigatoriedade.

I. No caso da profissão de músico, em que se trata de atividade que não se apresenta perigosa ou prejudicial à sociedade, diferentemente das profissões de médico, advogado ou engenheiro, que exigem controle rigoroso, tendo em vista que põem em risco bens jurídicos de extrema importância, como a liberdade, a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio das pessoas, afigura-se desnecessária a inscrição em ordem ou conselho para o exercício da profissão.

II. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF 3ª Região, AMS 200861000220760, Terceira Turma, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ de 07/07/2009, p. 129).

Mandado de segurança. Conselho Regional da Ordem dos Músicos. Lei 3.857/1960 anterior à Constituição Federal/1988. Revogação. Desnecessidade da inscrição no Conselho.

– As exigências previstas nos arts. 16 e 18 da Lei 3.857/1960 afrontam a garantia da livre manifestação de atividade intelectual e artística, dentre elas, o exercício do ofício musical.

– O Plenário desta Corte decidiu não se tratar de caso de inconstitucionalidade da lei a ser arguida, tendo em vista que a lei de regência da matéria foi publicada antes da promulgação da Constituição, devendo a incompatibilidade ser resolvida no plano da revogação.

(TRF 4ª Região, AMS 2007.71.00.001936-6-RS, rel. Des. Federal Marcelo de Nardi, *DJe* de 16/01/2008).

É de salientar que tais decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 4ª Regiões têm sido confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, conforme se extrai, por exemplo, dos seguintes decisórios: REsp 725121-RS, Min. Mauro Campbell Marques, publicado no *DJe* de 14.10.2008 e REsp 588005-SC, relator: Min. Herman Benjamin, *DJe* de 16/12/2008.

Poder-se-ia argumentar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei 3.837/1960, todavia tal não ocorre, pois se trata de legislação anterior à Carta Magna. Assim, revela-se, no caso, o princípio da não recepção e não o princípio da inconstitucionalidade propriamente dita, porque a questão da recepção equivale, na verdade, ao instituto infraconstitucional da revogação da lei, que não necessita, para sua proclamação, de uma manifestação do Plenário do Tribunal,

consoante esclareceu o precedente do TRF 4ª Região, acima transcrito.

Aliás, nessa ordem de ideias, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do eminente Min. Marco Aurélio, no RE 533593/RS, DJ de 06/04/2005, posição reafirmada em recentíssima decisão, também proferida pelo eminente Min. Marco Aurélio, no RE 542991/RS, DJe de 04/08/2009, ao entendimento de que, *1. A Corte de origem, analisando a legislação de regência – Lei 3.857/1960 -, concluiu que a atividade de músico não depende de qualquer registro ou licença, não podendo ser impedida a sua livre expressão por interesses da Ordem de Músicos do Brasil. Registrou que a regulamentação ou não da referida atividade não causa qualquer prejuízo à sociedade, à saúde, à liberdade ou à segurança dos cidadãos. 2. O acórdão impugnado mediante o extraordinário revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando o acesso ao Supremo Tribunal Federal. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se guindar a esta Corte recurso que não se enquadra no inc. III do art. 102 da Constituição Federal. 3. Nego seguimento a este extraordinário.*

No caso desta ação rescisória, registro que o pedido da ação rescindenda, julgado procedente, foi amplo, uma vez que o Ministério Público Federal requereu fosse declarado a inexistência de relação jurídica que autorizasse a limitação, no Estado do Acre, do exercício

da profissão de músico apenas aos cidadãos que preenchessem os requisitos do art. 28 da Lei 3.857/1960, assim como a obrigação de se inscreverem perante a Ordem dos Músicos do Brasil, seu Conselho Federal ou quaisquer dos seus Conselhos Regionais, e o Ministério da Educação, para fins de exercício da profissão de músico.

Assim, de acordo com a fundamentação acima exposta, julgo parcialmente procedente o pedido rescisório para, rejugando a Ação Civil Pública 2001.30.00.000586-5/AC, também julgar parcialmente procedente o pedido, para determinar que sejam afastadas as exigências contidas nos arts. 16, 17, 18 e 28 da Lei 3.857/60, suspensos os processos disciplinares instaurados com fundamento no exercício do poder de polícia previsto no art. 18 da Lei 3.857/60, em trâmite no Conselho Federal ou no Conselho Regional, toda e qualquer eventual cobrança de pagamento compulsório de anuidade, bem assim, qualquer aplicação de sanção prevista no artigo 19 daquele estatuto legal, apenas em relação aos músicos que se apresentam publicamente (integrantes de banda, por exemplo), no Estado do Acre.

Diante da sucumbência recíproca arcarão as partes com os honorários dos seus advogados, que fixo em R\$ 200,00.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 422128320014013800

Apelação Cível 2001.38.00.042317-3/MG

Relator:	Desembargador Federal José Amilcar Machado
Relator convocado:	Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado:	Hélcio Jorge Camões de Oliveira
Advogado:	Dr. Oly Lopes de Oliveira e outros
Publicação:	e-DJF1 de 04/05/2010, p. 181

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. IAPI. Restabelecimento da gratificação bienal. Impossibilidade. Precedentes do STJ e do STF.

I. Nos termos da jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal os aposentados e pensionistas do extinto IAPI não têm direito ao restabelecimento da gratificação bienal, pois quando

da criação do Plano de Classificação de Cargos restou extinta a sua percepção em razão da vedação do rebecimento de mais de uma vantagem oriunda da mesma natureza jurídica.

II. Apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/02/2010.

Juiz Federal *Miguel Ângelo Alvarenga Lopes*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Hélcio Jorge Campos de Oliveira ajuizou a presente ação contra a União, objetivando o restabelecimento de seus proventos de aposentadoria, com o restabelecimento da gratificação bial, suprimida de seus contracheques no ano de 1996.

Assevera a exordial que a ré, utilizando-se de critérios contrários à lei, suprimiu a referida gratificação bial em cumprimento ao disposto no Decreto 1.941/1974, deixando de recebê-lo definitivamente em janeiro de 1997. Afirma também que houve violação ao direito adquirido e aos princípios da irredutibilidade de vencimentos e do devido processo legal, previstos constitucionalmente.

Regularmente citada, a União apresentou contestação, sustentando que a gratificação bial foi suprimida a partir da vigência do Decreto 37.842/1955, que instituiu o teto para a incorporação de acréscimos bienais devidos aos funcionários públicos do IAPI, ficando vedada a percepção de adicional bial com valor superior ao pago ao servidor de maior padrão ou categoria de vencimento. Logo, o servidor que já estava situado no teto fixado administrativamente ficou proibido de incorporar novo adicional.

A sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a União a restabelecer a gratificação bial ao autor, a partir de 11/12/2001.

Por força do recurso interposto pela União, sustentando a legalidade da supressão da gratificação bial e do duplo grau de jurisdição obrigatório, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — A matéria discutida nestes autos, relativamente ao restabelecimento da gratificação bial, que era paga aos servidores públicos federais oriundos do extinto Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários – IAPI, foi pacificada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a extinção da referida incorporação não configurou ilegalidade alguma, tendo em vista que a Lei 3.780/1960, que enquadrou os servidores no Plano de Classificação de Cargos, vedou a percepção de quaisquer outras vantagens pelo mesmo fundamento, ressalvando-se apenas o adicional por tempo de serviço.

Nesse sentido transcrevo:

Direito Administrativo. Recurso especial. Servidor público do extinto IAPI. Gratificação bial. Reimplantação. Impossibilidade. Precedente do STJ. Art. 54 da Lei 9.784/1999. Irretroatividade. Decadência administrativa. Não ocorrência. Precedente do STJ. Juros moratórios e honorários advocatícios. Matéria prejudicada. Recurso especial conhecido e provido.

I. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser inviável o restabelecimento da vantagem gratificação bial judicial pleiteada pela recorrida, tendo em vista que essa vantagem foi incorporada aos vencimentos dos servidores do extinto IAPI, com o advento da Lei 3.780/1960, que os enquadraram no Plano de Classificação de Cargos, tendo sido posteriormente extinta pelo Decreto-Lei 1.341/1974, que vedou a percepção de quaisquer outras vantagens pelo mesmo fundamento, ressalvando-se apenas o adicional por tempo de serviço.

II. O art. 54 da Lei 9.784/1999 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos viciados, realizados antes do advento do referido diploma legal. Precedente do STJ.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo e o Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento (convocado).

III. Tendo o Tribunal de origem decidido a controvérsia com base no fundamento de que a Administração teria decaído do direito de rever o ato que importou na concessão da vantagem denominada Bial Judicial à recorrida, afastada a decadência, é de rigor o restabelecimento da sentença.

IV. Prejudicadas as questões concernentes aos juros moratórios e aos honorários advocatícios.

V. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 910319/ RS Recurso Especial 2006/0271739-3. Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima. Órgão julgador: Quinta Turma. Data do julgamento: 19/08/2008. Data da publicação/Fonte: e-DJ 1º/12/2008.

Agravo regimental. Administrativo. Servidores públicos do extinto IAPI. Gratificação bial. Reimplantação. Impossibilidade. Incorporação aos vencimentos. Extinção. Decreto-Lei 1.341/1974.

Os servidores públicos do extinto IAPI não fazem jus à reimplantação da denominada gratificação bial, já que a mesma foi incorporada aos seus vencimentos, sendo posteriormente extinta quando da criação do Plano de Classificação de Cargos, através do Decreto-Lei 1.341/1974, a fim de se evitar o recebimento de vantagens de mesma natureza. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

AgRg no REsp 841348/ DF. Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0085143. Rel.: Min. Felix Fischer. Órgão julgador: Quinta Turma. Data do julgamento: 07/11/2006. Data da publicação/Fonte: DJ 04/12/2006 p. 371.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 54 da Lei 9.784/1999. Termo a quo. Vigência da lei. Decadência não configurada. Servidores públicos do extinto IAPI. Gratificação bial. Incorporação. Impossibilidade. Precedentes.

I. A teor do art. 54 da Lei 9.784/1999, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

II. Consoante a orientação desta Corte, o art. 54 da Lei 9.784/1999 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos eivados de ilegalidade, realizados antes do advento do referido diploma legal. (MS 9.112/DF, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon)

III. O Acréscimo bial pago aos servidores do extinto IAPI restou incorporado aos seus vencimentos, sendo posteriormente extinto pelo Decreto-Lei 1.341/1974, a fim de evitar o recebimento de vantagens da mesma natureza.

IV. Restringindo-se o agravante a manifestar sua irrisignação com a decisão agravada, sem apresentar fundamento apto a ensejar a sua modificação, impõe-se o desprovimento do recurso.

V. Agravo regimental desprovido.

AgRg no Ag 759418/RS. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/00564896. Rel.: Min. Laurita Vaz. Órgão julgador: Quinta Turma. Data do julgamento: 15/08/2006. Data da publicação/Fonte: DJ 18/09/2006 p. 356.

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Aposentados e pensionistas vinculados a servidores públicos do ex-IAPI. Acréscimo bial. Extinção. Embargos rejeitados.

I. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do embargante com o deslinde da controvérsia.

II. A teor da vasta jurisprudência desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, o acréscimo bial pago aos servidores do extinto IAPI restou incorporado aos seus vencimentos, sendo posteriormente extinto pelo Decreto-Lei 1.341/1974, justamente para evitar o percebimento de mais de uma vantagem, qual seja, o adicional por tempo de serviço, sobre vantagem da mesma natureza.

III. Os aposentados e pensionistas do ex-IAPI não gozam do pretense direito líquido e certo invocado, pois quando da criação do Plano de Classificação de Cargos restou extinta a percepção da gratificação bial. Afinal, é vedado ao servidor receber mais de uma vantagem oriunda da mesma natureza jurídica.

IV. Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa omissão, contradição ou obscuridade, quando a pretensão almeja – em verdade – reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.

V - Embargos de declaração rejeitados.

EDcl no MS 9536/ DF. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 2004/0016500-8. Rel.: Min. Gilson Dipp. Órgão julgador: Terceira Seção. Data do julgamento: 27/10/2004. Data da publicação/Fonte: DJ 24/11/2004 p. 225

No mesmo sentido é a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público. Remuneração. Adicional bial e adicional por tempo de serviço. Cumulação. Inadmissibilidade. Art. 37, XIV, da Constituição.

I. A jurisprudência da Corte é no sentido de que não são acumuláveis o adicional bial e o adicional por tempo de serviço, visto que são acréscimos pecuniários com idêntico fundamento. Precedentes.

II. A questão de mérito foi decidida conforme o recurso extraordinário interposto pela União, ora

agravada, não podendo a matéria ser inovada em agravo regimental.

III. Agravo regimental improvido.

RE 587123 AgR/RS. Rio Grande do Sul. Ag. reg. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 19/05/2009. Órgão julgador: Primeira Turma. Publicação e-DJ-104. Public. 05/06/2009.

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário II. Servidor público. Decreto-Lei 1.341/1974 e Decreto 1.918/1937. Adicional bial e adicional por tempo de serviço. Impossibilidade de acumulação. Precedentes. III. Agravo regimental a que se nega provimento.

RE 553852 AgR/DF. Distrito Federal. Ag. reg. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 12/02/2008. Órgão julgador: Segunda Turma. Publicação processo eletrônico: DJe-038. Public. 27/02/2009.

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. II. Vencimentos. Irredutibilidade. Acréscimo bial – IAPI. III. Direito adquirido contra a mudança de regime jurídico. Impossibilidade. Precedente. IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

RE 354307 AgR/DF. Distrito Federal. Ag. reg. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 12/12/2006. Órgão julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 02/02/2007 pp-00139

Ante o exposto, dou provimento à apelação para julgar improcedente o pedido.

Condeno o autor no pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 5% sobre o valor da causa, ficando suspensa a execução nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950, ante à gratuidade judiciária deferida às fls. 348.

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0002004-36.2005.4.01.3600

Apelação em Mandado de Segurança 2005.36.00.002004-3/MT

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Apelante: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: Isaías Sena Barbosa
 Advogado: Dr. Arydes Aires da Costa e outros
 Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara/MT
 Publicação: e-DJF1 de 06/05/2010, p. 41

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Pagamento de vantagens acumuladas. Recebimento de valores indevidos. Restituição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé.

I. Pagamento de salário decorrente de erro da administração não está sujeito à devolução ao erário.

II. Recebidos de boa-fé pelo apelado, tendo em vista que o pagamento foi efetuado pela Administração sem a participação do beneficiário, em decorrência de erro, como claramente ficou demonstrado nos autos, fica afastada a necessidade de restituição ao erário dos valores recebidos pelo impetrante, em razão da cálculo incorreto da GAE e dos anuênios.

III. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 07/04/2010.

Desembargadora Federal Neuza Alves, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Isaiás Sena Barbosa impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato atribuído a Coordenadora de Recursos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, a fim de que seja determinado ao impetrado que *se abstenha de descontar dos proventos do impetrante a reposição do valor constante da inclusa notificação de reposição ao erário anexo do incluso Ofício Circular 001/CRH/2005*.

Sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso (fls. 183/187) concedeu a segurança.

Dessa decisão apela a Universidade-ré (fls. 191/222), sustentando, preliminarmente, incompetência da Justiça Federal de Primeiro Grau para processamento desta ação por se tratar de matéria de competência originária do STF, ilegitimidade passiva da autoridade coatora, e inadequação da via eleita. No mérito, reitera os mesmos argumentos expendidos na contestação, requerendo a reforma do julgado.

Contrarrazões (fls. 224/228)

Manifesta-se o Ministério Público Federal nesta Corte pelo provimento da apelação (fls. 234/248).

Custas pagas.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta contra sentença que concedeu a segurança, julgando procedente o pedido do impetrante de sustar a reposição ao erário dos valores correspondentes ao pagamento indevidamente efetuado, em razão de erro na apuração da GAE e do anuênio, que foram calculados sobre a vantagem do art. 193 da Lei 8.112/1990.

Preliminarmente, não há que se falar em ilegitimidade passiva da coordenadora de Recursos Humanos da autarquia-ré, tendo em vista que, em mandado de segurança, a autoridade coatora é aquela ordena a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa as normas.

Também não merece acolhida a preliminar de incompetência da Justiça Federal de Primeiro Grau, uma

vez que se trata de matéria de sua competência, nos termos do art. 109, VIII, da CF/1988.

Afasto, ainda, a preliminar de inadequação da via eleita. A documentação juntada aos autos é suficiente para o deslinde da controvérsia e, sendo questão de direito, não há necessidade de dilação probatória.

No mérito, não merece reforma a sentença recorrida.

A questão da devolução ao erário dos valores já recebidos encontra-se pacificada segundo a firme jurisprudência desta Corte e do STJ no sentido de que, para que a percepção de verba indevidamente paga ao servidor não lhe imponha esse ônus, é necessária a ocorrência simultânea de três circunstâncias: a) que o servidor tenha percebido as sobreditas verbas de boa-fé; b) que ele não tenha concorrido para a sua percepção; e c) que o pagamento efetuado tenha decorrido de erro da administração na interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Transcrevo, nesse passo, os seguintes precedentes, adotando como razões de julgar as diretrizes neles contidas:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Pedido de suspensão do ato que suprime o pagamento de vantagens. Ato administrativo de efeito concreto. Decadência. Servidor. Reposição ao erário. Desnecessidade. Verba alimentar percebida de boa-fé.

I. Como o investido coator possui índole positiva, produzindo efeitos concretos e imediatos, o prazo decadencial para o ajuizamento do mandado de segurança deve ser computado a partir da ciência, ao servidor, acerca do referido ato.

II. Não se há de falar, assim, em relação de trato sucessivo impeditiva da consumação da decadência.

III. Desta forma, ajuizada a mandamental após o decurso do prazo previsto pelo art. 18 da Lei 1.533/1951, no que se refere ao pedido de manutenção da vantagem suprimida, é de se declarar a decadência, com relação a esse tópico da impetração.

IV. Decorrendo o pagamento de ato da Administração e havendo boa-fé do servidor, não se mostra necessária a devolução ao erário da verba de natureza alimentar indevidamente percebida.

V. Prejudicada a apelação das impetrantes, em face da decadência operada.

VI. Apelação da UFMA desprovida.

VII. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.

(TRF1, AMS 2001.37.00.006435-0/MA, rel.Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, DJ de 31/05/2005, p. 27)

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado).

Mandado de Segurança. Decadência. Inocorrência. Lesão de trato sucessivo. Administrativo. Reposição ao erário de valores pagos indevidamente. Boa-fé.

I. Em se cuidando de reposição ao erário, mediante descontos mensais, a lesão se renova mês a mês, nada importando, para fins de decadência, o tempo do ato administrativo que ordenou a restituição dos valores pagos indevidamente ao servidor público.

II. Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado. (REsp 645.165/CE. Rel. Min. Laurita Vaz, in DJ 28/03/2005).

III. Ordem concedida.

(STJ, MS 10.740/DF. rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 09/08/2006, DJ 12/03/2007 p. 197).

De fato, os princípios da segurança das relações jurídicas, da boa-fé, da confiança e da presunção de le-

gitimidade dos atos administrativos justificam a adoção dessa linha de raciocínio, porque confiando o servidor ou o pensionista deste na regularidade do pagamento operacionalizado pela administração, passam eles a dispor dos valores percebidos com a firme convicção de estar correta a paga implementada, de que não há riscos de virem a ter que devolvê-las.

Do exame da questão, observo que o pagamento feito aos impetrantes decorreu de erro da Administração.

Logo, recebido de boa-fé pelos apelantes, tendo em vista que o pagamento foi efetuado pela Administração sem a participação dos beneficiários, em decorrência de erro, como claramente ficou demonstrado nos autos, fica afastada a necessidade de restituição ao erário dos valores em questão já recebidos a esse título.

Em face do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0018322-54.2010.4.01.0000

Habeas Corpus 0018322-54.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Impetrante: Adriana de Sousa Mendes
 Impetrado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Cáceres/MT
 Paciente: Emerson de Almeida (réu preso)
 Publicação: e-DJF1 de 07/05/2010, p. 315

Ementa

Processo Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. A quem cabe o combate à criminalidade?

I. Não se pode perder de mira a proximidade da fronteira com a Bolívia, a dificuldade que aquele país tem de cumprir as cartas rogatórias que para lá são enviadas e o estreito relacionamento dos investigados com os supostos fornecedores da droga em solo boliviano, diz o decreto prisional. A admitir-se tal fundamentação, todo o investigado que residir em zona de fronteira, obrigatoriamente, terá a prisão preventiva decretada. Desarrazoada, pois, esta fundamentação.

II. Não demonstração de um só dado concreto que o paciente vai perturbar, ou está perturbando, a instrução criminal. Há apenas imaginação.

III. Tenha-se que a prisão preventiva em situações que não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção.

IV. Cabe à Administração, através da polícia (CF, art.144 da Constituição) e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I), o combate à criminalidade, e não ao Poder Judiciário.

V. Combate ao crime. *O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos* (Min. Eros Grau).

VI. Combate ao crime. *O crime precisa ser combatido, de forma invariável – isso é um axioma –, mas sob a observância das regras constitucionais e legais. É guardando a ordem que ela nos guarda. O juiz que participa de uma investigação, no formato acima referido (conluio entre juiz, Ministério Público e delegado) – ressalve-se a cooperação institucional entre as diversas instâncias de combate ao crime –, perde a imparcialidade e, por consequência, a condição de juiz natural do eventual futuro processo. O acusado às vezes já entra no processo condenado, pois o juiz foi um agente ativo da investigação!* (Discurso do Juiz Olindo Menezes, na sua posse como Presidente do TRF 1).

VII. O Judiciário não é órgão de combate ao crime.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conceder a presente ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Emerson de Almeida, determinando sua soltura se por outro motivo não estiver preso, devendo prestar o compromisso de comparecer a todos os atos do processo.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 03/05/2010.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Adriana de Sousa Mendes, brasileira, separada judicialmente, advogada, inscrita na OAB/MG, sob n. 99.926, com escritório na Rua São Paulo, 185, Bairro Brasil, Cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Emerson de Almeida, brasileiro, residente na Rua Valdemar Alves da Silva, 19, Bairro Nova Uberlândia, Cidade de Uberlândia, Minas Gerais, atualmente recolhido na Colônia Penal Jacy de Assis, Uberlândia/MG, contra ato do MM. Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Cáceres, Estado de Mato Grosso, Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, que, sem a devida fundamentação, decretou a prisão preventiva do paciente (fls. 27/58).

Alega, também, que o paciente se encontra preso desde 9 de junho de 2009.

Operação Fronteira Branca.

2. Feito processado sem liminar.

3. Foram prestadas informações pelo Juiz Cazelli (fls. 21/26).

4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, foi pela denegação da ordem impetrada (fls. 300/306v).

5. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: — 1. Após dizer que *as investigações puderam identificar que o acusado, ora paciente, Emerson Almeida, teria negociado e atuado no transporte dos seguintes carregamentos de cocaína: a) apreensão de 4.800 gramas de cocaína em Uberlândia/MG (item 4.7.2 do relatório de inteligência policial); b) apreensão de 13.700 gramas de cocaína em Conceição das Alagoas/MG (item 4.4.4 do relatório de inteligência policial) – fls. 39, o eminente Juiz Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, decretou a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal.*

1.1 A respeito da garantia da ordem pública assim fundamentou a decisão (v. fls. 45/47):

A permanência do agente solto implica evidente risco social, dada a demora da prestação jurisdicional final (trânsito em julgado do decreto condenatório).

Nesse aspecto, cumpre dizer que não é suficiente o risco hipotético à ordem pública, mas sim, o perigo concreto demonstrado através de informações de maus antecedentes e a reincidência, que conduzem à conclusão inelutável que se permane-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Guilherme Mendonça Doehler (convocado) e Cleberson José Rocha (convocado).

cer solto, o agente irá delinquir. A periculosidade do réu é apontada como fator preponderante para a custódia cautelar.

(...)

É, sem dúvida, a hipótese que enseja maior grau interpretativo por parte do órgão julgador, que deve também encará-la pelo *binômio gravidade da infração penal e repercussão social*.

(...)

Além da gravidade do delito em tese praticado e da repercussão social que lhe é imanente, deve-se registrar que a prisão preventiva, *in casu*, tem o condão de abreviar as supostas atividades da associação criminosa que se dedicava à prática reiterada do tráfico internacional de substância entorpecente.

Com efeito, a atuação criminosa organizada e o seu peculiar *modus operandi* enseja a interpretação que continuarão a delinquir, bastando, para tanto, reorganizar as atividades, contatar novamente os fornecedores, os adquirentes e contratar *mulas* para levarem os carregamentos de cocaína.

Tal interpretação não é uma ilação que des- toa da realidade, ao revés, é perfeitamente crível que isso de fato ocorra, já que as interceptações telefônicas demonstram à exaustão que quando uma *cabeça* era cortada, três novas assim saíam em seu lugar. Explico, quando uma prisão era efetivada, logo a quadrilha se recuperava e substituía com facilidade os envolvidos para importar novos carregamentos de cocaína. Isso foi assim ao longo de toda a investigação policial, é um fato inegável. Ora, é evidente o risco à ordem pública, na medida em que o histórico da quadrilha demonstra sua capacidade de regeneração e reorganização para a prática do tráfico de drogas.

