FUNDAÇÃO PROCURADOR
PEDRO JORGE DE MELO E SILVA

BOLETIM DOS

ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ISSN Nº 1519-3802

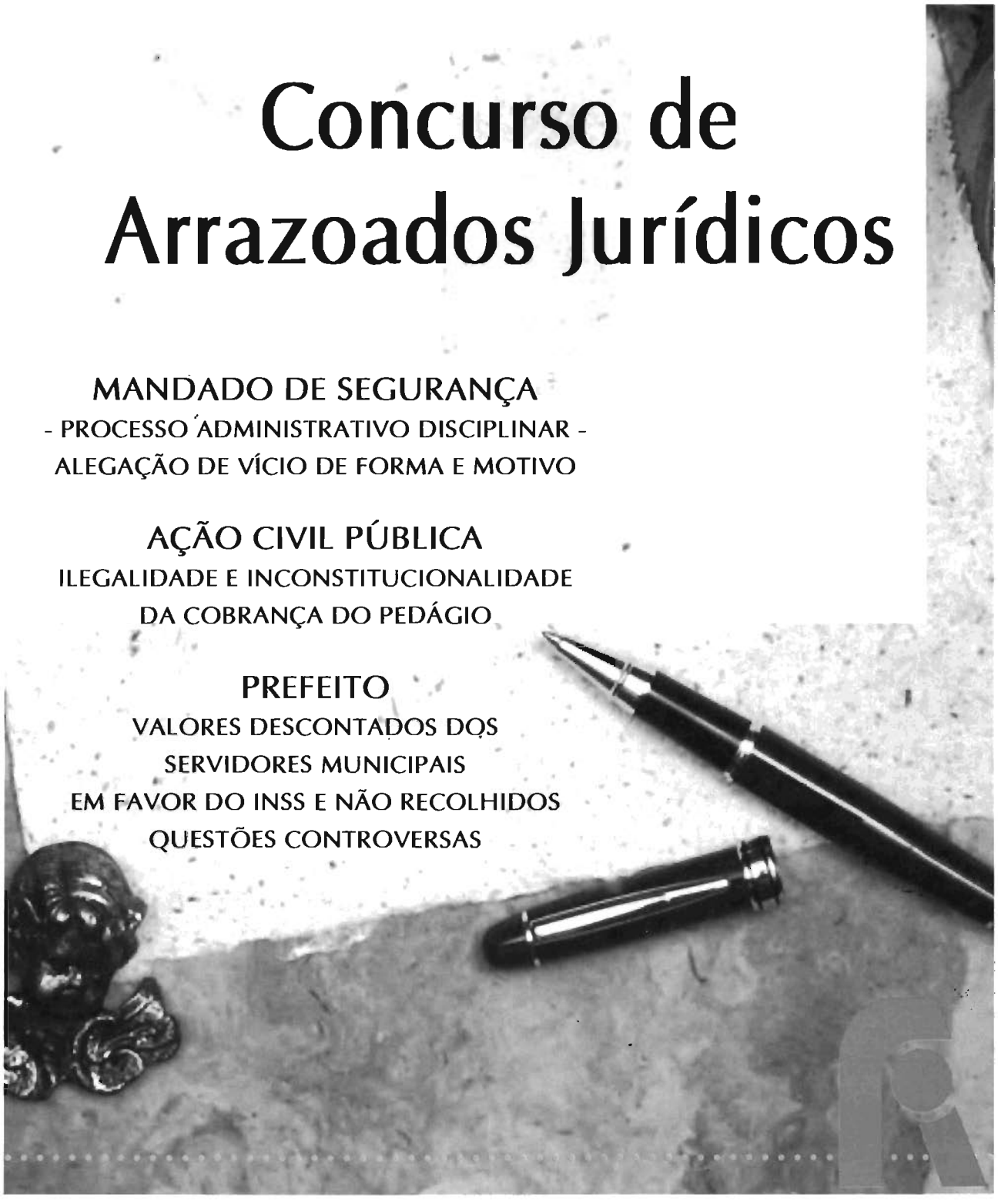
ANO IV - Nº 37 - MAIO - 2001

Concurso de Arrazoados Jurídicos

MANDADO DE SEGURANÇA
- PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR -
ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE FORMA E MOTIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE
DA COBRANÇA DO PEDÁGIO

PREFEITO
VALORES DESCONTADOS DOS
SERVIDORES MUNICIPAIS
EM FAVOR DO INSS E NÃO RECOLHIDOS
QUESTÕES CONTROVERSAS



BOLETIM DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANO IV - Nº 37 - MAIO 2001

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Noll Barboza, Marco Túlio de Oliveira, Marcos Antônio da Silva Costa e Silva e Newton Pena.
Diretoria Executiva: Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio e José Leovegildo Oliveira de Morais.

Associação Nacional dos Procuradores da República:
Presidente: Carlos Frederico Santos
Vice-Presidente: Valquíria Oliveira Quixadá Nunes
Diretores: Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Delson Lyra da Fonseca, Elton Venturi, José Adércio Leite Sampaio, Mauricio Gotardo Gerum, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Robério Nunes dos Anjos Filho e Rose Santa Rosa.

Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa
Diagramação, Impressão e Distribuição: Artchip Editora Ltda.: (11) 240-7679 - 241-8899
www.artchip.com.br - artchip@terra.com.br
Capa: Fábio Lyrio
Tiragem: 2.500 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Sumário

EDITORIAL 3

MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR - ALEGAÇÃO DE VÍCIO
DE FORMA E MOTIVO
Andréa Lyrio de Souza Mayer Soares
PR/DF 4

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ILEGALIDADE E
INCONSTITUCIONALIDADE
DA COBRANÇA DO PEDÁGIO
Celso Antônio Três
PR/PRM Caxias do Sul - RS 11

PREFEITO
VALORES DESCONTADOS DOS
SERVIDORES MUNICIPAIS EM FAVOR
DO INSS E NÃO RECOLHIDOS
QUESTÕES CONTROVERSAS
Pedro Henrique Távora Niess
PRR/3ª Região 25

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de idexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

Editorial

CONCURSO DE ARRAZOADOS JURÍDICOS

Wallace de Oliveira Bastos
Subprocurador-Geral da República
Coordenador Substituto da 1ª Câmara
Constitucional e Infraconstitucional

Aos 12 de março de 2001 reuniu-se extraordinariamente a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão para conhecer e divulgar o resultado do "Concurso de Arrazoados Jurídicos", instituído por este Colegiado para privilegiar a participação exclusiva de Membros do Ministério Público Federal e assim dar destaque aos trabalhos jurídico-processuais elaborados em razão do exercício regular dos vários ofícios institucionais.

Antecedido o certame por edital publicado em 30 de junho de 2000, foram examinados os trabalhos elaborados em data anterior, ajuizados até a data da publicação editalícia.

O resultado alcançado foi auspicioso e estimulante, face à qualidade dos arrazoados apresentados à tríplice Comissão de Juristas de nomeada, designada pelo Exmo. Sr. Procurador Geral da República para examinar os trabalhos apresentados, que operou sob a Presidência do Ministro Roberto Rosas - grande amigo e incansável colaborador das atividades estritamente acadêmicas do Ministério Público Federal. Aqui o registro de nossos agradecimentos a S.Exa.

Assim, segundo decisão soberana da aludida Comissão Avaliadora, foram premiados os Colegas e seus brilhantes arrazoados, elencados a seguir:

1º Lugar - Dr. Celso Antônio Três, com "Ação Civil Pública arguindo a inconstitucionalidade de pedágio em rodovia federal".

2º Lugar - Dr. Pedro Henrique Távora Niess, com "Inquérito Policial. Prefeito. Valores descontados dos servidores municipais".

3º Lugar - Dra. Andrea Lyrio de Souza Mayer Soares, com "Mandado de Segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Processo Administrativo Disciplinar".

Obedecendo a ordem de classificação, os três premiados foram agraciados com os valores de R$10.000,00; R$7.000,00; e R$4.000,00 - quantias essas bastante módicas em face da qualidade dos trabalhos apresentados, a dizer que o Ministério Público Federal vai muito bem (obrigado), academicamente, merecendo elogiosas parabenizações a todos os seus integrantes, e em especial a todos os demais que ofertaram suas contribuições para o engrandecimento do certame.

Em Sessão Extraordinária realizada em 30 de março de 2001, às 11.00 horas, no Auditório "Pedro Jorge" (PGR), reuniu-se a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão para efetivar a premiação dos ganhadores, e também para anunciar que essa atividade acadêmica na Câmara Constitucional e Infraconstitucional vai continuar - desta feita com a oportuna abertura do 2º Concurso de Monografias em matéria de Direito Constitucional, exclusivamente, todavia aberto ao concurso de todos os juristas interessados na oferta de trabalhos inéditos, integrantes, ou não, do Ministério Público Federal.

Notícia alvissareira registra-se neste instante, para confirmar que tais certames serão realizados sempre com intervalos de 2 em 2 anos um do outro.

Agora, para a satisfação de todos nós, integrantes do Ministério Público Federal, o "Boletim dos Procuradores da República" abre suas páginas para a oportuníssima publicação de todos os trabalhos premiados.

Parabéns a todos pelo esforço participativo e pela absoluta qualidade dos arrazoados apresentados.

MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE FORMA E MOTIVO

Andréa Lyrio de Souza Mayer Soares
PR/DF

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1998.34.00.007665-7
JUÍZO: **4ª Vara Distrito Federal**
Impetrante: **Luiz Antônio Caetano**
Impetrado: **Secretário da Receita Federal**

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE **FORMA** E **MOTIVO**.
1- Processo disciplinar conduzido sem observância do direito à ampla defesa, não oportunizando a completa elucidação dos fatos que ensejaram sua instauração.
2- O mérito do ato administrativo pode e deve ser objeto de reexame por parte do judiciário se agasalha qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
3- Hipótese em que se constata claro descompasso entre o motivo fático e o legal, eis que a Administração excedeu-se na valoração do fato.
4- Possibilidade do *Parquet* requisitar da Administração Pública serviços temporários dos seus servidores (Lei Complementar nº 75/93, art. 8º, III).
5- A lealdade, enquanto conceito legal indeterminado, deve ser interpretado em consonância com o Princípio da Razoabilidade, já que "não se abatem pardais disparando canhões" (*Jellinek*).
6- Manifesta desproporcionalidade entre a sanção e o fato, bem como excesso na sua valoração.
7- A condição de servidor público federal do impetrante não eclipsa o seu **direito de representação** (art. 5º, XXXIV, da CF/88).
8- **Dever** do servidor público de representar ao Ministério Público a ocorrência de fatos caracterizadores de improbidade administrativa.
9- Constata-se, ademais, a ocorrência de desvio de finalidade, dado o caráter nitidamente persecutório do procedimento disciplinar.
10 - Parecer pela concessão da ordem.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por **Luiz Antônio Caetano** contra ato do **Secretário da Receita Federal.**

Narra a exordial que o impetrante é auditor fiscal da Receita Federal requisitado para assessorar o Ministério Público Federal do Paraná em investigações fiscais e criminais.

Ocorre que o impetrante viu-se punido com a pena de quinze dias de suspensão, sob a acusação de não ter sido leal à Receita Federal. A infidelidade, segundo consta, consistiria no envio de representação ao Ministério Público Federal, ao invés de formulá-la perante a Receita Federal.

Aduz, ainda, que o procedimento administrativo disciplinar não lhe ofereceu a ampla defesa e o contraditório.

Requer a concessão de liminar para suspender a decisão punitiva, inclusive no que tange aos efeitos pecuniários e administrativos. No mérito, requer seja concedida a segurança para declarar nulo de pleno direito o procedimento administrativo.

A liminar foi deferida, nos termos do *decisum* de fls. 326/329.

Em sede de informações, esclarece, basicamente, que:

a) Que o processo disciplinar foi instaurado não por força da representação encaminhada ao MPF, mas por omissão, por não ter o impetrante efetuado a representação funcional;

b) a Lei 8.112/90 exige que o servidor seja leal às instituições a que servir;

c) Que a peça encaminhada ao MPF era efetivamente uma representação, inobstante o nome a ela atribuído, a forma ou o tratamento que que for dado pela autoridade ou órgão destinatário;

d) que não houve a alegada requisição do impetrante, mesmo porque não foi aquele "cedido legalmente", nos termos do art. 93 da Lei 8.112/90;

e) que inexistiu o suposto cerceamento de defesa do impetrante e

f) que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo.

Em seguida, vieram os autos ao Ministério Público Federal.

É o relatório.

II

A presente segurança merece prosperar.

Consoante assinala a irreprochável decisão de fls. 326 *usque* 329, a irresignação do impetrante arrima-se na existência de vícios de **forma** e de **motivo** que estariam a macular o Processo Administrativo Disciplinar que embasou a imposição da pena de quinze dias de suspensão.

No que tange ao aspecto da **forma**, nítido é que o agir da autoridade impetrada afronta irreparavelmente o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Vejamos.

Através da Portaria nº 1.353, de 16 de outubro de 1997, a ilustre autoridade impetrada designou servidores para constituírem Comissão de Inquérito, incumbida de apurar "infrações funcionais dos servidores que deixaram de representar, na esfera administrativa, em relação aos fatos narrados na representação perante o Ministério Público Federal no Estado do Paraná, de que trata o processo nº 10168.003740/97-18, bem como outros fatos correlatos que emergirem no decorrer dos trabalhos".

Os trabalhos da mencionada Comissão tiveram início em 22 de outubro de 1997, ocasião em que decidiu-se: 1) comunicar o início dos trabalhos ao Senhor Secretário da Receita Federal, ao Senhor Superintendente da Receita Federal na 8ª Região Fiscal, à Senhora Superintendente da Receita Federal na 9ª Região Fiscal, ao Sr. Inspetor da Receita Federal em São Paulo, e ao Sr. Delegado da Receita Federal em Joinville-SC; 2) Comunicar o início dos trabalhos à Sra. Delegada da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, e solicitar encaminhamento de original ou cópia autêntica da representação; 3) notificar os servidores implicados para acompanhar o processo e 4) estudar os autos para definição de posteriores procedimentos.

Em 24 de outubro de 1997 deliberou a Comissão no sentido de intimar o impetrante e o seu colega **Kurt Theodor Krause**, também acusado no referido processo, para interrogatório, o que veio a ocorrer em 30/10/97.

Na Ata de Deliberação de 03/11/97, os membros da Comissão, "considerando que no presente inquérito, já estando devidamente definida a existência do fato imputável e a autoria do mesmo, não se vislumbra a necessidade de audiência de testemunhas ou de colheita de outras provas materiais", decidiu-se aguardar a chegada de cópia autêntica da representação.

Em 06/11/97, a Comissão, louvando-se no fato de ter a representação sido formalmente protocolizada na Procuradoria da República no Paraná, concluiu "serem os documentos suficientes para comprovar o tratamento formal dado à representação, e tendo formado juízo aos fatos imputados aos acusados" decidiu elaborar a instrução do processo.

Consta do Termo de Indiciação, lavrado em 10/11/97, que o impetrante teria inobservado o dever funcional de ser leal à Secretaria da Receita Federal e descumprido o dever funcional de representar pela via hierárquica, infringindo os preceitos estatuídos nos incisos II e XII, e parágrafo único, do art. 116 da Lei nº 8.112/90.

Cabe, aqui, notar, que até aquela fase do *iter* procedimental, o direito de defesa do servidor restringiu-se à colheita de seu depoimento, ocasião em que requereu a juntada de alguns documentos.

Prosseguindo em seu mister, a Comissão, em 11/10/97, cita o servidor-impetrante para apresentar sua defesa escrita.

Tendo o servidor formulado pedido de oitiva de testemunhas, entendeu a Comissão que "a defesa já foi apresentada, portanto os testemunhos solicitados configurar-se-iam de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos", tendo tido a cautela de ressaltar "que o servidor teve acesso aos autos durante todo o período de desenvolvimento dos trabalhos, recebendo, inclusive, cópia do inteiro teor (fls. 40 e 106) e tendo, pois, oportunidade de solicitar as oitivas e diligências que julgasse necessário" (fls. 268).

Emerge da narrativa acima aviada que a Administração não conduziu o Processo Disciplinar nº 10168.00374097-16 em consonância com o disposto no art. 5º, LV, da Magna Carta, nem tampouco atentou para os artigos 150, 153, 155, 156 e 159 da Lei 8.112/90.

Cabe lembrar que a garantia do *due process of law* não se restringe, em nosso sistema jurídico, aos processo judiciais, rezando a Constituição de 1988 que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, **com os meios e recursos a ela inerentes**" (art. 5º, LV, grifo nosso).

Ao que se infere dos autos, o impetrado limitou-se a facultar ao impetrante a apresentação da defesa escrita e a juntada de documentos, esvaziando totalmente o sentido da garantia constitucional em apreço.

Salta aos olhos que o impetrante não teve direito ao processo devido, ou **processo justo**, no dizer de *Canotilho*[1], porquanto nem na fase instrutória tampouco por ocasião da defesa escrita possibilitou-se a realização de ampla coleta de provas, com vistas a permitir a completa elucidação dos fatos.

Não é ocioso lembrar que o art. 155 da Lei 8.112/

90 determina que cabe à Comissão promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis.

Consoante anota o preclaro *Diógenes Gasparini, verbis:*

> "Qualquer prova ou informação, desde que admitida em Direito, pode ser produzida ou solicitada sua produção. A má instrução do processo administrativo pode conduzir à nulidade da decisão ou tornar imprestável todo o processo para os fins desejados.
>
> A instrução tem início logo após a instauração do processo administrativo e termina quando tudo o que deveria ser produzido para o convencimento e prolação da decisão da Administração Pública foi efetivamente produzido."[2]

Assim, além de conduzir o procedimento com inaudita celeridade, a Comissão não diligenciou no sentido de colher todos os elementos probatórios possíveis, não obstante tratar-se de *quaestio* delicadíssima, envolvendo possível confronto entre uma Instituição do porte do Ministério Público Federal e um Órgão da relevância da Receita Federal.

Além da mencionada inércia e da espantosa rapidez com que os trabalhos da Comissão foram conduzidos, a Administração foi além: denegou o pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo impetrante na fase de defesa ao simples argumento de que aquele não seria de "nenhum interesse" para a elucidação dos fatos.

Trata-se, como se vê, de indeferimento deficientemente justificado, que impediu a produção de prova cuja importância é óbvia para a solução do impasse.

Consoante pondera *Ivan Barbosa Rigolin, verbis*:

> " É certo que nem toda prova pedida precisa ser deferida, tanto no processo administrativo quanto no judicial, onde é frequente Juízes indeferirem requerimentos de provas que consideram impertinentes, protelatória ou irrelevantes. Em todos os casos, entretanto repita-se, a denegação dos pedidos precisará estar razoavelmente fundamentada, demonstrando´se quão devido é o pedido. Em assim não acontecendo, remanescerá ao requerente um claro direito à obtenção da prova, factível até pela via do mandado de segurança."[3]

Chega a ser teratológica, inclusive, a conclusão inserta na Ata de Deliberação lavrada em 09/12/97, ao mencionar, à guisa de fundamento para o indeferimento, que "a defesa já foi apresentada, portanto, os testemunhos solicitados configurar-se-iam de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos".

Aonde a imparcialidade, a independência desta Comissão, que ao arrepio do disposto no art. 150, *caput* da Lei 8.112/90[4], desde o início dos trabalhos age de modo inquisitorial e cujas decisões, a par de insuficientemente fundamentadas, em momento algum beneficiaram-se do salutar crivo do contraditório?

Ensina *Gasparini* que o princípio do contraditório "exige que em cada passo do processo as partes tenham oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando pois, a igualdade entre as partes[5]."

Ora, na hipótese telada esta igualdade entre as partes jamais ocorreu. Constata-se, ao contrário, que o processo disciplinar em apreço integrou em sua índole um ranço inquisitorial que o tornou similar a um inquérito policial.

Não é essa, entretanto, a natureza do processo administrativo disciplinar, que, repita-se, **é necessariamente contraditório**, insítos que lhe são os princípios da ampla defesa e do *due process of law.*

Temos, pois, que assiste total razão ao impetrante quando este brada na exordial que "não bastou fazer constar no termo de notificação (fls. 40), candidamente, que o acusado terá direito, conforme o artigo 156 da Lei nº 8112/90 *'...de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos quando se tratar de prova pericial...'* Isto é totalmente dispensável. Afinal, já está na Lei. De nada adianta dizer que assegurará ampla defesa, se não se viabilizam atos processuais para sua execução."

A instrução do processo, portanto, deveria, por imposição legal, ter sido levada a cabo em conjunto. Não o foi, entretanto, porque a Administração não oportunizou ao impetrante a produção ampla de provas.

Sobre a imprescindibilidade do respeito à cláusula do *due process of law*, é ainda *Rigolin* que observa, com acurácia, *verbis*:

> "Independentemente do que preveja a lei, o fato é que o mais completo contraditório e a mais plena defesa precisam sempre estar garantidos aos indiciados em processo administrativo. É de se recomendar, portanto, às autoridades que componham a comissão, sobretudo ao seu presidente, que não se atenham estritamente aos termos da L. 8.112 para demonstrando o indiciado que lhe foi cerceada a ampla defesa constitucional, quase certamente ele obterá a nulificação, às vezes, de todo o procedimento punitivo. Desnecessário enfatizar o prejuízo material, funcional e financeiro, e o desgaste moral, que tal ocorrência acarretará à Administração."

Patente, portanto, que *ab initio*, o processo ad-

ministrativo que aplicou a penalidade de suspensão ao impetrante desprestigiou o comando constitucional expresso no art. 5º, LX, exsurge, com limpidez, a nulidade do ato hostilizado.

Em hipótese assemelhada - **em que, inclusive, também constatou-se o indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal na fase de defesa escrita** - o Colendo STJ entendeu violados os artigos 155 e 156 da Lei 8.112/90, bem como a garantia constitucional ao devido processo legal, consoante espelha a seguinte ementa:

> "PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEI 8.112/1990, ARTS. 155 E 156. GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1- EM PROCESSO ADMINISTRATIVO, NÃO OBSTANTE O PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL PELO INDICIADO EM SUA DEFESA ESCRITA, A COMISSÃO CONCLUIU POR DESCONSIDERÁ-LO, NA MEDIDA EM QUE NÃO FORAM ARROLADAS AS TESTEMUNHAS CONJUNTAMENTE, CULMINANDO NA DEMISSÃO DO SERVIDOR. **2- CLARA AFRONTA AOS ARTS. 155 E 156 DA LEI 8.112/1990, QUE GARANTEM A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, BEM COMO A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.** 3- RECURSO PROVIDO.[6]"

Cumpre, ainda, analisar o outro fundamento da impetração, que consiste na alegação de que o Processo Administrativo Disciplinar nº 10168.003740/97 apresenta vício no **motivo** (pressuposto objetivo), daí decorrendo sua nulidade.

Por mais que o tente negar a ilustre autoridade coatora, é indisputável que o mérito do ato administrativo pode e deve ser objeto de reexame por parte de Judiciário sempre que sob este rótulo se abrigue qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

Sobre a extensão do controle judicial, veja-se a magistral lição de *Caio Tácito*, citado por *Celso Antonio Bandeira de Mello* em seu conhecido *Curso de Direito Administrativo, verbis*:

> "Do mesmo mestre são os seguintes excertos:
> 'Se inexiste o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.'
> 'Negar ao Juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o poder judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.'
> 'As violações mais audaciosas à legalidade afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado'.[7]"

Como bem assinala a Prof. *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, além das conhecidas teorias do *Desvio de Poder* e dos *Motivos Determinantes*, no direito brasileiro existe forte tendência no sentido de limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, em prol da ampliação do controle judicial[8].

Como a renomada Mestra coloca, *verbis*:

> "Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão da discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar esa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente."[9]

Feita essa breve digressão acerca da extensão do controle judicial do ato administrativo, cumpre enfrentar a *quaestio* atinente ao motivo do ato guerreado.

Indiscutivelmente a "representação" formulada pelo impetrante consistiu o pressuposto fático que serviu de suporte para a prática do ato cuja nulidade pretende aquele ver declarada via deste *mandamus*.

Assim, se porventura o motivo - que no caso em tela, como dito, consiste na "representação" ao MPF- por falso, inexistente ou tiver sido incorretamente qualificado, o ato merece ser tido por inválido.

Diz *Celso Antônio Bandeira de Mello* que, *verbis*:

> " Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame de motivos, verificar:
> a) a materialidade do ato, isto é, se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;
> b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei."[10]

Após salientar que em determinados casos o

motivo legal finda por descrever uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta, inquestionável, o conhecido Administrativista ressalta que existem limites ao critério de valoração subjetiva que tais hipóteses requerem, aduzindo que, *verbis*:

> "Então, se o agente exceder-se nesta 'valoração' do motivo, ao ajuizar sobre a correspondência entre o motivo do fato e o motivo legal, o ato será, igualmente viciado. Isto é, se qualificar como imoral uma conduta que manifestamente não o seja de acordo com os padrões sociais vigentes, o ato será ilegítimo. Em rigor, pode-se dizer, em tais casos, o que simplesmente não terá ocorrido o motivo que a lei requeria para tornar admissível a emissão do ato[11]."

Parece-nos que na hipótese *sub examem* exsurge claramente o descompasso entre o **motivo fático** (que embasou o ato) e o **motivo legal**, eis que a Administração visivelmente excedeu-se na valoração do fato.

Para bem aferir-se a justeza de tal conclusão, indispensável é lançarmos uma mirada mais atenta na fatídica "representação", não sem antes debuxar todo o quadro no qual a mesma foi engendrada.

O impetrante, como se sabe, é Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, e, nesta qualidade, foi requisitado pelo Ministério Público Federal para auxiliá-lo na apuração de delitos fiscais e criminais no Estado do Paraná, mais especificamente, na chamada Operação "Descobrimento da América".

Não obstante as frágeis tentativas esboçadas na peça informativa no sentido de negar vigência ao art. 8º, III, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, é inquestionável poder o Ministério Público "requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas", com a ressalva, albergada no §3º do citado artigo de que "A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa".

Pouco interessa, na verdade, a mecânica do procedimento requisitório: se feito através de ofícios renováveis mês a mês, como ocorreu no caso do impetrante, ou através de sistemática outra. O que releva, *in casu*, é que o impetrante estava prestando serviços temporários à Procuradoria da República no Estado do Paraná, serviços estes que, dada a sua excelência, possibilitaram uma economia de cinquenta e dois milhões de reais ao Erário Público, consoante informam os ilustres Signatários da peça de fls. 252 *usque* 254.

Um dos pontos nodais da controvérsia debatida nestes autos cinge-se à seguinte questão: ao efetuar a "representação" ao MPF atentou o impetrante contra o dever de lealdade à Receita Federal (art. 116, II do RJU)?

Para responder à demanda supra-formulada, vejamos mais detidamente no que consiste o dever de lealdade do servidor para com às instituições a que servir.

Consoante anota *Rigolin*, à semelhança dos demais deveres lançados no art. 116 da Lei 8.112/90, e excetuando-se aqueles previstos nos incisos III, V, "b" e "e", e X, cuida-se de regra moral de conduta, de aquilatação subjetiva e variável infinitamente[12].

Mas a imprecisão do conceito de lealdade não tem o condão de afastar o controle judicial acerca da legalidade do motivo e da finalidade do ato.

Trabalha-se, aqui, com os chamados "conceitos legais indeterminados", na definição de *Martin Bullinger*, citado por *Di Pietro* na obra supra-mencionada[13].

Mesmo admitindo-se que o conceito de lealdade demanda apreciação subjetiva e, consequentemente, discricionariedade, ainda assim pode o Judiciário, amparado pelo Princípio da Razoabilidade, colocar essa discricionariedade em seus devidos limites.

O culto *Paulo Bonavides* assim sintetiza o conceito de proporcionalidade ou razoabilidade, *verbis*:

> " Em rigor, Grabitz parte da averiguação de que o princípio da proporcionalidade se refere à relação entre o fim de uma medida estatal e o meio empregado para sua efetivação, exigindo-se porém que esse meio seja adequado[14]."

Narra o emérito Constitucionalista que tradicionalmente o princípio, hoje em ampla e espetacular evolução, floresceu inicialmente com a clássica mássima de *Jellinek* de que "não se abatem pardais disparando canhões[15]."

Como nos soam apropriadas as palavras de *Jellinek* ao caso em tela!

Com que então, para a Receita Federal, prestar uma *notitia* ao Ministério Público Federal na qual se noticia irregularidade praticada por superior hierárquico, demanda a aplicação da grave pena de suspensão, por deslealdade...

Além da manifesta **desproporcionalidade** entre a sanção e o fato que a ensejou, também constata-se o excesso na sua valoração, pois notório é que desatende aos padrões sociais vigentes que deveriam servir-lhe de baliza.

Cabe lembrar que a condição de servidor público federal do impetrante não eclipsa o seu **direito de representação** previsto no art. 5º, XXXIV, da CF/88.

Preocupa-nos que um pretenso dever de lealdade possa ser invocado para punir aqueles que, tendo conhecimento de irregularidades, tenham a coragem de denunciá-las ao *parquet*.

Pois bem, o impetrante **representou** ao Ministério Público. Fê-lo porque, segundo consta dos autos, questionou verbalmente a autoridade superior acerca da correção da Decisão nº 4-030/97 da DRJ/PR e aquela informou que **nada faria para alterá-la, pois o Conselho de Contribuintes certamente o faria**.

Ulteriormente, após o *parquet* ter enviado o Ofício Requisitório nº 2383/97 - CCRIM/PR ao Superintendente Regional da Receita Federal, curiosamente, a correção da polêmica decisão foi procedida, conforme consta da declaração de fls. 244/245, firmada pelo Procurador da República **Carlos Fernando dos Santos Lima**, cujo testemunho não foi reputado interessante à solução da controvérsia pela ilustre Comissão de Inquérito.

Ora, não se pode querer coartar um direito consagrado na vigente Constituição (art. 5º, inc. XXXIV, "a"), que expressamente ressalva dois objetivos para o *right of petition* - a defesa de direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder - invocando-se uma pálida e vaga noção de "lealdade" às instituições.

Bastante leal é o servidor que não queda inerte diante do que reputa ilegal. Leal não só à Receita Federal, leal não só ao Ministério Público Federal, mas principalmente ao nosso sofrido Brasil, aonde a indiferença para com a **res publica** dispensa maiores comentários.

De resto, claro está que, um servidor que preocupa-se com eventual erro na arrecadação de tributo é mais do que leal à Receita Federal, porquanto não é aquele o fim precípuo desse Órgão?

Em nosso sentir, a mesma *ratio* o exime da infração ao inciso XII e § único do art. 116 do Regime Jurídico Único (dever de representação acerca de ilegalidade, omissão ou abuso de poder).

Ora, o impetrante, convém repisar, noticiou, **ainda que verbalmente**, a ilegalidade ao seu superior hierárquico, no caso a Superintendente-Adjunta da 9ª Região Fiscal, **que encorajou-o a quedar-se inerte**, ao argumento de que eventualmente o Conselho de Contribuintes alteraria o *decisum* da DRJ.

Diante do teor da resposta obtida de seu superior, só restava ao impetrante reportar os fatos ao **Ministério Público Federal**, a quem incumbe, entre outras atribuições:

-promover privativamente, a ação penal pública (CF, art. 129, I);

- promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III);

- zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte (LC nº 75, de 20/05/93, art. 5º, "a")

- apurar a prática de ato de improbidade administrativa (art. 22 da Lei nº 8.429, de 02.06.92).

A menção feita à Lei nº 8.429/92, que cuida da improbidade administrativa, cai, aliás, a pêlo, eis que o referido Diploma, em seu art. 10, X, define como ato de improbidade administrativa "agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda".

Surgindo a suspeita de ocorrência de ato de improbidade, a Lei nº 8.429/92, atenta ao constitucionalmente consagrado Direito de Petição (art. 5º, XXXIV, "a", da Magna Carta), assim dispõe:

> "art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou **mediante representação formulada de acordo como disposto no art. 14**, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo".

A regra supra-transcrita foi lapidarmente comentada por *Pazzaglini Filho et al* em obra que discorre sobre a defesa do patrimônio público, daí pedirmos vênia para transcrever tão oportunas considerações:

> " A representação é faculdade atribuída a qualquer pessoa e dever estabelecido ao servidor público de noticiar ao Ministério Público a ocorrência de fatos caracterizadores de improbidade administrativa ou outros interesses difusos ou coletivos, indicando-lhe os elementos de convicção de que disponha sobre tais ofensas, para que o órgão ministerial ajuíze ação civil pública ou providencie sua investigação[16]."

Também lapidar é a observação que os citados Autores lançam acerca da participação do Ministério Público no controle jurisdicional, *verbis*:

> "- Se fiscal da lei, se guardião da ordem jurídica dotado de autonomia, nada mais natural que seja 'custos' da Administração Pública, intentanto preservar-lhe a integridade material, legal e moral, mediante o exercício responsável e amplo da investigação (procedimentos administrativos e inquéritos civis) e a propositura de ação civil pública.
> Nem poderia ser de outra forma, do ponto de vista da coerência do sistema jurídico. É que a Constituição Federal de 1988 outorgou ao Ministério Público o zelo do patrimônio público e social, após definir-lhe o perfil de guardião permanente da ordem jurídica e democrática, como função essencial à concretização da justiça[17]."

De mais a mais, vale insistir na premissa de que o servidor, à época, estava temporariamente prestando serviços ao Ministério Público Federal, contribuindo para a apuração dos fatos objeto do Procedimento MPF 08115.233/96-11, destinado a verificar a ocorrência de crimes de contrabando e descaminho, fraude documental na importação de veículos usados e crimes contra a ordem tributária.

No período em que constatou o grosseiro erro de cálculo na Decisão 4030/97-DRJ/PR, estava o impetrante requisitado pela Procuradoria da República do Paraná, de modo que nada mais lógico do que apontar as inconsistências do aludido *decisum* àquela Instituição, mormente quando, após confrontada acerca da acurácia da Decisão em apreço, a autoridade superior assevera que nada fará.