Ademais, o próprio *modus operandi* revela a periculosidade do agente, uma vez que os investigados detinham uma poderosa rede organizada de importação, transporte e venda de grandes quantidades de cocaína. Não se pode olvidar, ainda, a participar a participação ativa do PCC (Primeiro Comando da Capital) na associação criminosa.

Além do tráfico de drogas, que é o delito responsável pelas piores mazelas sociais, também há notícias da prática de dois homicídios. Vejam-se, esses delitos, praticados em associação criminosa, são suficientemente graves e apresentam vultosa repercussão social (binômio: gravidade + repercussão) a ensejar a aplicação da segregação cautelar com vistas a garantir a ordem social, senão, vejamos:

Primeiro, o tráfico de drogas é altamente pernicioso à sociedade, já que é responsável por destruir a base do Estado Democrático de Direito: a família. Deveras, as drogas contaminam os viciados, que num incessante ciclo passam a subtrair os pertences do lar, adquiridos com esforço e dedicação pelos chefes de família. Chega-se às raias do absurdo, co=mercializando, muitas vezes, o que seria o sustento da família. E quando tais bens se exaurem,

passam a cometer crimes ou muitas vezes vendem o próprio corpo para manter o vício. Destarte, a prisão preventiva, calcada na garantia da ordem pública, em delitos de tráfico de drogas, não pode ser vista dissociada da realidade social que se insere.

Segundo, porque o tráfico é a mola propulsora de muitos outros delitos, não só cometidos pelos viciados na busca incessante da droga, mas também geram recursos financeiros para o crime organizado, que se nutre desses recursos com a finalidade de se cometer verdadeiros *atentados* à sociedade, como o roubo de instituições financeiras, cargas valiosas, carros-fortes, enfim, uma gama de crimes sustentados pelo tráfico de drogas, v.g. um fuzil é disparado na favela do Rio de Janeiro matando inocentes (crianças, mulheres grávidas, policiais militares), invariavelmente é comprado com o dinheiro do tráfico de drogas.

Terceiro, a AIDS é disseminada, na maioria das vezes, pelo compartilhamento de agulhas, quando os usuários estão fazendo o uso de entorpecente. Novas mortes, mesma causa: tráfico de drogas.

Quarto, a violência propagada nos grandes centros urbanos, reduz alguns bairros em bolsões de miséria, onde impera o domínio do medo, da violência, ou seja, do tráfico de drogas.

Uma cabeça cortada, três surgem em seu lugar, diz o magistrado. Lembra a Hidra de Lerna, monstro mitológico que, segundo a lenda, vivia nos pantanais de Lerna. Esse monstro tinha nove cabeças e era difícil de ser exterminado, porque no lugar de cada uma das cabeças que fossem cortadas, surgiam duas. O extermínio desse terrível monstro foi um dos trabalhos de Hércules.

Não se admite decretação de prisão preventiva, a título de garantia da ordem pública, fundamentado na necessidade de acautelar o meio social. Vejamos as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

HC 93477/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10/03/2009 (DJ 15/05/2009), órgão julgador Segunda Turma:

Decreto fundado na necessidade de acautelar o meio social, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de aplacar a intranquilidade no meio social, a título de garantia da ordem pública.

HC 97028/SP, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16/12/2008 (DJ 13/08/2009), órgão julgador Segunda Turma:

Prisão preventiva para garantia da ordem pública decretada com esteio na gravidade do cri-

me, em abstrato, e por conveniência da instrução criminal, ante a presunção de que o réu, solto, frustraria a realização dos atos processuais. Fundamentação inidônea. Precedentes. Situação que justifica exceção à Súmula 691 desta Corte. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente responda à ação penal em liberdade.

HC 92914/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/12/2008 (DJ 15/05/2009), órgão julgador Primeira Turma:

Prisão preventiva. Suposições. Improriedade. A prisão preventiva há de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições. *Prisão Preventiva.*

Preservação da Ordem Pública. O bem a ser protegido a tal título há de situar-se não no passado, mas no futuro, sendo que aquele diz respeito à pretensão punitiva do Estado.

HC 91771/BA, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 25/11/2008 (DJ 13/03/2009), órgão julgador Primeira Turma;

(...)

Prisão preventiva. Ordem pública. O sentido de ordem pública há de ser alcançado em visão prospectiva, e não tendo em conta fato pretérito que, em última análise, consubstancie o crime ensejador da persecução, devendo-se aguardar, quanto a este, o pronunciamento final do Judiciário. *Prisão preventiva. Instrução criminal. Fatos concretos.* Para considerar-se bem alicerçada a preventiva no art. 312 do Código de Processo Penal, exige-se a ocorrência de fatos a evidenciem interferência na instrução criminal.

O Min. Celso de Mello, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgando o HC 83.070, em sessão de 30/09/2003 (DJ 27/03/2009), com grande acuidade, afirmou:

A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

Julgando o HC 95009/SP, o Min. Eros Grau, relator, em sessão de julgamento de 06/11/2008 (DJ

19/12/2008), órgão julgador Tribunal Pleno, foi preciso quando afirmou:

O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I). *Ética judicial, neutralidade, independência e imparcialidade do juiz.* A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo — quando o exijam a Constituição e a lei — mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos.

É preciso para haver justa causa para o decreto de prisão que se aponte, de maneira concreta e individualizada, fatos concretos que induzem à conclusão quanto à necessidade de se assegurar a ordem pública.

1.2 Quanto à aplicação da lei penal, disse o ilustre magistrado que *o perigo de fuga enseja a prisão cautelar do agente, de modo que solto poderá envidar esforços no sentido de fugir e tornar inócuo o provimento jurisdicional final* (fls. 48).

Não disse, no entanto, o MM. Juiz *a quo* o que o levou a imaginar que o paciente vai fugir. Argumenta, que *não se pode perder de mira a proximidade da fronteira com a Bolívia, a dificuldade que aquele país tem de cumprir as cartas rogatórias que para lá são enviadas e o estreito relacionamento dos investigados com os supostos fornecedores da droga em solo boliviano. Todas essas circunstâncias, somada aos áudios que dão indicativo de fuga, corroboram a interpretação que os acusados enviam esforços no sentido de empreender fuga.* Trata-se, como se vê de presunção, conjectura.

1.3 De referência à conveniência da instrução criminal, afirmou a autoridade apontada como coatora que (fls. 49):

(...) observo que a complexidade dos fatos narrados pela autoridade policial em seu relatório policial, a quantidade de investigados, a suscetibilidade de depoimentos prestados na fase pré-processual e em juízo, cujas versões podem ser alteradas ao desfecho de ameaças e constrangimentos, vejo que a prisão, nesse ponto, é imprescindível.

Com efeito, a prova a ser produzida ao longo da instrução pode ser fatalmente prejudicada. E como? Respondo, através de ações engendradas

pelos denunciados que possuem maior periculosidade e atuação na ação criminosa, a induzir, a base de ameaças ou de suborno, que outros investigados não colaborem com a elucidação dos fatos, através do instituto da delação premiada.

Como se pode ser observar o ilustre juiz não apresenta um só dado concreto que o paciente vai perturbar, ou está perturbando, a instrução criminal. Apenas imagina que isso possa vir a ocorrer.

Tenha-se que a prisão preventiva em situações que não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta. Antes

do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção.

Observe-se que com uma única fundamentação, o eminente Juiz Cazelli decretou a prisão preventiva de oitenta e sete pessoas.

2. *Ante o exposto, concedo a presente ordem de habeas corpus impetrada em favor do paciente, Emerson de Almeida, determinando sua soltura, se por outro motivo não estiver preso, devendo prestar o compromisso de comparecer a todos os atos do processo.*

3. É o voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0001138-03.2002.4.01.3901

Apelação Criminal 2002.39.01.001137-6/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Apelante: Ester Fernandes Silva
 Advogado: Dr. Luiz Carlos Augusto dos Santos
 Apelada: Justiça Pública
 Procuradora: Dra. Ana Paula Carneiro Silva
 Publicação: e-DJF1 de 19/05/2010, pp. 100/101

Ementa

Penal. Crimes cometidos por prefeito. Incisos I e IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967. Desvio de recursos destinados à educação. Materialidade e autoria. Demonstradas.

I. Os documentos trazidos pela ré aos autos não se prestam a comprovar a regularidade das contas, visto que, não estão acompanhados das notas de empenho e das ordens de pagamento, o que impossibilita identificação da natureza das despesas, bem como a fonte dos recursos.

II. Comprovado nos autos que a ré utilizou, dos recursos *destinados à educação* do município, *para pagamento de seus próprios salários atrasados e a vencer (maio a dezembro de 2000), pelo exercício no cargo de prefeita e de vice-prefeita*, bem como para o pagamento do salário de outros servidores não vinculados à atividade educacional.

III. Demonstrado, ainda, que ré justificou a utilização dos recursos repassados ao Município de Nova Ipixuna/BA com recibos de materiais que nunca foram entregues (carteiras escolares e uniformes escolares).

IV. Recurso de apelação improvido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 11/05/2010.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário Cesar Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Ester Fernandes Silva, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, incs. I e IV, do Decreto-Lei 201/1967, c/c art. 70, do Código Penal, nos seguintes termos:

1. A denunciada, no exercício do cargo de prefeita do Município de Nova Ipixuna, neste Estado, deu destinação diversa daquela, a que por lei deveria dar a verbas do Fundef e do PNAE, mediante saque dos valores depositados em contas bancárias movimentadas junto à Agência 0565-7 do Banco do Brasil S/A.

2. Na data de 29 de novembro de 2000, o titular do cargo, Prefeito Elias Jabour, foi afastado do exercício por decisão da Câmara Municipal, vindo a denunciada a assumir como prefeita do Município.

3. Menos de quinze dias depois, precisamente no dia 11 de dezembro daquele mesmo ano, Elias Jabour foi reconduzido ao cargo por decisão judicial.

4. Contudo e em tão pequeno lapso de tempo, a denunciada realizou diversos saques, como já dito, e como se demonstra abaixo:

Data do saque	Número da conta	Valor
07.12.2000	6.674-5	9.740,00
07.12.2000	6.710-5	1.071,00
07.12.2000	58.024-4	49.117,00
07.12.2000	23.899-6	12.469,00
11.12.2000	23.899-6	23.830,00
11.12.2000	58.024-4	11.392,00
	Total	107.619,00

5. A conta 6.674-5, da qual fora sacada a quantia de R\$ 9.740,00 na data de 07/12/2000, refere-se aos valores do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE; a conta 58.024-4, da qual foram sacadas as quantias de R\$ 49.117,00 na data de 07/12/2000, e R\$ 11.392,00, na data de 11/12/2000, refere-se a valores pertencentes ao Fundef - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério. Cumpre registrar que ambos os programas são custeados com o concurso de verbas oriundas do Governo Federal, tendo destinação específica, nos termos da lei.

6. Os valores sacados das contas relativas a repasses de verbas federais, somam R\$ 70.249,00, tendo a denunciada utilizado referida quantia para efetuar pagamento de diversos débitos da Prefeitura Municipal de Nova Ipixuna, inclusive em benefício próprio, tudo amplamente documentado nos autos. (cf. fls. 3/6)

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia para condenar a ré às penas de 3 (três) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, pelos delitos inscritos nos incs. I e IV, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, respectivamente, a serem cumpridas na forma do art. 76 do Código Penal. Estabeleceu o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma de prestação de serviços à comunidade e outra pecuniária. Por fim, decretou a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública.

Inconformada, recorre a ré sustentando, em síntese, que os recursos federais do PNAE e Fundef tiveram sua utilização demonstrada de forma concreta e matemática; quanto aos valores referente ao PNAE foram utilizados de forma correta conforme demonstra às fls. 35/38; que improcede a r. sentença quanto ao mau uso do recurso desse Programa, vez que o somatório das duas faturas corresponde ao valor do referido recurso e sua destinação corresponde ao prescrito em lei; quanto aos recursos do Fundef estão demonstrados seu uso de forma correta através da documentação juntada pelo próprio Ministério Público às fls. 39/40; 43/44; 53 e 57.

Por fim, sustenta a apelante que, tendo sido demonstrado nos autos que as verbas do PNAE e do Fundef foram corretamente utilizadas, atendendo aos fins prescritos em lei, não se afigura a prática do delito tipificado na denúncia, e assim sendo impõe-se a sua absolvição.

Com contrarrazões (fls. 267/270), subiram os autos a essa Corte onde receberam parecer ministerial pelo improvimento do recurso (fls. 274/288).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário Cesar Ribeiro: — Trata-se de recurso de apelação de Ester Fernandes Silva contra a sentença que a condenou pelos crimes previstos nos incs. I e IV, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/1967, sustentando, em síntese, que a documentação que instrui os autos demonstra que os recursos federais foram utilizados na forma correta, não se configurando a prática dos delitos em referência na denúncia, e que assim sendo impõe-se a sua absolvição.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e l'talo Fioravanti Sabo Mendes.

Vejamos.

Consta da r. sentença recorrida, *verbis*:

(...) A denúncia imputa à acusada as condutas tipificadas no art. 1º, I e IV do Decreto-Lei 201/1967.

De acordo com a peça acusatória, a acusada teria assumido o cargo de prefeita por ocasião do afastamento do titular Elias Jabour (período de 29/11/2000 a 11/12/2000) e efetuado diversos saques nas contas-correntes da aludida prefeitura. Extraí-se que foram sacados os seguintes valores relativos aos recursos federais: R\$ 9.740,00 (c/c 6.674-5, PNAE), R\$ 49.117,00 (c/c 58.024-4, Fundef) e R\$ 11.392,00 (c/c 58.024-4, Fundef).

Primeiramente, cumpre registrar que o Banco do Brasil S/A, após requerimento da defesa, comunicou que o valor de R\$ 11.392,00, sacado em 11/12/2000, foi estornado na mesma data (fls. 201/202).

Também se faz necessário registrar que a acusada efetuou a devolução da quantia de R\$ 15.500,00 na conta do Fundef, em 20/12/2000, fato comprovado às fls. 33 e 202 e reconhecido pelo MPF.

Efetuada as devidas subtrações (estorno e devolução), a diferença que efetivamente interessa ao deslinde dos autos e que corresponde aos recursos federais é da ordem de R\$ 43.357,00.

A prestação de contas apresentada pela acusada Ester Fernandes às fls. 31/65 não comprova a regular utilização das verbas federais de acordo como disposto na legislação específica. Senão, veja-se.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a defesa não se incumbiu de apresentar a documentação probante vinculada à origem dos recursos. Em nenhum pagamento foi identificada a fonte dos recursos de cada despesa efetuada, o que já comprova a irregularidade.

O Setor de Contabilidade da Prefeitura de Nova Ipixuna/PA, em abril/2001, informou que as notas de empenho e ordens de pagamento não se encontravam na sede da aludida municipalidade. Acrescentou, ainda, que os documentos são fundamentais para identificação da fonte dos recursos e inclusive para efeito de prestação de contas junto aos órgãos competentes.

Dos documentos apresentados pela acusada, frise-se, sem autenticação, alguns merecem ser destacados, em face das evidentes divergências com o contexto. O recibo de fls. 44 foi emitido pela Prefeitura Municipal de Nova Ipixuna/PA e assinado no dia 10/05/2000. Por sua vez, os recibos de fls. 51 e 59 foram emitidos e assinados no dia 27/05/2000, bem como os de fls. 54 e 58 foram emitidos e assinados no dia 24/04/2000. As notas fiscais de fls. 62 e 64 foram emitidas nos dias 28/04/2000 e 20/03/2000, respectivamente. Em todos esses casos, encontramos, estranhamente, a determinação do *pague-se* pela Prefeita Ester Fernandes e do *pago* do Tesou-

reiro com data de 07/12/2000. Não se pode dizer que se trata de pagamentos pendentes. Se assim fosse, da nota fiscal de fls. 62 não constava recibo de 28/04/2000. O procedimento correto seria informar a data em que deveria ter sido pago e mencionar o pagamento atual, como se vê às fls. 58/59. A ré, após a data do recibo como dado no mesmo dia do fato, o que revela a clara intenção de produzir provas e calçar gastos indevidos.

Causa estranheza, também, que as compras de gêneros alimentícios nas cidades de Belém/PA e Ananindeua/PA (conforme notas fiscais de fls. 36/38), que totalizaram R\$ 9.740,00, foram realizadas no mesmo dia do saque do dinheiro do PNAE na agência do Banco do Brasil em Marabá/PA (07/12/2000). Em fevereiro/2001, o Conselho de Acompanhamento e Controle Social do Fundef informou que a última entrega de merenda escolar no Município de Nova Ipixuna/PA deu-se em outubro de 2000.

A testemunha Juçara Fernandes do Nascimento, inquirida pela autoridade policial às fls. 89/91, disse que, segundo informações repassadas pelos professores, as mercadorias especificadas nas notas fiscais de fls. 36 e 38 não chegaram às escolas.

Outro fato que chama a atenção é a afirmação da acusada em seu interrogatório judicial, ocorrido em 24/03/2003, em que diz que não utilizou nenhum recurso público em benefício próprio e, sim, no pagamento de despesas com funcionários da Educação e fornecedores da Prefeitura. Numa simples matemática, excetuando-se o dinheiro do PNAE (R\$ 9.740,00), o do Fundef que foi estornado (R\$ 11.392,00) e o que foi devolvido (R\$ 15.500,00), chegamos ao total de R\$ 36.632,00. Por outro lado, considerando todos os convênios mencionados na denúncia, a acusada efetuou saques na ordem de R\$ 107.619,00.

Assim, foram gastos R\$ 70.987,00. E desse valor efetivamente sacado e utilizado, a acusada Ester Fernandes recebeu no dia 07/12/2000 R\$ 22.077,03 (fls. 41/42), o que corresponde a 31% (trinta e um por cento) dos recursos, apenas para pagamento de seu salário em detrimento dos demais servidores da Educação.

As testemunhas de acusação, servidores municipais, confirmaram que os recursos do Fundef não foram utilizados corretamente. Rubenildes Rodrigues Souza, inquirida em juízo (fls. 159), confirmou que os salários estavam atrasados e que, por ocasião da liberação dos recursos, nem todos os funcionários conseguiam receber o pagamento, pois o dinheiro só dava para atender a metade das pessoas. Juçara Fernandes do Nascimento e Maria da Glória Viana dos Santos, inquiridas às fls. 160, também confirmaram tal situação fática. Esta última, inclusive, disse que, até então, ainda não havia recebido o salário e 13º e que só teriam recebido salário os parentes e amigos próximos da prefeita.

Destaca-se dizer que as testemunhas de defesa limitaram-se a tecer comentários irrelevantes

acerca da situação patrimonial da ré, bem como da não ocorrência das irregularidades.

Uma vez que se demonstrou não ter sido aplicado o recurso liberado pelo FNDE e pelo PNAE nas finalidades para as quais era previsto, incumbiria à ré o ônus de justificar o desvio de destinação, e apresentar os documentos contábeis comprobatórios da utilização correta dos recursos, fato que não se encarregou de demonstrar." (cf. fls. 247/249)

Pois bem, assim preceituam os incs. I e IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, *verbis*:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I. apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

IV. empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam

Pois bem, a respeito dos recursos em questão, assim esclarece o Ministério Público Federal (fls. 206), *verbis*:

É sabido que o Fundef é um programa nacional que visa dar maior sustentabilidade à educação, dando condições de ensino mais dignas à população menos favorecida economicamente. Contudo, as verbas liberadas pelo governo federal são destinadas e contabilizadas ao Fundef de uma forma que possam atender desde a estrutura dos centros de ensino, incluindo-se alimentação e uniformes para alunos, até o pagamento dos professores relacionados à tal programa.

Assim, verifica-se que de todos os recursos do Fundef, 60% (sessenta por cento) são destinados à folha de pagamento e os outros 40% (quarenta por cento) são para as demais despesas, *sempre observando, que estas demais despesas devem estar vinculadas ao referido programa voltado à educação do ensino fundamental.*

Na espécie, consta da denúncia terem sido realizados pela ré, durante sua brevíssima gestão à frente da Prefeitura de Nova Ipixuna/PA (29/11 a 11/12/2000), diversos saques de valores depositados em contas bancárias do Município referentes aos repasses de recursos federais destinados ao atendimento da educação (FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e PNAE – Programa Nacional de Alimentação Escolar) – fls. 16/19, não tendo sido tais recursos utilizados da forma prevista em lei.

Com efeito, de acordo com a peça acusatória foram sacados indevidamente os seguintes valores

relativos aos recursos federais: em 07/12/2000, R\$ 9.740,00 (c/c 6.674-5, PNAE); e R\$ 49.117,00 (c/c 58024-4, Fundef), e em 11/12/2000, R\$ 11.392,00 (c/c 58.024-4, Fundef).

Desses recursos a ré efetuou a devolução da quantia de R\$ 15.500,00, sacada da conta do Fundef, em 20/12/2000 (fl. 33); e conforme consta às fls. 201/202, o valor de R\$ 11.392,00, sacado em 11/12/2000, foi estornado na mesma data pelo Banco do Brasil. Após as referidas devolução e estorno, restou, portanto, a ser esclarecida a utilização das quantias de R\$ 9.740,00, referentes ao PNAE e R\$ 33.617,00, referentes ao Fundef, totalizando: R\$ 43.357,00 (quarenta e três mil, trezentos e cinquenta e sete reais).

Instada a se manifestar sobre as referidas quantias, a ré sustentou a regularidade na utilização dos recursos federais destinados à educação, tendo carreado aos autos recibos e notas fiscais (fls. 34/65).

Pois bem, a par das argumentações trazidas no presente recurso, tais documentos não se prestam a comprovar a regularidade das contas, visto que, não estão acompanhados das notas de empenho e das ordens de pagamento, o que impossibilita identificação da natureza das despesas, bem como a fonte dos recursos.

Sob esse aspecto vale destacar a manifestação do assessor contábil da Prefeitura de Nova Ipixuna, *verbis*:

As notas de empenho – NE, ordens de pagamentos – OP'S, bem como, a documentação apresentada pela Sra. Ester Fernandes da Silva ao DD Ministério Público (...) não se encontram na contabilidade da Prefeitura Municipal de Nova Ipixuna; esses documentos é (sic) base fundamental para a identificação da fonte de recursos e inclusive para efeito de prestação de contas junto aos Órgãos Competentes (Tribunal de Contas etc.).

A documentação apresentada pela Srª. Ester Fernandes, da forma que foi apresentada, pode ser levantada a qualquer tempo e valor (o que pode não corresponder a verdade), o importante é que a referida senhora apresente as NE's e OP's, até porque sem as mesmas a ex prefeita nada justifica.

Se faz necessário, no caso de apresentação das NE's e OP's o acompanhamento de extratos de conta corrente de onde saiu o recurso para o fornecedor, pois Nota de Empenho e Ordem de Pagamento, bem como recibos podem ser fabricados. – (cf. fl. 70 – grifo do original e nosso)

Consta também dos autos que, em 07/12/2000, a ré utilizou, dos recursos destinados à educação do Município, o valor de R\$ 22.077,03 (vinte e dois mil e setenta e sete reais e três centavos) correspondentes a 31% (trinta e um por cento) dos convênios mencionados na

denúncia (fls. 41 e 42), *para pagamento de seus próprios salários atrasados e a vencer (maio a dezembro de 2000), pelo exercício no cargo de prefeita e de vice-prefeita.*

Contrariando, ainda, as alegações da ré a respeito da utilização dos recursos repassados, a presidente do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do Fundef, no Município de Nova Ipixuna, informa (fls. 68) que no mês de março/2000 foi a última vez em que foram entregues carteiras escolares, *não se justificando o pagamento da entrega desse tipo de equipamento nos meses de abril e maio/2000* (fls. 52/59). Da mesma forma, informa, ainda, que *em nenhuma ocasião foi ofertada, por parte da Prefeitura Municipal, qualquer vestimenta gratuita para os alunos matriculados de forma a justificar o pagamento de confecções de camisetas para alunos do Ensino Fundamental, conforme o que se extrai do recibo de fls. 54.*

Outrossim, as testemunhas ouvidas em juízo confirmam que os recursos federais repassados pela União, sacados pela ré, não foram utilizados para o pagamento dos salários dos servidores da educação, destaque, *verbis*:

Que a depoente recorda que em dezembro do ano de 2000 os funcionários não estavam recebendo os salários corretamente (...) em seguida dona Ester reassumiu a prefeitura mais 15 dias e nesse período foram realizados os saques do dinheiro mencionado na denúncia; Que em dezembro de 2000, os funcionários foram até a Agência do Banco do Brasil em Marabá, e o gerente informou que não havia dinheiro na conta da prefeitura, *mas que havia sido feita uma transferência de recursos para uma conta de terceiros, ou seja, do enteado de dona Ester de nome Edinaldo Macedo dos Santos e para a conta de Roberto Carlos que era funcionário da Prefeitura.* (Rubenildes Rodrigues Souza, em juízo, fl. 159 - grifei)

Que a depoente afirma que não foram utilizados os recursos do Fundef para a destinação correta, pois os servidores da educação não recebiam seus salários corretamente (...) Que em dezembro do ano de 2000 no período de 7 a 11, foram efetuados realmente vários saques nas contas da prefeitura municipal de Nova Ipixuna, *mas os valores não foram utilizados no pagamento dos servidores municipais, ao menos, não foram pagos os servidores que trabalham na área de educação* (...) Que com esse numerário e mais outros dois repasses federais foram efetuados os pagamentos parciais dos salários, mas muitos não receberam tudo o que deveria (...) – (Juçara Fernandes do Nascimento, em juízo, fls. 160- grifei)

Que a depoente sabe que *os familiares da prefeita e alguns amigos mais próximos dela, que eram funcionários da prefeitura, receberam normalmente seus salários, mas muitos servidores ficaram a receber e até hoje apenas aos poucos estão recebendo o que*

tem (sic) direito” – (Maria da Glória Viana dos Santos, em juízo, fl. 160)

Diante desse contexto fático-probatório resultam, pois, demonstradas as condutas tipificadas nos inc. I e IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967.