Como frisam os Procuradores da República firmatários do Ofício nº 3048/97, encaminhado ao Exmo. Senhor Procurador-Geral da República em 24.10.97, "(...) constatou-se que tais informações, nominadas representações, decorriam de determinação expressa do Procurador Coordenador do NUCICRIM de que funcionário cedido pela Receita Federal noticiasse qualquer fato, ou questão técnica, relacionado com o procedimento MPF 08115.2333/96-11" (fls 25).

Enfim, como já dito acima, o impetrante não silenciou diante da irregularidade constatada, tendo indicado à autoridade à que se encontrava submetido, à época, o Coordenador do NUCICRIM da Procuradoria da República no Paraná, motivadamente, os erros vislumbrados na Decisão da Delegada de Julgamento da Receita Federal de Curitiba.

Agiu o impetrante, portanto, em total consonância com o disposto no art. 116, XII, da Lei 8.112/90, cuja finalidade, inequivocamente, é a apuração de ilegalidades e abusos praticados pela própria Administração. Ora, a irregularidade apontada chegou a ser inclusive corrigida pela autoridade que o praticou, portanto a *mens legis* foi em tudo respeitada.

À parte os vícios acima apontados, atinentes à **forma** e ao **motivo** do ato guerreado, é inafastável, outrossim, que o processo disciplinar inaugurado contra o impetrante importou em nítido **desvio de finalidade**.

Consoante reputamos haver demonstrado, a decisão final do procedimento administrativo em apreço louvou-se em falsa imputação de violação de deveres funcionais, com o claro intuito de penalizar o impetrante tão somente porque este ousou "lavar a roupa suja" da Receita Federal fora do Órgão, expondo ao **Ministério Público Federal** suas mazelas internas.

Tão evidente é a motivação meramente persecutória do procedimento disciplinar, que tais fatos ensejaram a instauração de inquérito civil público pela Procuradoria da República no Estado do Paraná, ulteriormente convolado na Ação Civil nº 98.10449-6, ora em trâmite na 2ª Vara Federal de Curitiba.

Extrai-se dos elementos constantes dos autos, pois, a convicção que o ato foi praticado em busca de finalidade não autorizada em lei.

Seleciona *Celso Antônio* que, *verbis:*

> "Não se pode buscar através de um dado ato de proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele, só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente segundo o modelo legal[18]."

Decerto que o agir da Administração, neste caso, configurou um "*mau uso da competência* que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada", consoante delimita a vigorosa pena do Prof. *Celso Antônio*[19].

Assim, por abrigar vício de **forma, motivo e finalidade**, o ato ora atacado é inapelavelmente inválido, fazendo jus o impetrante, portanto, à concessão da tutela mandamental.

II

Ex positis, opina o **Ministério Público Federal** pela concessão da ordem.

Brasília, 17 de junho de 1998.

ANDRÉA LYRIO DE SOUZA MAYER SOARES
Procuradora da República

---

[1] Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Lisboa: Almedina, 1998, p. 448.
[2] Direito Administrativo - 4ª ed. Rev. e amp. - São Paulo: Saraiva, 1995, p. 562.
[3] Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.264.
[4] Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.
[5] Ob. cit., p. 575.
[6] ROMS 6388-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 24/03/97.
[7] Curso de Direito Administrativo - 6ª ed. rev. e amp. - São Paulo: Malheiros, 1995, p. 493.
[8] Direito Administrativo - 7ª ed. - São Paulo: Atlas, 1996, 181.
[9] Ob. cit., p. 182.
[10] Ob. Cit., p. 206.
[11] Ob. cit., p. 206.
[12] Ob. cit., p. 208.
[13] p. 181.
[14] Curso de Direito Constitucional - 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 368.
[15] Ob. cit. pp. 365 - 366.
[16] Improbidade Administrativa - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público - São Paulo: Atlas, 1996, p. 143.
[17] Ob. Cit., p. 20.
[18] Ob. cit., p. 211.
[19] Ob. cit., p. 212.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO PEDÁGIO

Celso Antônio Três
PR/PRM Caxias do Sul - RS

O ***MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL***, forte nos arts. 5º, incisos XV, LXVII, § 2º (*direito de locomoção e tutela dos tratados internacionais*), art. 129, incisos II e III (*tutela dos direitos difusos indisponíveis*), art. 150, III (*vedação à limitação do tráfego de pessoas e/ou bens por pagamento compulsório*), todos da Constituição Federal de 1988; art. 13 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 22, '3', da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (*direito à liberdade de locomoção*); artigo 7º, inciso III, da lei 8.987/95 (*utilização do serviço com liberdade de escolha*); artigo 6º, inciso VII, alíneas "a" e "c", da Lei Complementar n.º 75/93; artigo 82, inciso I, da Lei 8.078/90 e artigo 5º da Lei n.º 7347/85, vem respeitosamente, perante a jurisdição de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com **pedido liminar** e preceito cominatório de **obrigação de não fazer** contra a ***UNIÃO FEDERAL,*** a ser citada na pessoa de seu Procurador Seccional em ....., Dr. Carlos Alberto Domingues Fagundes (art. 36, inc. III, LC 73/93), com endereço na Rua Souza Naves, 3921, 1º andar; o ***DNER - DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM,*** Autarquia Federal, inscrita no CGC/MF sob nº 33.628.777/0001-54, com sede no Setor de Autarquia Norte, Quadra 03, Lote "A", 4º Andar, Edf. Núcleo dos Transportes, Brasília (DF), a ser citado na pessoa de seu Diretor Geral, Sr. Maurício Hasenclever Borges; o ***ESTADO DO PARANÁ,*** a ser citado na pessoa de seu Procurador Geral, Dr.Luiz Carlos Caldas, com endereço na Rua Marechal Hermes, 999, Edifício Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, Curitiba (PR); o ***DER - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM***, Autarquia Estadual, inscrita no CGC/MF sob nº 76.669.324/0001-89, com sede na Av. Iguaçu, 420, 1º andar, na cidade de Curitiba (PR), a ser citado na pessoa de seu Diretor Regional, Sr. Paulinho Dalmaz; e a empresa ***RODOVIAS INTEGRADAS DO PARANÁ S/A,*** pessoa jurídica de direito privado, erigida sob a forma de sociedade anônima, com sede na Avenida Paraná, 294, no Município de Maringá (PR), a ser citada na pessoa de seus representantes legais, Srs. Nilton Marchetti e Marcelo Antonio Carvalho de Macedo; **segundo as razões e fundamentos subseqüentes:**

I. EXPLICITAÇÃO DO OBJETO

A presente ação tem por fim específico obter provimento jurisdicional que declare a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do pedágio na Rodovia BR-..., no trecho compreendido entre os Municípios de ..... e ....., atualmente com a Praça de Pedágio instalada no Município de ....., todos Municípios sob a jurisdição dessa Vara Federal.

Referido trecho faz parte integrante do Lote nº 02, do Convênio de Delegação firmado entre a União Federal e o Estado do Paraná, cuja exploração está a cargo do consórcio de empresas "Rodovias Integradas do Paraná S/A – VIAPAR", por força de contrato de concessão firmado com o Estado do Paraná, sob intervenção do Ministério dos Transportes.

Pretende o ***PARQUET,*** precipuamente, proteger os direitos difusos de locomoção (art. 5º, XV, CF/88) e individuais homogêneos de livre escolha do serviço (art. 7º, III, da Lei 8987/95), prejudicados em face da inexistência de vias alternativas de acesso que transportem os usuários aos mesmos destinos proporcionados pela rodovia em comento.

A inexistência de via alternativa resulta incontroversa, consoante mapa rodoviário em anexo.

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A atribuição do ***MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*** para propositura da presente *actio* está prevista no artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal, que estabelece como função institucional do ***PARQUET***, dentre outras, *a promoção da ação civil pública para proteção de interesses* ***difusos,*** *notadamente os de natureza constitucional, por excelência, indisponíveis* (arts. 5º, I e 6º, VII, "a", "c", e "d", da LC 75/93), especialmente quando violados pelo Poder Público, a exemplo do caso sob exame, onde é combatida a agressão à liberdade de locomoção da pessoa humana e de seus bens.

De igual sorte, tutela-se o direito **individual homogêneo** dos usuários (consumidores) da rodovia, dada a violação da facultatividade de sua utilização (art. 81, incs. I e III, do CDC).

De outra parte, considerando que a liberdade de escolha do usuário, prevista no art. 7°, III, da Lei 8987/95, incorporou-se ao conceito de serviço adequado (art. 6º, X, da Lei 8.078/90), seu desrespeito deve ser pron-

tamente coibido pelo Ministério Público, na qualidade de representante dos interesses dos usuários, razão da presente medida.

Sobre a devida caracterização dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, remete-se ao quadro do Juiz do TRF - 4ª Região e Professor de Processo Civil na UFRGS, Dr. Teori Albino Zavascki, "*verbis*":

Direitos

1) Sob o aspecto subjetivo são:

Difuso

Transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares (= não tem titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. No exemplo: morar na mesma região).

Coletivos

Transindividuais, com determinação relativa dos titulares (= não tem titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. No exemplo: o Estatuto da OAB).

Individuais Homogêneos

Individuais (= há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com "origem comum".

2) Sob o aspecto objetivo são:

Difuso

Indivisíveis (=não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).

Coletivos

Indivisíveis (=não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).

Individuais Homogêneos

Divisíveis (=podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais).

3) Exemplos:

Difuso

Direito ao meio ambiente sadio (art. 225).

Coletivos

Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF 107, I).

Individuais Homogêneos

Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (Cód. Consumidor, art. 18, § 1º, III).

4) Em decorrência de sua natureza:

Difuso

a) São insuscetíveis de apropriação individual. b) São insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*. c) São insuscetíveis de renúncia ou de transação. d) Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I). e) A mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito se dá com absoluta informalidade jurídica.

Coletivos

a) São insuscetíveis de apropriação individual. b) São insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos* seja *mortis causa*. c) São insuscetíveis de renúncia ou de transação. d) Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I). e) A mutação dos titulares coletivos da relação jurídica de direito material se dá com relativa informalidade (basta alteração nas circunstâncias de fato).

Individuais Homogêneos

a) Individuais e divisíveis, parte do patrimônio individual do seu titular. b) São transmissíveis por ato *inter vivos* (cessão) ou *mortis causa*, salvo exceções (direitos extra-patrimoniais). c) São suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g., direitos personalíssimos). d) São defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular) O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em Lei (CPC, art. 6º). e) A mutação do pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base) (contrato, sucessão mortis causa, usucapião, etc.).

Exsurge irrefutável, destarte, a legitimidade ativa do Ministério Público para propositura da presente ação, na **defesa dos interesses difusos da pessoa humana e individuais homogêneos dos consumidores (usuários da estrada)**, uma vez que a cobrança do pedágio, nos moldes ora realizados, conforme restará demonstrado adiante, consubstancia ato ilegal.

Dispensa-se, ademais, a publicação de edital no órgão oficial, dando notícia da propositura da presente ação (art. 94, Lei 8.078/90), dada a ampla divulgação na imprensa (reportagens em acólito) e a inexistência de prejuízo (art. 103, § 2º, do CDC).

III. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A presente ação é proposta contra a **UNIÃO FEDERAL**, ente **delegante** da administração e explo-

ração da rodovia em comento, assim como contra o **ESTADO DO PARANÁ**, na qualidade de **delegatário** do serviço.

Nada obstante a delegação da administração da rodovia ao **ESTADO DO PARANÁ**, permanece intocada a necessidade de formação do litisconsórcio passivo, no qual se arrole a **UNIÃO FEDERAL**, na medida em que a delegação simplesmente transfere a administração e exploração ao delegatário, permanecendo com o delegante a titularidade dominial do bem delegado, bem como a supervisão da concessão e, por decorrência, a co-responsabilidade pelos termos do contrato com a concessionária, *"verbis"*:

> ***Cláusula Quarta do Convênio nº 003/96, item 3:***
>
> *"Incumbe ao Ministério dos Transportes, na qualidade de DELEGANTE:*
> *(...)*
> ***II - Analisar e aprovar minutas de editais e contratos a serem firmados entre o DELEGATÁRIO e o Concessionário".*** (Grifei).

Também é proposta a presente ação contra o **DNER-DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM**, na qualidade de **interveniente do delegante** no Convênio celebrado entre a **UNIÃO FEDERAL** e o **ESTADO DO PARANÁ** para delegação da rodovia, assim como contra o **DER - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM**, porquanto consta no convênio sua participação como **interveniente do órgão delegatário.**

Finalmente, figura no pólo passivo da demanda, o consórcio de empresas denominado "**Rodovias Integradas do Paraná S/A - VIAPAR**", licitante vencedora da concorrência pública internacional nº 002/96, atual **concessionária** do lote nº 02, integrado por trechos das rodovias federais BR-158; BR-369 e BR-376; e respectivos acessos (contrato de concessão em anexo).

IV. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAR A MATÉRIA EM TELA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 109, I, é cristalina ao estabelecer a competência dos Juízes Federais para processar e julgar as lides em que a UNIÃO, EMPRESAS PÚBLICAS ou ENTIDADES AUTÁRQUICAS atuem na condição de autoras, RÉS, assistentes ou oponentes, salvo exceções específicas, não aplicáveis ao caso em apreço.

Por outro lado, o § 2º do sobredito dispositivo constitucional estabelece que:

> *"As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor,* ***naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa,*** *ou, ainda, no Distrito Federal".*

Em idêntico diapasão, a normatização da ação civil pública, definindo a competência do foro onde ocorrer o dano (art. 2º, da lei 7347/85), dentro dos limites da competência territorial do órgão prolator (art. 16, da Lei 7347/85).

Deste modo, considerando que o trecho rodoviário em tela encontra-se inserido no âmbito jurisdicional desta circunscrição (rol de municípios em anexo), competente se torna esse Juízo para conhecimento e julgamento da presente lide.

De outra parte, não há que se alegar competência do Supremo Tribunal Federal para análise do caso vertente (art. 102, I, "f", CF/88), posto que a proteção dos direitos de locomoção das pessoas em geral e dos usuários da rodovia (consumidores) - objetivo jurídico ora perseguido - não tem o condão de constituir conflito ao equilíbrio federativo, hipótese que ensejaria a aplicação da regra constitucional apontada.

É que referida norma (art. 102, I, "f", CF/88) tem aplicação restrita aos casos de inexorável conflito entre os entes federados.

"*In casu*", tratando-se de direito subjetivo dos utentes da estrada, de locomoção e de livre escolha do serviço, não há que se falar em lide de cunho político, capaz de desestabilizar a harmonia federativa.

Neste sentido, valoroso colacionar entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria em comento:

> *"**Conflito Federativo: Inexistência.** O Estado de Santa Catarina, com base no art. 102, I, f, da CF – que atribui competência originária ao STF para julgar (as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração direta) –, propôs perante o STF ação cautelar inominada contra o IBAMA visando suspender embargo oposto pela referida autarquia federal a determinada obra do Estado. O relator, Min. Ilmar Galvão, invocou a jurisprudência do STF que exclui da competência da Corte causas entre autarquias federais e Estados federados,* ***quando aquelas têm estrutura regional de representação no respectivo território estadual. Ponderou, ainda, que a ação em análise não coloca em risco a Federação. O Tribunal, por maioria, declarou sua incompetência para apreciar a causa.*** *Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Precedentes citados: ACO 417 (QO) (RTJ 133/1.059) e ACO 477 (DJU de 24.11.95)". (PET 1286 -Ag Rg-, rel. Min. Ilmar Galvão, 28.5.97, in Informativo do STF nº 73).*

De outra em parte, a lide em questão trata de interesses aparentemente convergentes entre a União Federal e o Estado-Membro, o que, *de per si*, afasta qualquer risco ao pacto federativo, sendo, destarte, competente para análise do feito, esse Douto Juízo Federal.

V. DOS FATOS

Através da Lei 9.277, publicada em 10 de maio de 1996, autorizou-se que a União Federal delegasse aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal, a administração e exploração de rodovias e portos federais.

Assim, em 25 de outubro de 1996, firmaram-se vários convênios, através dos quais a UNIÃO FEDERAL, por intermédio do Ministério dos Transportes e interveniência do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, **delegou,** ao ESTADO DO PARANÁ, este representado pela Secretaria de Estado dos Transportes do Paraná e Departamento de Estradas de Rodagem, **a administração de rodovias e a exploração de trechos de rodovias federais.**

Dentre os trechos delegados, o que nos interessa para deslinde da presente questão é o Lote nº 02, integrado **por trechos das rodovias BR-158, BR-369 e BR-376**, numa extensão de 453,80 KM (quatrocentos e cinqüenta e três quilômetros e oitenta metros), consoante cláusula segunda do termo de convênio nº 003/96, em anexo.

O Estado do Paraná, no caso específico do Lote em comento, conforme lhe facultou a Lei 9.277/96 (art. 4º) e o respectivo convênio (cláusula 3ª, § 1º), instaurou competente certame licitatório, perfectibilizado na "Concorrência Pública Internacional nº 002/96", objetivando a outorga de concessão da rodovia para administração e exploração privada, tendo sido declarado vencedor da concorrência o consórcio de empresas denominado "Rodovias Integradas do Paraná S/A" (Contrato de Concessão em anexo).

A partir da assinatura do contrato de concessão, a outorgada passou a realizar as obras de recapeamento da estrada, assim como de construção das praças de pedágio, passando a cobrar a tarifa de todos aqueles que se utilizam das rodovias.

Entretanto, inexiste via alternativa de acesso aos destinos proporcionados pelo trecho da Rodovia em comento (BR- ..., entre ..... e .....), razão pela qual o ***PARQUET*** propõe a presente demanda, visando proteger os direitos difusos de locomoção e individuais homogêneos de livre escolha dos usuários da estrada.

VI. DA HISTÓRICA ANTINOMIA ENTRE O PEDÁGIO E O ESTADO DE DIREITO, DADA A TUTELA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DESTE EM CONTRASTE COM A VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR DAQUELE

Palavra de origem latina (*pedatus, a, um*: que tem pés; *edacticum*: onde se põe o pé), o **pedágio** remonta à fase antiga na história da Humanidade, conforme lição de SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *in* Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, Forense, 1995, 6ª edição, págs. 68/69:

> *"O ter que pagar para passar é fato velho na história da humanidade. O Império dos Incas tinha caminhos pelos cimos e altiplanos da cordilheira andina desde a atual Colômbia até o Chile, ao Sul. No esplendor de Cuszco, para onde convergiam todas as estradas àquela época, já se cobrava <pedágio>, salvo dos estafetas do serviço postal imperial. Os impérios de antanho, quase todos, conheceram e cobraram pedágios.* ***Roma os exigia. na Idade Média os senhores medievais cobravam 'direitos de passagem', prática abusiva, que na época da florescência das feiras e da intensificação dos fluxos de comércio, os embaraçava muito, dificultando os negócios. Com o fortalecimento das coroas e, mais tarde, com o surgimento dos <Estados Nacionais>, os barões perderam o privilégio de exigi-los dos passantes".***(Grifei).

Segundo BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, *in* Compêndio de Direito Tributário, 5. ed., Editora Forense, pág. 337, *"a essência do pedágio estava no direito de passagem, v.g., que na Idade Média os senhores feudais cobravam em certas vias naturais de comunicações (nas estradas, nos rios), situadas em lugares estratégicos.* ***O pedágio era exigido pela pessoa que detinha o poder político do local, com a finalidade de obter recursos para si. Bastava a simples passagem pelos caminhos ou áreas predeterminadas, seja a pé (pedágio), a cavalo, através de barco (barcagem) ou de veículo (rodágio), para ser devido o pedágio".*** (Grifei).

A Revolução Francesa, berço do Estado de Direito, cuja síntese de suas conquistas está documentada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1.789), legítimo norte da civilização moderna e contemporânea, teve por uma de suas premissas exatamente a extinção dos pedágios, espécie das tantas cobranças feudais, então genericamente denominadas ***banalidades***, "verbis":

> *"... Os direitos senhoriais encontravam seu princípio na soberania exercida na Idade Média pelos senhores. Da autoridade senhorial, substituía uma parte da justiça, alta ou baixa, caráter essencial do senhorio - prerrogativas honoríficas, símbolo da superioridade social do senhor -, monopólios como o direito exclusivo de caça, e as* ***banalidades*** *..."*(Grifei) (A Revolução Francesa, Albert Soboul, Difusão Editorial S/A, 1985, p. 21 - cópia em anexo -).

Tratando da abolição da feudalidade, reitere-se, móvel da Revolução Francesa, diz a voz da história, "*verbis*":

> *"... O sistema feudal criava obstáculo à transformação capitalista da agricultura e da economia em conjunto. Esta última exigia a liberdade do indivíduo e da mão-de-obra, portanto a abolição da servidão; a liberdade da produção, portanto a supressão das banalidades e dos mono-*

pólios senhoriais; a mobilidade da propriedade, portanto a desaparição do direito de primogenitura, da remissão feudal e do direito de feudo livre; a unificação do mercado, portanto a ***destruição dos pedágios*** *...*" (Grifei) (obra cit. p. 43/44).

Ainda sobre a titularidade dos poderes (direitos) típicos de Estado (Poder Público), até então exercidos pelos Senhores Feudais, "*verbis*":

"*... os direitos presumidos usurpados em detrimento do poder público ou por este concedido, ou ainda estabelecidos pela violência: direitos honoríficos e direitos de justiça, direitos de mão-morta e de servidão, corvéias pessoais, banalidades e* ***pedágios****, direitos de caça, de colombier e de garenne;* ***eles foram totalmente abolidos*** *...*" (Grifei) (obra cit. p. 46).

Sobre as conquistas mais caras da Revolução Francesa, "*verbis*":

" *... A liberdade do comércio interno foi acompanhada da unificação do mercado nacional pela* ***abolição das duanas internas e dos pedágios,*** *pelo recuo das barreiras que incorporou as províncias de estrangeiro efetivo, enquanto a abolição dos privilégios das companhias comerciais liberava o comércio externo ...*" (obra cit., p. 48).

VII. HISTÓRICO DO PEDÁGIO NO BRASIL

No Brasil, o pedágio apareceu pela primeira vez, na Carta Política de 1946, especificamente em seu artigo 27, denominado, equivocadamente, como "taxa pública", oportunidade em que se estabeleceu a possibilidade dos entes federados cobrá-lo para amortização dos custos despendidos com a construção, manutenção e melhoramento das estradas (*in* Ciência Jurídica 77, set/out/97, pág. 374).

HELY LOPES MEIRELLES chama a atenção para a impropriedade redacional da CF/46, repetida na CF/67, no tocante à institucionalização do pedágio, conforme a seguir transcrito:

"*Esse erro de técnica passou para a Constituição do Brasil de 1967, que no inciso II do art. 20, repetiu a mesma impropriedade, ao vedar a cobrança de tributos interestaduais ou intermunicipais, <exceto o pedágio para atender ao custo de vias de transporte>. Ora, se o pedágio não é tributo (é preço), tinha que ser excetuado dos tributos, porque já não estava alcançado pela vedação constitucional.* ***Sua cobrança seria permitida, independentemente da ressalva oposta pelo desavisado constituinte. Nenhum preço exige permissão constitucional para ser cobrado.*** *Todos eles decorrem do poder genérico concedido à União, aos Estados e aos Municípios - e a seu delegados, concessionários e permissionários - de haver a remuneração de seus bens e serviços" (in* RT 430/33).

Oportunamente, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, suprimiu a ressalva relativa ao pedágio. Referida supressão ensejou a errônea exegese por parte de alguns intérpretes, de que a cobrança do pedágio, a partir de então, estaria vedada. Entretanto, não foi essa a "*mens legis*" contida no texto constitucional. É o ensinamento do já citado HELY LOPES MEIRELLES:

"*A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969 à Constituição da República, corrigiu o erro das Constituições anteriores, suprimindo a inútil exceção aberta para a cobrança do pedágio dentre os tributos vedados à imposição federal, estadual e municipal (tributos de barreira - art. 19, n. II), e o fez pela simples consideração de que pedágio não é tributo: é preço público; é tarifa. E como preço público dispensa autorização constitucional para ser cobrado pelo Poder Público ou por seus concessionários". (in* RT 430/33).

Contudo, inadvertidamente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, V, previu novamente, a ressalva ao direito fundamental de locomoção através da cobrança de pedágio. Não precisava tê-lo feito, em face da sua perfeita dispensabilidade.

Com efeito, tratando-se de preço público, prescindível a previsão constitucional, eis que sua cobrança, em se cumprindo os requisitos intrínsecos à espécie, consubstancia ato válido e legal.

Tanto é assim, que a presente ação não se volta contra a possibilidade de cobrança da exação. Combate-se, sim, sua ilegalidade e inconstitucionalidade em face do não cumprimento dos critérios estabelecidos para sua validade e eficácia jurídica, consoante restará demonstrado adiante.

VIII. DA TUTELA UNIVERSAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, VEDANDO-SE QUALQUER LIMITAÇÃO, INCLUINDO AS DE ORDEM ECONÔMICA (PEDÁGIO)

"*Toda a pessoa tem o direito de circular livremente e de escolher a sua residência, dentro de um Estado*" (Art. 13 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU/1948 - c/c art. 5º, § 2º da CF).

Sobre os requisitos à exigibilidade dos tratados internacionais no direito interno, a **SUPREMA CORTE**, de longa data, tem posição categórica, "*verbis*"

"*... Assim, celebrado o tratado ou convenção por representante do Poder Executi-*

vo, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial, tem-se como integrada a norma da convenção internacional no direito interno ..." (STF, Carta Rogatória 8.279- República da Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, 04.05.98, Informativo do STF 109 - cópia em anexo -).

Entre os que preenchem esses pressupostos, está a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica/1969), devidamente aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo 27, de 26.05.92) e promulgado pelo Presidente da República (Decreto 678, de 06.11.92 - cópia em anexo -). O direito de locomoção está consagrado no art. 22, "*verbis*":

> *"1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.*
> *"omissis"*
> ***"3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas"***(Grifei).

Salta aos olhos que o pedágio ora combatido não cumpre sequer um desses requisitos que, à limitação ao direito de locomoção, impõem o cumprimento de todos, cumulativamente. "*In casu*", **não** está fixado em lei, **não** destina-se à proteção de infrações penais, à segurança pública ou nacional, à moral ou à saúde públicas, **muito menos**, antes pelo contrário, à garantia dos direitos e liberdades das demais pessoas.

A atual Carta Política deu especial ênfase à liberdade de locomoção, inovando, tanto assim que consagrou um dispositivo próprio, "*a latere*" do já tradicional habeas-corpus, "... ***o que não era feito pelas anteriores*** ..." (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, RT, 6ª Edição, 1990, p. 211), "*verbis*":

"é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens"(art. 5º, XV, CF/88).

Acerca do direito fundamental de livre locomoção no território nacional, estampado no art. 5º, inc. XV, CF oportuno transcrever doutrina do insigne JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 9. ed., Malheiros, págs. 216/217:

> *"A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer sem necessidade de autorização. Significa que 'podem todos locomover-se livremente nas ruas, praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção', dizia Sampaio Dória no regime da Constituição de 1946".*
> *"Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.* ***Em tal caso, a utilização da via 'não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável erga omnes. Em conseqüência, a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia'.***
>
> *Isso quer dizer - acrescenta Escribano em nota - que, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá um direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada. Em conseqüência, a menos que circunstâncias excepcionais o obriguem (a ruína iminente de um edifício) a Administração não poderá legalmente impedir esta utilização sempre deixando a salvo os direitos dos confinantes". (Grifei).*

Do próprio insigne constitucionalista, importante remissão jurisprudencial, "*verbis*":

> *"Qualquer cidadão (em verdade, qualquer indivíduo) tem direito público subjetivo de transitar por estradas públicas municipais e, conseqüentemente, o direito de exigir da administração municipal que se abstenha de perturbar-lhe ou impedir-lhe livre trânsito por via que, de longa data, vem sendo usada pelo povo (TASP, Rel. Alcides Faro, 16.4.52, RT 203/412. Parênteses nossos)".*

Assim, não basta dizer que o indivíduo tem a opção de não se utilizar da rodovia, desde que não viaje. A conjugação dos dois direitos - liberdade de escolha e livre locomoção - é imprescindível na hipótese de cobrança de pedágio.

Nem se alegue que o direito de livre locomoção na rodovia estaria garantido, mesmo com a cobrança de pedágio, sob o fundamento de que o interessado poderia trafegar graciosamente pela via, à pé. Referido

argumento esbarra na faculdade atribuída ao utente de locomover-se com seus bens (art. 5º, XV, CF/88).

Conforme ensinamento do mestre CELSO RIBEIRO BASTOS, em sua obra Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, Vol. 02, pág. 87:

> *"O que cumpre deixar consignado é que o levar consigo os seus próprios pertences compõe o perfil do próprio direito em estudo. Não fora assim muito frágil seria o direito, visto que em boa parte das vezes a deslocação individual está inexoravelmente condicionada à possibilidade de condução do seu patrimônio".*

Afora isso, a Carta Política reitera a tutela à locomoção, consoante o já secular *habeas-corpus*:

> *"conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofre ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em usa liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, LXVIII da CF).*

Sendo ainda mais específica, a Lei Fundamental veda a utilização de tributo (preço compulsório) como instrumento constrangedor da locomoção, "*verbis*":

> *" Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias assegurada ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *"omissis"*
> *"V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público".*

Ora, sendo o pedágio preço público, consoante já assentou a **SUPREMA CORTE** (Suspensão de Segurança 583 (AgRg) - RS - Rel. Min. Octavio Galloti, *in* RTJ 150/700), a facultatividade é sua "*ratio essendi*". Portanto, sendo o direito de locomoção irrenunciável por excelência, dada sua categoria de garantia fundamental, a existência de apenas uma via, cuja utilização está condicionada ao pagamento, traduz-se em imposição, **preço compulsório**, autêntica tributação, *in casu*, duplamente inconstitucional, seja pela lesão ao direito de locomoção, seja pela ofensa aos princípios da legalidade e anterioridade (art. 150, I e III, "a", da CF).

Frise-se que não se trata de deixar de ter telefone ou energia elétrica na residência (serviços públicos opcionais colocados à disposição do indivíduo), mas sim de ser cerceado no direito fundamental e irrenunciável (garantia individual prevista na CF) de ir e vir.

Isso sem mencionar que foi o próprio contribuinte, através do pagamento de pesados impostos, que concorreu para construção da rodovia entregue graciosamente à exploração mercantil pelo setor privado.

Neste aspecto, apropriado colacionar lição do ilustre Professor de Direito Romano da Faculdade de Direito de Curitiba, da UFPR, da PUCPR e da UTP, Dr. ALOISIO SURGIK, em artigo juntado em acólito, no qual esclarece acerca da "Violação da Liberdade na Cobrança de Pedágio":

> *"É inadmissível o que vem ocorrendo no Brasil, onde, depois de o cidadão ter sido compelido a pagar os mais variados tributos, sob promessa de retorno em obras públicas, segurança, etc. acaba sofrendo violação em seu direito mais fundamental expresso no direito de ir e vir - o direito à liberdade – com a cobrança de pedágio, sob mera promessa de futura melhoria da qualidade, precisamente sobre as rodovias e vias públicas que ele próprio já custeou, em solo que já lhe pertence por direito como solo público. A injustiça aí é flagrante e não comporta qualquer tergiversação" (Verba Juris, Ano I, Nº 1, Agosto/98, pág. 34).*

Assim, o pedágio que, mundialmente, é a contraprestação a determinados benefícios (v.g., socorros médico e mecânico, telefonia, vias de trânsito rápido e seguro com múltiplas pistas, sinalização e vigilâncias especiais, etc,); em sendo imposto à utilização da única estrada que comporta locomoção, converte-se em pagamento, não daquelas prerrogativas, antes disso, do mero exercício do direito fundamental de ir e vir.

Sob essas condições torna-se mais do que um tributo, pois a inadimplência deste permite apenas o executivo patrimonial sem a restrição do direito (*v.g.*, Súmula 67 e 323 do STf); já a inexistência de prévio pagamento do rodágio, importa na supressão do direito de ir e vir, conseqüência sem paralelo no Estado de Direito.

Estando o direito de locomoção graduado como direito fundamental, inerente ao ser humano, não constituído, apenas declarado pelo Estado, blindado pela imutabilidade pétrea (art. 5º, XV e LXVIII da CF), evidentemente, prepondera sobre o permissivo do pedágio (art. 150, V, "*in fine*", da CF), devendo, esse preço público, ser interpretado de forma a não sacrificar aquele direito basilar, ou seja, sujeito ao requisito da existência de uma via alternativa pública.

Sobre os direitos fundamentais, PONTES DE MIRANDA, "*verbis*":

> *" ... Os direitos supra-estatais são, de ordinário, direitos fundamentais absolutos. Não existem conforme os cria ou regula a lei; existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis: precedem-nas; não tem o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes ..."* (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969, RT, 2ª Edição, Tomo IV, p. 87).

De outra parte, o **PODER JUDICIÁRIO FEDERAL** já acolheu essa tese do condicionamento do pedágio à existência de via alternativa pública (Agravo de Instrumento 01.00.000274-9-MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, 15.04.97, *in* Ciência Jurídica 77/386).
Em comentários aos requisitos para cobrança do pedágio, leciona o mestre HELY LOPES MEIRELLES:

> *"No caso particular do pedágio, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego (via expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada* ***e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino),*** *embora em condições menos vantajosas de tráfego. Esses requisitos são hoje indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional". (Grifei).*

Finalmente, diga-se que o debate trava-se entre o **interesse público** (liberdade de locomoção da pessoa humana e seus bens e de opção dos usuários) e o **interesse privado** (lucro desmedido da concessionária e dos circunstantes políticos à custa do patrimônio público).

Sobre o conflito do Estado, permeado pelo interesse privado, e o Direito, razão da concepção do Estado, reporta-se a PONTES DE MIRANDA, "*verbis*":

> *" ... Quando o Direito existente compromete ou começa a comprometer a existência do Estado, surge a alternativa de transformar-se o Direito, para que o Estado, incólume, prossiga, ou de transformar-se o Estado, para que o Direito,* ***indispensável ou necessário à vida e à evolução social,*** *possa permanecer ..."*(Grifei) (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969, RT, 2ª Edição, Tomo I, p. 87).