Quanto à dosimetria da pena, verifico que o MM. juiz *a quo* observou os ditames dos arts. 59 e 68, do Código Penal, assim decidindo, *verbis*:

A culpabilidade do agente gerou grau significativo de reprovação social. A ré é primária e não há registro de antecedentes desabonadores. Não existem informações depreciativas acerca de sua conduta social, tampouco sobre sua personalidade. O motivo dos delitos se revelou censurável, uma vez que a ré desviou verbas públicas em detrimento de diversos servidores da prefeitura que não receberam o salário devido. No que concerne às circunstâncias do crime, é de se observar que a ré aproveitou o curto período de gestão para locupletar-se e desviar considerável parte dos recursos para o próprio benefício. As vítimas em nada contribuíram para a prática delitiva.

Destarte, fixo a pena-base dos crimes previstos no art. 1º, I e IV do Decreto-Lei 201/1967, em 3 anos de reclusão e 1 ano de detenção, respectivamente. Na ausência de outras circunstâncias ou causas que alterem o quantum da sanção, é estabelecida definitivamente nesses montantes, a serem cumpridas na forma do art. 76 do Código Penal.

Tendo em vista as circunstâncias acima delimitadas, estabeleço o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Por preencher os requisitos do art. 44 do estatuto repressivo, substituo a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 1460 (mil, quatrocentos e sessenta) horas de tarefa, e prestação pecuniária no valor de 50 (cinquenta) salários-mínimos em favor de instituição beneficente do Município de Nova Ipixuna/PA, em ambos os casos a serem cumpridas em entidades designadas pelo Juízo da execução penal.

Custas pela acusada.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome da ré no rol de culpados e oficie-se a Justiça Eleitoral para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal.

Igualmente, após a condenação definitiva, fica decretada a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público. (cf. fls. 250/251)

Isto posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Voto de Revisão

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Com o relatório de fls. 298/299, v. 2, pedi dia para o julgamento.

A apelação não merece prosperar. Por sua pertinência, adoto, para decidir, os fundamentos do opinativo ministerial, da lavra da Procuradora Regional da República Dra. Adriana Costa Brockes, destacando:

(...) inobstante a denúncia veicular que os valores sacados das contas relativas a verbas federais, supostamente desviados, somavam R\$ 70.249,00 (setenta mil e duzentos e quarenta e nove reais), durante a instrução processual e conforme fundamenta o *decisum*, restou comprovado que:

Os R\$ 11.392 sacados da conta do Fundef (58.024-4) em 11/12/2000 foram estornados na mesma data.

R\$ 15.500, dos R\$ 49.117 sacados da conta do Fundef em 07/12/2000, foram estornados em 20/12/2000.

Efetuada as devidas subtrações, os valores supostamente desviados totalizam R\$ 43.357 (quarenta e três mil e trezentos e cinquenta e sete reais); R\$ 9.740 referentes ao PNAE e R\$ 33.617 referentes ao Fundefls.

19. Quanto à verba do PNAE, de forma a afastar a tipicidade da conduta, a apelante alega que os recibos de fls. 35/38 compravam a aplicação dos recursos na compra de merenda escolar na data de 07/12/2000.

20. Todavia, como bem fundamentou a sentença, em nenhum recibo foi identificada a fonte dos recursos, o que, por si só, já comprova a ocorrência de irregularidade; também causando estranheza que as supostas compras de merenda tenham sido realizadas nas cidades de Belém e Ananindeua no mesmo dia em que os saques foram efetuados em Marabá.

21. Ao contrário do que quer fazer crer a apelante, as provas dos autos não lhe são favoráveis. Os recibos colacionados (supostamente falsos) não estão acompanhados das notas de empenho e das ordens de pagamento, o que impossibilita a identificação da natureza das despesas e da fonte dos recursos.

22. Outrossim, a testemunha Juçara Fernandes do Nascimento, então presidente do Conselho de Alimentação Escolar (CAE), o qual fiscaliza a execução do programa, inquirida pela autoridade policial (fls. 89/91), aduziu que as mercadorias especificadas nos mencionados recibos não chegaram às escolas.

23. Por certo, coube ao titular da ação penal demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (no caso, o *jus puniendi* estatal), enquanto à apelante, por sua vez, coube a demonstração dos fatos impe-

ditivos à constituição do direito, o que não logrou efetivar.

24. Conforme ainda se verifica dos autos, carece de qualquer respaldo fático-jurídico a mera alegação de que o prefeito em exercício não teria deixado a apelante xerocopiar a documentação ali existente, não havendo meios de obtê-las.

25. Ora, a ausência de comprovação da aplicação dos recursos, em decorrência da omissão no dever de prestar contas, importa no julgamento pela irregularidade das contas, imputando-se o débito à pessoa física do prefeito e, penalmente, tipifica a conduta nos moldes dos incs. I e IV do art. 1º do DL 201/1967.

26. Quando, no exercício do cargo, a então prefeita sacou as verbas federais, ela agiu em nome próprio, e não em nome do Município. Por conseguinte, a prestação de contas é obrigação personalíssima (*intuitu personae*), que só o devedor pode efetivar, não se podendo admitir que tal prestação seja delegada a terceiros.

27. Por certo, o dever de prestar contas configura uma obrigação pública imposta ao agente público que tem a seu cargo a gestão de recursos do erário, *in casu*, a então prefeita, mesmo que tenha assumido a gestão do município por menos de 15 dias.

28. É este o sentido que se extrai do parágrafo único do art. 70 da Constituição, o qual, como dispositivo legal de primeira grandeza, atende à exigência de que as obrigações públicas tenham a lei como fonte primária.

29. Quanto às verbas do Fundef, (...) bem fundamenta a sentença que diversos recibos apresentados são de data muito anterior à gestão da apelante, restando, pois, inidôneos.

30. Como se vê, o recibo de fls. 44 foi emitido e assinado pela prefeitura de Nova Ipixuna em 10/05/2000. Os recibos de fls. 51 e 59 foram emitidos e assinados no dia 24/04/2000. As notas fiscais de fls. 62 e 64 foram emitidas nos dias 28/04/2000. Não se pode dizer que se tratam de pagamentos pendentes; se assim fosse, na nota fiscal de fl. 62 não constaria o recibo de 28/04/2000.

31. Como fundamenta o *decisum*, a aposição da data de um dos saques (07/12/2000) em recibos emitidos há muito tempo, inclusive na gestão de outrem, indica a clara intenção de produzir provas que 'calçassem' os gastos indevidos.

32. Outrossim, verifica-se, de depoimentos colhidos em juízo (fls. 159/161), que os servidores municipais confirmaram que os recursos do Fundef não foram utilizados corretamente e que os salários dos professores estavam atrasados, enquanto que as testemunhas arroladas pela defesa limitaram-se a tecer comentários irrelevantes acerca da situação patrimonial da ré.

33. Ademais, como aduz o apelado em contrarrazões (fls. 268), é por demais suspeito que,

dos pagamentos efetuados no dia 07.12.2000, R\$ 22.077,03 (vinte e dois mil, setenta e sete reais e três centavos) tenham sido revertidos em benefício da recorrente, como remuneração pelo exercício da função pública.

34. Dessa forma, o decreto condenatório, tal como fixado na sentença (fls. 250), é medida que se impõe. A fixação da pena de cada tipo penal foi devidamente fundamentada, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, que pesaram negativamente, restando determinadas um pouco acima do mínimo legal. (...) (fls. 283/287, v. 2).

Com efeito, a defesa, em suas razões (fls. 257/262, v. 2), não logrou abalar a pertinência da motivação adotada na sentença, em desfavor da apelante (fls. 245/251, v. 1).

Em face do exposto, nego provimento à apelação, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0042975-45.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00043570-5 /MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
 Apelante: Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais
 Advogado: Dr. Antônio Salvo Moreira Neto e outro
 Apelante: Unimed Belo Horizonte – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.
 Advogado: Dr. Marlus Keller Riani e outros
 Apelado: Osmar Urbano de Carvalho
 Advogado: Dr. André Martins Magalhães e outros
 Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara/MG
 Publicação: e-DJF1 de 07/05/2010, pp. 360/361

Ementa

Administrativo. Plano de saúde. Colocação de prótese stent necessária à cirurgia cardíaca. Ilegalidade de cláusula contratual que exclui tal cobertura caso o procedimento cirúrgico seja coberto pelo plano. Incidência do CDC.

I. É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. (REsp 896.247/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 399)

II. Aplicabilidade do CDC ao caso, eis que tal legislação regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.

III. Afigura-se correta a sentença proferida ao determinar a responsabilidade da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais pelo custo da prótese mecânica não biológica (marca-passo cardíaco), tendo em vista previsão contratual (cláusula VII, item 7.2.).

IV. Apelação da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais e da Unimed/BH improvidas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento às apelações.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 26/04/2010.

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Trata-se de apelações interpostas pela Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais – CAA/MG e Unimed/BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda contra sentença que as condenou no custo total do procedimento de cirurgia cardíaca relativa à implantação do marca-passo cardíaco no autor, cabendo à contratante (Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais) a despesa relativa ao custo da prótese mecânica – marca-passo – (cláusula VII, item 7.3) e à contratada (Unimed de Belo Horizonte), a cobertura das despesas relativas ao procedimento cirúrgico (Anexo 3. Uniplan. Empresarial, números 2, 3 e 4 – fl. 32).

Em suas razões, a Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais alega que o contrato que rege a relação jurídica entre as partes não prevê a cobertura para o tratamento de saúde referente à prótese mecânica – marca-passo implantado no autor.

Alega que o autor contratou através da OAB/saúde, em 25/10/1995 (antes, portanto, da Lei 9.656/1998) um plano de saúde denominado Uniplan, acrescidos dos módulos 1, 2 e 3, plano que possui a Unimed/BH como prestadora de serviços. Este contrato é de serviços médico-hospitalares intermediado pela Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais – CAA/MG.

Aduz que se o recorrido tivesse a pretensão de se beneficiar de maiores coberturas poderia perfeitamente aderir aos novos planos de saúde; entretanto, preferiu continuar com o antigo plano o qual não oferece cobertura aos procedimentos realizados, consoante dispõe o item 7.1 do contrato:

VII. Serviços não assegurados

7.1. Não são cobertas por este contrato as despesas relativas a:

n) marcapasso, lente intraocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza.

Sustenta que a Unimed/BH agiu corretamente em não autorizar a cobertura da prótese, devido à inexistência de cobertura prevista pelas cláusulas contratuais celebradas entre as partes.

Alega que a negativa em oferecer cobertura aos procedimentos médico-hospitalares constitui exercício regular de direito.

Sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Requer a procedência da ação e os benefícios da Justiça gratuita, por ser uma entidade sem fins lucrativos.

A Unimed-BH, por sua vez, interpôs apelação, sustentando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam, por ser mera prestadora de serviços. No mérito, alega que o autor é beneficiário de contrato celebrado anteriormente à vigência da Lei 9.656/1998, cuja mensalidade é proporcional à cobertura oferecida. Alega que para ter direito à amplitude de cobertura, incluindo a prótese stent objeto da lide, o apelado deveria migrar para um dos planos regulamentados pela Lei 9.656/1998, o que lhe traria maiores benefícios.

Aduz que apenas a prótese stent não foi autorizada, tendo sido todo restante do procedimento custeado pela apelante.

Sustenta também a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Alega que a prótese deve ser remunerada com base na tabela de referência de preços de serviços médicos e hospitalares da Unimed/BH.

Requer a procedência do apelo e alternativamente, seja Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais obrigada a arcar com os custos da prótese.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida: — Inicialmente, há que se afastar a preliminar de ilegitimidade passiva da Unimed, eis que figura como prestadora de serviços médicos contratada pela Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais.

Quanto ao mérito, a quaestio juris dos autos cinge-se à verificação de ser ou não a prótese colocada no autor decorrente de procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

Vejamos. O autor foi internado no CTI do Hospital Biocor, em Belo Horizonte (MG) em caráter de urgência, com arritmia cardíaca (bloqueio átrio-ventricular total), com frequência cardíaca baixa (FC 30 bpm) e repercussão clínica (Síncope), necessitando de implante de marca-passo com urgência (fls. 17).

Todo procedimento cirúrgico cardíaco para implantação do marca-passo está incluído na cobertura

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus e o Exmo Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado).

contratual, tanto é que a própria Unimed alegou, em suas razões de apelação, que apenas a prótese stent não foi autorizada, (...) porém, todo o restante do procedimento cirúrgico foi inteiramente custeado por esta (honorários médicos, diárias e taxas hospitalares, medicamentos, anestesia, etc.) (fls. 357).

Assim, consoante decidido no REsp 1.046.355 – RJ; rel. Min. Massami Uyeda, em caso similar:

(...) a utilização de produto, que constitui mecanismo integrante do método cirúrgico coberto pelo plano de saúde, indispensável para o sucesso da cirurgia, deve ser da responsabilidade da prestadora de serviços médicos-hospitalares.

Nesse sentido, esta a. Corte já decidiu:

Plano de saúde. Angioplastia coronariana. Colocação de stent. Possibilidade.

- *É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. (REsp 896247/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/2006). Confira-se, ainda: REsp 918392/RN, rel. Min. Nancy andrighi, DJ 1º/04/2008; e REsp 519940/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ. 1º/09/2003.*

Desta forma, afigura-se abusiva cláusula contratual de plano de saúde que exclui de sua cobertura, a colocação de stent necessário para o sucesso de procedimento cirúrgico que é coberto pelo plano de saúde.

Neste sentido:

Direito Civil e Consumidor. Seguro saúde. Contratação anterior à vigência do CDC e à Lei 9.656/1998. Existência de trato sucessivo. Incidência do CDC, mas não da Lei 9.656/1998. Boa-fé objetiva. Prótese necessária à cirurgia de angioplastia. Ilegalidade da exclusão de stents da cobertura securitária. Dano moral configurado. Dever de reparar os danos materiais.

— As disposições da Lei 9.656/1998 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/1998 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação.

— Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.

— Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova.

— A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos.

— O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

— *É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes.*

— Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 735.168/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008)

Recurso especial. Plano de saúde. Exclusão da cobertura o custeio ou o ressarcimento de implantação de prótese importada imprescindível para o êxito da intervenção cirúrgica coberta pelo plano. Inadmissibilidade. Abusividade manifesta da cláusula restritiva de direitos. Recurso especial provido.

I. Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do §4º do art. 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado;

II. Recurso provido.

(REsp 1046355/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 05/08/2008)

Plano de saúde. Angioplastia coronariana. Colocação de stent. Possibilidade.

— *É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.*

(REsp 896.247/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 18/12/2006 p. 399)

Não há que se falar, outrossim, na inaplicabilidade do CDC ao caso, eis que tal legislação regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência, consoante precedentes jurisprudenciais acima citados.

Desta forma, afigura-se correta a sentença proferida ao determinar a responsabilidade da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais pelo cus-

to da prótese mecânica não biológica (marca-passo cardíaco), tendo em vista previsão contratual (cláusula VII, item 7.2.).

Mantenho a sentença proferida pelos seus próprios fundamentos.

Assim, nego provimento às apelações interpostas.

É o voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0002387-60.1999.4.01.3200

Apelação Cível 1999.32.00.002390-9/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Brásiliana da Silva Freire
Advogado: Dr. Hiron Ferreira Lima
Apelada: Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2010, p. 74

Ementa

Direito Civil e Administrativo. Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa). Bem público. Ocupação por particular, com assentimento da autarquia. Posse de boa-fé. Destinação diversa da inicial. Direito à indenização por benfeitorias.

I. Tendo a apelante passado a residir na área em litígio, com o assentimento da Suframa, que a destinou à Fundação Centro de Apoio ao Distrito Agropecuário (Fucada), com o objetivo de criar um cinturão verde no Município de Manaus (AM), verifica-se a aquiescência da autarquia com a ocupação do bem público, e, conseqüentemente, a boa-fé da apelante.

II. Não se mostra razoável, portanto, não indenizar os ocupantes do imóvel, ao qual foi dada outra destinação pela autarquia, porquanto vislumbravam eles, inicialmente, a possibilidade de sua aquisição.

III. A jurisprudência deste Tribunal é uníssona, no sentido da existência da boa-fé dos ocupantes dos terrenos em litígio, assegurando-lhes o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença.

IV. Honorários advocatícios que se compensam, em face da sucumbência recíproca.

V. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 19/04/2010.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Trata-se de ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos ajuizada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) contra Brasiliana da Silva Freire, objetivando a reintegração na posse de uma gleba de terra, da qual é proprietária, na área de expansão do Distrito Industrial, com 56.499.369,93 m², devidamente registrada no 4º Cartório de Registro de Imóveis, no Livro 2, sob o 5257, na Comarca de Manaus (AM).

Informa, na inicial que, *há mais de um ano a invasora vem ocupando ilegalmente uma área localizada no Ramal '14' (margem direita/esquerda) – Área de Expansão do Distrito Industrial, perfazendo um total de 40.000 m², e que, não obstante providências, no sentido de demover a requerida e cessar o esbulho possessório, tem-se prova da continuidade do atentado possessório, dando à gleba destinação diversa da contida nas Diretrizes e normas Técnicas adotadas pela Autarquia* (fls. 4).

A sentença (fls. 145-149) julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar que a Suframa fosse reintegrada na posse do imóvel, ocupado sem justa causa, porque evidenciada a clandestinidade da imissão da ré na posse do bem em questão.

Apela a ré (fls. 165-171), alegando que não se encontra há mais de um ano na posse do imóvel, mas, sim, há mais de dez anos, *conservando ecologicamente a área, produzindo frutas, animais domésticos, peixes, para o sustento próprio e a comercialização, em pequena escala, nas feiras de bairros circunvizinhos* (sic - fls. 152).

Questiona o fato de a autora ter esperado dez anos para ajuizar a ação possessória, se já detinha o domínio, respondendo ela própria: *porque não dispunha de robustas provas da usurpação, da má-fé, da clandestinidade, do esbulho* (fls. 153).

Afirma, por fim, que, *enquanto a apelada tenta reintegração de posse alegando expansão do distrito industrial, pede permissão ao Conselho para alterar a sua destinação e ainda doa mais de três mil hectares, da mesma terra, para a Prefeitura alocar moradores das margens dos igarapés. Vê-se a emergência dos fatores políticos em detrimento dos fatores sociais.* (fls. 156)

Contrarrazões de apelação da Suframa (fls. 165-171), pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Busca a apelante a modificação da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar que seja a autora – Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) – reintegrada na posse de imóvel, que entende ocupado sem justa causa, pela requerida Brasiliana da Silva Freire.

Segundo alegou a requerida, em contestação, as terras em questão foram destinadas pela Suframa à Fundação Centro de Apoio ao Distrito Agropecuário (Fucada), com o objetivo de criar um cinturão verde no Município de Manaus (AM), tendo, mediante convênio, incentivado a ocupação da área, *preocupada com o abastecimento da cidade de Manaus* (fls. 24).

A Fucada apresentou, em 1994 (fls. 51), o cadastro de 586 (quinhentos e oitenta e seis) agricultores, ocupantes do Distrito Industrial, na Estrada de Puraquequara, em que consta o nome de Ivone da Silva Freire (fl. 55), a qual, segundo relatório de vistoria trazido com a inicial, seria filha (ou nora) da apelante (fl. 13).

Evidenciada, assim, a existência da posse antiga, o que, todavia, não ampara a pretensão da ré, ora apelante, visto que, sendo a Suframa uma autarquia, não há que se falar em direito da apelante à posse do imóvel.

A matéria inclusive já foi objeto de análise pela Quinta Turma deste Tribunal, ficando assente o entendimento, na REO 1998.32.00.002638-9/AM, de relatoria do Des. Federal João Batista Moreira, publicado no DJ de 1º/03/2007, de que se trata de uma verdadeira ação de despejo ou de desapossamento, regulamentada pelo art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946, o qual prescreve, *verbis*:

O ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

Nesse caso, foi reconhecida a boa-fé dos ocupantes, tendo em vista a destinação inicial para o desenvolvimento agrícola da região, com o consentimento da autarquia, reconhecendo-se, ainda, o direito à indenização pelo que haja sido incorporado ao solo, como

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

cultura efetiva e morada habitual, com os seguintes fundamentos, *verbis*:

O pedido da autora consistiu na decretação da reintegração da posse da autora, com a vindicada condenação dos Réus nos moldes dos incs. I, II e III, do art. 921 do Código de Processo Civil.

Na sentença, só foi indeferida indenização por perdas e danos e o desfazimento de construção ou plantação, sob o fundamento de *ter ficado comprovado nos autos que a autora contribuiu, seja pela sua omissão quanto à notória invasão da área, que fugiu do seu controle, seja pelo fato de ter de certa forma, no início, incentivado o exercício de atividades no local através da Fucada, o que gerou uma expectativa e aparência de legalidade para os réus. Além disso, a autora não fez, durante a instrução processual, demonstração técnica das perdas e danos suportados ou prejuízos econômicos causados.*

Foi deferida, em contrapartida, indenização por benfeitorias, sob fundamento de que *a autarquia-autora incentivou os réus a fazê-las.*

De fato, a autora deu motivo à expectativa dos réus de que a ocupação da área poderia vir a ser regularizada, quando *ofereceu apoio técnico aos produtores que lá existiam, através de uma fundação denominada Fucada, bem como promoveu a instalação de uma escola, de um posto de saúde e uma rede elétrica e que resolveu adotar providências regularizadoras dos lotes em nome dos ocupantes.*

Em processo semelhante, assim decidiu esta Turma:

Ação de reintegração de posse. Pedido fundado na propriedade do imóvel em litígio. Possibilidade. Posse de imóvel por cinco anos com a concordância da proprietária. Boa-fé configurada somente até ajuizamento da ação possessória. Posse precária. Ausência de justo título. Reintegração procedente. Direito de indenização por benfeitorias necessárias realizadas com boa-fé.

I. A egrégia Quinta Turma admite a possibilidade de se promover ação possessória com base na arguição de domínio, vencida, neste ponto, a relatora.

II. O réu/apelado não é possuidor de má-fé, porquanto, durante cinco anos, teve a concordância da autarquia autora para estabelecer-se no local, onde, inclusive, já há escola. A posse não era clandestina, pois era do pleno conhecimento da Suframa.

III. Todavia, a partir do momento que a Suframa passou a exigir a devolução da sua propriedade com o ajuizamento da ação possessória, a demonstração de boa-fé deixou de existir, pois só existe até o momento em que o possuidor desconheça que o legítimo possuidor exige a coisa de volta. Ademais, a

situação, conforme admitido pela própria sentença apelada, é precária.

IV. Evidenciada a ausência do justo título do apelado, demonstrado que o imóvel pertence à apelante e que a área não foi contestada, procede o pedido de reintegração de posse, garantindo-se ao réu indenização pelas benfeitorias necessárias realizadas até o momento em que possuiu boa-fé (CC, arts. 157 e 63, §3º).

V. Remessa oficial e apelação da Suframa providas.

VI. Honorários advocatícios pelo apelado, fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais).

(TRF 1ª Região. 5ª Turma. AC 1998.32.00.001198-5/AM. rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida. Data do julgamento: 16/11/2005. DJ de 16/12/2005, p. 42).

Nesse sentido, confirmam-se os julgados deste Tribunal:

Direito Administrativo. Bem público. Ocupação por particular. Antiguidade. Tolerância da entidade pública. Admissão da possibilidade de regularização da ocupação. Descaracterização de má-fé. Regime jurídico administrativo. Reintegração. Deferimento. Indenização por benfeitorias.

I. Pretende-se reformar sentença prolatada em ação de reintegração de posse, cumulada com perdas e danos, proposta pela Suframa, em que julgado parcialmente procedente o pedido para reintegrar a autora na posse de imóvel, mediante pagamento aos réus do valor de R\$ 20.000,00, a título de indenização por benfeitorias.

II. Às ações possessórias destinadas à proteção do patrimônio público aplica-se o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946: *O ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.*

III. Trata-se, na verdade, de uma ação de despejo ou de desapossamento. Dispensem-se os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, com exceção do previsto no inc. II, e há possibilidade de deferimento liminar mesmo se intentada além do prazo de ano e dia da turbação ou esbulho. Exceatua-se daquela disposição (art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946), na forma do parágrafo único, e ainda assim apenas quanto ao aspecto da sumariedade e do direito a indenização pelo que haja sido incorporado ao solo, as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e morada habitual.

IV. A Resolução 245/94-DS, ao autorizar a CAS (...) que se adotem providências no sentido de regularização dos lotes ocupados na Área de Expansão do Distrito Industrial, face a dificuldade encontrada pelos técnicos no sentido de conter o processo de grilagem existente na área, criou expectativa sobre a aquisição

dos lotes e revela que houve tolerância quanto à permanência dos invasores na área questionada.

V. Razoável o quanto indenizatório (R\$ 20.000,00) fixado na sentença em favor dos réus, uma vez que por sete anos (até a propositura da ação em 1999) os réus usufruíram gratuitamente da área vindicada pela autora.

VI. Desprovisamento das apelações da Suframa e dos réus e da remessa oficial.

(AC 1999.32.00.001583-7/AM. rel.: Des. Federal João Batista Moreira. DJ de 13/11/2009)

Posse sobre imóvel público. Reintegração. Possibilidade independentemente da data do esbulo. Indenização por perdas e danos e desfazimento de benfeitorias. Conduta da autora, contribuindo para a expectativa de que a posse da área poderia ser regularizada. Indeferimento. Indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé, que se reconhece. Caráter dúplice da ação possessória. Deferimento.

I. O pedido consistiu na *decretação da reintegração da posse da autora, com a vindicada condenação dos réus nos moldes dos incs. I, II e III do art. 921 do Código de Processo Civil.*

II. Na sentença, só foi indeferida indenização por perdas e danos e o desfazimento de construção ou plantação, sob o fundamento de *ter ficado comprovado nos autos que a autora contribuiu, seja pela sua omissão quanto à notória invasão da área, que fugiu do seu controle, seja pelo fato de ter de certa forma, no início, incentivado o exercício de atividades no local através da Fucada, o que gerou uma expectativa e aparência de legalidade para os réus. Além disso, a autora não fez, durante a instrução processual, demonstração técnica das perdas e danos suportados ou prejuízos econômicos causados.*

III. Foi deferida, em contrapartida, indenização por benfeitorias, sob fundamento de que a *autarquia-autora incentivou os réus a fazê-las.*

IV. De fato, a autora deu motivo à expectativa dos réus de que a ocupação da área poderia vir a ser regularizada, quando *ofereceu apoio técnico aos produtores que lá existiam, através de uma fundação denominada Fucada, bem como promoveu a instalação de uma escola, de um posto de saúde e uma rede elétrica e que resolveu adotar providências regularizadoras dos lotes em nome dos ocupantes.*

V. Ausência de direito da Suframa a indenização por perdas e danos e à demolição de benfeitorias. Direitos dos réus a indenização (fixada, no caso, em R\$ 15.000,00) por benfeitorias erguidas de boa-fé. Precedentes da 5ª Turma.

VI. Negado provimento à remessa oficial.

(REO 1998.32.00.002638-9/AM. rel.: Des. Federal João Batista Moreira. DJ de 1º/03/2007)

Direito Administrativo. Bem público. Ocupação por particular. Antiguidade. Tolerância da entidade pública. Índícios de que admitia a possibilidade de regularizar a situação. Descaracterização de má-fé. Regime jurídico administrativo. Impossibilidade de apli-

car integralmente o regime jurídico comum, mesmo considerada a posse de boa-fé. Provimento parcial à apelação.

I. De acordo com o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946, *o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.* Excetuam-se dessa disposição, na forma do parágrafo único, as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e morada habitual.

II. Está na sentença que *não se afigura a má-fé do réu na ocupação da área. Ainda que o mesmo detivesse conhecimento da propriedade da área pela Autora, certamente acreditava na possibilidade de sua regularização futura.*

III. Na concepção tradicional, as realidades apresentam-se como dicotomias, tudo ou nada, a exemplo da boa ou má-fé. Não há situação intermediária (*tertium non datur*).

IV. Não é, porém, o que de fato ocorre na vida. As realidades humanas nem sempre se manifestam como oposições radicais, mas, frequentemente, numa diversidade gradativa (variação tipológica).

V. Não parece razoável – em direção contrária a manifestação da Suframa, acenando com a possibilidade de regularização da posse – que a simples presunção de que o réu tinha conhecimento da impossibilidade de adquirir a coisa leve a classificação dele como possuidor de má-fé, de modo a perder o direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis.

VI. Também não é razoável partir para o outro extremo: considerar que tenha agido plenamente de boa-fé e que essa circunstância implique submissão da situação ao regime jurídico comum.

VII. A sentença caminha na última direção: a) quando deixa de determinar compensação com a remuneração a que o uso do bem público, nas circunstâncias, daria ensejo; b) quando assegura ao réu direito de retenção, incompatível com o regime jurídico administrativo.

VIII. Parcial provimento à apelação para reduzir a condenação à indenização das benfeitorias, sem direito de retenção (executável na forma de execução contra a fazenda pública), em 30% (trinta por cento), levando em conta o que, nas circunstâncias, alguém teria pago pela utilização do bem público para a finalidade econômica em que foi empregado, conforme se apurar em liquidação.

(AC 1999.32.00.006892-9/AM. rel.: Des.: Federal João Batista Moreira. DJ de 22/09/2009)

Ação de reintegração de posse. União. Clandestinidadade afastada. Posse de boa-fé caracterizada. Direito de indenização pelas benfeitorias. Compensação art. 368 CC. Impossibilidade.

I. *Análise da apelação dos autores* – Buscam os réus nesta via recursal que o valor arbitrado pelo julgador monocrático, a título de indenização, seja

majorado para o importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e que a desocupação da área seja condicionada ao pagamento do mesmo. Dúvida não há nos presentes autos no que concerne o dever de a União indenizar aqueles detentores da posse. Tal questão será devidamente abordada quando da apreciação do recurso da União. Com efeito, depreende-se da documentação acostada aos autos, inclusive pela própria autora às fls. 10/24 que os réus realizaram benfeitorias na área ocupada. De fato, as benfeitorias realizadas tratam de edificações bastante simples, instalações de redes elétricas precárias e aque-loutras voltadas à agricultura familiar, bem como a criação de poucas aves. Desse modo, entendo que o valor arbitrado pelo MM *a quo* foi razoável e proporcional às benfeitorias realizadas pelos possuidores, não merecendo reparo a sentença neste ponto. Os argumentos dos apelantes no sentido de que são possuidores de boa-fé, bem como que firmaram financiamento com instituição bancária visando a compra de sementes não são suficientes para o acolhimento do pleito ora vindicado. A boa-fé já foi reconhecida pela primeira instância, fato que, inclusive, contribuiu para o deferimento em parte do pleito indenizatório. Por outro lado, não restou claro nos autos que os recursos advindos do financiamento celebrado foram usados exclusivamente na atividade agrícola dos apelados ou nas benfeitorias realizadas. Mesmo considerando que o valor tenha sido utilizado nas benfeitorias ou na produção, o ônus com relação ao empréstimo deve recair sobre os apelantes, que assumiram o risco de investir em terra que eram meros posseiros.

II. Análise da apelação da União (Suframa) –

a) Do desfazimento das benfeitorias e do indeferimento do pedido de desfazimento das construções e da indenização por perdas e danos decorrentes do desmatamento – A apelante não comprovou as suas alegações, nos termos do art. 333, I, do CPC. O que restou comprovado nos autos foi a desídia da apelante, que aguardou pelo menos 9 (nove) anos para buscar a reintegração de posse de terra de sua propriedade, inércia esta, que, por si só, já é suficiente para indeferir estes pleitos. Ao contrário do entendimento do julgador monocrático, entendo que não restou caracterizada a clandestinidade da ocupação do imóvel. A posse é clandestina quando alguém ocupa coisa de outro às escondidas, sem ser percebido, ocultando seu comportamento. A rigor, entendo que este caso não pode ser caracterizado como posse, pois se opõe à conceituação de exteriorização de domínio, onde a publicidade se faz *mister* para sua existência. Verifica-se que os apelados ocuparam a área em discussão por determinação de terceira pessoa ligada ao sindicato dos trabalhadores rurais daquela região, havendo notícia, ainda, de que tal pessoa era funcionário da Suframa. Depreende-se, ainda, dos autos que as ocupações de terras da União na região em comento era de conhecimento público, inclusive, da União (fls. 65/67). A própria apelante, admite em sua peça recursal que *tentou de todas as formas a retirada dos invasores de*

forma amigável, com inúmeras comunicações junto as associações lá existentes, para a retirada pacífica dos invasores. Portanto, não houve omissão, houve sim precaução, dado o enorme contingente de invasores. Por outro lado, frise-se mais uma vez, que a desídia da apelante contribuiu para que os possuidores vis-lumbrassem uma expectativa de direito, haja vista que, apesar de terem conhecimento da titularidade da propriedade, acreditavam na possibilidade de aquisição da posse. Desse modo, restando afastada a clandestinidade não há como reconhecer a má-fé dos possuidores, e, por via de consequência, o dever dos réus de indenizar. b) Da falta de fundamentação para a indenização pelas construções e plantações implementadas - Sustenta também a apelante neste tópico que os apelados agiram de má-fé, e por esta razão apenas fazem jus às benfeitorias necessárias, o que, no seu entendimento, não restaram evidenciadas nos autos. De fato, o art. 1.220 do CC/2002, correspondente ao art. 517 do CC/1916, dispõe que ao possuidor de má-fé serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias. Ocorre, todavia, que, conforme já fundamentado no tópico anterior, não restou caracterizada a má-fé dos possuidores, motivo pelo qual é devida a indenização determinada na r. sentença, independentemente das benfeitorias serem necessárias ou não. c) Do pagamento da indenização, como condição resolutive para a expedição do mandado reintegratório e da aplicação da multa - Continua a União neste item com a pretensão de discutir a má-fé dos apelados e as questões pertinentes às benfeitorias - se são necessárias ou não. Tais questões já foram devidamente tratadas, por isso deixo de apreciá-las novamente. Argumenta também que a expedição do mandado de reintegração não deve ficar condicionada ao pagamento da indenização, por entender esta como indevida. Por final, propõe que seja aplicado o instituto da compensação (art. 368, do CC). A apelante entende que a indenização imposta é indevida, motivo pelo qual a expedição do mandado não deve ficar condicionada ao pagamento da mesma. Ocorre, todavia, que restou decidido na r sentença e neste voto que a indenização é devida, devendo ser paga pela apelante a fim de ter a sua reintegração concretizada. No que pertine ao instituto da compensação, este não deve ser aplicado ao caso em tela, considerando que os prejuízos alegados pela apelante não restaram comprovados nos autos, não havendo, portanto, o que compensar.

III. Apelações e remessa oficial improvidas.

(AC 1998.32.00.003880-8/AM. rel.: Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes. DJ de 18/12/2008)

Firmou-se, como se viu, o entendimento de que o ocupante do imóvel possui direito à indenização pelas benfeitorias realizadas, razão pela qual entendo pertinente transcrever os fundamentos do voto do Des. Federal João Batista Moreira, na AC 1999.32.00.001583-7/AM, DJ de 13/11/2009, *verbis*:

Mais recentemente, votei em caso semelhante nos seguintes termos:

De acordo com o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946, *o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil*. Excetuam-se dessa disposição, na forma do parágrafo único, as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e morada habitual.

Está na sentença que não se afigura a má-fé do réu na ocupação da área. Ainda que o mesmo devesse conhecimento da propriedade da área pela autora, certamente acreditava na possibilidade de sua regularização futura. (...) é público e notório que, por implicar inúmeras consequências sociais, a questão é de natureza delicada, já que muitas vezes os ocupantes de terreno são levados a acreditar na possibilidade de regularização. (...) alguns até conseguiram a regularização dos terrenos, quando situados fora da cerca erguida pela autarquia, submetendo-se aos requisitos por ela exigidos, para fins de integração em seu projeto agropecuário. (...) Atente-se para o rol de benfeitorias descritas pelo autor: plantas frutíferas variadas, casa-sede, casa de funcionários, pocilga para suínos, aviário, tanques, cercas, instalações elétricas e hidráulicas, etc.

Na concepção tradicional, as realidades apresentam-se como dicotomias, tudo ou nada, a exemplo da boa ou má-fé. Não há situação intermediária (*tertium non datur*). Não é, porém, o que de fato ocorre na vida. As realidades humanas nem sempre se manifestam como oposições radicais, mas, frequentemente, numa diversidade gradativa (variação tipológica).

É o caso presente. Não parece razoável – em direção contrária a manifestação da Suframa, que

chegou a acenar com a possibilidade de regularização da posse – que a simples presunção de que o réu tinha conhecimento da impossibilidade de adquirir a coisa leve a classificação dele como possuidor de má-fé, de modo a perder o direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis. Também não é razoável partir para o outro extremo: considerar que tenha agido plenamente de boa-fé e que essa circunstância implique submissão da situação ao regime jurídico comum.

Entendo que a sentença caminha na última direção: a) quando deixa de determinar compensação com a remuneração que o uso do bem público, nas circunstâncias, daria ensejo; b) quando assegura ao réu direito de retenção, direito este incompatível – penso – com o regime jurídico administrativo.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir a condenação à indenização das benfeitorias, sem direito de retenção (executável na forma de execução contra a Fazenda Pública), em 30% (trinta por cento), levando em conta o que, nas circunstâncias, alguém teria pago pela utilização do bem público para a finalidade econômica em que foi empregado, conforme se apurar em liquidação.

Na linha dessa orientação, dou parcial provimento à apelação, para, mantendo a sentença no que determinou a reintegração de posse do imóvel vindicado, ressaltar o direito da apelante à indenização pelas benfeitorias realizadas, a qual deverá ser apurada em liquidação de sentença.

Honorários advocatícios que se compensam, em face da sucumbência recíproca.

É o meu voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0012793-86.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.012815-4/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
 Apelante: Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 4ª Região/MG
 Advogado: Dr. Pedro José Vilaça e outros
 Apelados: Errol Flynn Pereira dos Reis e outros
 Advogado: Dr. Marcus Vinícius Soares e outros
 Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara/MG
 Publicação: e-DJF1 de 28/05/2010, p. 269

Ementa

Tributário. Conselhos de fiscalização profissional. Anuidades. Natureza tributária. Majoração/fixação mediante resolução. Impossibilidade. Lei 6.994/1982. Revogação expressa pela Lei 8.906/1994.

- a) Recurso – Apelação em mandado de segurança.
- b) Decisão de origem – concedida a segurança.

I. Em razão da natureza tributária das anuidades devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional e inexistência da lei em sentido formal a fixar seus valores, impossível estabelecê-los por meio de simples resolução.

II. A Lei 6.994/1982 foi, expressamente, revogada pela Lei 8.906/1994. (REOMS 2003.36.00.007148-8/MT – rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – TRF 1ª Região – Sétima Turma – Unânime – e-DJF1 03/04/2009 – p. 423; REsp 1.120.193/PE – rel. Min. Eliana Calmon – STJ – Segunda Turma – Unânime – DJe 26/02/2010.)

- III. Apelação e remessa oficial denegadas.
- IV. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 17/05/2010.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves:— Vistos, etc.

1. Errol Flynn Pereira dos Reis e outros, qualificados nos autos, impetraram mandado de segurança para impugnação de ato praticado pelo Presidente do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 4ª Região/MG, pretendendo compeli-lo a abster-se de exigir-lhes anuidades estabelecidas por meio de resolução do Conselho ao argumento de que a fixação afronta o Princípio da Legalidade.

2. Deferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal, concedida a segurança, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 4ª Região/MG, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia.

3. Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pela confirmação do julgado.

4. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1. Consoante entendimento pacífico da jurisprudência, ilídima a fixação de anuidades por meio de resolução

porque somente lei pode estipular valores das contribuições de dos órgãos de fiscalização das categorias profissionais ou econômicas:

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Entidade sindical. Representação da categoria. Conselho profissional. Sentença concessiva: reexame obrigatório. Embargos de declaração não conhecidos: ilegitimidade recursal. Acesso ao Judiciário: não condicionado ao prévio esgotamento da via administrativa. Litisconsórcio necessário: não cabimento. Impetração contra lei em tese não configurada. Dilação probatória: desnecessária. Anuidade: natureza tributária. Majoração por resolução (Sic): impossibilidade.

I. Obrigatória (à luz do parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/1951) a remessa oficial da sentença concessiva de mandado de segurança.

II. Não há falar em nulidade da sentença que não conheceu dos embargos de declaração por ilegitimidade recursal da autoridade impetrada, porque a autoridade coatora (pessoa física) não tem legitimidade para recorrer ou apresentar contrarrazões, limitada a sua atuação à prestação de informações (matéria fática) e ao cumprimento de decisão judicial, além de, por dever legal, cientificar, de imediato, o serviço jurídico do órgão (pessoa jurídica com capacidade processual e a efetiva parte na relação processual do *mandamus*) para eventual recurso.

III. Para o ingresso em juízo não se condiciona o prévio esgotamento da via administrativa.

IV. Injustificado o litisconsórcio necessário com o Conselho Federal de Enfermagem – Cofen em mandado de segurança impetrado contra Decisão

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral e Reynaldo Fonseca.

Coren/AC 008/2006, de fixação das anuidades, taxas e emolumentos, relativos ao exercício de 2007.

V. O sindicato (CF, art. 5º, LXX, b) atua, sempre, em defesa dos direitos e interesses da categoria, na condição de *substituição processual*, em face da previsão específica no art. 8º, III, da CF 1988 e no art. 3º da Lei 8.073/1990.

VI. Embora os sindicatos sejam espécie de entidade associativa, não necessitam da autorização assemblear do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, uma vez que podem atuar como *substituto processual*, com autorização específica na Constituição Federal (art. 8º, III).

VII. Não há falar em impetração contra lei em tese quando evidentes os efeitos concretos do ato normativo.

VIII. A análise da legalidade de ato normativo não exige dilação probatória.

IX. *Em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua majoração por resolução (Sic) administrativa.*

X. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas.

XI. Peças liberadas pelo relator, em 05/05/2009, para publicação do acórdão. (AMS 2007.30.00.000613-6/AC. rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. TRF 1ª Região. Sétima Turma. Unânime. e-DJF1 12/06/2009, p. 259.) (Grifei.)

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança individual. Litispendência com MS coletivo: inexistência. Conselho profissional. Anuidade: natureza tributária. Instituição por resolução (Sic): impossibilidade.

I. Não há litispendência entre o mandado de segurança coletivo impetrado por entidade (Sic) de classe ou sindical e o mandado de segurança individual.

II. A Lei 6.994/1982 foi expressamente revogada pela Lei 8.906/1994, art. 84, independentemente de se tratar de (Sic) lei que regula uma categoria profissional específica.

III. *Em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua instituição por resolução (Sic) administrativa.*

IV. Remessa oficial não provida.

V. Peças liberadas pelo relator, em 24/03/2009, para publicação do acórdão. (RE-OMS 2003.36.00.007148-8/MT. rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. Sétima Turma. Unânime. e-DJF1 03/04/2009, p. 423.) (Grifei.)

Tributário. Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Gratuidade de Justiça. Conselho de medicina. Anuidade. Majoração por resolução (Sic) impossibilidade. Reserva legal. Arts. 149 e 150, I, da CF.

I. Suficiente a afirmação do estado de pobreza para obtenção do benefício da gratuidade de

justiça, conforme dispõe art. 4º da Lei 1.060/1950. Precedentes.

II. *Em razão da natureza tributária das anuidades devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional, não há como admitir sua fixação por simples Resolução, em face do princípio da legalidade insculpido no art. 150, I, da Carta Magna.*

III. Não há de se falar em tratamento isonômico com a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) aos demais Conselhos Profissionais, em face da sua natureza autárquica especial, porque, apesar de zelar pelos interesses corporativos, possui finalidade institucional, a qual lhe dá autonomia e independência, distinguindo-se dos demais Conselhos Profissionais.

IV. Não se aplica a Lei 11.000/2004, porque não pode retroagir para atingir fatos pretéritos.

V. Apelação da impetrante a que se dá provimento. (AMS 2005.38.00.002235-0/MG. rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso. Oitava Turma. Unânime. e-DJF1 06/06/2008, p. 638.) (Grifei.)

2. Assim, em razão da natureza tributária das anuidades devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional e inexistindo lei em sentido formal a fixar seus valores, impossível estabelecê-los por meio de simples resolução.

3. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Recurso especial. Conselhos profissionais. Anuidade. Atualização monetária. Dissídio pretoriano. Súmula 83/STJ. Fixação por resolução (Sic).

I. Entendimento do STJ de que, no período de março/1991 a dezembro/1991, (compreendido entre a extinção do MVR e a criação da Ufir) não há por que incidir atualização monetária sobre as *anuidades dos conselhos profissionais*, tendo em vista a inexistência de previsão legal.

II. *As anuidades dos conselhos profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução (Sic) e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.*

III. Não cabe recurso especial por divergência jurisprudencial se o acórdão recorrido decidiu no mesmo sentido da orientação firmada nesta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

IV. Recurso especial não provido. (REsp 1.074.932/RS. rel.: Min. Castro Meira. STJ. Segunda Turma. Unânime. DJe 05/11/2008.) (Grifei.)

Tributário. Conselhos profissionais. Anuidade. Fixação por resolução (Sic). Impossibilidade. Exigência de lei.

I. O STJ pacificou o entendimento de que as *anuidades dos conselhos profissionais*, à exceção da

OAB, têm natureza tributária e que, por isso, podem ser fixadas nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitradas por *resolução* (Sic) e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.

II. Recurso especial não provido. (REsp 358.993/RS. rel.: Min. João Otávio de Noronha. STJ. Segunda Turma. Unânime. DJ 06/04/2006, p. 253.) (Grifei.)

4. Prescreve o art. 87 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil):

Art. 87. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei 4.215, de 27 de abril de 1963, a Lei 5.390, de 23 de fevereiro de 1968, o Decreto-Lei 505, de 18 de março de 1969, a Lei 5.681, de 20 de julho de 1971, a Lei 5.842, de 6 de dezembro de 1972, a Lei 5.960, de 10 de dezembro de 1973, a Lei 6.743, de 5 de dezembro de 1979, a Lei 6.884, de 9 de dezembro de 1980, a Lei 6.994, de 26 de maio de 1982, mantidos os efeitos da Lei 7.346, de 22 de julho de 1985. (Grifei.)

5. Verifica-se, pela leitura do dispositivo legal transcrito no item anterior, que a Lei 6.994/1982 foi, expressamente, revogada pela Lei 8.906/1994. Consequentemente, deve ser afastada a obrigatoriedade de fixação dos valores devidos a título de anuidades nos limites estabelecidos naquele diploma legal.

6. Outro não é o entendimento deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança individual. Litispendência com MS coletivo: inexistência. Conselho profissional. Anuidade: natureza tributária. Instituição por resolução (Sic): impossibilidade.

I. Não há litispendência entre o mandado de segurança coletivo impetrado por entidade de classe ou sindical e o mandado de segurança individual.

II. A Lei 6.994/1982 foi expressamente revogada pela Lei 8.906/1994, art. 84, independentemente de se tratar de (Sic) lei que regula uma categoria profissional específica.

III. Em face do caráter tributário da contribuição social devida aos conselhos profissionais é ilegal a sua instituição por resolução administrativa.

IV. Remessa oficial não-provida.

V. Peças liberadas pelo relator, em 24/03/2009, para publicação do acórdão. (REOMS 2003.36.00.007148-8/MT. rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. TRF 1ª Região. Sétima Turma. Unânime. e-DJF1 03/4/2009, p. 423.) (Grifei.)

Processo Civil. Tributário. Conselhos de profissões. Anuidade. Fundamento normativo. Lei 6.994/1982. Revogação pelas Leis 8.906/1994 e 9.649/1998. Ausência de repristinação. Acórdão. Carência de fundamentação. Não-ocorrência.

I. Acórdão que explicita exaustivamente as razões de decidir não pode ser acoimado de carente de fundamentos.

II. A Lei 6.994/1982 foi expressamente revogada pelas Leis 8.906/1994 e 9.649/1998. Precedentes do STJ.

III. Salvo disposição de lei em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência.

IV. Recurso especial não provido. (REsp 1.120.193/PE. rel.: Min. Eliana Calmon. STJ. Segunda Turma. Unânime. DJe 26/02/2010.) (Grifei.)

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação e à remessa oficial, confirmando a sentença discutida.

É o meu voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0031058-75.2008.4.01.0000

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2008.01.00.030479-3/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Agravante: União (Fazenda Nacional)
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravado: Edison Haeckel Magalhães
Advogado: Dr. Edison Haeckel Magalhães e outros
Publicação: e-DJF1 de 14/05/2010, p. 480

Ementa

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora on line. Sistema Bacenjud. Art. 655-A do CPC. Ausência de comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor. Descabimento.

I – A penhora preferencial, via sistema Bacenjud, de dinheiro depositado em conta corrente do devedor, nos moldes do art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal e do art. 655-A do CPC, não tem caráter absoluto e deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais do devido processo legal, da proporcionalidade, razoabilidade, da proibição de confisco e do retrocesso, e, ainda, com o princípio da menor onerosidade possível da execução para o executado.