Inobstante a avalanche "transformadora" (espezinhadora) do Direito (pletora de medidas provisórias e emendas constitucionais), bravamente, a Carta Política resiste como salvaguarda dos fundamentos do Estado de Direito.

Sobre a antinomia entre o interesse privado (direito subjetivo) e o interesse coletivo (Estado de Direito), novamente, Pontes de Miranda, "*verbis*":

> *" ... O meu direito (subjetivo) significa a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do Príncipe. A afirmação, ainda recente, de que o direito subjetivo é o comando da lei feito comando do titular (F. Carnelutti, Dante Angelotti) enuncia o vício individualístico da "soberania privada", um dos grandes absurdos da época despótica. O absolutismo, morto no nascedouro da lei, mas redivivo no sujeito de direito. Tal aberração chegou ao ponto de se falar em súditos dos sujeitos do direito, do proprietário, do locador de coisas, do credor de dinheiro, como há súditos do Estado. Mistura, como se vê, de conceitos de direito público e conceitos de direito privado, generalização descomedida e incabível do ius subiectionis, que representou, no próprio direito extinto, a interpretação despótica de séculos absolutistas ou semi-absolutistas, se assim podemos dizer ..."*(obra cit., p. 132).

"*In casu*", a primazia ao interesse privado (concessionária e circunstantes políticos) em sacrifício do bem comum, remanesce escandalizada na Cláusula XIII, onde o Estado do Paraná compromete-se a não construir vias alternativas, sob pena de estar obrigado a compensar a receita da Rodovias Integradas do Paraná S/A, "*verbis*":

> *" ... ressalvados os casos em que a redução de trânsito resulte de ato unilateral do Contratante ou do Poder Concedente (v.g.,* **construção de outras rodovias**) *com impacto no equilíbrio-econômico e financeiro deste CONTRATO"* (observação entre parênteses do signatário).

Não é sem razão que a Concessionária arroga-se o poder de obstruir, com tapumes e escavações, as raras vias alternativas e não pavimentadas (reportagens em acólito).

Em idêntico diapasão, a Cláusula XVIII, 4 e 6, vedando a concessão de benefícios tarifários de parte do Estado (poder emanado do voto), permitindo-o, todavia, ao bel prazer da Concessionária (poder emanado do feudo), entre outras razões, para ressarcir o "lobby" dos circunstantes políticos.

O primor do regime feudal a que estão submetidas as rodovias em comento formaliza-se na Cláusula XI, 3, "*in fine*", quando a Concessionária é contemplada com os valores pertinentes às multas por excesso de peso, transferindo ao particular uma receita pública que nem mesmo o Legislador poderia fazê-lo, sem referir a destinação fixada em norma federal (art. 320 do Código de Trânsito). Todavia, não é tudo. Confere-se também à Concessionária o "*jus puniendi*", outorgando-lhe o poder de autuação.

Definitivamente, é de deixar qualquer Senhor Feudal da Idade Média constrangido.

IX. PEDÁGIO: TAXA (PAGAMENTO COMPULSÓRIO) OU PREÇO PÚBLICO (PAGAMENTO FACULTATIVO)?

A compulsoriedade da fruição do serviço colocado à disposição do utente é ponto delimitador dos conceitos de taxa e preço público.

Se o serviço colocado à disposição do usuário pelo Poder Público, por si ou através de terceiro, revestir-se de compulsoriedade, referida prestação será remunerada mediante taxa. Caso contrário, inexistindo a

compulsoriedade, a contraprestação pela fruição da benesse, dar-se-á mediante o pagamento de preço público, gênero do qual é espécie a tarifa.

Somente a lei poderá estabelecer a compulsoriedade da fruição do serviço, conforme **ROQUE ANTONIO CARRAZZA**, Curso de Direito Constitucional Tributário, 5.Ed., Malheiros, pág. 275:

> *"A compulsoriedade da fruição do serviço público nasce da lei. Esta, no entanto, não tem total liberdade para impor, aos administrados, o dever de utilizar todo e qualquer serviço público. Antes, tal obrigatoriedade deve respaldar-se num valor ou interesse público prestigiado pela Constituição.*
> *Assim, a lei pode e deve obrigar os administrados a fruírem, dentre outros, dos serviços públicos de vacinação, de coleta de esgotos, de coleta domiciliar de lixo, de fornecimento domiciliar de água potável. Por quê? Porque, nestes casos, está em jogo a saúde pública, um dos valores que a Constituição brasileira prestigiou.*
> *Em contrapartida, a lei não pode obrigar os administrados a fruírem dos serviços públicos de telefone, gás, de conservação de estradas de rodagem, etc. É que, embora estes serviços devam ser prestados pelo Estado (daí serem públicos), não realizam valores constitucionalmente consagrados. São serviços públicos de fruição facultativa.*

Consectário lógico, a remuneração paga a título de pedágio consubstancia **preço público**, eis que inexiste compulsoriedade em sua cobrança, na medida em que o usuário somente se utilizará do serviço colocado à sua disposição facultativamente e segundo sua livre e espontânea vontade.

Neste sentido HELY LOPES MEIRELLES:

> *"(...) o pedágio é um simples preço público (estranho à categoria dos tributos), que visa a remunerar a construção e manutenção* ***de obras rodoviárias especiais, de utilização vantajosa e facultativa para os usuários****. Não é taxa; não é imposição fiscal compulsória e dependente de autorização constitucional para sua fixação e arrecadação. É um preço público, de livre pagamento por quem utiliza o bem ou serviço oferecido aos interessados na sua fruição. Daí por que a Emenda Constitucional nº 1, em boa hora excluiu o pedágio dos tributos de barreira cuja cobrança é proibida em nosso País." (Grifei)*

Frise-se que os próprios contratantes da concessão da rodovia, ora RÉUS da presente demanda, também classificaram o pedágio como preço público, porquanto denominaram-no tarifa (*v.g.*, cláusula I, alínea "k"; cláusula XIV, item 3, cláusula XV; etc., todas do contrato de concessão).

Nem poderia ser diferente, na medida em que fosse considerada taxa, indispensável seria sua criação mediante lei, atendidas as exigências formais previstas na CF/88 (arts. 150 e seguintes).

Ademais, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, classificou o pedágio como preço público (Suspensão de Segurança nº 583 (AgRg) - RS - Relator: Sr. Ministro Octavio Galloti, *in* RTJ 150/700).

X. SUBSUNÇÃO DO PEDÁGIO ÀS LEIS 8.987 E 9074/95

De outra parte, considerando que o pedágio consubstancia contraprestação paga pelo utente da rodovia, em face dos serviços realizados pela concessionária, consistente na "*conservação, reforma, ampliação (duplicação) e melhoramento*" da estrada, assim como demais serviços colocados à sua disposição (serviço de guincho, médico, de patrulhamento, etc.), conclui-se que sua cobrança, está subssumida aos ditames das Leis 8.987/95 (com as alterações da Lei 9.648/98) e 9.074/95, relativas à concessão e permissão de serviços públicos.

Assim dispôs o art. 2º, inc. III, da Lei 8.987/95:

> *"Art. 2º - Para fins do disposto nesta lei, considera-se:*
> *III- concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado."*

Neste sentido, oportuno colacionar-se lição de HÉLVIO SIMÕES VIDAL, ilustre representante do Parquet Estadual de Minas Gerais, que ao citar ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL e DIÓGENES GASPARIN, ensina-nos que:

> *"Esta chamada 'delegação contratual' da execução do serviço, feita intuitu persoane submete-se, hoje, ao que dispõe as Leis nºs 8.987 e 9.074 ambas de 1995, ficando a elas sujeito, evidentemente,* ***a exploração das rodovias*** *(no âmbito federal, estadual e municipal, parágrafo único, art. 1º da Lei nº 8.987/95),* ***bem como, o regime jurídico da cobrança do pedágio****, valendo dizer que trata-se de norma inquestionavelmente de âmbito público e de aplicação compulsória aos demais componentes da Federação,*

que não podem produzir legislação conflitante com aquela (Cf. ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, "Concessão de Serviço Público", Malheiros, 1996, p.15).
"(...)Como observa DIÓGENES GASPARIN, "Direito administrativo"., Saraiva, 1995, p. 607: 'Pela concessão de serviço público obriga-se o delegatário a , previamente, promover a construção, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de uma obra de interesse público e, após, explorá-la na prestação dos serviços que dela pode obter. São exemplos dessa modalidade de concessão, segundo essa definição, as seguintes: a) O empresário constrói um viaduto, executando a obra por sua conta, risco e perigo. Concluído o viaduto passa a explorá-lo durante um certo prazo, cobrando de seus usuários uma tarifa (pedágio) para se remunerar e amortizar o capital investido; ***b) um consórcio se responsabiliza pela conservação de uma estrada de rodagem, executando os respectivos serviços sob sua conta, risco e perigos, cobrando dos usuários uma tarifa (pedágio) para se remunerar e amortizar o capital investido*** *(...)"(in* Ciência Jurídica, Volume 77, setembro/outubro/97, pág. 376/377). (Grifei).

Irrefutável, portanto, a aplicabilidade dos textos legais apontados em relação à concessão da rodovia federal, mormente considerando que o próprio contrato de concessão em análise, aduz em seu preâmbulo, a subsunção do serviço aos rigores das leis 8.987/95 e 9.074/95.

XI. INEXISTÊNCIA DE VIA ALTERNATIVA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE LIVRE LOCOMOÇÃO E ESCOLHA DO SERVIÇO

Demonstrada a aplicação das Leis 8.987 e 9.074/95, cumpre destacar o art. 7º, da Lei 8.987/95, que trata dos direitos e deveres dos usuários de serviços públicos.

Anteriormente à alteração provocada pela Lei 9.648/98, estabelecia o art. 7º, III, da Lei 8.987/95, como direito do usuário:

> *"obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente".*

Com a nova redação dada pela lei 9.648/98, a liberdade de escolha prevista no art. 7º, inciso III, da Lei 8987/95, restringiu-se à escolha entre vários prestadores de serviços, sedimentando o caráter de não exclusividade das concessões de serviços públicos.

Os mais afoitos poderiam alegar que a liberdade de escolha, até então interpretada como o direito subjetivo do usuário em optar pela fruição ou não do serviço colocado à sua disposição (conforme sua vontade), estaria restrita à opção entre os diversos concessionários do serviço.

ENTRETANTO, NO CASO ESPECÍFICO DAS RODOVIAS NAS QUAIS INCIDE A COBRANÇA DO PEDÁGIO, O DIREITO DE LIBERDADE DE ESCOLHA DO USUÁRIO DEVE SER ANALISADO LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A SUA GARANTIA FUNDAMENTAL DE LIVRE LOCOMOÇÃO E, PORTANTO, O SEU DIREITO DE CIRCULAR LIVREMENTE PELO TERRITÓRIO NACIONAL, SEM QUALQUER RESTRIÇÃO.

HÉLVIO SIMÕES VIDAL, já citado, em comentário ao art. 7º, III, da Lei 8.987/95, anterior à publicação da famigerada Lei 9648/98, esclarecera que:

> *"Criou-se assim, um importante mecanismo jurídico que visa a coibir a 'prestação compulsória' do serviço, ainda que disfarçada, porque a liberdade de escolha não pode ser entendida, hoje, como a facultatividade do serviço que pode livremente ser utilizado, ou seja, tratando-se especificamente sobre concessão de rodovias o usuário não pode ser compelido a delas utilizar-se, sendo-lhe garantido o direito de circular (com todas as comodidades ou conveniências) ou não, através da rodovia submetida ao regime de pedágio. No primeiro caso, deverá pagar pelos serviços efetivamente usufruídos, mediante tarifa (art. 9º da Lei 8987/95).*
> ***Liberdade de escolha, no que toca à matéria e ao regime jurídico do pedágio, não pode significar outra coisa senão a obrigação do Poder Público em dar ao usuário uma opção, uma alternativa viária que o leve ao mesmo destino daquela outra via sujeita a regime especial de pedágio.*** *(Ciência Jurídica 77/390). Neste ponto, a novel Lei de Concessões é, realmente, inovadora, pois o dispositivo traz salutar comando legal, cuja inobservância fere mortalmente qualquer pretensão à cobrança de pedágio, que, à ausência da reclamada "liberdade de escolha" (rectius via alternativa livre e desimpedida) desfiguraria o caráter jurídico do pedágio, transformando-o em indisfarçável tributo, sem que a tanto estivessem tanto o Poder concedente quanto o concessionário autorizado.*
> ***Por evidente, para haver coexistência entre o direito de ir e vir e a possibilidade de impor-se limitação ao tráfego de pessoas ou bens, mediante a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, direitos com foro constitucional (arts. 5º, XV, e 150, V, CF/88), a síntese da quaestio somente poderá ser representada pela possibilidade dada ao particular de utilizar-se, de acordo com sua con-***

veniência, da reclamada "< via alternativa", independente do pagamento da tarifa, e desde que aquela possa levá-lo ao mesmo destino, embora em condições menos vantajosas.
Liberdade de escolha e direito à rota alternativa são conceitos equivalentes, não havendo outra interpretação razoável e lógica para o inc. III da Lei 8.987/95, senão aquela sustentada no presente texto." (Grifei).

Conclui-se, portanto, que no caso de utilização das vias públicas outorgadas à administração privada, sobre as quais incidam pedágios, compete ao Poder Público a criação de vias alternativas ao utente, para que o mesmo possa valer-se de seu direito de livre locomoção.

Cumpre destacar, de outra parte, o art. 9º, § 1º da Lei 8.987/95, com redação dada pela Lei 9.648/98, na qual *"a tarifa cobrada pelo serviço não estaria condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito ao usuário"*.

Nem mesmo o caráter obscuro do referido dispositivo legal (art. 9º, § 1º, da Lei 9648/98), inexoravelmente elaborado "por encomenda", fruto do "lobby" que avilta as instituições públicas dessa Pátria, é suficiente para afastar a necessidade de via altenativa gratuita ao utente.

Isto porque a legislação deve ser interpretada conforme a Constituição. *"In casu"*, a interpretação literal da Lei 9648/98 induz à restrição dos direitos de liberdade de escolha e de locomoção. Sendo, deste modo, restritiva de direitos fundamentais, afastada está presunção de constitucionalidade da lei.

Consectário lógico, o art. 9º, § 1º, não pode ser aplicado ao pedágio, na medida em que a livre locomoção do indivíduo e de seus bens foi garantida pela Carta Magna, não podendo ser restringida via norma ordinária.

Oportuno ressaltar que, em recente julgado, o TRF 1ª Região, decidiu, à unanimidade, que **inexistindo "via alternativa", ilegal será a cobrança do pedágio**, determinando a cessação da cobrança da tarifa até que a concessionária faculte ao usuário a escolha, mediante a possibilidade de utilização de via secundária (art. 7º, III, da Lei 8.987/95) - (Agravo de instrumento nº 1.997 - 01.00.000274-9-MG, decisão em 15.04.1997, em anexo)

Note-se, ademais, que não basta um mero desvio, ou trecho de chão para que se configure a via secundária. Indispensável que haja um mínimo de condições de trafegabilidade, mesmo que em condições inferiores às oferecidas pela via conservada pelo setor privado.

Neste sentido, HÉLVIO SIMÕES ao conceituar via alternativa, leciona que:

"Sendo a alternativa viária uma faculdade atribuível a qualquer cidadão, a via que permita o by pass deve possibilitar o trânsito de todo e qualquer automóvel, com mínimas condições de trafegabilidade, segurança, conforto, embora em condições menos vantajosas do que a auto-estrada submetida a regime de pedágio.
Exclui-se, então, possa ser considerada alternativa uma estrada de chão, de terra batida, em precárias condições de trânsito, porque, assim, não se estaria garantindo a qualquer pessoa a possibilidade de por ali transitar". (in ciência Jurídica 77/377)

XII. DO SERVIÇO ADEQUADO

A Constituição Federal, em seu art. 175, IV, estabelece a obrigação do concessionário/permissionário em manter sempre o serviço adequado.

A conceituação acerca de serviço adequado surgiu posteriormente com a publicação da Lei 8.987/95, que em seu art. 6º, § 1º, assim definiu:

"Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

Assim já prelecionava o mestre HELY LOPES MEIRELLES, à luz da Constituição anterior:

"Sendo o pedágio como é uma tarifa e portanto um preço tanto pode ser cobrado pelo poder público como por seus concessionários incumbidos da construção e conservação de obras rodoviárias ***desde que a empresa atenda aos requisitos constitucionais da concessão, ou seja, prestação de serviço adequado, tarifa justa e fiscalização pelo poder concedente*** *(Constituição da República, art. 167, n.s I a III)".*

A prestação inadequada do serviço pode ensejar a intervenção (art. 32 da lei 8987/95) por parte do poder concedente, ou então, a caducidade do contrato de concessão (art. 38 da lei 8987/95).

A preponderância do interesse privado (Concessionária e circunstantes políticos) sobre o interesse público resta evidenciada na própria estruturação do contrato. Nas mais de 60 (sessenta) laudas, o direito dos usuários, matéria que deveria merecer a tutela mais detalhada, resume-se aos pífios e inócuos poderes de informação e denúncia de irregularidades (Cláusula XXII).