II – Assim, o bloqueio dos ativos financeiros se afigura como medida excepcional, que somente será deferida após a comprovação de que a parte exequente esgotou as diligências visando localizar bens do devedor passíveis de garantir a execução.

II – Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 04/05/2010.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de agravo regimental veiculado pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão monocrática de fls. 105/106, dando provimento ao presente agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 24ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, que, nos autos da execução fiscal promovida pela agravante, determinou o bloqueio dos ativos financeiros do executado pelo sistema Bacenjud.

Em suas razões recursais, sustenta a agravante, em resumo, que a decisão impugnada merece reforma, tendo em vista que *o art. 185-A, do Código Tributário Nacional, é expresso ao permitir a chamada penhora on line em execução fiscal quando o devedor, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora e nem foram encontrados bens penhoráveis*. Além disso, afirma que *quanto à comprovação da realização de diligências, trata-se de faculdade da Fazenda Nacional a ser exercida em seu exclusivo interesse. A legislação reguladora da matéria não exige que se demonstre referida comprovação*. A todo modo a agravante argumenta que às fls. 20-90 dos autos, houve comprovação da realização de diversas diligências no sentido de encontrar bens do executado, todas infrutíferas. Requer, assim, o provimento do agravo regimental, a fim de que seja negado provimento ao agravo de instrumento.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não prospera a pretensão recursal por ela postulada, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada, assim, redigida:

(...)

1. *Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Edison Haeckel Magalhaes, contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que determinou o bloqueio de numerários via Bacenju, bem assim, a transferência dos referidos valores para conta à disposição do juízo (fls. 84).*

2. Em suas razões, alega, em síntese, que a decisão que determinou o bloqueio dos ativos financeiros ignorou a indicação de bem a penhora, realizada às fls. 29, e deixou de decidir a exceção de pré-executividade, oposta às fls. 49/52, que atacava justamente a liquidez e certeza da certidão de dívida ativa.

3. Sustenta, por fim, que o bloqueio do valor de R\$ 19.260,94 (dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), realizado em sua conta, retira-lhe o poder de compra e sobrevivência, considerando serem estes os ganhos de profissional liberal pela prestação de serviços.

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

4. Requer seja provido o agravo de instrumento para que não se antecipe a fluência do prazo de embargos à execução, determine o retorno à fase de formalização da penhora do bem antes indicado, ou seja promovida a apreciação da exceção de pré-executividade, tornando sem efeito o despacho de fls. 84 e o bloqueio bancário

Passa-se à decisão.

5. Com as vênias devidas, assiste razão ao agravante eis que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o bloqueio de importâncias em dinheiro é medida de caráter excepcional, devendo ser deferida apenas quando não existirem outros bens a serem constritos e se demonstrado ter o exequente esgotado todos os meios para a localização do devedor e de bens passíveis de constrição.

6. Verifica-se, ainda, que o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça orienta-se no mesmo sentido, (REsp 796485/PR, Segunda Turma, rel.Min. Castro Meira, DJ 13/3/2006, p. 305).

7. Também, este Tribunal, quando do julgamento do AGA 2007.01.00.019206-6/DF, assim decidiu:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Art. 557 do CPC. Aplicabilidade. réus revéis citados por edital. Nomeação de curador especial. Necessidade. Art 9º, II, do CPC. Bloqueio de ativos via sistema Bacenjud. Art. 185-a do CTN. Não comprovação de diligências necessárias à localização de bens passíveis de penhora. impossibilidade.

Nos termos do art. 557 do CPC, poderá o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior.

(...)

A execução deve realizar-se pelo modo menos gravoso à parte executada (CPC, art. 620). O bloqueio de importância em dinheiro, via sistema Bacenjud, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis no sentido de encontrar bens da devedora passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada.

Não demonstrado pela exequente os esforços em diligenciar a localização de outros bens passíveis de penhora, a fim de garantir a dívida exequenda, correta a decisão recorrida que indeferiu o pedido de bloqueio de dinheiro.

Agravo regimental a que se nega provimento.

8. É de se ressaltar, ainda, que o agravante ofereceu como garantia do juízo o veículo Peugeot 504D, ano 1995, placa GTH 6996, documento juntado à fls. 31, e apresentou exceção de pré-executividade. Conta, ainda, dos autos, a aceitação pela União do bem oferecido à penhora, fls. 33.

9. Diante desta moldura fática e considerando o entendimento predominante no sentido de que a ob-

servância da ordem de penhora ou arresto de bens, art. 655 do CPC, deve harmonizar-se com os princípios do menor sacrifício do devedor, nos termos do art. 620 do CPC, e da razoabilidade, que permeia todo o direito, a decisão agravada deve ser reformada.

10. É certo que o juízo a quo deve se manifestar sobre a exceção de pré-executividade apresentada, bem assim que o bloqueio dos valores via Bacenjud, no caso, deveria ter sido precedido de outras providências, como por exemplo, a penhora livre.

11. Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, § 1º- A, do CPP, c/c 30, inc. XXVI, do RITRF – 1ª Região, para determinar a apreciação da exceção de pré-executividade e, no caso de ser rejeitada, a execução deverá prosseguir com a avaliação e penhora do bem indicado à fls. 31, com conseqüente desbloqueio dos valores.

Nesse sentido, confirmam-se recente julgado desta colenda Oitava Turma:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Art. 557 do CPC. Aplicabilidade. bloqueio de ativos via sistema Bacenjud. Art. 655-A do CPC. Art. 185-a do CTN. Não comprovação de diligências necessárias à localização de bens passíveis de penhora. Impossibilidade.

1. Nos termos do art. 557 do CPC, poderá o relator dar ou negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior.

2. A ordem estabelecida no art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal, bem como o art. 655-A do CPC, que prevê a constrição preferencial, via eletrônica, de dinheiro depositado em conta corrente do devedor tributário, tem caráter relativo e deve ser interpretada em consonância com os valores albergados pela Constituição Federal e pela legislação processual civil.

3. O bloqueio de importância em dinheiro, via sistema Bacenjud, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis a fim de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 0061324-11.2009.4.01.0000/BA, rel.Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p. 590 de 26/02/2010)

Com estas considerações, nego provimento ao presente agravo regimental, para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 21954-88.2010.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Presidente
Requerente: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Requerido: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira – PA
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Cláudio Torre do Amaral
Publicação: e-DJF1 de 28/04/2010, p. 23

Decisão

Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de medida liminar, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/1992 e 318 do RITRF - 1ª Região, formulado pela União Federal em face de decisão da lavra do MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira - PA, proferida nos autos da Ação Civil Pública 411-57.2010.4.01.3903/PA, nos termos abaixo (fls. 43-48):

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de liminar, proposta pelo Ministério Público Federal em face de Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos recursos naturais renováveis – Ibama, Fundação Nacional do Índio – Funai, União e, como litisconsorte passivo necessário Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, com petição protocolizada na sede desta Subseção Judiciária, em 08/04/2010 (fl.3).

O MPF alegou, às fls. 3/39, que (I) a norma presente no art. 176, § 1º, da CRFB é norma constitucional de eficácia limitada, (II) esta norma foi regulamentada parcialmente pelo legislador infraconstitucional, (III) a norma infraconstitucional não fixou as ‘condições específicas’ para o desenvolvimento da atividade de potencial hidroelétrico em terras indígenas, (IV) não é possível o desenvolvimento da atividade de geração de energia através de potenciais de energia hidráulica em terra indígena sem que seja editada a lei em comento e que as condições específicas nela previstas sejam observadas, (V) o projeto AHE Belo Monte gerará energia desenvolvendo a atividade em terra indígena e (VI) não é lícito o deferimento de licença prévia, execução de leilão ou qualquer ato administrativo, que permita a construção do empreendimento AHE Belo Monte, antes da regulamentação da norma constitucional supra citada, sob pena de nulidade absoluta.

Eis a síntese do pedido:

‘a) suspender todos os efeitos da Licença Prévia 342/2010 expedida pela Ibama nos autos do procedimento administrativo 02001.001848/2006-75, até o julgamento final da presente demanda;

b) ordenar ao Ibama que se abstenha de emitir nova licença prévia antes de regulamentado o art. 176, § 1º, da Constituição Federal...;

c) suspender todos os efeitos do edital Aneel 006/2009, publicado no DOU de 19/03/2010, em especial a realização do Leilão marcado para o dia 20/04/2010;

d) ordenar à Aneel que se abstenha de realizar qualquer ato administrativo que enseje a realização do leilão de concessão do projeto AHE Belo Monte. (...)’

Requeru a concessão de medida liminar, sustentado que o *fumus boni iuris* adviria dos dispositivos citados da Constituição da República, bem como da legislação de regência.

Insistiu que o *periculum in mora* decorreria ‘(...) do fato de encontrar-se em curso o processo de licenciamento ambiental do AHE Belo Monte no âmbito do Ibama, tendo já sido proferida licença prévia. Além disso, já há a designação da realização do leilão em 20/04/2010, com as diretrizes para a sua realização, cujo edital Aneel 006/2009 foi publicado em 19/03/2010, no DOU’ (fls. 35).

Juntou documentos às fls. 41/42 (Decreto Legislativo 788/2005, de 13/07/2007), às fls. 43/381 (parecer técnico Ibama 114/2009, de 23/11/2009) e às fls. 382/433 (Licença Prévia 342/2010, de 1º/02/2010).

Feito em breve relato dos fatos, decido acerca do pedido de medida liminar. E, ao fazê-lo, pontuo, desde logo, em juízo de sumária cognição, próprio deste momento processual, que estão presentes os requisitos ensejadores da medida liminar, a saber: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

De início, considero que o perigo de dano irreparável afigura-se presente, posto que se revela a possibilidade de se tornar inútil o direito buscado pelo requerente, por meio da presente demanda, caso não se antecipe urgentemente a prestação jurisdicional pretendida.

Sobre o ponto, inclusive, sustentou o MPF que ‘o risco de dano irreparável decorre do fato de encontrar-se em curso o processo de licenciamento ambiental do AHE Belo Monte no âmbito do

Ibama, tendo já sido proferida licença prévia. Além disso, já há a designação da realização do leilão em 20/04/2010, com as diretrizes para a sua realização, cujo edital Aneel 6/2009 foi publicado em 19/03/2010, no DOU' (fls. 35).

De outra análise, a verossimilhança das alegações postas pelo MPF ancora-se na documentação juntada aos autos (fls. 211/433), que noticia de que o art. 176, § 1º, CF/1988, por ser norma de eficácia limitada, ainda não foi regulamentada integralmente por meio de lei ordinária, deixando de se estabelecer, assim, as condições específicas necessárias à exploração do potencial hidráulico em terras indígenas diretamente afetadas pela construção da AHE Belo Monte.

No ponto, citando trecho da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, o MPF sustentou que se reservou '(...) à lei a tarefa de definir regras, condições e regimes específicos, quando a exploração for processada em faixa de fronteira ou, principalmente, em terras indígenas (aspectos ainda carentes de regulação, uma vez que sobre estes nada dispõe o Código de Minas em vigor).

Discorrendo sobre as normas de eficácia limitada, a professora Maria Helena Diniz sustenta que:

(...) há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria. Logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional. (...) (Diniz, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 98/103). (g.n.)

Em semelhante sentido, Dirley da Cunha Júnior, *in* Curso de Direito Constitucional, Ed. Podivm, leciona, ao discorrer sobre normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, citando José Afonso da Silva:

São normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou

normatividade suficientes para isso. Isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos inibidores ou impeditivos de disposições em contrário, têm a aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites. Em face disso, são consideradas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

O cerne da presente *quaestio* cinge-se, portanto, em deslindar se a norma do art. 176, § 1º, da CF/1988 é de eficácia limitada ou não, de molde a necessitar, em caso positivo, a regulamentação por lei ordinária.

Assim dispõe, *in verbis*, referido dispositivo constitucional:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas *quando essas atividades se desenvolverem* em faixa de fronteira ou *terras indígenas*. (Redação dada pela Emenda Constitucional 6, de 1995) (g.)

Com efeito, da análise do referido artigo, possível é extrair que se trata realmente de norma de eficácia limitada, porquanto exige regulamentação por meio de norma infraconstitucional que lhe complete a eficácia.

Tanto é assim que o referido dispositivo constitucional estabelece que a pesquisa e a lavra de recursos naturais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas, como ocorre no presente caso, só poderão ocorrer de acordo com os critérios e condições específicas definidas em lei, a qual, até o presente momento, inexistente.

Assim, bem de ver que o art. 176, § 1º, da CF/1988, resultante da EC 6, de 15/08/1995, ainda não foi regulamentado por lei ordinária, no específico ponto que trata das condições específicas para a exploração do potencial hidráulico em terras indígenas.

Destarte, não se mostra bastante à regulamentação do preceito constitucional, segundo entendimento consagrado do Supremo Tribunal Federal, a edição de medida provisória pelo Poder

Executivo para regular a matéria, por óbice do art. 246, da CF/1988, segundo o qual, *in verbis*: *É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive*. Assim, há necessidade, pois, de lei ordinária para regulamentação da matéria.

Sobre o ponto, inclusive, já decidiu o colendo STF, conforme excerto destacado em seguida:

De fato, não podem a Medida Provisória ou a GCE, por via de delegação, dispor normativamente, de molde a afastar, pura e simplesmente, a aplicação de leis que se destinam à disciplina da regra maior do art. 176, § 1º, da Constituição, no que concerne a potencial hidráulico. De fato, esse dispositivo resultante da Emenda Constitucional 6, de 15/08/1995, não pode ser objeto de disciplina por medida provisória, a teor do art. 246 da Constituição. Nesse sentido, o Plenário decidiu múltiplas vezes, a partir da decisão na ADI 2.005-6/DF. (voto do rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 13/09/2001, Plenário, DJ de 07/11/2003). (g.n.)

No mesmo sentido, confira-se ainda:

ADI 1.597-MC, rel. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19/11/1997, Plenário, DJ de 19/12/2002.

Dessa forma, e levando-se em conta que o art. 176, § 1º, da CF/1988 ainda não foi devidamente regulamentado por meio de lei ordinária, seja por inércia legislativa, seja por falta de interesse do Poder Legislativo, sendo um dispositivo de aplicabilidade indireta, falece-lhe eficácia plena em face da ausência de normatividade ulterior.

Por conseguinte, forçoso é concluir que o ato de expedição da licença ambiental (fls. 382/386), do edital de leilão (fls. 387/433) e do contrato administrativo de concessão de serviço público não têm validade alguma, devendo, pois, aguardar-se a expedição de lei regulamentadora do dispositivo constitucional.

Por derradeiro, argumenta Pedro Lenza, citando José Afonso da Silva, que:

(...) as normas constitucionais de eficácia limitada produzem um mínimo de efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, observa que referidas normas têm, ao menos eficácia imediata, direta e vinculante, já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as referirem; c) informar a concepção do Estado e da sociedade e

inspiram sua ordenação jurídica, mediante atribuição de fins sociais, proteção dos vetores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagens. (Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138).

Mister ressaltar-se que o Parecer Técnico Ibama 114/2009, que teve como objetivo analisar a viabilidade ambiental do aproveitamento hidrelétrico – AHE Belo Monte, apresentou: programas mitigatórios e compensatórios – índios citadinos e moradores na volta grande do xingu: programa de realocação das famílias que vivem em áreas requeridas para o empreendimento; programa de esclarecimento à população indígena (sobre o projeto de aproveitamento hidrelétrico e sobre conhecimento adquirido); programa de qualificação da população indígena; programa de educação socioambiental para os trabalhadores das obras incluindo informação sobre a questão étnica; programa de contratação da mão-de-obra indígena; programa de estudos de viabilidade econômica para geração de trabalho e renda; programa de rearticulação do transporte por via fluvial; plano de fortalecimento institucional da população indígena de Altamira e da região da Volta Grande; programa de valorização do patrimônio cultural (material e imaterial); programa de atenção à saúde dos índios citadinos de Altamira e moradores da Volta Grande do Xingu; programa para garantir a segurança alimentar e nutricional das famílias indígenas de Altamira e da Volta Grande do Xingu; programas de segurança social para as famílias indígenas moradoras em Altamira e na Volta Grande do Xingu; programa de urbanização de assentamentos precários na volta grande do Xingu.

Referido parecer técnico do Ibama relatou que tais programas foram incluídos a pedido da Funai, que elaborou o Parecer 21/2209, referente à análise do componente indígena do AHE Belo Monte. Registra o relatório do Ibama, à fls. 376, que:

Para a equipe técnica da Funai o monitoramento deste conjunto de políticas públicas precisa criar indicadores quantitativos e qualitativos que possam mensurar (e aperfeiçoar) se há de fato progresso na efetividade das políticas públicas que visam preparar a região para os impactos socioambientais do projeto Belo Monte. Somente dessa forma estarão garantidas as condições de segurança e proteção para as terras indígenas.

Resta provado, portanto, de forma inequívoca que o AHE Belo Monte explorará potencial de energia hidráulica em áreas ocupadas por indígenas, que serão diretamente afetadas pela construção e

desenvolvimento do projeto, o qual inclusive prevê medidas mitigatórias/compensatórias.

Referido aproveitamento desse potencial energético depende de lei regulamentar do Congresso Nacional a teor da literalidade do art. 176, § 1º, da Carta Magna de 1988, dos textos Doutrinários e jurisprudenciais mencionados supra.

Vislumbro, portanto, a presença dos requisitos ensejadores da medida liminar pleiteada.

Ante o exposto, Defiro o pedido de Medida Liminar, inaudita altera pars, pelo que determino:

1. A imediata suspensão dos efeitos da Licença Prévia 342/2010, expedida pelo Ibama, nos autos administrativos 02001.001848/2006-75, até posterior deliberação desse Juízo;

2. A suspensão de todos os efeitos do edital Aneel 006/2009, publicado no DOU de 19/03/2010, em especial a realização do leilão marcado para ocorrer no dia 20/04/2010;

3. Ao Ibama que se abstenha de emitir nova licença prévia, sem que antes haja a regulamentação do art. 176, § 1º, da CF/1988, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a ser aplicada separadamente à Entidade e ao servidor descumpridor, em caso de injustificado descumprimento, além da responsabilidade criminal, a ser destinada às tribos indígenas afetadas direta e indiretamente pelo projeto;

4. À Aneel que se abstenha de realizar qualquer ato administrativo que enseje a realização do leilão de concessão do projeto AHE Belo Monte, sem que antes haja a regulamentação do art. 176, § 1º, da CF/1988, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a ser aplicada separadamente à Entidade e ao servidor descumpridor, em caso de injustificado descumprimento, além da responsabilidade criminal, a ser destinada às tribos indígenas afetadas direta e indiretamente pelo projeto;

5. Notifiquem-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, a Construtora Norberto Odebrecht S/A, a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, a Andrade Gutierrez S/A, a Companhia Vale do Rio Doce, a J. Malucelli Seguradora S/A, Fator Seguradora S/A e a UBF Seguros S/A, para que tomem ciência de que, enquanto não for julgado o mérito da presente demanda, poderão responder por crime ambiental na forma do art. 225, § 3º, da CF/1988 e art. 14, da Lei 6.938/1981, além de aplicação da multa determinada acima separadamente.

(...)

2. Segundo a requerente, a decisão de primeiro grau causa grave lesão à ordem e à economia públicas, aduzindo, em síntese, que:

2.1. A ação civil pública não pode ser utilizada para discutir a omissão do Poder Público em regulamentar dispositivo constitucional de eficácia limitada, como substituta de ação direta de inconstitucionalidade por

omissão e, no caso, a causa do pedir do órgão ministerial está fundada na ausência de regulamentação do art. 176, § 1º, da CF, o que evidencia a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal;

2.2. O *decisum* atacado viola o art. 2º da Lei 8.437/1992, pois foi proferido sem a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público interessada;

2.3. O MM. Juízo *a quo*, ao afirmar que o empreendimento explorará potencial de energia elétrica em áreas indígenas, não atentou para todas as manifestações técnicas produzidas no âmbito do EIA/Rima, no sentido de que as áreas diretamente afetadas não se localizam dentro de terras indígenas e de que não haverá perda territorial em decorrência dessas obras;

2.4. A disposição do § 1º do art. 176 da Constituição Federal deve ser analisada em conjunto com o § 3º do art. 231 do mesmo texto constitucional, o qual preceitua que o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas só pode ser efetivado com autorização do Congresso Nacional, exigência essa suprida com a edição do Decreto Legislativo 788/2005; e

2.5. A manutenção da medida liminar acarretará prejuízos da ordem de R\$ 50,5 bilhões de reais até o ano de 2019, caso o leilão se atrase somente por 12 meses, e de R\$ 140 bilhões de reais, caso o atraso seja de 24 meses, isso sem falar nos custos financeiro e ambiental com a substituição da energia elétrica a ser produzida na UHE Belo Monte por outras fontes, tais como a termelétrica.

Relatada a espécie, decido.

4. A via excepcional prevista nos arts. 4º da Lei 12.016/2009 e 4º da Lei 8.437/1992 está adstrita à análise dos requisitos que elenca, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não cabe, portanto, em regra, tecer considerações acerca dos fundamentos da decisão atacada, ou mesmo sobre o mérito da ação civil pública, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria.

5. Nesse sentido:

Agravo Regimental. Suspensão de Segurança. Ocorrência de Grave Lesão à Ordem Pública, Considerada em Termos de Ordem Jurídico-Constitucional. Teto. Subteto. Art. 37, XI, da Constituição da República, Redação da Emenda Constitucional 41/2003. Decreto Municipal 7.026/2005.

1. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.

2. No presente caso, a imediata execução do acórdão impugnado impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003.

3. *Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.*

4. Possibilidade de ocorrência do denominador 'efeito multiplicador'.

5. Precedentes do Plenário.

6. Agravo regimental improvido. (SS-AgR 2773/RJ, Relator(a): Ministro(a) Presidente. DJ de 07/04/2008. Tribunal Pleno. pp-280.)

Agravo Regimental. Suspensão de Liminar. Ação Reivindicatória proposta pelo Incra. Imissão de posse Indeferida. Ofensa à Ordem e Segurança Públicas não evidenciada.

– *In casu*, não há assentamento de trabalhadores rurais sem-terra na área em litígio, além de constar dos autos que o interessado ocupa a área reivindicada há mais de dez anos, não se vislumbrando, assim, risco de dano irreparável à União, pelo que se mostra razoável a manutenção do status quo até que se ultime o julgamento da ação reivindicatória.

– *Questões referentes ao mérito são insuscetíveis de apreciação em suspensão de liminar.*

Agravo não provido. (AgRg na SLS. 806/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Corte Especial, julgado em 13.03.2008, DJ 10.04.2008 p. 1.)

6. Primeiramente, cumpre salientar que, segundo precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em grave lesão à ordem jurídica na via estreita da suspensão de segurança, questão essa que deve ser analisada por intermédio das vias ordinárias.

7. Nesse sentido:

Processual civil. Suspensão de segurança. Servidor público. Reintegração. Grave lesão à ordem e à economia públicas não configurada.

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei 4.348/64, art.4º.

2. A reintegração dos três impetrantes não tem potencial para causar gravame a quaisquer dos bens tutelados pela norma de regência.

3. *No pedido de suspensão não há que se falar em lesão à ordem jurídica, cuja análise se acha resguardada para as vias recursais ordinárias. Tampouco se examina questões relativas ao mérito da controvérsia.*

4. O pedido de suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, sendo defeso ao

ente público dele se utilizar como simples via de apelo para reforma de decisão que lhe é desfavorável.

5. Agravo a que se nega provimento. (AgRg na SS 1540/CE, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 20.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 98).

8. Complemento a citação jurisprudencial com os seguintes precedentes do colendo STJ, destacando nos votos do relator, eminente Min. Edson Vidigal:

8.1. EDcl no AgRg na Suspensão de Segurança 1.049/AM:

Ademais, não ficou evidenciado como um caso, aparentemente isolado e restrito em consideração ao universo de empresas contribuintes do ICMS, possa repercutir de forma a pôr em risco a normal atividade exercida pela administração pública estadual e ao erário. Os valores que o Estado apresenta como prejuízo não são de modo algum vultosos a constituir razão, isoladamente ou em conjunto com as demais, ao deferimento da suspensão.

Por fim, relativamente a alegação de que no conceito de ordem pública inclui-se a ordem jurídica, o entendimento que esta Corte Especial vem prestigiando é no sentido de rechaçá-la porquanto não seria adequado na via da suspensão o exame de eventuais *error in procedendo* e *error in iudicando* na decisão impugnada. Caso tal exame fosse possível, haveria sem dúvida uma desvirtuação total da estrutura recursal e da sistemática de distribuição de competências do Poder Judiciário, a transformar a Presidência do STJ em instância revisora das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

8.2. EDcl no AgRg na Suspensão de Segurança 1.353/RJ:

A comprovação de ameaça aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência não emerge da simples alegação de que é proibida a importação de pneus usados, ou que a Resolução do Conama 258/1999 vem sendo descumprida ou, ainda, o processo de remoldagem produz resíduos sem destinação. É indispensável a demonstração e comprovação da lesão, o que repito, não ocorreu.