No referente a tão decantada, propagandeada e mistificada assistência aos usuários, *"verbis"*:

"A CONCESSIONÁRIA obriga-se a assegurar assistência permanente aos usuários das rodovias principais que compõem o LOTE, nomeadamente por intermédio de serviços de socorro, ***em coordenação com os sistemas públicos pertinentes"*** (Cláusula XLIV) (Grifei).

Nota-se que o contrato de concessão firmado pelo Estado do Paraná com a "Rodovias Integradas do Paraná S/A", simplesmente estabeleceu que devem ser "*mantidos em níveis satisfatórios os riscos de acidentes, compreendendo, também, os serviços de atendimento mecânico/resgate, e de atendimento médico de primeiros socorros*"(cláusula XVI, item 3, alínea "e", do contrato), sem, contudo, prever as condições específicas de segurança.

Quais os "*serviços de socorro*"?

Mecânico, eletro-eletrônico, médico, odontológico, ...?

Qual a proporção entre distância e fluxo de trânsito em relação à disponibilidade de ambulâncias, guinchos, etc.?

E a telefonia? Qual o espaçamento máximo entre os terminais?

Aliás, aonde está previsto serviços de telefonia no contrato?

No final do dispositivo, nada mais cômodo, eis que todos esses encargos da Concessionária, mediante um simples telefonema aos órgãos públicos, *v.g.*, Hospital Regional de ....., restam eximidos de sua responsabilidade.

Como avaliar-se, destarte, a qualidade da segurança oferecida pela concessionária, se o próprio contrato não estabelece os parâmetros para sua aferição? É lamentável, que um item primordial como a segurança do usuário, tenha ficado à margem da avença.

De outra parte, ainda em relação à adequação do serviço, cumpre observar que a **abusividade da tarifa** cobrada, afasta a indispensável modicidade tarifas, tornando, por esse prisma, inadequado o serviço.

De acordo com a Federação da Agricultura do Estado do Paraná (artigo publicado na imprensa em anexo), o custo do pedágio é incompatível com o valor da produção agrícola. Há produtos cuja produção tornar-se-á inviável, se não houver redução dos custos das tarifas:

> *"O governo do Estado precisa se conscientizar que as rodovias e a infra-estrutura não podem ser um fim em si mesmos, mas um meio para viabilizar a produção agrícola".* (Boletim Informativo SENAR - PARANÁ nº 530).

Onde está, *in casu*, a modicidade da tarifa, fator indispensável para configuração do serviço adequado?

Como bem salientou Fernando Lemme Weiss, em artigo publicado na RJ nº 235, pág. 22:

> *"O respeito aos direitos dos usuários e a adequação do serviço, previstos no art. 175, II e IV, da CF, bem como à modicidade, pela L. 8.987, art. 6°, § 1º, somente são alcançáveis através da competição.* ***Nenhum preço é módico se puder ser imposto por quem o cobra.*** *A vetusta análise das planilhas de custo de cada empresa por órgãos da administração pública, sempre serviu apenas para homologar preços abusivos e custos inchados, em detrimento do usuário.*
>
> ***Quem possui a exclusividade da prestação de qualquer serviço essencial não tem por que ser cortês, cobrar tarifas módicas nem atualizar-se (art. 6°, da L. 8.987).*** *Era o que acontecia com as empresas automobilísticas e de informática, na época da reserva de mercado. Nem se diga que não há problema no monopólio, bastando que seja controlado. Fiscalização de Monopólio é tigre de papel, pois o poder de barganha social e política de quem presta em monopólio um serviço essencial é enorme. A conseqüência é que, quando ele ocorre, o Poder Público fica de mãos atadas, até porque a alternativa da encampação é cara e a partir da L. 8.987, burocratizada."* (Grifei).

XIII. DA TUTELA ANTECIPADA

O artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85) estabelece a possibilidade de concessão de mandado liminar, nos casos de possibilidade de dano irreparável ao direito em conflito, decorrente da natural morosidade na solução da lide.

Com efeito, o referido dispositivo tem natureza tanto cautelar, protetivo da eficácia da jurisdição, quanto de antecipação da tutela pretendida.

Sendo assim, com a novel redação do art. 273 do CPC, essa tutela antecipada vê-se ainda mais consagrada, em conjunto com o atual sistema processual civil, que alberga, amplamente, a hipótese de concessão do bem da vida "*ab initio*" (art. 273, CPC).

Há dois pressupostos básicos que legitimam a tutela antecipatória, quais sejam: **verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.**

"*In casu*", a verossimilhança traduz-se no direito constitucional de ir e vir conferido a todos os indivíduos, obstaculizado pela compulsoriedade do pedágio, em virtude da inexistência atual de via alternativa que transporte o usuário ao mesmo destino oferecido pela via pedagiada.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu a necessidade de via alternativa como *conditio sine qua non* para cobrança de pedágio. Naquela oportunidade, restou demonstrado que existia via secundária, o que afastou a tese de inconstitucionalidade, *in verbis*:

> *"No caso dos autos, resta saber se a rodovia estadual 'RS/135', que liga Passo Fundo a Erexim, apresenta as características de estrada especial, seja pelas condições de tráfego, seja em face de melhoramentos nela construídos em benefício do usuário,* ***e, principalmente, se os seus usuários têm alternativa para cobrir,***

com seus veículos, o mencionado trecho, já que, se assim não for, estar-se-á exigindo verdadeiro imposto pela utilização de via pública específica, o que não está ao alcance dos Estados instituir.
A inicial não esclarece. Tampouco o decreto impugnado. A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, todavia, apressou-se em demonstrar que, no caso, existe via alternativa para ser utilizada pelos usuários que não quiserem pagar o preço estipulado para o pedágio, o que fez por meio de memorial com oferta de mapa rodoviário da região" (Adin nº 800-RS, medida cautelar, in RT 145/150) (Grifei).

No caso vertente, inexiste via alternativa, restando restringido o direito de locomoção de seus utentes.

De outra parte, o receio de dano irreparável justifica-se pela natureza do direito em questão, uma vez que os despossuídos encontram-se espoliados do direito de locomoção.

Vale transcrever análise de JOHN KENETH GALBRAITH, citado pelo ilustre Magistrado SÉRGIO FERNANDO MORO, em nota de rodapé nº 16, do brilhante artigo em anexo, especificamente quanto à dificuldade de exercício da cidadania pelos menos favorecidos economicamente:

> *"É preciso haver, acima de tudo, uma rede de segurança eficaz – apoio individual e familiar – aos que vivem nos limites inferiores do sistema, ou abaixo deles. Isto é humanamente essencial, e também necessário para a liberdade humana. Nada estabelece limites tão rígidos à liberdade de um cidadão quanto a absoluta falta de dinheiro".*

E, ainda, consoante ensinamento do Exmo. Sr. Dr. Juiz Tourinho Neto, prolator do voto condutor proferido na ADIN 0800-RS, a imposição ilegal do pedágio é motivo suficiente à concessão da tutela, *in verbis:*

> ***De referência ao periculum in mora, é de se observar que os moradores da região, possuidores de veículos automotores, trafegavam pelas estradas livremente. O DNER e a CONCER é que estão impondo o pedágio, por que, então, aqueles devem pagar para depois serem reembolsados? Ademais, como se dará o reembolso? Sem burocracias? Quando se dará o mesmo? Ora, a concessionária, que pretendeu uma localização de molde a impedir o uso da via alternativa, é quem deve arcar com esse ônus'.***

Ante o exposto, estando presentes os requisitos impostos pelo art. 273 do CPC c/c art. 12 da Lei 7347/85, requer-se, após a ouvida dos Representantes dos RÉUS, a concessão da antecipação liminar da tutela, determinando-se que a empresa "Rodovias Integradas do Paraná S/A" se abstenha de cobrar o pedágio na Rodovia BR-..., no trecho compreendido entre os Municípios de .... e ....., cuja praça de cobrança encontra-se instalada no Município de ....., até que seja providenciada uma via alternativa, em boas condições de uso, que leve o usuário ao mesmo destino proporcionado pela rodovia.

XIV. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, o ***MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*** requer:

a) **liminarmente**, após a ouvida dos RÉUS, no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, da Lei 8437/92), a suspensão da cobrança do pedágio na Rodovia BR-...., no trecho compreendido entre os Municípios de ..... e ....., integrante do Lote nº 02, cuja exploração está a cargo da "Rodovias Integradas do Paraná S/A" - VIAPAR;
b) a cominação de pena pecuniária diária aos RÉUS, no valor a ser arbitrado por Vossa Excelência, para o caso de não cumprimento da obrigação no prazo fixado (art. 11 da lei 7347/85);
c) a procedência do presente pedido, sendo suspensa a cobrança do pedágio na **Rodovia BR-..., no trecho compreendido entre os Município de ..... e ....., cuja praça de cobrança encontra-se instalada no Município de .....,** até que nova via de acesso, adequada ao uso, de uso gratuito, seja colocada à disposição dos usuários que não pretendem valer-se das vantagens oferecidas pela indigitada estrada;
d) sejam os RÉUS condenados à devolução dos valores cobrados a título de pedágio, enquanto não houver via alternativa gratuita colocada à disposição dos utentes da rodovia, mediante execução específica dos consumidores lesados;
e) a citação dos RÉUS, nas pessoas de seus representantes legais, conforme consta no preâmbulo da presente;
f) a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à presente causa, o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), ressaltando a isenção de custas, consoante art. 18, da Lei 7.347/85.

Termos em que, pede deferimento
....., 20 de Janeiro de 1999.

Celso Antônio Três
Procurador da República.

PREFEITO

VALORES DESCONTADOS DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EM FAVOR DO INSS E NÃO RECOLHIDOS QUESTÕES CONTROVERSAS

Pedro Henrique Távora Niess
PRR/3ª Região

AUTOR : JUSTIÇA PÚBLICA

INDICIADO :

RELATOR :

INQUÉRITO POLICIAL. PREFEITO. VALORES DESCONTADOS DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EM FAVOR DO INSS E NÃO RECOLHIDOS. QUESTÕES CONTROVERSAS.
O não recolhimento das importâncias devidas ao INSS, contabilmente registradas, ausente a fraude, não constitui crime, embora assim pudesse ter sido considerado, mas dívida que deve ser cobrada pela via própria. Se delito configurasse exigiria dolo específico, e ainda que presente este requisito o pagamento desses valores extingüiria a punibilidade, o mesmo efeito produzindo o parcelamento do débito ou, pelo menos, causando a suspensão do procedimento criminal. Não poderia, ademais, ser tido o Prefeito como responsável pela omissão somente por ostentar essa condição; e, em o sendo, a destinação dada ao dinheiro ou sua inexistência poderia revelar estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa. Assim não fosse, a existência das controvérsias jurídicas sobre o tema justificaria, por si só, o ***ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.***

MM. Juiz-Relator:

1. Cuida-se de inquérito policial instaurado com base no ofício ....., da Procuradora Estadual do INSS em ....., por ter o Prefeito Municipal de ..... deixado de recolher aos cofres do Órgão Previdenciário as importâncias referentes às contribuições sociais arrecadadas dos servidores daquela Municipalidade.

Alega a d. Procuradora Autárquica que o débito é referente a NFLD nº ....., correspondente ao período de 06.94 a 11.94, na importância de 614.315,44 UFIR's, informando, ainda, que o débito foi quitado aos 8 de fevereiro de 1995, conforme se pode constatar às fls. 70/71.

2. Debatem os doutos sobre a existência do crime de não recolhimento, ao INSS, das parcelas descontadas com essa finalidade dos *servidores municipais* — na órbita que ora nos interessa.

Os que propendem pela existência do delito discutem se o fato configura apropriação indébita, com os requisitos que lhe são inerentes, ou tipo próprio. Também não é pacífica a aceitação de que o Prefeito, sem maiores considerações, possa ser tido por sujeito ativo da conduta criminosa aqui agitada, como não o é a concepção de que o parcelamento do débito tem o condão de excluir a criminalidade, de extinguir a punibilidade tal como o pagamento, ou de paralisar o procedimento destinado à instauração da ação penal até seu total cumprimento.

Aqueles que optam pela inocorrência do delito, sustentam que, se a previsão não é inconstitucional na sua origem, já que consagra a prisão por dívida, as normas que sucederam a Lei nº 8212/91 dela retiraram a autorização punitiva de caráter penal.

Heloisa Stellita Salomão comenta que o Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, revogou o disposto na alínea "d", do art. 95, da Lei da Seguridade Social, em consonância com o art. 5º, § 2º, da CF, dada a proibição estabelecida no art. 7º, item VII, *"verbis"*:

> *"Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".*

E explica que esse princípio possui força de direito individual fundamental, "ex vi" do disposto no art. 5º, § 2º da Lei maior.

E remata: *"Colocando-se de lado, por sua complexidade, a polêmica discussão a respeito da hierarquia dos direitos fundamentais trazidos por tratados, a verdade é que, no mínimo possuem no caso dessa convenção, a hierarquia de direitos individuais proveni-*

entes de Lei Nacional, e, colocados no mesmo nível da Lei nº 8212/91" ("O crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias" - Revista Dialética de Direito Tributário nº 6, pág. 36).

Hugo de Brito Machado registra que se o contribuinte faz a escrituração contábil dos valores que deve recolher ao Tesouro, não se pode dizer que tenta fraudar o Fisco, mas sim que tem dívida pela qual deve responder mediante o ajuizamento de ação civil ("Temas de Direito Tributário II" - Revista dos Tribunais - 1994, pág. 163/165).

Por outro lado, agrediria o sentimento de justiça imaginar que o direito à liberdade pudesse ser posto em jogo apenas em relação àqueles que não pudessem saldar integralmente, de uma só vez, suas dívidas.

Além disso, *"o fato de ser permitido ao acusado o recolhimento parcelado das contribuições descontadas dos funcionários e devidas à Previdência Social descaracteriza o crime de apropriação indébita por indemonstrado o 'animus rem sibi habendi'* (STJ, RHC nº 4257-5/RJ, 5ª Turma, Rel. Flaquer Scartezzini, DJU 08/05/95).

Não se compreendesse assim, sobraria a questão da extinção do débito pela novação, ou pela moratória.

Entender de modo diferente seria submeter à vontade do seu sucessor a liberdade do Alcaide que deixasse de recolher ao INSS os descontos retidos a título de contribuição previdenciária, porque bastaria àquele interromper os pagamentos decorrentes do acordo de parcelamento celebrado com o Instituto por qualquer deles, ainda que por motivos egoísticos ou políticos, para que este sofresse a aplicação da pena criminal.

No outro pólo encontram-se diversos autores de nomeada e significativos julgados, com assertivas que levam à demorada meditação, e que, apesar de não abalarem nossa convicção, demonstram que a matéria é realmente polêmica.

Sob esse prisma, diante de tantas incertezas, não há segurança para se movimentar o processo penal no caso em pauta.

O princípio *"in dubio pro reo"* tem aplicação tanto no campo fático como no jurídico.

Se o Judiciário já decidiu a favor dos acusados, em casos como o presente, seria impertinente pretender, na presença de circunstâncias semelhantes, a condenação do ora indiciado, ainda que também já tenha julgado de forma oposta, até que essa relevante questão de direito seja definitivamente encarada de modo uniforme.

Todos esses aspectos serão abordados, a seguir, mais demoradamente, como convém para sustentar a conclusão.

3. A Lei nº 8212/91, organizadora da Seguridade Social, em seu art. 95, relaciona condutas violadoras do ordenamento previdenciário, com reflexos no direito penal, por lesarem ou colocarem em risco bens juridicamente tutelados, ou seja, o patrimônio da administração e a fé pública dos documentos.

Diz a lei no referido artigo, letra "d", constituir crime:

> *"deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público."*

Mencionada conduta foi tipificada pela Lei Orgânica da Previdência Social, de nº 3807, datada de 1960, em seu art. 86:

> *"Será punida com as penas de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer importâncias devidas às instituições previdenciárias e arrecadadas dos segurados ou do público."* (grifo nosso)

A redação do dispositivo fez com que o delito previdenciário fosse equiparado à apropriação indébita, prevista no art. 168, do Código Penal, definida como apropriar-se o agente de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

O § 1º, do art. 95, da Lei nº 8212/91, impõe para a prática do fato a pena estabelecida no art. 5º, da Lei nº 7492, de 16/6/86, do seguinte teor: *"Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio. Pena: reclusão de 2 a 6 anos e multa".*

Diz Roque Carrazza que *"com força irresistível dos raciocínios congruentes, tudo que se refere ou aproveita ao crime de apropriação indébita, refere-se ou aproveita igualmente ao de sonegação fiscal (.....) nosso direito equiparou, por intermédio do mecanismo da ficção, as duas condutas delituosas, dando-lhes o mesmo tratamento jurídico"* (Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 16, "A extinção da punibilidade no parcelamento das contribuições previdenciárias descontadas por entidades beneficentes de assistência social, dos seus empregados e não recolhidas, à Previdência no prazo legal - Questões conexas", pág.205).

Para a consumação do delito do art. 95, da Lei nº 8212/91 é necessário que o empregador a quem foi dado o dever legal de arrecadar, aja com dolo, ou seja, que tenha vontade consciente de tomar para si os valores arrecadados. Trata-se do ***"animus rem sibi habendi"***, objetivando tirar **proveito ilícito** com a apropriação, sendo elemento subjetivo do tipo o **dolo específico**.