Destaco, assim, que não houve omissão quanto à alegada infringência à ordem jurídica. A ordem pública a que se refere a Lei 4.348/1964, art. 4º, não abrange a ordem jurídica, porquanto a via não permite a apreciação de questões que dizem respeito a juridicidade ou antijuridicidade da liminar ou da sentença que se busca suspender. (Precedentes AgRg na SS 1358; AgRg na SLS 11).

9. Da mesma forma vemos na doutrina:

9.1. Revista de Processo 140, RT, p. 269 e ss., petição de recurso do eminente Procurador Regional da República, Domingos Sávio Tenório de Amorim:

2.4 Da ausência de ofensa à ordem pública ou ao manifesto interesse público

O conceito de ordem pública está bem expresso na Doutrina de Plácido e Silva, *in verbis*:

Ordem pública. Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada. (Vocabulário jurídico. V. III, J-P, Rio/São Paulo: Forense, 1973, p. 1.101).

O grande argumento contido na inicial, tido por ela como justificador de grave perigo para a *ordem pública*, está centrado no objetivo estatal, advindo da Lei 10.826/2003, de simbolizar na destruição das armas a melhor forma de conter a violência, estimular cada vez mais o desarmamento e tornar ainda mais difícil a aquisição de armas pelos meliantes.

Pois bem. Difícil enxergar o objetivo pretendido pelo Ministério Público Federal, na Ação Civil Pública, como acarretador de riscos para a ordem pública, pois, pelo menos em tese (e aqui o que interessa é o exame do aspecto em abstrato), não há como se entender que a destinação das armas de boa qualidade e igualmente de utilidade para as Forças Armadas ou Forças Policiais possa vir a gerar situações de instabilidade em detrimento da população.

9.2. *In Mandado de Segurança – Questões Controvertidas*, Editora *Podivm*, José Henrique Mouta Araújo, p. 133 a 135:

Os conceitos estão intimamente relacionados aos do interesse público diferenciado, a provocar intervenção da presidência do tribunal competente. Contudo, analisando o permissivo legal, mister indagar: o que é grave lesão a provocar a apresentação do pedido de suspensão de liminar ou de sentença mandamental? A simples lesão não é suficiente para suportar o incidente, eis que deve possuir a qualificadora de grave. Mas como sopesar os conceitos e as qualidades? Qualquer lesão, para aquele que a sofreu, pode ser reputada como grave.

Portanto, a interpretação do grave, necessariamente passa pela análise do princípio da proporcionalidade, consagrando o cabimento do incidente apenas naquelas situações que realmente podem gerar o comprometimento real, concreto e objetivo do interesse público em discussão.

Ademais, a grave lesão também pode ser observada quando há risco de irreparabilidade grave e in natura, ou mesmo nos casos do chamado efeito multiplicador – efeito cascata (ampliação do teor da decisão para situações sucessivas que, na somatória, podem gerar risco de dano irreversível ao interesse público).

Outras lesões, que não ensejam a qualificadora de qualificada (excepcional, em grandes proporções, etc), não legitimam a apresentação do SS, inclusive podendo este ser rechaçado liminarmente pelo presidente do tribunal.

E a grave lesão ligada à ordem pública, em qual grau seria?

Com certeza, também aqui há conceito indeterminado voltado a preservação do interesse público e do próprio estado de direito. Refere-se à ordem administrativa em geral e à própria preservação e continuidade dos serviços públicos.

O Min. Willian Patterson, em decisão proferida no Agravo Regimental em Suspensão de Segurança 188-5, afirmou que:

É indubitoso que a ordem pública aludida no preceito das Leis 4348 e 8036 alcança a ordem administrativa. O saudoso Hely Lopes Meirelles, em sua consagrada obra *Mandado de Segurança* 14ª edição, p. 62, ao comentar o assunto assere: *Interpretando construtivamente e com largueza a ordem pública, o então Presidente do TRF e atual Ministro do STF José Néri da Silveira, explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o presidente do tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna* (RSTJ 53/452).

Ainda sobre o conceito de ordem pública, o Ministro do STF, Néri da Silveira, prelecionou o seguinte:

Nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas

Sobre o mesmo assunto, o Min. Carlos Veloso, em despacho exarado nos autos da Suspensão de Segurança 1.494 – RJ, assim se manifestou:

Quando a Lei 4.348/1964, art. 4º, faz menção à ameaça de lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende aí, apenas, a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º da Lei 4.348/1964. Se a liminar pode

constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa a sua eficácia pelo presidente do tribunal.

Portanto, na interpretação do conceito de grave lesão à ordem pública deve ser verificado o grave risco de transtornos de grande monta à ordem administrativa em geral e à normal execução de serviços públicos, como nos casos de suspensão de concursos públicos, licitações, etc.

Contudo, o Judiciário tem que ter bastante cautela ao analisar os pedidos de suspensão fulcrados na grave lesão à ordem pública, evitando que o incidente seja utilizado em situações de menores repercussões, isso sem falar na sua apresentação violando direitos fundamentais.

Destarte, como instrumento excepcional, não se deve ampliar o conceito de ordem pública, bem como os demais previstos no art. 4º da Lei 4.348/1964, evitando-se deferimento de pedidos de suspensão em situações de real dúvida quanto a consequência coletiva da decisão, também sendo resguardados os direitos fundamentais dos cidadãos e da própria efetividade do mandado de segurança.

Em uma frase: a disseminação e o excesso de controle do presidente do tribunal sobre a eficácia de decisões proferidas em mandado de segurança ultrapassando a razoabilidade poderá comprometer a própria viabilidade desse instrumento constitucional de controle.

9.2.1. Destaco ainda a nota 18, *idem*, p. 133: *Ordem pública não é sinônimo de ordem jurídica. Aquela está ligada à continuidade da atividade administrativa, enquanto esta refere-se ao aspecto processual (acerto ou desacerto da decisão), somente provocando revisão mediante atividade recursal. De fato, razoável é afirmar que ocorre desvio de finalidade caso seja utilizado o SS para resguardar a ordem jurídica.*

10. De outra parte, o egrégio Supremo Tribunal Federal possui um entendimento que explana e aponta os reais limites da suspensão de segurança, conforme Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1149-9-PE, relator Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime:

I. Suspensão de segurança: compatibilidade com a Constituição.

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das *razões de Estado*; não é o que sucede na suspensão de segurança, que susta apenas a execução provisória da decisão recorrível: assim como a liminar ou a execução

provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades criadas por lei de tutela cautelar do direito provável – mas ainda não definitivamente acertado – do impetrante, a suspensão dos seus efeitos, nas hipóteses excepcionais igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso da entidade estatal.

II – Suspensão de segurança; delibação cabível e necessária do mérito do processo principal: precedente (AgSS 846, Pertence, DF 08.11.1996).

Sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.

11. Destaco do voto do eminente relator o que segue:

Por isso mesmo, revendo entendimento a que ainda se apegava o agravante, o tribunal abandonou o preconceito segundo o qual, ao deferimento da suspensão de segurança, seria de todo estranha a indagação, ainda que em juízo de delibação, da plausibilidade das razões jurídicas opostas pelo Estado à sentença cuja eficácia se pretenda suspender.

A nova orientação da corte ficou sintetizada na ementa do referido AgSS 846, de 29.05.1996, DJ 08.11.1996, quando o Plenário endossando decisão individual que proferira, assentou:

A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante está adstrita à análise dos requisitos que elenca, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não cabe, portanto, em regra, tecer considerações acerca dos fundamentos da decisão atacada, ou mesmo sobre o mérito da ação civil pública, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria.

12. A questão central posta na ação civil pública diz respeito à necessidade de regulamentação do § 1º do art. 176 da CF, tendo o MM. juízo *a quo* entendido que o ato de expedição de licença ambiental, o edi-

tal de leilão e o contrato administrativo de concessão de serviço público não têm validade alguma, sendo necessário se aguardar a expedição de norma regulamentadora.

13. Sem pretender adentrar no mérito dessa questão, por incabível na presente via incidental, cumpre salientar que todo o procedimento de licenciamento, implantação e início das obras da UHE Belo Monte já está em curso há vários anos, sendo que tal discussão não havia sido levantada até esse momento. Entretanto, tenho que todo esse procedimento foi precedido da edição de Decreto Legislativo 788/2005, o qual foi considerado válido pelo eg. Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da SL 125/PA, ocasião em que a eminente Min. Ellen Gracie, então Presidente daquela Corte Suprema, assim se manifestou:

1. A União, com fundamento nos arts. 25 da Lei 8.038/1990, 4º da Lei 8.437/1992 e 267 do RISTF, requer a suspensão da execução da decisão (fls. 475-480), proferida pela relatora do Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual, ao conceder efeito suspensivo ao citado recurso, suscitou os efeitos do *decisum* de fls. 377-413 que, por sua vez, revogara liminar anteriormente deferida (fls. 164-169) nos autos da Ação Civil Pública 2006.39.03.000711-8, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a Vara Federal de Altamira/PA. Inicialmente, para melhor compreensão dos fatos, esclarece a requerente o seguinte: a) ajuizou-se referida ação civil pública, com pedido de liminar, para obstar o processo de licenciamento no Ibama do empreendimento denominado Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu; bem como o reconhecimento de nulidade do Decreto Legislativo 788/2005, do Congresso Nacional (inicial, fls. 81-82), uma vez que o processo legislativo (fls. 106-162) que culminou com a promulgação do mencionado decreto legislativo (fls. 268) estaria eivado de vícios insanáveis, a saber: a.1) violação aos arts. 170, VI, e 231, § 3º, da Constituição da República, porque as comunidades afetadas, mormente as indígenas, não teriam sido consultadas; a.2) modificação do projeto de decreto legislativo pelo Senado Federal sem o devido retorno à Câmara dos Deputados, o que ofenderia o art. 123 do RICD; a.3) ausência de lei complementar, prevista no art. 231, § 6º, da CF, que disponha sobre a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena. b) em 28/03/2006, o juiz substituto da Vara Federal de Altamira/PA deferiu a liminar para determinar a suspensão de todo e qualquer ato concernente ao licenciamento ambiental da usina hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, especialmente as audiências públicas que se realizariam nos dias 30 e 31 daquele mês (decisão, fls. 164-169); c) todavia, em 16/05/2006, o magistrado titular daquele juízo revogou a liminar outrora concedida para que fosse retirado, doravante, qualquer óbice judicial à prática dos procedimentos

a serem empreendidos pela União, pela Eletrobrás, pela Eletronorte e, especialmente, pelo Ibama, este na condução do licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, inclusive a realização de estudos, consultas públicas, audiências públicas, enfim, tudo que seja necessário a possibilitar a conclusão final da autarquia ambiental quanto ao licenciamento, ou não, da obra, ficando assegurado o pleno exercício do poder de polícia, com integral e estrita observância do Decreto Legislativo 788/2005, do Congresso Nacional (fls. 4 e 413); d) inconformado, o MPF interpôs perante o TRF 1ª Região o supracitado AI 2006.01.00.017736-8/PA (inicial, fls. 24-73), ao qual foi concedido efeito suspensivo (fls. 475-480) pela decisão ora impugnada. Ademais, a União sustenta, em síntese, o seguinte: a) cabimento do presente pedido de suspensão de liminar, com fundamento no art. 25 da Lei 8.038/1990, dado que se trata de decisão proferida por relatora de agravo de instrumento em curso no TRF 1ª Região; b) competência da presidência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a fundamentação de índole constitucional do feito principal: alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, porque ofensivo ao art. 231, § 3º, da CF; c) possibilidade de demonstração, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (SS 1.272-Agr/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18/05/2001), da plausibilidade jurídica da tese defendida pela União: constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, pelos seguintes motivos: c.1) ter sido editado no pleno exercício da competência do Congresso Nacional (art. 49, XVI, da CF) e em termos condicionais, vale dizer, a autorização em tela somente será válida se as conclusões dos estudos forem positivas e o empreendimento receber o devido licenciamento ambiental pelo órgão da União competente para tanto, conforme disposições contidas nos arts. 1º e 2º do citado decreto; c.2) inexistência de violação ao art. 231, § 3º, da Constituição da República, porquanto citado dispositivo não impõe um momento determinado para a oitiva das populações afetadas pelo empreendimento, sendo ainda certo que mencionada consulta depende de estudos prévios de natureza antropológica que indiquem, com certeza, quais as comunidades afetadas; ademais, a promulgação prévia *deveu-se, acima de tudo, à relevância do projeto, definido pelo Governo Federal como um dos pilares da política energética brasileira* (fls. 14); c.3) a realização posterior da oitiva das populações nativas não lhes acarreta qualquer prejuízo, visto que a autorização está condicionada à conclusão favorável dos estudos de viabilidade; c.4) cuidou-se de *emenda de redação* aquela efetuada pelo Senado Federal no projeto original, não sendo obrigatório, portanto, seu retorno à Câmara dos Deputados, certo que o art. 65 da CF, ao impor a restituição do projeto à casa iniciadora, na hipótese de emenda, refere-se apenas a *projetos de lei*; d) ocorrência de lesão à ordem pública, aqui entendida no contexto da ordem administrativa em geral e à economia pública, assim fundamentados: d.1) o sobrestamento do *Projeto de aproveitamento energético de Belo Monte* compro-

mete sobremaneira a política energética do país, instrumento de vital importância para a efetivação das políticas públicas necessárias à satisfação do interesse público, não se tratando de mero empreendimento de empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, mas de projeto com enorme repercussão sobre a oferta energética brasileira, com aporte técnico, financeiro e jurídico da União; d.2) o complexo hidrelétrico de Belo Monte afigura-se como empreendimento estratégico para o sistema gerador de energia, pois fará a integração entre bacias hidrográficas com diferentes regimes hidrológicos, resultando em ganho de energia garantida e vital para o sistema integrado nacional de energia, além de constituir a maior bacia hidrelétrica genuinamente brasileira, cuja operação, entre outras vantagens, permitirá a posterior construção de novas usinas, mitigando os impactos ambientais futuros (fls. 17); d.3) caso referido complexo não seja viabilizado, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região, o que implicaria a ampliação da área inundada em quatorze vezes, além de outros efeitos deletérios, relacionados ao impacto ambiental, ao custo e à possibilidade de colapso do sistema energético nacional; d.4) a decisão ora impugnada viola o art. 49, XVI, da CF, que atribui ao Congresso Nacional a competência para autorizar, ou não, o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas; assim, o Poder Judiciário afrontou a esfera de discricionariedade atribuída ao Administrador Público, uma vez que *não se pode ditar ao Poder Executivo qual política energética deve ser, ou não, adotada, se, ao executá-la, não restam ofendidos quaisquer ditames constitucionais ou legais* (fls. 19). 2. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 486-493). 3. Tendo em vista informação de provimento parcial, em 13/12/2006, do Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA/TRF 1ª Região (fls. 499), aqui impugnado, determinei que a requerente informasse se ainda possuía interesse na apreciação do presente pedido, o que foi cumprido às fls. 523-524, quando a União acentuou que o presente pedido de suspensão encontra-se prejudicado, em parte, subsistindo, contudo, o interesse em *ver apreciado o pedido que objetiva, até o trânsito em julgado da ação civil pública, buscar a suspensão de qualquer restrição judicial ao andamento dos trâmites de licenciamento e de consulta às comunidades envolvidas, afastando-se, ainda, qualquer óbice quanto à validade do Decreto Legislativo 788/2005* (fls. 524). Determinei a juntada, às fls. 527-544, do inteiro teor do acórdão referente ao julgamento, em 13/12/2006, do AI 2006.01.00.017736-8/PA/TRF 1ª Região, aqui impugnado. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, à fls. 546, afirma que não mais possui interesse na apreciação do presente pedido, uma vez que, em decorrência do provimento parcial do citado AI, lhe foi autorizado *dar continuidade aos estudos preliminares atinentes à elaboração de Termo de Referência a subsidiar o EIA/Rima*. 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada na ação civil pública e no agravo de ins-

trumento em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, porque teria ofendido os arts. 170, VI e 231, § 3º da Constituição da República (petição inicial: fls. 81-99; decisão impugnada: fls. 475-480 e acórdão: fls. 527-544). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/1990), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ22/04/1994; Rcl 497-AgrR, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06/04/2001; SS 2.187-AgrR, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21/10/2003; e SS 2.465, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20/10/2004. 5.5. Passo ao exame do mérito do presente pedido de suspensão de decisão. Assevero, todavia, que a decisão monocrática impugnada pela requerente na inicial encontra-se superada, tendo em vista o julgamento meritório, em 13/12/2006, pela 5ª Turma do TRF 1ª Região, do AI 2006.01.00.017736-8/PA (acórdão, fls. 527-544), bem como manifestação de subsistência parcial de interesse na apreciação do presente feito formulada pela União à fls. 524. Limitar-me-ei, portanto, a estas novas balizas processuais. Desse modo, para melhor compreensão da matéria, transcrevo os seguintes trechos do Decreto Legislativo 788/2005 e do dispositivo do voto da relatora proferido no agravo de instrumento, cujo acórdão ora se impugna: Decreto Legislativo 788/2005:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É autorizado o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, denominado 'Volta Grande do Xingu', localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários.

Art. 2º Os estudos referidos no art. 1º deste Decreto Legislativo deverão abranger, dentre outros, os seguintes: I - Estudo de Impacto Ambiental - EIA; II - Relatório de Impacto Ambiental - Rima; III - Avaliação Ambiental Integrada - AAI da bacia do Rio Xingu; e IV - estudo de natureza antropológica, atinente às comunidades indígenas localizadas na área sob influência do empreendimento, devendo, nos termos do § 3º do art. 231 da Constituição Federal, ser ouvidas as comunidades afetadas. Parágrafo único. Os estudos referidos no caput deste artigo, com a participação do Estado do Pará. Os estudos referidos no *caput* deste artigo, com a participação do Estado do Pará, em que se localiza a hidroelétrica, deverão ser elaborados na forma da legislação aplicável à matéria.

Art. 3º Os estudos citados no art. 1º deste Decreto Legislativo serão determinantes para viabilizar o empreendimento e, sendo aprovados pelos órgãos competentes, permitem que o Poder Executivo adote as medidas previstas na legislação objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte. (fls. 268)

Dispositivo do voto-condutor proferido no AI 2006.01.00.017736-8/PA: *Conclusão: Como consequência dessa decisão, dou parcial provimento ao agravo para o efeito de: a) considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005, por violação ao § 3º do art. 231 da CF/1988; b) proibir ao Ibama que faça a consulta política às comunidades indígenas interessadas, pois esta é competência exclusiva do Congresso Nacional, condicionante do poder de autorizar a exploração de recursos energéticos em área indígena; c) Permitir a realização do EIA e do laudo antropológico que deverão ser submetidos à apreciação do Parlamento. É como voto.* (fls. 540-v) A Lei 8.437/1992, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar ou de acórdão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Ademais, conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.05.1996; SS 1.272-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.05.2001, dentre outros), permite-se o proferimento de um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal. No presente caso, porque se discute fundamentalmente, nos 1º e 2º graus de jurisdição, a constitucionalidade ou não do decreto legislativo e as consequências dessa declaração - sendo este também o fundamento precípuo da requerente para sustentar a ofensa à ordem e à economia públicas - torna-se necessário o proferimento do citado juízo mínimo de deliberação meritório. *Assim, considero o acórdão impugnado ofensivo à ordem pública, aqui entendida no contexto da ordem administrativa, e à economia pública, quando considerou inválido, neste momento, o Decreto Legislativo 788/2005 e proibiu ao Ibama que elaborasse a consulta política às comunidades interessadas; faço-o mediante os seguintes fundamentos: a) o Congresso Nacional, em 13 de julho de 2005, aprovou o decreto legislativo em questão, no legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva (art. 49, XVI, da Constituição da República). É relevante, pois, a plena vigência desse ato legislativo. Não consta dos autos, até a presente data, notícia de sua revogação. Quanto à eficácia, frise-se que o Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 2005, ao julgar a ADI 3.573/DF (rel. para acórdão Min. Eros Grau, DJ 19/12/2005), que tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do mencionado decreto legislativo, não conheceu da citada ação*

direta de inconstitucionalidade; b) analisando os termos do supracitado decreto legislativo (arts. 1º e 2º), evidencia-se caráter meramente programático no sentido de autorizar ao Poder Executivo a implantação do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte em trecho do Rio Xingu, localizado no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários. Por isso que considero, neste momento, prematura e ofensiva à ordem administrativa, decisão judicial que impede ao Poder Executivo a elaboração de consulta às comunidades indígenas. Aliás, o importante debate jurídico a respeito da natureza dessa consulta (se política ou técnica) não é cabível na presente via da suspensão de decisão, tendo em vista os estritos termos do art. 4º da Lei 8.437/1992; c) no que concerne à alegada violação ao art. 231, § 3º, da CF, e considerando os termos do retrotranscrito dispositivo do voto-condutor do AI em questão, assevere-se que o art. 3º do Decreto Legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento e, se aprovados pelos órgãos competentes, permitirão que o Poder Executivo adote as medidas previstas em lei objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico em apreço. Esses estudos estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inc. IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal. Sobreleva, também, o argumento no sentido de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas. Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, § 3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento; d) é também relevante o argumento no sentido de que a não viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União; e) a proibição ao Ibama de realizar a consulta às comunidades indígenas, determinada pelo acórdão impugnado, bem como as consequências dessa proibição no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país, parece-me invadir a esfera de discricionariedade administrativa, até porque repercute na formulação e implementação da política energética nacional. 6. Finalmente, assevere-se que os relevantes argumentos deduzidos na ação civil pública, no sentido da ofensa ao devido processo legislativo e da ausência de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da CF, porque dizem respeito especificamente ao mérito da referida ação, não podem ser aqui sopesados, tendo em vista o contido no art. 4º da Lei 8.437/1992, mas serão a tempo e modo apreciados, o que também ocorrerá, na via administrativa, mediante

a realização dos estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que forem necessários à implantação do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte, conforme prevê o Decreto Legislativo 788/2005. 7. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, defiro o pedido para suspender, em parte, a execução do acórdão proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA (fls. 527-544), para permitir ao Ibama que proceda à oitiva das comunidades indígenas interessadas. Fica mantida a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico, objeto da alínea c do dispositivo do voto-condutor (fls. 540-v). Comuniquem-se. Publiquem-se. Brasília, 16 de março de 2007. Min. Ellen Gracie Presidente (SL 125, rel.(a): Min. Presidente, Decisão proferida pela Min. Ellen Gracie, julgado em 16/03/2007, publicado em DJ 29/03/2007 PP-36)

14. Portanto, em princípio, o procedimento de licenciamento ambiental e de implantação do empreendimento cumpre a norma inserta no art. 231, § 3º, da Constituição Federal.

15. Outro ponto a ser abordado diz respeito à localização da obra, se parte dela está inserida em terras indígenas e se haverá perda territorial para a comunidade indígena.

16. A alegada necessidade de regulamentação foi levantada sob o fundamento de que a UHE Belo Monte explorará potencial de energia elétrica em áreas ocupadas por indígenas.

17. Entretanto, tenho que a decisão impugnada desconsidera o teor das conclusões a que chegaram os estudos levados a cabo pelo Ibama, no ponto em que afirmam que (...) *O Termo de Referência do Ibama para a elaboração do EIA/RIMA ao incluir como ADA o trecho afetado por redução da vazão não inclui as terras indígenas, pois não haverá perda territorial em decorrência do empreendimento* (fls. 70).

18. Portanto, muito embora esses estudos e a própria União Federal admitam que as comunidades indígenas sofrerão impactos em razão das obras, o que por certo é óbvio, pois trata-se da construção da segunda maior usina hidrelétrica do Brasil, impactos esses que serão sentidos não só pelos indígenas, mas por toda a população dos municípios em redor do empreendimento e adjacências, também parece certo que as terras por eles ocupadas não serão diretamente atingidas, pois não serão inundadas pelas águas do lago a ser formado, nem pelas obras físicas da barragem e do canteiro de operação.

19. Assim, se é o próprio órgão responsável pela concessão do licenciamento ambiental, qual seja, o Ibama, que faz essa afirmação, e se os atos exarados

por esse órgão têm a presunção de veracidade, tenho que a medida liminar tem o condão de causar grave lesão à ordem pública, pois invade a esfera de discricionariedade da administração e usurpa a competência privativa da administração pública de conceder a autorização para o empreendimento.

20. Essa questão já foi inclusive objeto de análise quando do julgamento das SS 2007.01.00.018029-8/MA e 2007.01.00.017913-9/MA, tendo a eminente Des. Federal Assusete Magalhães, então Presidente deste Tribunal, assim se manifestado:

(...)

Na hipótese, o Magistrado *a quo* entendeu que houve o atropelamento do procedimento de licenciamento ambiental, pois as audiências públicas e as licenças prévias e de instalação vieram a lume antes da conclusão dos estudos de impactos ambientais, o que, a seu ver, não se resume à mera inobservância do procedimento estabelecido na Resolução Conama 237/1997, mas que consiste em atitude tendente a frustrar a vontade do Constituinte de 1988, expressadas nos arts. 225 e 231 da Carta Magna em vigor, uma vez que a autoridade licenciadora, no item 2.27, estabeleceu que o empreendedor deveria apresentar programa de monitoramento de impactos potenciais nas comunidades indígenas, incluindo estudo etnoecológico que considere os impactos socioambientais da UHE para as terras indígenas localizadas na área de influência do empreendimento, e no item 2.26, fixou a necessidade de o empreendedor apresentar detalhamento das medidas a respeito dos impactos socioambientais sobre as terras indígenas, localizadas na área de influência do empreendimento.