O STJ, em julgados recentes assim tem entendido, como demonstram as ementas abaixo transcritas:

> *"PENAL. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEI 8212, ART. 95, "D". PAGAMENTO TOTAL DA DÍVIDA. AUSÊNCIA DE "ANIMUS REM SIBI HABENDI". 1. Para a configuração do crime previsto na Lei*

8212/1991, art. 95, "d", é necessário o dolo, consistente na vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos à Previdência. Ausente o chamado "animus rem sibi habendi" *o tipo penal não se perfaz.*
2. Recurso improvido."
(STJ, Relator Min. Edson Vidigal - 5ª Turma - Recurso Especial nº 0113302/96/RN, D.J. de 04/08/97, pág.34819)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. DESCARACTERIZAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. (Lei nº 8212/91 - art. 95)
- A figura da apropriação indébita pressupõe o dolo específico, ou seja, tomar para si a coisa de que tem posse, com a vontade de não restituí-la ou desviá-la da finalidade para a qual a recebeu, não sendo punível a título culposo.
- Ordem concedida."
(STJ, Relator Min. Assis Toledo - 5ª Turma - Habeas Corpus nº 0004431/96/RS, D.J. de 04/11/96, pág.42488).

Em situações especiais, tem-se admitido o inadimplemento como excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Serve de exemplo o caso de contribuintes em mora por uma espécie de estado de necessidade especial induzido por dificuldades financeiras, ou inexigibilidade de outra conduta. Em casos tais, haveria que se excluir o dolo. Ponto importante, portanto, é a apuração da intenção do empregador ou responsável pelas empresas, e dos Chefes do Executivo Municipal nas Prefeituras que deixam de recolher as contribuições arrecadadas, desviando-as, por vezes, para outros setores emergenciais. Celso Kipper ressalta que *"no caso do não recolhimento de quantias descontadas dos empregados a título de contribuição previdenciária não haverá o crime se o sujeito estiver impossibilitado de recolher por indisponibilidade de numerário (.....). Se o recolhimento das contribuições previdenciárias for possível, embora à custa do não pagamento dos fornecedores e de despesas essenciais ao prosseguimento das atividades da empresa (.....) o delito existirá, mas poderá configurar-se uma excludente da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, que isenta o agente de pena"* ("Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados", RT 694/282-286).

Álvaro Mayrink da Costa, assinala que *"na verdade a omissão no recolhimento ao INAMPS ou IAPAS nos prazos estipulados, por força da crise financeira por que atravessam as macros e micros empresas, não vislumbra o elemento subjetivo do tipo,* "animus rem sibi habendi", *pois a retenção na maioria dos casos não objetiva simplesmente não pagar"* (Direito Penal, Parte Especial, vol. II, pág.828, Editora Forense, 3ª edição, 1990).

O TRF da 4ª Região, em acórdão lavrado pelo Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, manifestou entendimento de que *"comprovada crise financeira, com opção para o pagamento de salários ao invés dos recolhimentos de valores para a Previdência Social configura estado de necessidade que exclui a existência do crime"*. Comentando o julgado, Carlos Alberto da Costa Dias, no artigo "Apropriação indébita em matéria tributária" - Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 11, pág. 101, conclui que *"aquele que demonstra ter pago salários, por conseguinte, com a importância mediante a qual deveria ter recolhido os tributos, age, segundo penso, de forma que não se possa exigir dele outro comportamento, ou conduta diversa(.....) Há crime, por ser fato típico e antijurídico, mas não se vislumbra a culpabilidade que se insere como pressuposto da pena, por inexigibilidade de conduta diversa"* (grifos nossos).

4. Enfim, no exame da configuração do crime não se subestima o elemento volitivo inerente à idéia da apropriação dos valores não recolhidos, de cuja noção não nos devemos afastar, se não por outro motivo, ao menos porque não seria justo apenar igualmente delitos de gravidade e consequências diferentes: *somente deixar de recolher as importâncias devidas ao INSS e não recolhê-las delas se apropriando*, sendo a primeira atitude pressuposto necessário da segunda (que pode inexistir), o que impediria falar em concurso de crimes. [1]

5. Ademais, o simples *deixar de recolher* significa apenas dívida, e esta não autoriza sequer a prisão civil, senão nas duas hipóteses que a Constituição prevê.

6. Por outro lado, não têm surgido controvérsias quanto à aplicação do artigo 34 da Lei nº 9249, de 26 de dezembro de 1995, ao resgatar a extinção da punibilidade relativamente aos crimes contra a ordem tributária quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, anteriormente posta pelo artigo 14, da Lei nº 8137/90, revogado pelo art. 98 da Lei nº 8383/91.

Apesar do referido diploma não ter feito referência à Lei nº 8212/91, os Tribunais entendem aplicável a causa extintiva da punibilidade, com supedâneo no interesse público e na analogia *"in bonam partem"*.

A jurisprudência do STJ marca posicionamento neste sentido:

"RHC - PENAL - CRIME TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - LEI Nº 4729/1965 - LEI Nº 8137/1990 - LEI Nº 8212/1991 - LEI Nº 8383/1991 - LEI Nº 9249/95.
Extinção da punibilidade exerce importante papel criminológico. Implica renúncia ao poder de punir, em homenagem à geração de outra situação jurídica tida como relevante. Assim, por exemplo, a constituição da família, deixando de aplicar a pena ao agente do crime contra os costumes, em havendo o casamento com a vítima. No mesmo sentido, o perdão judicial, nos casos previstos em lei, como, ainda, a anistia, a graça e o indulto. Em se transportando essa situação

para os crimes tributários, o Estado preferiu receber o crédito a punir o agente do fato delituoso. A Lei 8383/91 revogara a extinção da punibilidade, permitida que fora pela Lei 4729/65 e Lei 8137/90. A Lei 9249/95 reeditou-a, desde que pago o débito antes do recebimento da denúncia. Compreende, ademais, as contribuições sociais, espécie, no caso, do gênero tributos." (STJ - RHC nº 5625/96 - Relator Min. Juiz Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 07/04/97, pág.11165).

"PENAL - TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE - SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ANTES DA DENÚNCIA - LEI Nº 9249, DE 26/12/1995, ART. 34 - ANALOGIA 'IN BONAM PARTEM'.
Nas figuras penais do art. 2º, da Lei nº 8137/1990 e art. 1º da Lei nº 4729/1965, quando o agente satisfaz o crédito antes do recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade.
Emerge dúvida quanto à aplicação do mesmo procedimento, quanto ao crime previsto no art.95, "d" da Lei 8212/91, não incluído no art. 34 da Lei 9249/95; mas as figuras penais são muito semelhantes e caracterizam-se pelo não recolhimento no prazo legal. Caso típico de aplicação da analogia "in bonam partem" para decretar-se a extinção da punibilidade, em consequência do recolhimento da importância correspondente a contribuição antes do recebimento da denúncia" (STJ - Inquérito nº 178/95 - Relator Min. Assis Toledo, DJ 26/05/97, pág. 22464).

Hugo de Brito Machado, em artigo intitulado *"Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo"*, publicado na Revista "Dialética de Direito Tributário nº 13", pág. 37, comenta: *"Quanto ao crime previsto no art. 95, alínea "d" da Lei nº 8212/91, há quem sustente ser aplicável o art. 34, da Lei nº 9249/95, por analogia. À mesma conclusão se pode chegar, como fez o Supremo Tribunal Federal, afirmando a identidade essencial entre os tipos penais descritos no artigo 95, alínea "d" da Lei nº 8212/91, e o art. 2º, inciso II, da Lei nº 8137/90"* (HC nº 73418-RS, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 05/03/96) (.....) *Assegurar ao contribuinte a oportunidade de pagar, antes do recebimento da denúncia, é atender ao interesse público, que se realiza com o restabelecimento do direito à arrecadação do tributo, além de cumprir a Constituição, dando ao acusado o ensejo de usar um importante meio de defesa".*

Roque Carraza, no estudo atrás aludido, além de citar o princípio da equidade como permissivo ao dilargamento da causa extintiva, relembra que a Constituição Federal veda, às pessoas políticas, *"instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente"* (art. 150, inciso II).

Sem desprezar as colocações para cá trazidas, comporta acrescentar outro pensamento, o de que a Lei nº 9249/95 não teria cuidado da extinção da punibilidade com relação ao art. 95, "d", da Lei nº 8212/91, porque, por força de normas posteriores a este diploma, a conduta nele prevista deixou de constituir crime, como no curso deste parecer será exposto.

7. Verificado que o pagamento, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade, aspecto a analisar é se o parcelamento tem a mesma eficácia.

A Lei nº 9129/95 dispõe:

***Art. 1º** - Excepcionalmente, nos cento e oitenta dias subsequentes à publicação desta Lei, os débitos pendentes junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, referentes às contribuições do empregador, incluídos ou não em notificação, relativos a competências anteriores a 1º/08/1995, poderão ser objeto de acordo para pagamento parcelado em até noventa e seis meses.*

.....

§ 5º - Os municípios, os Estados, O Distrito Federal e as Cooperativas Agrícolas poderão optar, excepcionalmente, por parcelar as contribuições descontadas dos segurados empregados e dos trabalhadores avulsos e não recolhidas ao INSS, quando referentes a competências anteriores a 01/08/1995, em até 12 meses, na forma prevista nesse artigo, ou nos termos do art. 27 da Lei Complementar nº 77, de 13/07/1993, gozando também da isenção total dos mesmos....

Referido benefício havia sido vedado expressamente pela Lei nº 8212/91, em seu art. 38, § 1º. Seguiu-se a Lei nº 8620/93, trazendo em seu art. 12 a permissão excepcional em determinados prazos e condições.

Correntes surgiram com relação à possibilidade de se extinguir a punibilidade em havendo o parcelamento do débito. Alguns entendem que a proposta de pagamento em forma parcelada já evidencia a ausência do *"animus rem sibi habendi"*.

Entendeu o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, recentemente:

"PENAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PARCELAMENTO DA DÍVIDA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA - ANALOGIA - APLICAÇÃO DO ART. 34, DA LEI Nº 9249/95 - IMPROVIMENTO DO RECURSO.
1 - Na esteira de precedentes jurisprudenciais, o acordo de parcelamento da dívida e o regular pagamento das parcelas avençadas permite o reconhecimento da extinção da punibilidade do crime.
....."

(Recurso Criminal nº 03074514/96-SP, Relatora Juíza Sylvia Steiner, D.J. de 26/02/97, pág. 9679).

"PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NÃO RECOLHIDAS. ARTIGO 95, ALÍNEA 'D', DA LEI Nº 8212/91. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.
I - O parcelamento do débito de contribuições previdenciárias, antes do recebimento da denúncia, é causa de extinção da punibilidade nos termos do artigo 34 da Lei nº 9249/95.
II - Denúncia rejeitada."
(Inquérito nº 156 (reg. 96.03.058852-0/SP), Relator Juiz Célio Benevides, D.J.U. de 22/07/97, pág. 55788).

"CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL. ACORDO DE PARCELAMENTO EFETUADO COM O INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO À HIPÓTESE DO ART. 14 DA LEI Nº 8137/90, CUJA REVOGAÇÃO É POSTERIOR À DATA DOS FATOS. IRRELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO EM JUÍZO DO VALOR DAS PARCELAS, APÓS INÍCIO DO RESPECTIVO PAGAMENTO.
- O revogado art. 14 da Lei nº 8137/90 admitia a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária pela promoção do pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia. 'Promove' o pagamento quem faz acordo para parcelamento da dívida e inicia o recolhimento das parcelas, pois "promover" significa "dar impulso", "trabalhos a favor de" e não efetivar. Não descaracteriza a promoção de pagamento, o recurso ao Poder Judiciário, após o início do recolhimento das parcelas, para discussão do seu quantum, *de vez que o acesso à jurisdição é constitucionalmente assegurado. Por outro fundamento, acordo de parcelamento importa em novação da dívida, extinguindo-a e fazendo surgir outra obrigação em seu lugar, tendo efeito jurídico análogo ao do pagamento. Ordem concedida, determinando-se o trancamento da ação penal"* (grifo nosso)
(HC nº 94.03.4662-7, Relatora Juíza Salette Nascimento, D.J.U. 07/03/95, pág. 11373).

O Pleno do Tribunal Regional Federal/5ª Região reconheceu ser o pedido de parcelamento demonstrativo da ausência do dolo (Inquérito nº 00500149/95/PB, Relator Juiz Hugo Machado, DJU 26/04/96, pág. 27211).

Também da Primeira Turma, do E. TRF/1ª Região, há acórdão refletindo o entendimento de que parcelar o débito equivale a promover o pagamento (Inquérito Policial nº 95.01.14097-0/MG - Plenário - Relator Juiz Olindo Menezes - D.J.U. de 24/03/97, pág.17195).[2]

8. Admite-se, sob outra ótica, como razoável a suspensão do "processo" — dado ao termo sublinhado conotação menos técnica — postergando para um momento futuro o oferecimento ou o recebimento da denúncia, à vista da possibilidade de vir a ser extinta a punibilidade pelo integral pagamento do débito, permanecendo o devedor, no período em que efetua as prestações, numa situação intermediária entre a existência da dívida e o seu pagamento (Correição Parcial nº 96.01.0035/SP). Seria hipótese de moratória que, como tal, suspenderia a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, do Código Tributário Nacional. Sendo o parcelamento autorizado, o pagamento ao INSS fica diferido, impossibilitando qualquer execução enquanto estiverem sendo honrados os prazos de vencimento das parcelas. E a inexigibilidade do débito não pode gerar consequências penais que derivam necessariamente de sua exigibilidade.[3]

9. Outra posição é aquela segundo a qual, permitindo o parcelamento do débito previdenciário, a Lei nº 9129/95 descriminalizou a conduta do empregador, passando a configurar o fato mero ilícito administrativo. Esse é o entendimento de Roque Carrazza, no artigo anteriormente citado: *"(.....) De fato, só com a proibição do parcelamento é que se podia sustentar a existência do crime do art. 95, "d", da Lei Nº 8212/91, equiparado à apropriação indébita (.....) O Congresso Nacional reconhecendo as dificuldades financeiras dos empregadores, afastou o draconismo do art. 95, da Lei nº 8212/91, ao mesmo tempo em que deu ênfase ao interesse do INSS em receber, ainda que em parcelas, as contribuições previdenciárias a que tem jus".*

Oportuno assinalar, com o Superior Tribunal de Justiça que *"o fato de ser permitido ao acusado o recolhimento parcelado das contribuições descontadas dos funcionários e devidas à Previdência Social descaracteriza o crime de apropriação indébita por indemonstrado o* "animus rem sibi habendi" (RHC nº 4257-5 - STJ - 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, D.J.U. 08/05/95).

Poder-se-ia dizer que a permissão do parcelamento ter-se-ia dado em caráter excepcional, limitada no tempo. Mas então obrigatoriamente entender-se-ia que o próprio parcelamento ficaria proibido quando não se enquadrasse na situação descrita na Lei nº 9129. E não tem sido assim.

10. A Lei nº 8866, de 11 de abril de 1994, dispôs sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública.Em seu artigo 1º disciplina que é depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos artigos 1282, I e 1283, do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária de previdência imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.

Não sendo recolhida ou depositada a quantia no prazo estabelecido em lei, o Juiz decretará a prisão do depositário infiel, por período não superior a noventa dias.

A Constituição Federal veda a prisão por dívida

(art. 5º, LXVII), salvo duas exceções: a do não cumprimento do dever de pensão alimentícia e a do depositário infiel.

Luiz Mélega, em repertório IOB de Jurisprudência nº 13/94, pág. 250, entende que *"estando o sujeito passivo vinculado à obrigação tributária, por força de lei complementar, não pode ser transformado em depositário e muito menos em depositário infiel, à falta de identificação entre a relação jurídica tributária, que tem por moldura o direito público, e o depósito, figura ou instituto com sede no direito privado"*.

Entende o autor que prescrevendo a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LIX, o preceito que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal"*, ao exigir o prévio depósito do valor questionado para se exercitar o direito de defesa, estará *"irremediavelmente comprometido o devido processo legal"*, violando o que determina o inciso XXXV, segundo o qual a *"lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

Hugo de Brito Machado considerou que a Lei nº 8866/94, ampliou o conceito de depositário, questionando, porém, se o legislador ordinário poderia fazê-lo, afastando as garantias constitucionalmente oferecidas. São suas palavras: *"A norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida alberga direito à liberdade, colocando-o em patamar superior ao direito de receber um crédito. Isto não quer dizer que o direito de receber um crédito restou sem proteção jurídica. Quer dizer que essa proteção não pode chegar ao ponto de sacrificar-se a liberdade corporal, a liberdade de ir e vir. Limita-se, pois, a proteção do direito de receber um crédito ao uso da ação destinada a privar o devedor de seus bens patrimoniais, afinal desapropriados no processo de execução.*

Cita referido mestre o entendimento de Sampaio Dória (Direito Constitucional, Max Limonad, 1960, vol. 4º, p. 683): *"É certo que estamos falando de inadimplência de dívida, e não de práticas fraudulentas. O que o bom senso repele é responder a liberdade individual pelo pagamento de dívida, salvo em caso de fraude. A liberdade poderá responder pela fraude, e não pela dívida em si"*.