Ocorre que, em 17/05/2007, a própria Fundação Nacional do Índio – Funai, manifestou-se perante o juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA no sentido de não haver interesse de sua intervenção na ação principal, em virtude da previsão de instauração da Câmara de Conciliação e Arbitramento, nos termos do art. 11 da Medida Provisória 2.180-35/2001 e da Portaria 118/2007/AGU, para dirimir conflitos em sede da Administração Pública Federal (fls. 639).

Cabe consignar também que, segundo admite a própria Funai no Ofício 138 DAS/Funai, de 26/11/2002, as restrições dos §§ 3º e 6º do art. 231 (que trata da competência da autorização do Congresso Nacional), com base nos Estudos Ambientais da UHE Estreito, não se aplicam ao presente licenciamento, por não haver ocupação ou supressão territorial das Terras Indígenas em tela...

Esses fatos, por si só, mitigam o entendimento de que o início das obras da UHE Estreito acarrete riscos irreparáveis aos interesses das comunidades indígenas. Com efeito, não se pode olvidar que o órgão competente para a defesa judicial dos direitos indígenas, individual ou coletivamente é a Funai,

assim, a manifestação de que não tem interesse no processo principal, com possibilidade, inclusive, de conciliação administrativa para resolver a lide, fica evidente a ausência de perigo na demora para justificar o deferimento de decisão liminar. Ademais, é preciso ter presente que o *Ibama* é o órgão competente para acompanhar e fiscalizar o processo de licenciamento ambiental, exigindo, se for o caso, a adoção de medidas tendentes a solucionar possíveis deficiências relativas ao empreendimento e à questão indígena, a serem incorporadas ao processo de licenciamento. Aliás, o próprio *Ibama*, na Licença de Instalação 414/2006, impôs ao consórcio Estreito Energia a implantação de planos, programas, medidas mitigatórias e de controle constantes do projeto básico ambiental, cujo descumprimento poderá acarretar a revogação da licença de instalação correspondente.

Pela documentação colacionada aos autos pelas requerentes, não diviso, portanto, motivos relevantes que justifiquem a suspensão imediata das obras de instalação da UHE Estreito, empreendimento que integra projeto de iniciativa do Governo Federal, tendente a afastar novas crises no setor elétrico.

Sopesados os interesses em conflito, entendo que a decisão impugnada poderá acarretar prejuízo maior ao meio ambiente — caso o Governo Federal tenha de lançar mão de energia termoelétrica (sabidamente mais cara e mais poluente) devido à escassez de energia hidrelétrica —, além de impor prolongado retardamento na conclusão de obra de interesse nacional, caso não seja possível aproveitar o período de menor precipitação pluviométrica, ocasionando, igualmente, grave lesão à economia pública. (...)

Pelo exposto, *defiro* os pedidos formulados nestes autos e nas Suspensões de Segurança 2008.01.00.028419-5/MA e 2008.01.00.028357-7/MA, pela União Federal e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – *Aneel*, respectivamente, nos termos acima delineados. (...)

21. Vê-se, portanto, que também a Funai, responsável pela defesa e proteção dos interesses das comunidades indígenas, afirmou que não haverá ocupação ou supressão de terras indígenas, afirmação essa que também possui presunção de veracidade.

22. Quanto ao aspecto de grave lesão à economia pública, ela já foi por mais debatida quando da análise de outros pedidos de suspensão de decisões que motivaram a descontinuidade do procedimento de implantação da UHE Belo Monte, sendo que, nesse ponto, adotei como razões de decidir os fundamentos da decisão por mim proferida na SS 2008.01.00.028353-2/MA, proposta em face de decisão que impediu o processo de licenciamento ambiental do empreendimento UHE Estreito, senão vejamos:

(...)

25. Trata-se de empreendimento de vital importância, parte integrante de um pacote maior de programas de investimentos destinados a dotar o país de uma infra-estrutura energética suficiente para assegurar o crescimento econômico sustentável, e sua paralisação acarretará prejuízos de grande vulto para a economia nacional.

26. É bem verdade que o crescimento não pode ser priorizado em detrimento dos aspectos ambientais. Toda e qualquer atividade produtiva, principalmente aquelas de grande vulto, como é o caso das usinas hidroelétricas, causam impacto ambiental, e devem ser precedidas de estudos para que esse impacto seja o menor possível; todavia, o *Ibama*, pelo EIA/RIMA já aprovado, demonstra que, em princípio, foi estudado tal impacto e determinadas as medidas necessárias para minimizar seus inconvenientes.

27. A anulação da licença de instalação da Usina Hidroelétrica de Estreito teve como base suspeitas de pressões do Poder Executivo para que essa licença fosse concedida de qualquer maneira. Contudo, essas suspeitas não são suficientes para infirmar a presunção de validade desse ato administrativo, à míngua de demonstração concreta de sua efetiva ocorrência.

28. A paralisação das obras, por outro lado, causará grave lesão à ordem econômica, gerando prejuízos para os Municípios e os Estados nelas envolvidos, bem assim para o Governo Federal, que precisará lançar mão, daqui a alguns anos, da utilização da energia termelétrica para suprir a carência de energia elétrica, a qual, além de ser mais poluente, tem um custo de produção muito superior ao da energia hidroelétrica.

29. Não bastasse isso, a grave lesão à ordem pública está demonstrada na possibilidade de ocorrência do *periculum in mora* inverso, pois, com a paralisação das obras, o canteiro de obras ficará exposto às intempéries, sujeito a processos erosivos, o que acarretará sérios danos ambientais.

30. Também o eminente Ministro Presidente do excelso Supremo Tribunal Federal, numa questão similar de paralisação de obras de hidroelétricas no rio juruema, no Mato Grosso, na SL 246-5/STF, assim se manifestou:

(...)

No caso, entendo que está devidamente demonstrado o fundamento de aplicabilidade do instituto da suspensão, visto que a decisão impugnada, ao determinar a imediata suspensão de licenças ambientais concedidas pela SEMA-MT para a construção de pequenas centrais elétricas ao longo do rio Juruena, com isso paralisando as obras até que realizado EIA/RIMA pelo *Ibama*, representa grave risco de lesão à ordem, à economia e à saúde pública do Estado.

Para se chegar a essa constatação, basta observar que as obras se iniciaram há mais de cinco

anos, se considerada a data em que concedida a licença de instalação, bem como o seu adiantado estágio (fls. 251/276), com cortes de terreno já efetivados e que certamente se perderão pela ação do tempo. Também merece atenção os efeitos deletérios ao próprio meio ambiente pela manutenção de grande área desmatada e cavada, podendo até mesmo assorear o próprio rio em que se realiza a obra, caso impedida sua continuidade.

(...)

31. Necessária se faz, então, a suspensão dos efeitos da sentença impugnada, para que as obras do empreendimento UHE Estreito retomem seu ritmo normal e sejam concluídas no prazo estabelecido.

(...)

23. Por fim, não verifico a presença de *periculum in mora* para a comunidade indígena, uma vez que a emissão de licença prévia e a realização do leilão não implicam construção imediata da UHE Belo Monte, sendo que serão necessárias várias outras etapas a partir de então até a efetiva conclusão do empreendimento. Por outro lado, é patente o *periculum in mora* inverso, pois a não realização do leilão na data prevista

trará graves prejuízos para a economia pública, pois é notória a deficiência na produção de energia elétrica por que passa o País e qualquer atraso na conclusão do empreendimento fará com que o Governo Federal tenha de lançar mão de outras fontes de energia, tais como a termelétrica, notoriamente mais caras e poluentes.

Pelo exposto, *deíro* o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar proferida na Ação Civil Pública 411-57.2010.4.01.3903/PA, em trâmite perante o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA, até trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Comunique-se, com urgência, ao MM. Juízo Federal prolator do *decisum* atacado, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Após os trâmites legais, dê-se baixa e arquivem-se.

Brasília, 19 de abril de 2010.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, presidente.

Numeração única: 0075622-08.2009.4.01.0000 Agravado de Instrumento 2009.01.00.066220-0/MG

Relatora : Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Construtora Andrade Gutierrez S/A
Advogado: Dr. Daniel Barros Guazzelli e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 18/03/210, p. 131

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende Construtora Andrade Gutierrez S/A ver reformada a decisão que deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, para determinar que a impetrada se abstenha de cobrar ou exigir IRPJ e CSLL sobre os juros de mora e correção monetária creditados/recebidos (inclusive a Taxa Selic decorrente de depósitos judiciais levantados e de créditos e tributos recuperados), ressalvando que em relação aos juros de mora e a Taxa Selic, a abstenção da impetrada deve se restringir às hipóteses em que o valor principal a que estes se referem sejam parcelas indenizatórias, conforme fundamentação (fls. 440-444).

Sustenta a agravante que, com entrada em vigor da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil) em 11/01/2003 a natureza indenizatória dos juros de mora deixou de ser uma simples concepção de alguns e passou à categoria de lei, com todos os efeitos coercitivos que lhe são próprios, fato expressamente reconhecido no REsp 1.037.452/SC, leading case (e verdadeiro divisor de águas) relatado pela Min. Eliana Calmo

Defende que, independentemente do caráter não indenizatório do principal, deve ser reconhecido o direito a não incidência da CSL e IRPJ sobre os juros de mora, uma vez que este sempre possui caráter de indenização.

Requer a reforma da decisão, para que seja determinado que *a autoridade impetrada também se absteinha de cobrar ou exigir IRPJ e CSLL sobre os juros de mora (inclusive Selic) decorrentes de verbas remuneratórias (que compõem a apuração do lucro), ou seja, conceda a liminar nos exatos termos do pedido inicial.*

A União apresentou contraminuta, em que alega bastar *que ocorra a entrada de receita ou rendimento, para incidir o imposto, desde que não haja nenhum motivo que o exclua ou impeça a incidência. Dessa maneira, também os juros de mora são considerados como renda, pois constituem resultado da aplicação do capital, do trabalho ou a combinação de ambos, conforme estabelece o art. 43 do CT. Pugna seja julgado improcedente o agravo.*

Decido.

Em razão do *periculum in mora*, recebo o agravo de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

A pretensão da agravante consiste na suspensão da exigibilidade do IRPJ e da CSLL incidente sobre os juros de mora e a correção monetária, creditados e recebidos, inclusive a taxa Selic decorrente de depósitos judiciais levantados e de créditos e tributos recuperados.

Relata, para tanto, que *além de encargos decorrentes de inadimplência, a Impetrante também recebe, no exercício regular de suas atividades, juros e atualização monetária provenientes de depósitos judiciais e administrativos levantados (guias anexas) e de indêbitos tributários (inclusive saldos negativos de IRPJ e de CSLL, como visto acima). Aliás, como ela possui diversas ações em andamento (MS 2005.38.00.020369-0, p. ex., andamento processual anexo), inclusive algumas em que foram/são feitos depósitos judiciais (Ação 2003.38.00.022431-0, p. ex., guia de depósito judicial anexa), é praticamente certo que a impetrante também venha a levantar outros depósitos e a reaver outros créditos e tributos pagos indevidamente.*

O foco da insurgência da agravante é incidência do IRPJ e da CSLL sobre a correção monetária e sobre os juros de mora relativos ao recebimento de faturas em atraso, aos depósitos judiciais levantados e aos créditos e tributos recuperados.

A decisão agravada assentou ser indevida a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa Selic e sobre os juros de mora somente se o principal tiver natureza de verba indenizatória, o que é objeto deste recurso.

No entanto, razão assiste à agravante, pois a não incidência dessas exações, no caso, decorre do fato de que os juros de mora, que também compõem a taxa Selic, representam indenização ao credor em virtude da inadimplência das faturas em atraso ou pela recuperação de tributos indevidamente pagos ou depositados judicialmente.

Não se trata de aplicar-lhes a mesma sorte do principal, dada a sua natureza acessória, mas do seu próprio cunho indenizatório, que o descaracteriza, assim como à taxa Selic, como fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Comungo do entendimento explícitado no trecho do voto da Min. Eliana Calmon, proferido no REsp 1037452/SC, DJ de 10/06/2008: *a questão é simples e está ligada à natureza jurídica dos juros moratórios, que a partir do novo Código Civil não mais deixou espaço para especulações, na medida em que está expressa a natureza indenizatória dos juros de mora.* No mesmo sentido o REsp 1090283/SC, relator Min. Humberto Martins, DJ de 12/12/2008.

Aplicável ao caso em tela, para fins de suspensão de exigibilidade, o disposto no art. 151, III, do CT

Assim, *dou provimento ao presente agravo*, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, para suspender a exigibilidade do IRPJ e da CSLL sobre os juros de mora e sobre a correção monetária creditados/recebidos, inclusive a taxa Selic, decorrentes de inadimplência, depósitos judiciais levantados ou a levantar e de créditos e tributos recuperados ou a recuperar, independentemente da natureza indenizatória do montante principal, devendo, ainda, a autoridade impetrada se abster de negar a expedição de certidão positiva de débitos com efeito de negativa em decorrência do objeto desta controvérsia.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo* para que dê cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600 - 12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Brasília, 10 de março de 2010.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0017970-96.2010.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravado: Antônio Zacarias da Silva
Advogado: Dr. Jaime Zacarias da Silva
Publicação: e-DJF1 de 12/05/2010, p. 123

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União (Fazenda Nacional) contra decisão proferida pelo juízo monocrático, deferindo o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos de origem, determinando a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, relativo ao imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentado, em virtude de alienação mental, diagnosticada como distúrbio bipolar do humor. Concluiu o juízo monocrático que os documentos carreados para os autos, notadamente laudo médico oficial, atestariam que o autor da demanda seria portador da referida doença, daí resultando a sua isenção no tocante ao imposto de renda, nos termos da legislação de regência.

Em suas razões recursais, sustenta a agravante, em resumo, que, na espécie, além de ser incabível a concessão da antecipação da tutela, ante o caráter manifestamente satisfativo da medida, não teria restado comprovado que o autor seria portador de alienação, na medida em que, embora um dos laudos médicos apresentados ter sido subscrito por perito oficial, se destinatária, tão-somente, para a concessão de aposentadoria por invalidez e não para fins de concessão do benefício fiscal, destacando que os demais não seriam laudos médicos oficiais da União. Requer, pois, a concessão da antecipação da tutela recursal, para sobrestar-se a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada.

Com efeito, conforme bem destacou o juízo monocrático, o autor da demanda carrou para os autos, laudo médico oficial, que é *portador de transtorno mental crônico com quadro clínico compatível com diagnóstico CID 10F31. Transtorno bipolar do humor com severidade tal que motivou aposentadoria por invalidez, por se tratar de condição clínica que motivou a alienação mental, condição que permanece na atualidade*. Em sendo assim, afigura-se irrelevante que o referido laudo tenha sido elaborado para fins de aposentadoria e não especificamente para a concessão da pretendida isenção fiscal, eis que não restar dúvida quanto à ocorrência de alienação mental, no particular, afinando-se, assim, a decisão agravada com o entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que *o art. 6º, inc. XIV, da Lei 7.713/1988 dispõe que o alienado mental é isento do imposto de renda* (REsp 800.543/PE, rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 154).

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

Intime-se o agravado, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 3 de maio de 2010.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.



Numeração única: 0077467-92.2007.4.01.3800

Recurso Inominado 2007.38.00.738657-7

Relator: Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho
Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e outro
Advogado: Dr. Valmir Nunes Conrado
Recorrida: Maria do Carmo Magalhães de Oliveira
Advogada: Dra. Marli Lopes da Silva
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2010, p. 734

Ementa-Voto*

Processo Civil. Cobrança de assinatura básica de serviço de telefonia. Ausência de interesse da Anatel. Incompetência da Justiça Federal.

Nos termos do art. 109, I, da Constituição da República, compete ao Juízo Federal julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

No caso vertente, não verifico interesse jurídico de qualquer ente federal. A circunstância de à Anatel ser atribuída a função reguladora e fiscalizadora das atividades de telecomunicação não lhe ocasiona interesse na demanda, pois aqui se busca afastar a cobrança de tarifa básica do serviço de telefonia, que diz respeito exclusivamente à concessionária.

Acerca do tema, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.068.944/PB, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (acórdão publicado no DJe do dia 09.02.2009), firmou posicionamento no sentido de que *em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da Anatel, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual.*

Diante do exposto, em face da inexistência de interesse de entidade federal, declaro de ofício a incompetência desta Justiça e determino a remessa dos autos à Justiça Estadual, após as diligências de praxe.

Honorários incabíveis.

Acórdão

Decide a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais, por unanimidade, reconhecer de ofício a incompetência da Justiça Federal e determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2010.

Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jader Alves Ferreira Filho:
— A parte autora ajuizou demanda visando à condenação da Anatel e Telemar Leste Norte S.A. à restituição em dobro das tarifas pagas por assinatura básica men-

sal de serviço de telefonia e à declaração de ilegalidade das cobranças futuras de tal taxa. O douto Juízo de origem extinguiu o feito sem incursão no mérito em relação à Anatel, no que diz respeito ao primeiro pedido, isto é, de restituição, e, no que toca ao remanescente, julgou procedente.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Cláudio José Coelho Costa – Presidente, Jader Alves Ferreira Filho e Simone dos Santos Lemos Fernandes.

Numeração única: 0053249-27.2007.4.01.3500
Recurso Inominado 0053249-27.2007.4.01.3500

Relator: Juiz Federal Warney Paulo Nery Araújo
Recorrente: Keila Márcia da Silva
Advogado: Dr. Raphael Rodrigues de Oliveira e Silva
Recorrida: União Federal
Advogada: Dra. Neide Silva Marques Bueno
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2010, p. 459

Voto-Ementa*

Administrativo. Aumento salarial diferenciado. Ocupantes de classes e padrões diversos. Lei 10.476/2002.

I) Trata-se de recurso interposto pela parte reclamante contra a sentença que julgou improcedente pedido de uniformização dos índices de correção do vencimento básico dos padrões das classes do plano de carreira do MPU.

II) A recorrente sustenta que ocorreu concessão de reajustes salariais diferenciados para os servidores enquadrados nos diversos padrões salariais, afrontando assim o princípio da igualdade.

III) A sentença concluiu que *Os índices previstos na Lei 10.476/2002 revelam que a norma contemplou os servidores com reajuste real, a permitir, portanto, distinção de percentuais. O art. 39, §1º, I, II e III, da Constituição Federal, em nada conflita com o reajuste feito de maneira não linear para ocupantes de classes e padrões diversos, fixando parâmetros a serem seguidos para a apuração dos valores a serem pagos a título de remuneração ou subsídio. (...) Manter as diferenças salariais de cada um dos degraus dos cargos nos parâmetros da Lei 9.953/2000, sucedida pela Lei 10.476/2002, seria o mesmo que afirmar a existência de direito adquirido a regime jurídico, ou admitir a possibilidade de o Poder Judiciário aumentar vencimentos, a título de isonomia, sem previsão legal, condições estas não admitidas na jurisprudência.*

IV) A sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos (art. 46 da Lei 9.099/1995).

V) Ante o exposto, *nego provimento ao recurso.*

Sem condenação em honorários advocatícios em vista dos benefícios da assistência judiciária.

Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *negar provimento ao recurso.*

Goiânia, 17 de março de 2010.

Juiz Federal *Warney Paulo Nery Araújo*, relator.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Paulo Ernane Moreira Barros — Presidente, Roberto Carlos de Oliveira e Warney Paulo Nery Araújo.

** Relatório dispensado com base no art. 46 da Lei 9.099/1995.

Numeração única 16290-75.2008.4.01.4000
Recurso Inominado 2008.40.00.708616-0

Relator: Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis
 Recorrente: Maria de Nazaré Macedo Silva
 Advogado: Dr. Kelson Dias Feitosa
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Advogada: Dra. Sílvia Gualberto Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 24/05/2010, p. 753

EMENTA:

Processo Civil. Previdenciário. Mitigação do princípio da adstrição. Incidência dos arts. 462 do CPC e 6º da Lei 9.099/1995. Invalidez total e temporária. Restabelecimento do auxílio-doença a partir do seu último cancelamento. Recurso provido.

I. A despeito das regras dos arts. 128, 294 e 460, do CPC, servirem de entrave à atividade jurisdicional, limitando-a aos termos do pedido, tal adstrição vem nos dias atuais sendo relativizada pela doutrina moderna que busca cada vez mais a *efetividade do Direito*. Um pedido estático, impossível de ser modificado — e que não acompanha as mudanças do direito material que acontecem no decorrer da instrução — raramente alcança uma sentença que satisfaça a pretensão deduzida em juízo.

II. A relativização do princípio da correlação se aplica, ainda, com mais razão, aos Juizados Especiais Cíveis, em que a solução para a questão foi dada pelo próprio legislador, no art. 6º da Lei 9.099/1995, que estabelece: *O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem-comum.*

III. Situação jurídica plenamente possível, visto que o experto do juízo reconheceu a existência da invalidez, classificando-a como total e temporária, razão que impõe o restabelecimento do benefício de auxílio-doença da recorrente a partir da data do seu último cancelamento.

IV Recurso provido.

ACORDÃO

Acordam os juízes da Turma Recursal da Seção Judiciária do Piauí, à unanimidade, conhecer do recurso interposto, dando-lhe provimento.

Teresina, 14 de abril de 2010.

Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis, relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis: — Cuida-se de recurso interposto por Maria de Nazaré Macedo Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Rodrigo Pinheiro do Nascimento (fls. 69/70) que negou o seu pedido de conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, sob o fundamento de que a perícia do juízo concluiu que a incapacidade laborativa da autora é temporária e não definitiva.

Funda-se o recurso (fls. 71/77) na arguição de que apesar da incapacidade total e temporária da au-

tora reconhecida na prova pericial (fls. 39/40), em virtude da cardiopatia grave de que é portadora, o INSS cancelou, após a propositura da ação, o benefício de auxílio-doença que vinha percebendo por mais de 12 (doze) anos. Requereu, então, o restabelecimento do auxílio-doença em substituição ao pleito de conversão deste em aposentadoria por invalidez vindicado inicialmente.

Houve contrarrazões (fls. 78/84).

É o relatório. Peço inclusão em pauta.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis: — Inicialmente, cumpre-me afastar a litispendência deste processo com relação ao de número 2001.4091-3 em trâmite na 2ª Vara desta Seção Judiciária alegada pelo INSS às fls. 78/84, visto que segundo pude perceber da inicial (fls. 83/84) daquele feito, os pedidos não são coincidentes, pois nesta ação o pleito gira em torno da conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez e naquela quanto à manutenção do auxílio-doença e pagamento das parcelas não percebidas durante a sustação do citado benefício (fev/1997) até a data do restabelecimento.

Afasto, desse modo, a preliminar arguida. Passo ao mérito.

No caso dos autos, tem-se hipótese em que a situação factual modificou-se durante a instrução processual, o que ocasionou a reforma do pedido inicial por parte do autor em sede de recurso.

Cumpra, então, perquirir sobre tal possibilidade. Aqui, tinha-se inicialmente pedido de conversão de benefícios, o qual foi indeferido, unicamente, em decorrência de a incapacidade da autora haver sido classificada como total e *temporária*, circunstância que impede, segundo o juiz prolator da sentença, a transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez.

Ocorre que nesse ínterim o auxílio-doença percebido até então, e por 12 (doze) anos pela recorrente, foi cessado, oportunidade em que esta emendou o pedido para requerer em substituição à conversão inicialmente vindicada, o restabelecimento do seu auxílio-doença, até mesmo porque o perito oficial foi claro ao afirmar que a autora é *cardiopata grave* e não possui condições de voltar a exercer a sua atividade habitual ou qualquer outra (fls. 39/40).

A questão é: pode o pedido ser modificado na fase processual em que requerido nos autos?

Entendo que sim.

A despeito das regras dos arts. 128, 294 e 460, do CPC, servirem de entrave à atividade jurisdicional, limitando-a aos termos do pedido, tal adstrição, vem, nos dias atuais, sendo relativizada pela doutrina moderna que busca cada vez mais a *efetividade do Direito*. Um pedido estático, impossível de ser modificado - e

que não acompanha as mudanças do direito material que acontecem no decorrer da instrução - raramente alcança uma sentença que satisfaça a pretensão deduzida em juízo.

Note-se que quanto mais o processo se (re)aproxima do direito material mais cresce a informalidade. Assim, perde-se em formalidade, mas se ganha em efetividade. O art. 462 do CPC pátrio admite que o juiz considere no momento de proferir a sentença o chamado fato e direito superveniente, ao preceituar que *Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.*

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que em sede de questões previdenciárias, em especial, em sede de Juizados Especiais Federais, o *princípio da adstrição deve ser mitigado para que o juiz possa aplicar a lei ao caso concreto e conceder benefício diverso daquele requerido pelo autor.*

A propósito, a solução para a questão foi dada pelo próprio legislador, no art. 6º da Lei 9.099/1995, que estabelece: *O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.* O que se justifica pela dificuldade em se decidir processos instaurados por leigos, em relação aos quais sequer houve despacho liminar de apreciação do pedido inicial, e que, se a este estivesse adstrito, as injustiças e extinções sem julgamento de mérito superariam o número de sentenças de mérito capazes de solucionar de forma eficiente os litígios postos nesses Juízos.

Importante, ressaltar, que a situação jurídica requerida pela autora é plenamente possível, visto que o experto do juízo reconheceu a existência da invalidez, classificando-a como total e temporária (fls. 39/40).

Diante dessas considerações e sendo certo que o caráter assistencial dos benefícios previdenciários exige uma nova e mais ousada postura do magistrado, entendo pelo restabelecimento do benefício de auxílio-doença da recorrente a partir da data da sua cessação indevida.

Ao lume do exposto, conheço do recurso interposto, dando-lhe provimento para restabelecer o benefício de auxílio-doença da autora a partir da data do seu último cancelamento.

É como voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Márcio Braga Magalhães, Nazareno César Moreira Reis e Marina Rocha Cavalcanti Barros.

Numeração única 8808-42.2009.4.01.4000
Processo 2009.40.00.700266-2

Relator: Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Francisco Alves do Nascimento
 Recorrido: José Carlos Leal Ferreira
 Advogado: Dra. Maria Rosângela N. Dias
 Publicação: e-DFJ1 de 24/05/2010, p. 753

Ementa

Direito Processual Civil. Previdenciário. Amparo assistencial. Relativização do formalismo processual. Razoável duração do processo. Presença das condições da ação. Direito ao pagamento das parcelas devidas entre o primeiro requerimento administrativo e a concessão administrativa do Loas. Recurso desprovido.

I. Diante de situação como a dos autos, de paciente em câncer terminal, revela-se inconcebível a escravização da função jurisdicional a um formalismo exacerbado, divorciado da nova realidade constitucional que erige a dignidade da pessoa humana a postulado constitucional, ainda mais em se tratando de amparo assistencial postulado em sede de Juizado Especial, que a despeito de não autorizar o desrespeito às regras legais adjetivas, tem como princípio garantidor a informalidade.

II. Evidente na espécie o direito do autor à percepção das parcelas entre o primeiro requerimento administrativo e a concessão administrativa do Loas, visto que desde o atestado médico de maio de 2006 já se fazia alusão à amputação do membro inferior direito em face do câncer que vitimava a parte vindicante.

III. Recurso desprovido.

Acordam os Juizes da Turma Recursal da Seção Judiciária do Piauí, à unanimidade, conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento.

Teresina, 14 de abril de 2010.

Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis: — Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença proferida pelo MM Juiz Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho (fls. 43/44), que o condenou ao pagamento das parcelas atrasadas de benefício assistencial ao autor devidas entre a data do primeiro requerimento administrativo (29/08/2006) e a data em que foi concedido o benefício (13/09/2007).

O recorrente insurgiu-se contra a sentença monocrática (fls. 49/53), aduzindo, preliminarmente, violação ao art. 264 do CPC; a falta do interesse de agir superveniente, posto que o autor em novo requerimento logrou o deferimento do benefício posteriormente à propositura da ação e por fim que apenas por ocasião do segundo requerimento foi detectada a incapacida-

de do autor, devendo ser julgado improcedente o pedido de pagamento de atrasados.

Contrarrazões apresentadas às fls. 60/62.

É o relatório. Inclua-se em pauta.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis: — O autor requereu inicialmente a concessão de amparo assistencial. No entanto, no transcorrer do processo, após a contestação, aquele obteve a concessão administrativa do benefício por meio de novo requerimento administrativo, motivo porque pugnou pela

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Márcio Braga Magalhães, Nazareno César Moreira Reis e Marina Rocha Cavalcanti Barros.

modificação do pedido de concessão do Loas para a condenação do INSS tão somente ao pagamento das parcelas atrasadas a contar do primeiro requerimento administrativo, oportunidade em que mesmo tendo sido o INSS intimado acerca da citada reformulação, permaneceu inerte. Com isso, o juiz de primeiro grau deferiu a mudança no pedido e julgou procedente a demanda.

A pergunta que surge é: houve violação ao art. 264 do CPC? A respeito, urge transcrever as palavras do ilustre procurador da República, que assim proferiu seu parecer: *Ora, se sobrepuséssemos a rigidez de um formalismo caduco em detrimento da atenção especial ao estado cancerígeno do beneficiário, far-se-ia inútil a disposição da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF). Mais que isso, a própria noção de Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF) impõe que a prestação jurisdicional a um paciente em câncer terminal incorpore com mais intensidade o caráter gravíssimo de que se reveste sua missão institucional.*

De fato, diante de situação como a dos autos, a escravização da função jurisdicional a um formalismo exacerbado, divorciado da nova realidade constitucional que erige a dignidade da pessoa humana a postulado constitucional é inaceitável, ainda mais em se

tratando de amparo assistencial postulado em sede de Juizado Especial, que a despeito de não autorizar o desrespeito às regras legais adjetivas, tem como princípio garantidor a informalidade, motivo pelo qual afastado esta preliminar.

Pelos mesmos motivos, também não se sustenta a arguição de que houve a perda ulterior do interesse de agir do requerente.

No mérito, é evidente o direito do autor à percepção das parcelas entre o primeiro requerimento administrativo e a concessão administrativa do Loas, visto que desde o atestado médico de maio de 2006 (fls. 16) já se fazia alusão à amputação do membro inferior direito em face do câncer que vitimava a parte vindicante.

Nesse contexto, escoreita a sentença que concedeu ao autor as diferenças devidas entre a data do primeiro requerimento administrativo (29/08/2006) e a data em que foi concedido o benefício.

Ante o exposto, conheço, mas nego provimento ao recurso interposto.

Honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.jus.br)

Conflito de competência. Ação popular. Tarifas telefônicas. Reajuste pela Anatel. Anulação dos atos genéricos de reajuste. Competência da 4ª Seção.

I. Dispõe o Regimento Interno que os feitos relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão da competência da seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo (art. 8º, § 5º), e que, para efeito de definição de competência, deverá ser levado em consideração, prioritariamente, o pedido, devendo prevalecer o pedido principal, se houver cumulação de pedidos (art. 8º, § 6º).

II. Na hipótese, estando a matéria de fundo (preços públicos) na competência da 4ª Seção (art. 8º, § 4º, VIII – RI), e consistindo o pedido principal na anulação dos Atos da Anatel 37.166 e 37.167 (e anexos), de 27/06/2003, que teriam reajustado abusivamente em mais de 40% (quarenta por cento) as tarifas de telefonia fixa, a competência para o julgamento do recurso é dessa Seção. A matéria não diz respeito a contrato e, portanto, não é da competência da 3ª Seção (art. 8º, § 3º, III).

III. Declaração da competência da 4ª Seção, suscitada.

Numeração única: 0043593-94.2003.4.01.3400

Conflito de Competência 2003.34.00.043643-0/DF

Relator: Des. Federal *Olindo Menezes* – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 10/05/2010, p. 2.

Conflito de competência. Juiz de vara de JEF da capital x juiz de vara única de subseção. Prevenção. Processo anterior extinto por incompetência. Inocorrência. Súmula 689/STF. Ajuizamento de ação posterior no foro de domicílio do segurado. Competência do juízo suscitado. (Subseção Judiciária de Feira de Santana).

I. A celeuma envolvendo os juízos conflitantes teve origem porque, anteriormente ao ajuizamento da demanda em que suscitado o conflito, havia sido distribuída pelo autor uma outra ação idêntica, distribuída ao Juízo suscitante, que foi extinta sem julgamento de mérito, por ter sido acolhida exceção de incompetência apresentada pelo INSS, como esclarecido na decisão acostada aos autos.

II. Tendo sido a demanda anterior extinta em face do reconhecimento de incompetência, não há que se falar em prevenção, vez que, como esclareceu o Juízo suscitado, entendeu-se que a citada demanda deveria ter sido proposta perante o Juizado Especial Federal adjunto da Subseção Judiciária de Feira de Santana, uma vez que a autora reside em município que a integra e nele não há vara federal instalada.

III. Na esteira do enunciado da Súmula 689/STF, assiste ao jurisdicionado, domiciliado na Subseção Judiciária de Feira de Santana, direito de ajuizar ali a demanda, especialmente em face da circunstância de que a anterior demanda por ele ajuizada foi extinta justamente devido ao reconhecimento de incompetência do Juízo Federal da 23ª Vara/BA.

Numeração única: 0063080-55.2009.4.01.0000

Conflito de Competência 2009.01.00.064626-7/BA

Relator: Des. Federal *Carlos Olavo* – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 21/05/2010, p. 8.

Constitucional. Direito de resposta. CF, art. 5º, V. Eficácia imediata. CF, art. 5º, § 1º. Reportagens do jornal Estado de Minas. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). O dever dos meios de comunicação.

I. É assegurado o direito de resposta, *proporcional* ao agravo (CF, art. 5º, V).

II. O art. 5º, V, da CF, é auto-aplicável. É norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dispensando legislação complementar. É o princípio constitucional da proporcionalidade, que rege a vida do homem, em todos os seus

matizes. A liberdade de expressão não é um direito absoluto, devendo respeitar os demais direitos fundamentais, como a honra.

III. No artigo 5º, § 1º, da CF está insculpido que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Não pode haver tergiversação, subterfúgios, para não aplicá-la.

IV. A resposta da UFMG guarda a devida adequação e proporcionalidade ao agravo que lhe fez o jornal Estado de Minas. Não foi *desproporcional* à ofensa recebida.

V. Um dos ensinamentos dos códigos deontológicos e dos conselhos de imprensa é que os meios de comunicação devem: *assegurar à população com um todo a informação exata, honesta e completa à qual ela tem direito, e oferecer proteção contra os abusos e desvios*.

VI. Proclamava Rui: *a imprensa é a vista da Nação*, mas esta vista não pode ser estrábica nem míope nem presbita.

Numeração única: 0017009-92.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança Criminal 2009.01.00.017591-3/MG

Relator: Des. Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes* – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 10/05/2010, p. 08.

Direito Tributário. Embargos infringentes. Ação de procedimento ordinário. IPI. Obrigação tributária acessória. Lei 4.502/1964 regulamentada pelo Decreto 87.981/1982. Observância, pelo adquirente, da correta classificação fiscal do produto tributado ou isento. Descumprimento. Multa. Legalidade. Ausência de previsão no atual RIPI. Aplicação da lei mais benéfica. Art. 106, inc. II, a. Nulidade do auto de infração. Recurso provido.

I. A disposição contida no art. 173 do Decreto 87.981/1982, que impõe ao contribuinte examinar a adequada classificação fiscal dos produtos adquiridos, bem como o lançamento do imposto, não constitui penalidade nem infringe o princípio da reserva legal, porquanto tal regulamentação decorre do contido no artigo 62 da Lei 4.502/1964, que dispõe acerca das obrigações dos adquirentes dos produtos sujeitos à tributação do IPI (REsp 554.377/SC, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19/12/2005, p. 215).

II. O atual Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto 4.544/2002, não mais prevê a exigência de conferência da classificação fiscal dos produtos pelo adquirente, o que autoriza a aplicação do art. 106, inc. II, letra *a*, do CTN, impondo a anulação do auto de infração.

III. A aplicação retroativa da lei mais benéfica, nos casos em que a obrigação acessória deixou de constar como infração ou a multa imposta por seu descumprimento é reduzida por legislação posterior ao ato ou fato não julgado definitivamente, é pacífica nos tribunais pátrios (TRF1 - AMS 2002.33.00.008059-3, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, DJ de 13/10/2004, p. 29; TRF3 - AC 2004.61.03.001584-0, Rel. Juiz Federal Roberto Jeuken, DJF3 CJ1 de 21/07/2009, p. 134; AC 2001.03.99.006938-4, Rel. Juíza Federal Consuelo Yoshida, DJU de 12/12/2003, p. 520; TRF4 - AC 2006.72.99001830-9, Rel. Des. Federal Artur César de Souza, DE de 13/01/2010).

IV. Embargos infringentes a que se dá provimento. Auto de infração e penalidade anulados. Sentença mantida, por fundamento diverso. Verba honorária mantida, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Numeração única: 0022696-82.1998.4.01.3800

Embargos Infringentes 1998.38.00.022956-0/MG

Relator: Des. Federal *Reynaldo Fonseca* – 4ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 24/05/2010, p. 213.

Previdenciário e Processual Civil. Concessão de benefício de amparo assistencial. Estudo sócio-econômico indispensável para o julgamento da lide. Sentença anulada. Tutela antecipada mantida. Remessa oficial, tida por interposta, e apelação prejudicada.

I. Nos casos em que se pleiteia a concessão de amparo assistencial ao portador de deficiência, a realização de estudo sócio-econômico é imprescindível para o julgamento da causa, pois somente com as informações constantes da prova técnica é que se terá condições de aferir eventual situação de hipossuficiência financeira da parte, que constitui condição essencial para o deferimento do benefício.

II. Fica ressalvada expressamente a manutenção dos efeitos da tutela antecipada já deferida neste processo, uma vez que continuam presentes os requisitos autorizadores a sua manutenção.

III. Anulada de ofício a sentença, determinado o retorno dos autos à instância de origem para que seja realizado estudo sócio-econômico. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, prejudicadas.

Numeração única: 0000117-83.2002.4.01.4000

Apelação Cível 2002.40.00.000117-8/PI

Relator: Juiz Federal *Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes* (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/06/2010, p. 40.

Previdenciário. Mandado de segurança. Menor sob guarda. Decisão judicial. Guarda deferida em 1989. Óbito ocorrido na vigência da Lei 9.528/1997. Exclusão. Inconstitucionalidade. Correção monetária. Juros de mora.

I. Este Tribunal tem decidido que, sendo a guarda decorrente de decisão judicial proferida na vigência da lei que equiparava o menor sob guarda a filho, não há como modificar a situação. (Precedentes: AC 1999.01.00.086339-5/MG, Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (convocado), Primeira Turma Suplementar, DJ de 15/04/2004, p. 113; AMS 2000.01.00.080916-1/PI; Rel. Juiz Federal César Augusto Bears (convocado); DJ 23/09/2005, p. 54; AC 2002.40.00.000122-2/PI, Rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, *e-DJF1* p. 516 de 04/06/2009).

II. Ademais, em recente decisão a eg. Corte Especial deste Tribunal, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa Oficial 1998.37.00.001311-0/MA, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, acolheu o pleito de arguição de inconstitucionalidade quanto à supressão da expressão *menor sob guarda por decisão judicial* do art.16, §2º, da Lei 8.213, na redação da Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996, reeditada e convertida na Lei 9.528, de 1997.

III. Na hipótese dos autos, consta da certidão emitida pelo cartório de Piracuruca/PI que foi deferido pelo Juiz de Direito da Vara de Menores daquela comarca o termo de guarda e responsabilidade a senhora Joelina Ribeiro Magalhães de Carvalho, em audiência realizada em 29 de dezembro de 1989 (fl. 11).

IV. Assim, as impetrantes têm direito a receber a quota parte que lhe cabe na pensão da instituidora, até a data em que completaram 21 anos de idade, vez que a guarda decorreu de decisão judicial proferida na vigência da Lei 8.213/1991, que equiparava o menor sob guarda a filho, e, ainda, em face dos termos da decisão proferida pela eg. Corte Especial deste Tribunal a que se vincula esta Turma (art. 354, do RITRF 1ª Região).

V. As alegações do Instituto sobre o pagamento de benefícios em duplicidade, ou seja, correspondente a 100% da pensão para cada impetrante não prosperam, vez que não houve determinação judicial nesse sentido (fls. 28/31 e fl. 83). Nesse compasso, cabe a autarquia buscar pelos meios próprios o ressarcimento dos valores que entende devido.

VI. No mais, os efeitos financeiros são devidos a partir da propositura do *mandamus* e a correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VII. A teor do enunciado 20 do CEJ/CJF, *A taxa de juros de mora a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês*, a contar da notificação, no tocante às prestações ali vencidas e, da data do vencimento, para as posteriores (Orientação da 1ª Seção desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça).

VIII. Apelação não provida. Remessa oficial provida, parcialmente, nos termos dos itens 6 e 7.

Numeração única: 0006911-23.2002.4.01.4000

Apelação/Reexame Necessário 2002.40.00.006914-7/PI

Relator: Des. Federal *Francisco de Assis Betti* – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/06/2010, p. 117.

Penal. Processo Penal. Receptação. Art. 180, CP. ATPF'S. Ibama. Dolo. Materialidade e autoria comprovadas.

I. Não há que se falar em ausência do elemento subjetivo do crime de receptação, o dolo, se ficarem devidamente comprovadas a materialidade e autoria delitivas, especialmente quando tratar-se de receptação de documento

público (ATPF's emitidas pelo Ibama) do qual o agente do delito tem o dever de saber que não pode ser objeto de transação comercial, uma vez que sua profissão (engenheiro florestal) exige tal cuidado.

II. Apelação de José Roberto Damasceno parcialmente provida. Apelação de Márcio Aurélio Ribeiro dos Santos não provida.

Numeração única: 0001230-58.2005.4.01.4100

Apelação Criminal 2005.41.00.001250-2/RO

Relator: Des. Federal *Tourinho Neto* – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/05/2010, p. 308.

Penal. Processual Penal. Furto. Agência Caixa Econômica Federal. Crime impossível. Art. 17 do Código Penal. Não caracterização. Flagrante preparado. Ausência. Dosimetria. Confissão. Reconhecimento de ofício. Substituição de pena. Circunstâncias desfavoráveis.

I. O crime impossível apenas se caracteriza quando a consumação não tem qualquer possibilidade de ser alcançada. Não é o caso dos autos, por isso que o meio empregado pelo apelante não foi inidôneo para atingir o objetivo criminoso e bem assim houve a produção do resultado visado.

II. Configura-se *flagrante preparado* quando o agente provocado é induzido à prática de uma ação delituosa pelo agente provocador, em regra, um policial, que, porém, adota cautelas para evitar a consumação do ilícito. Na espécie, não houve agente provocador ou qualquer interferência no mecanismo causal da infração, tendo-se aguardado a sua ocorrência, ou seja, a realização do fato, para, só então, ser efetuada a prisão.

III. Forçoso reconhecer, diante das circunstâncias fáticas-probatórias constantes nos autos, que o delito de furto de fato se consumou no momento em que o bem foi subtraído da posse da vítima (Caixa Econômica Federal), tornando-se, assim, para ela, indisponível, mesmo que por poucos instantes.

IV. É de ser reconhecida a circunstância atenuante prevista no art. 65, inc. III, *d*, do Código Penal, pela confissão espontânea do réu tanto perante a Autoridade Policial, quanto em Juízo, e bem assim, por ter sido utilizada como fundamento da sentença.

V. A substituição só será admitida quando *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*. No caso, os dados e registros constantes de suas folhas de antecedentes criminais demonstram que possui personalidade voltada para o cometimento de delitos.

VI. Recurso de apelação de Waldomiro Ferreira da Silva improvido. Recurso de apelação do Ministério Público Federal provido em parte. Reconhecimento de ofício à circunstância atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal.

Numeração única: 0042059-11.2005.4.01.3800

Apelação Criminal 2005.38.00.042560-1/MG

Relator: Des. Federal *Mário César Ribeiro* – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 19/05/2010, p. 101.

Agravo de instrumento. Concurso público. Técnico de nível superior. Ministério das Comunicações. Retificação do edital antes da realização da prova.

I. Não está demonstrada, de plano, ilegalidade ou afronta às normas pré-fixadas no edital do concurso, mas, apenas, que a banca examinadora – dentro de sua atribuição de elaborar as questões do certame, de acordo com os parâmetros por ela estabelecidos – entendeu em alterar o valor da prova discursiva, o tendo feito antes da data de sua realização para corrigir contradição no edital anterior. O estabelecimento destes critérios é, portanto, matéria afeta ao mérito administrativo, sendo vedado ao Poder Judiciário nesta seara se imiscuir. (Cf. STJ, RMS 12.097/MG, Sexta Turma, Ministro Paulo Medina, DJ 15/03/2004; RMS 16.231/ES, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 16/02/2004.)

II. A alteração da pontuação da prova discursiva, promovida antes de sua realização, não viola o princípio da isonomia.

III. A decisão agravada desconsiderou o novo critério de valor e determinou a nomeação de candidatos classificados em posições subseqüentes à do agravante. Agravo de instrumento a que se dá provimento para desconstituir a decisão agravada.

Numeração única: 33482-56.2009.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2009.01.00.034924-8/DF

Relator: Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira* (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/05/2010, p. 98.

Constitucional. Mandado de segurança. Ordem dos músicos. Condição imposta para participação de profissionais em eventos musicais. Prévia quitação de anuidades. Inadmissibilidade. Cobrança com espedeque na Lei 6.830/1980. Procedimento adequado.

a) Recurso – Remessa Oficial em Mandado de Segurança.

b) Decisão de origem – Concedida a Segurança.

I. A condição de pagamento de anuidade atrasada como pressuposto de participação de músicos em eventos musicais não é lúdima porque implica forma coercitiva inadequada de compeli-lo à quitação dos débitos, exigível somente pelo meio próprio, a Execução Fiscal.

II. Remessa Oficial denegada.

III. Sentença confirmada.

Numeração única: 0003033-56.2002.4.01.3300

Reexame Necessário 2002.33.00.003015-3/BA

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/05/2010, p. 414.

Processual. Tributário. PIS/Cofins. Base de cálculo. Faturamento. Lei 9.718/1998, art. 3º, §1º. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Receitas financeiras. Cessão e exploração de direitos autorais. Natureza mercantil. Equiparação à venda/locação de bens móveis – Lei 9.610/1998. Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Compensação. Possibilidade.

I. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR e 390.840/MG, declarou a inconstitucionalidade do §1º, art. 3º, da Lei 9.718/1998, que deu novo conceito ao termo *faturamento* e ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação.

II. Não há discussão quanto à incidência do PIS e da Cofins a partir da vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, pois ambas estabelecem como fato gerador das contribuições o *faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil*, em consonância com a redação do art. 195, I, b, da CF, conferida pela EC 20/1998.

III. Sob a égide das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, ainda que as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica estejam relacionadas aos direitos autorais, as receitas auferidas a partir da cessão/exploração desses direitos compõem o faturamento mensal, que gera a incidência do PIS e da Cofins.

IV. Não se admite a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas decorrentes das aplicações financeiras enquanto em vigor a Lei 9.718/1998, ou seja, até o início da vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

V. Conforme o art. 22 da Lei 9.610/1998, pertencem ao autor da obra intelectual os direitos patrimoniais e morais, estes últimos inalienáveis e irrenunciáveis, no que dispõe o art. 27 da mesma norma.

VI. Não há que se falar em direitos autorais próprios da pessoa jurídica, que permanecem sob a titularidade do autor das obras, pessoa física. A cessão/transferência tem por objeto apenas os direitos patrimoniais e não os direitos morais.

VII. Nos termos da Lei 9.610/1998 (art. 3º), os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

VIII. A cessão de direitos autorais, a cessão de créditos decorrentes da cessão dos direitos patrimoniais e a exploração dos direitos autorais configuram exploração de direitos de terceiro, de natureza nitidamente mercantil, inclusive pela equiparação à venda/locação de bens móveis.

IX. Se as atividades exercidas pela pessoa jurídica geram resultado econômico que compõe o seu faturamento deve haver a incidência do PIS e da Cofins.

X. Cabível a declaração do direito de compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido do PIS e da Cofins.

XI. Incide a taxa Selic na restituição e na compensação de tributos, nos termos da Lei 9.250/1995.

XII. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

XIII. Apelação da impetrante a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0006476-04.2001.4.01.3800

Apelação Cível 2001.38.00.006486-8/MG

Relatora: Des. Federal *Maria do Carmo Cardoso* – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/05/2010, p. 437.

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.



Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região* tem como objetivo divulgar as decisões da Corte expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas. Além desse objetivo institucional, divulga a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, por meio da publicação de artigos especializados nas seções *Artigos Doutrinários* e *Tópicos Jurídicos* e de entrevistas na seção *Ponto de Vista*, todos selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais de submissão e encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- As opiniões emitidas, bem como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos deverão ser encaminhados preferencialmente ao e-mail cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: Setor de Autarquias Sul, quadra 4, bloco N, Edifício Funasa, 9º andar - CEP 70070-040 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com: a) título em português (no máximo 15 palavras); b) nome completo do autor, seguido de sua titularidade; e, c) endereço completo, telefone e e-mail do autor do artigo.

Normas de elaboração dos trabalhos

- O manuscrito deve ser apresentado da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto em negrito e utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- O nome completo do autor deverá estar logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão.
- As referências e notas bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 10520 e 6023.
- Os textos da seção *Artigos Doutrinários* deverão conter no mínimo dez e no máximo 30 laudas e da seção *Tópicos Jurídicos* entre duas e nove laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos manuscritos, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e fazer controle de texto do original encaminhado pelo autor, responsável pela estrutura e conteúdo do trabalho.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones 3314-1752 e 3314-1734 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.jus.br.