Conclui Hugo de Brito Machado, que *"a supremacia constitucional é a única garantia que o direito pode oferecer contra o arbítrio do Estado"* não admitindo que leis modifiquem determinações estabelecidas pela Constituição Federal (Repertório IOB de Jurisprudência nº 14/94, pág.271).

Seja como for, o que se percebe é que o legislador optou por resolver apenas no âmbito civil a questão aqui debatida, da forma mais enérgica. Se o interesse maior é o pagamento da dívida, quis forçá-lo como lhe pareceu próprio, deixando para o Direito Penal o julgamento de eventual fraude, caracterizado o ilícito civil — pois não há ilícito penal que seja civilmente lícito.[4]

Em Habeas Corpus de nº 545/RN, julgou o TRF da 5ª Região, que a Lei nº 8866/94, deixou de incriminar fato que anteriormente era considerado crime, retirando do campo da ilicitude penal a conduta descrita no art. 95, "d", da Lei nº 8212/91 (2ª Turma, DJU 22/12/95, pág. 89230).[5]

O TRF/2ª Região considerou ser impossível, na prática, a coexistência da ação penal, cominando penas de 2 a 6 anos de reclusão, com a Lei nº 8866/94, que instituiu a prisão civil para o depositário infiel, possibilitando ao devedor, após citação, o pagamento do débito em 10 dias (HC nº 36853-5 - 3ª Turma - D.J.U. 1/07/97, pág. 50314).

11. De outra banda, julgados há que, sob fundamentações diversas, consideram o Alcaide parte ilegítima para responder criminalmente pelo não recolhimento devido aos cofres autárquicos.

Sobre o tema, assim se tem pronunciado o Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALORES NÃO REPASSADOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.*
> *1 - A ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas dos servidores municipais, não qualifica o Prefeito como sujeito ativo do crime previsto na Lei nº 8212/91, art. 95, "d".*
> *....."*
> (Recurso Especial nº 94910/96-PR, Relator Min. Edson Vidigal, D.J. de 04/08/1997, pág. 34801).

> *"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. nº 94359/96-PR - Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - 6ª Turma, D.J. de 21/10/96, pág.40307).

E o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"PREFEITO MUNICIPAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DO SALÁRIO DOS SERVIDORES. CONDUTA ATÍPICA. O Prefeito municipal que deixa de recolher aos cofres da Previdência Social as contribuições descontadas do salário dos servidores do município não pratica o crime de que trata o art. 95, letra "d", da Lei nº 8212/91, (antes previsto no art. 86 da Lei nº 3807/60), a menos que o desvie em proveito próprio. A sua conduta é atípica, porquanto o município não é empresa e o Prefeito não é sócio, nem gerente e nem administrador de empresa para os efeitos da lei.
(TRF/4ª Região, Inquérito nº 440125/95-PR, Relator Juiz Carlos Sobrinho - 1ª Seção, D.J. de 10/07/96, pág. 47156).[6]

Tendo em vista a edição da Lei nº 9639, assim se pronunciou o MM. Juiz Célio Benevides, do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Inquérito nº 96.03.094274-0/SP, a fls. 156:

"Aos fundamentos aduzidos pelo órgão do "parquet" acrescento que a Lei nº 9639, de 27.05.98, em seu artigo 11, concedeu anistia aos "agentes políticos que tenham sido responsabilidados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previsto na alínea "d" do artigo 95 da Lei nº 8212, de 1991, e no artigo 86 da Lei nº 3807, de 26 de agosto de 1960". A hipótese legal abrange, por óbvio, os Prefeitos Municipais, como no caso dos autos. Assim, tendo em vista o disposto no artigo 107, II do Código Penal, julgo extinta a punibilidade do delito imputado ao indiciado e determino o arquivamento dos autos nos termos do artigo 206 do regimento Interno."

12. Em suma, no nosso sentir, a conduta descrita no art. 95, "d", da Lei nº 8212/91 tipificava a apropriação indébita, a cuja pena o legislador conscientemente se reportou a fim de deixar claro essa identidade, já que poderia repetir a punição em lugar de a ela referir-se. Por isso, para configurá-la, imprescindível se exibia a intenção de o agente apropriar-se das quantias descontadas das folhas de pagamento em prol da seguridade social. O registro contábil do fato, a impossibilidade justificada do não recolhimento, o pedido de parcelamento do débito, eram fatores que demonstravam a não realização do crime.

Posteriormente, em 1994, essa conduta perdeu o caráter criminoso, passando o ilícito a sujeitar à prisão civil o depositário tido como infiel, nos termos da Constituição Federal, pelo prazo máximo de noventa dias, a fim de forçá-lo ao cumprimento da obrigação legal. Tanto assim que, por força de norma editada em 1995, o pagamento integral do débito, antes do recebimento da denúncia, passou a ser causa de extinção da punibilidade dos delitos previstos nas Leis nºs. 8137/90 e 4729/65, nenhuma alusão sendo feita à Lei nº 8212/91. Ignorando essa vontade do legislador, jurisprudência e doutrina estenderam a excludente da punição à hipótese prevista no art. 95, letra "d", do diploma por último mencionado. Mesmo assim, a partir daí, a própria possibilidade de pagamento do débito mostrou a incompatibilidade dessa faculdade com a conservação do fato na esfera delitual, até porque, independentemente de tê-lo praticado com o intuito de delinqüir, o agente, na prática — e a sofisticação da moldura não modificaria esse quadro — compraria sua liberdade, no interesse dos cofres públicos (se frauda, mas paga, isenta-se da penalidade); e admitir que não pagando responderia pelas penas ao fato cominadas seria aceitar que a liberdade do agente seria posta em risco não pela ocorrência do "crime", mas pela existência do débito, o que conflitaria com a ordem constitucional estabelecida no art. 5º, LXVII, que não permite prisão, sequer civil, por dívida.

É verdade que a inadimplência é da pessoa jurídica e o ato ilícito é praticado pela pessoa física, porém interligam-se as situações de tal forma que o pagamento efetuado por aquela — em qualquer gestão, desde que antes do recebimento da denúncia — consoante uma das teorias exime do castigo o infrator.

Fosse aceitável o entendimento de que o fato cogitado ainda guarda a natureza criminosa, e a concessão de parcelamento do débito fulminaria a possibilidade de aplicação da pena para o seu cometimento prevista, porque aceito pela Fazenda que o pagamento integral se faça de forma parcelada, não podendo as condições financeiras do agente interferir no merecimento, ou não, do favor legal.

Dizer que se o parcelamento não for totalmente honrado antes do recebimento da denúncia a causa extintiva da punibilidade não incide, é dizer que aquele que deixar de pagar sua dívida expõe-se, em razão dela, à privação da liberdade.

Na espécie, houve a quitação do débito.

Não convencessem estes argumentos, doutrinária e jurisprudencialmente fundamentados, o fato de coexistirem com respeitáveis pensamentos e decisões que se lhes opõem quanto à configuração do delito, e esta indica a existência de dúvida, justifica, de per si, para nós, o não oferecimento da denúncia.

Ante o exposto, impõe-se o reconhecimento da **arquivamento dos autos**

São Paulo, .

PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS
Procurador Regional da República

[1] Contudo, esta posição não é pacífica. Vários julgados assim não têm entendido. Consideram que o tipo penal não exige para sua configuração a vontade direcionada de apropriar-se dos valores arrecadados, consumando-se o delito com o mero desconto das quantias sem o oportuno e regular recolhimento aos cofres autárquicos. Por entenderem ser o crime omissivo próprio, o tipo estaria configurado com a simples negativa, não exigindo qualquer resultado.

O dolo seria genérico e estaria delineado com a vontade consciente de descontar dos salários dos empregados os valores correspondentes às contribuições previdenciárias, e o seu não recolhimento à Previdência Social.

Carlos Alberto da Costa Dias, Juiz Federal, apresentando as diferentes correntes existentes a respeito do assunto, defende a tese de que constitui o delito previdenciário crime omissivo próprio de mera conduta.

Parte da jurisprudência segue nessa direção: *"PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OMISSÃO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1 - O crime consistente na falta de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados caracteriza-se como omissivo, consumando-se com o não recolhimento no prazo previsto em lei. (....)."* (Tribunal Regional Federal da 4ª Região - Apelação Criminal nº 94.04.29501-9/RS - Relator Juiz Jardim de Camargo - Revista Dialética de Direito Tributário nº 4, pág.163). - *"PREVIDENCIÁRIO - NÃO PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DELITO DO ART. 95, "D", DA LEI Nº 8.212/91. I - Não recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos empregados, tipifica o crime previsto na alínea "d", do art. 95, da Lei nº 8212/91, que é crime de dano contra o erário. Existência de dolo, que é genérico....."* (Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Habeas Corpus nº 96.02.36853-5 - Relatora Juíza Maria Helena - D.J.U. de 01./07/97, pág. 50314).

[2] A Terceira Turma do TRF/1ª Região, todavia, decidiu que o contrato de parcelamento não se presta à extinção da punibilidade (Apelação Criminal nº 90.01.24993-1, DJU 30/05/97, p. 38886). Igualmente nesse C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região há jurisprudência contrária àquela mencionada no texto principal (Inquérito nº 03062302/95-SP, TRF/3ª Região, Órgão Especial, Relatora Juíza Ana Scartezzini, D.J.U. de 08/07/97, pág. 52347).

Ney de Barros Bello Filho, em artigo *"Anotações do crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias"*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 14, pág. 31, defende a posição de que o parcelamento não tem o condão de demonstrar ausência de fato típico, não sendo causa de extinção de punibilidade, por tratar-se apenas de uma alteração em um dos elementos constitutivos objetivos do pagamento, ou seja, o tempo para pagar, não se contratando uma nova obrigação.

Na mesma trilha o Supremo Tribunal Federal, no Inquérito nº 1028-6, entendeu que não se extingue a punibilidade enquanto o débito objeto do pagamento fracionado não for totalmente extinto (vencidos os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio) - Questão de Ordem - Julgamento 04/10/95.

[3] : Há, entretanto, os que se filiam à posição oposta, entendendo que o processo penal possui natureza pública, não podendo o Juiz paralisar sua jurisdição, deixando de receber a denúncia, à espera do transcurso do prazo do parcelamento (Recurso em Sentido Estrito nº 06136/96 - TRF/3ª Região - 5ª Turma - DJ de 04/03/97, pág.11569; Habeas Corpus nº 088400/95 - TRF/3ª Região - 2ª Turma - DJ de 17/04/96, pág. 24873/74).

Ney de Barros Bello Filho (art.cit.) define como totalmente impossível a suspensão do processo. Defende a tese de que o Código de Processo Penal não prevê esta faculdade de se suspender o processo até a conclusão da decisão administrativa, ou seja, no aguardo de uma manifestação da Autarquia Previdenciária, comunicando a quitação do contrato de parcelamento. Diz não existir suspensão ou interrupção da prescrição penal em razão do contrato em que se estipula o fracionamento do pagamento.

[4] A Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 11/1995, pág. 13, apresenta entendimento de exigência de **prévia caracterização** do acusado como depositário infiel para configuração do delito: *"A SIMPLES EXISTÊNCIA DE DÍVIDA NÃO CARACTERIZA O CRIME DO ART. 95, "D", DA LEI Nº 8212/91. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADO. NATUREZA DO DELITO PREVISTA NO ART. 95, "D", DA LEI Nº 8212.*

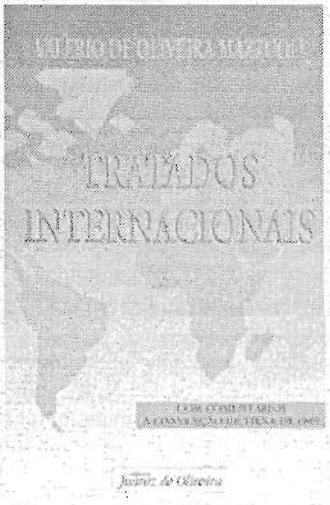
Não é a simples existência de dívida que caracteriza a infração, dada a garantia prevista no art. 5º, LXVI, da CF. Delito omissivo próprio que não prescinde da demonstração da fraude consistente em descontar a contribuição dos empregados e não recolher os respectivos valores ao órgão da Previdência Social. Superveniência da Lei nº 8866/94, que cria a figura do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições. Nova disciplina que exige a prévia caracterização da situação de depositário infiel (art. 2º) e o ajuizamento da ação civil (arts. 3º e 4º). Descrição deficiente na denúncia. Ordem deferida". (TRF/5ª Região - HC nº 411, Rel Lázaro Guimarães, D.J.U. de 26/08/94, 2ª Seção, pág. 46652, RBCrim 8/238).

[5] : A mesma Turma, entretanto, decidiu que a criação da figura do depositário infiel da Fazenda Nacional não constitui *"abolitio criminis"* do crime previdenciário (art. 95, da Lei nº 8212/91), por serem os regramentos de esferas jurídicas distintas (HC nº 542 - D.J.U. 17/11/95, pág. 79507/8). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também não considerou abolido o crime com a superveniência da Lei nº 8866/94, que dispôs sobre a Prisão do Depositário Infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública, pois a mesma ao tratar da falta de recolhimento de tributo, como um ILÍCITO CIVIL, não descriminalizou a conduta tipificada no art. 95 da Lei nº 8212/91 (TRF/4ª Região - HC nº 1988/96 - 2ª Turma, D.J. de 20/03/96, pág. 17104).

O TRF/2ª Região consignou que a Lei nº 8866/94 estabeleceu uma ação civil com possibilidade de prisão civil do depositário, em caso do não recolhimento no prazo fixado de impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social, retidos ou recebidos de terceiro, possibilitando a ação penal caso apontado dolo do agente (Inquérito nº 28374/95, Pleno - D.J. de 27/08/96, pág. 61449).

[6] Em contrário, julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: *"PENAL - PREFEITO MUNICIPAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PARCELAMENTO - LEGITIMIDADE ATIVA - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - LEI Nº 8212/91, ART. 95, LETRA "D" - ARQUIVAMENTO - REJEIÇÃO. 1 - Prefeito é o administrador do ente público municipal, órgão da Administração Pública Direta. 2 - Legitimidade ativa do Prefeito Municipal do crime previsto no art. 95, da Lei nº 8212/91, uma vez que o texto legal engloba como empresa os órgãos da Administração Pública Direta. (.....)"* (TRF/3ª Região, Inquérito nº 3062302/95-SP, Órgão Especial, Relatora Juíza Ana Scartezzini, D.J. de 08/07/97, pág. 52347).

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
ISSN Nº 1519-3802
O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de idexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.



Valerio de Oliveira Mazzuoli
1ª edição de 2001 - 14x21 - 256 páginas.

Com prefácio de Mirtô Fraga e apresentação de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior.

Nesta obra o Autor examina minuciosamente todo o direito dos tratados, regulado pela Convenção de Viena de 1969, abordando sistematicamente a questão das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno. Desde a gênese dos tratados internacionais, seu processo de formação, até a sua regulamentação pelas diversas Constituições contemporâneas, tudo é comentado, com extremo rigor científico, nesta obra. A primeira parte deste livro é destinada ao estudo dos tratados internacionais, tal como regulamentado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. São abordados temas como o procedimento de celebração de tratados, aplicação, nulidade e extinção dos tratados e também o problema do conflito entre tratados e normas de jus cogens. Na segunda parte o Autor estuda, profundamente, os conflitos existentes entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados, apontando soluções para os diversos problemas interpretativos que desta relação podem ocorrer. Neste ponto é enfrentado, também, o difícil problema dos conflitos entre tratados internacionais e a Constituição, pouquíssimo estudado pelos internacionalistas. No terceiro capítulo, é feita uma minuciosa análise da competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, envolvendo a relação entre os poderes Executivo e Legislativo no procedimento de conclusão de tais instrumentos. Por último, o Autor discorre sobre a opção do judiciário brasileiro em especial do Supremo Tribunal Federal em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. Estes e outros temas relativos ao direito dos tratados são estudados com absoluta competência neste livro. Esta obra, de fôlego, é destinada a todos os estudiosos do Direito Internacional e constitucional. Destina-se, ainda mais, para todos os alunos do curso de graduação em Direito, sendo livro-texto recomendado para a disciplina de Direito Internacional Público.

FUNDAÇÃO PROCURADOR PEDRO JORGE DE MELO E SILVA
BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANPR Associação Nacional dos Procuradores da República

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto.
Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Multimídia Ltda., pelo telefone/fax: **(011) 240-7679**, ou via e-mail para o endereço: **artchip@terra.com.br**
Dúvidas, comentários e matérias devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP): **luizacristina@prr3.mpf.gov.br**
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP): **pbajer@prsp.mpf.gov.br**
Rosângela Pofahl Batista (GO): **rosangela@prgo.mpf.gov.br**
Aloísio Firmo (RJ): **aloisiofirmo@prrj.mpf.gov.br**
Maria Helena Nogueira de Paula (RJ): **mhelenadepaula@prrj.mpf.gov.br**
Odim Brandão Ferreira (DF): **odimf@prr1.mpf.gov.br**